REDI

Revista Española de Derecho Internacional

Vol. 76, núm. 1, 2024

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA ESPAÑOLA

DE

DERECHO INTERNACIONAL

VOLUMEN 76
2024, NÚM. 1
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—

TIRANT LO BLANCH

VALENCIA-2024

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

La REDI ha recibido el sello de calidad FECYT en su VI convocatoria (2018), así como sus renovaciones en las convocatorias de 2019, 2020, 2021, 2022 y 2023.

La REDI es accesible en abierto en la página web *www.revista-redi.es* desde el volumen 58 (2006) hasta la actualidad y a través de suscripción a Heinonline y JStor desde el volumen 1 (1948).

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES
© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email:tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISSN: 0034-9380
E-ISSN: 2387-1253
Depósito legal: V-520-1958
Maqueta: Innovatext

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

Responsabilidad Social Corporativa:
http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTOR

Joaquín Alcaide Fernández
Universidad de Sevilla

CONSEJO DE REDACCIÓN

Joana Abrisketa Uriarte
Universidad de Deusto

José Luis Iriarte Ángel
Universidad Pública de Navarra

Pilar Blanco-Morales Limones
Universidad de Sevilla

Enrique Jesús Martínez Pérez
Universidad de Valladolid

Miguel Gardeñes Santiago
Universidad Autónoma de Barcelona

Leire Moure Peñín
Universidad del País Vasco

Rafael Grasa Hernández
Universidad Autónoma de Barcelona

Helena Torroja Mateu
Universidad de Barcelona

CONSEJO ASESOR

Fulvio Attinà
Universidad de Catania

Wagner Menezes
Universidad de São Paulo

Andrea Bonomi
Universidad de Lausana

Elisa Pérez Vera
Universidad Nac. de Educación a Distancia

Jorge Cardona Lloréns
Universidad de Valencia

Fausto Pocar
Universidad de Milán

Celestino del Arenal Moyúa
Universidad Complutense de Madrid

Paz Andrés Sáenz de Santa María
Universidad de Oviedo

José Carlos Fernández Rozas
Universidad Complutense de Madrid

Fabian Salvioli
Universidad de La Plata

Araceli Mangas Martín
Universidad Complutense de Madrid

Tullio R. Treves
Universidad de Milán

Arlene B. Tickner
Universidad del Rosario

SECRETARÍA DE LA REVISTA

Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor
Universidad de las Islas Baleares

Redactores
David Carrizo Aguado - Guillem Gabriel Pizarro - Laura Movilla Pateiro -
Montserrat Pintado Lobato - Antonio Sánchez Ortega -
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 REDI corresponden a la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI). El carácter multidisciplinar de los miembros de la AEPDIRI justifica que la REDI publique trabajos sobre temas relativos a Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales.

La REDI goza de gran tradición científica, amparada en la solvencia y el trabajo académico y profesional de todos cuantos han contribuido en ella durante estas más de siete décadas. La publicación de trabajos y contribuciones en la REDI 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 REDI 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 en la página web de la REDI ("Envíos"), *antes del 1 de noviembre y del 15 de mayo*, para los números 1 y 2, respectivamente.

Cualquier otra comunicación con los órganos de la REDI se realizará a través de la dirección de correo–e de la REDI (redi@revista-redi.es).

The origin of the Revista Española de Derecho Internacional (REDI) *dates back to 1948. Currently the REDI 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 REDI correspond to the Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI)*. The multidisciplinary nature of the AEPDIRI is reflected in the REDI, 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 seven 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.*

Manuscripts shall be submitted according with the instructions given on the website of the REDI ("Submissions"), before 1 November and 15 May for issues one and two respectively.

Any other communication with the organs of the REDI will be made through the REDI e-mail address (redi@revista-redi.es)

Página web / Website: www.revista–redi.es
Correo-e / E-mail: redi@revista-redi.es.

SUMARIO/*CONTENTS*

Pág.

EDITORIAL / *EDITORIAL*

CARDONA LLORÉNS, Jorge, *75 años de la Declaración Universal de Derechos Humanos: ¿algo que celebrar?* 13
— 75 years of the Universal Declaration of Human Rights: anything to celebrate?

I. ESTUDIOS/ *STUDIES*

ALDAZ CASANOVA, Ana María, *Protección medioambiental de la zona internacional de los fondos marinos en su consideración como patrimonio común de la humanidad* 23
— Environmental protection of the international seabed area as a common heritage of humankind

GONZÁLEZ DEL MIÑO, Paloma, *Los BRICS en el sistema internacional. Ampliación, multipolaridad y alineamientos* 45
— The BRICS in the international system. Enlargement, multipolarity and alignments

HERNÁNDEZ PERIBÁÑEZ, María Eugenia, *La potencialidad de la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: un primer paso en el acceso de las victimas a la justicia en Europa* 77
— The potential role of mandatory human rights due diligence: a first step towards victims access to legal remedy in Europe

IGLESIAS BERLANGA, Marta, *La responsabilidad de las empresas armamentistas por el tráfico ilegal de sus armas y su impacto negativo en los derechos humanos. ¿Una cuestión de debida diligencia?* 111
— The responsibility of arms companies for the illicit trafficking of their arms and its negative impact on human rights. A question of due diligence?

MOVILLA PATEIRO, Laura, *Análisis y reflexiones sobre la ¿resolución? De la controversia sobre el estatus y el uso de las aguas del Silala por la Corte Internacional de Justicia* 153
— Analysis and reflections on the resolution(?) Of the dispute over the status and use of the Silala waters by the International Court of Justice

OBREGÓN FERNÁNDEZ, Aritz, *La solicitud de asistencia militar o intervención por invitación: una aproximación desde la práctica antiterrorista* 195
— The request for military assistance or intervention by invitation: an approach from counter-terrorist practice

VELASCO-PUFLEAU, Mónica - STAVRIDIS, Stelios, *Diplomacia parlamentaria, política exterior populista y derechos humanos: la reacción del presidente López Obrador a la resolución del Parlamento Europeo de 2022* 225
— Parliamentary diplomacy, populist foreign policy and human rights: president López Obrador's reaction to the 2022 resolution of the European Parliament

II. FORO/*FORUM*

VECINDAD CIVIL, INSTITUCIONES DE LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS Y CONFLICTOS DE LEYES / *CIVIL NEIGHBOURHOOD, CIVIL LAW INSTITUTIONS FROM THE AUTONOMOUS COMMUNITIES AND CONFLICT OF LAWS*

Gardeñes Santiago, Miguel, *Nota introductoria* 257
— Introductory note
Diago Diago, Mª Pilar, *Funciones de la vecindad civil en la solución de los conflictos de leyes y distorsiones del sistema de Derecho interregional* 261
— Functions of the civil neighbourhood in resolving conflicts of laws and distortions of the system of interregional law
Zabalo Escudero, Mª Elena, *El usufructo de viudedad aragonés en el escenario de los conflictos de leyes internacionales e internos* 271
— The aragonian widowhood usufruct in the scenario of international and domestic conflicts of laws

LA GUERRA EN GAZA / *THE WAR IN GAZA*

Martínez Pérez, Enrique J., *Nota introductoria* 283
— Introductory note
Bermejo García, Romualdo, *El conflicto de Gaza tras los ataques de Hamás del 7 de octubre* 285
— The conflict of Gaza after the attacks of Hamas october 7
Escobar Hernández, Concepción, *Una estrategia judicial para la Franja de Gaza* 297
— A judicial strategy for the Gaza Strip
Remiro Brotons, Antonio, *Un pueblo deambula en Gaza* 307
— A people wander in Gaza
Salinas de Frías, Ana, *La guerra en Gaza ¿puede la lucha contra el terrorismo justificar un genocidio?* 329
— The war in Gaza: can the fight against terrorism justify genocide?

III. PRÁCTICA ESPAÑOLA / *SPANISH PRACTICE*

Fernández De Casadevante Romani, Carlos, *El Tratado de amistad y cooperación entre el Reino de España y la República Francesa, firmado el 19 de enero de 2023* 347
— The treaty of friendship and cooperation between the Kingdom of Spain and the French Republic, signed on january 19, 2023
García Juanatey, Ana, *De la teoría a la práctica: retos de la Ley de Cooperación para el desarrollo sostenible y la solidaridad global* 355
— From theory to practice: challenges of the Law of Cooperation for sustainable development and global solidarity
María Maestro Cortizas, Ana - Mkrtichyan Minasyan, Artak, *El Derecho del Mar como límite a la potestad normativa: la STS 1358/2022, de 24 de octubre de 2022* 365
— The Law of the Sea as a limit of rulemaking or secondary legislation: the judgement of the Supreme Court 1358/2022, of 24 october 2022

Checa Martinez, Miguel, *Cláusulas de elección de foro en favor de Tribunales del Reino Unido en materia civil y mercantil (a London tale after brexit)* 375
— Choice of forum clauses in favour of UK Courts in civil and commercial matters (a London tale after brexit)

IV. RECENSIONES / BOOK REVIEWS

Aragonés Molina, Laura, *La revisión de los laudos internacionales del CIADI*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, 405 pp., por Carlos Espósito Massicci 391
Ballesteros Barros, Ángel María, *Ensayo de Derecho internacional privado de sociedades*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 231 p. 231, por Elisa Torralba Mendiola 393
Bertot Triana, Harold, *Estudios sobre jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, ediciones OLejnik, 2023, 383 pp., por Víctor Luis Gutiérrez Castillo 395
Calzado Llamas, Antonio Jesús, *La sustracción internacional de menores: el Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 375 pp., por Celia M. Caamiña Domínguez 397
Castellanos Ruiz, Esperanza (directora), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 753 pp., por Mª Ángeles Rodríguez Vázquez..... 398
Fernández Pérez, Ana, *Derecho de la Energía Europeo y Cambio Climático*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 678 pp., por Lorena Sales Pallarés 401
García Andrade, Paula (ed.), *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Tirant, Valencia, 2023, 350 pp., por Luis Norberto González Alonso 404
Heredia Sánchez, Lerdys Saray, *Efectos de la plurinacionalidad en el estatuto personal. Problemas prácticos y soluciones*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 396 pp., por Ángeles Lara Aguado..... 406
Magallón Elósegui, Nerea, *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, 172 pp. Prólogo de Francisco Javier Zamora Cabot, por Maria Chiara Marullo 410
Marullo, Maria Chiara, Sales Pallarés, Lorena, Zamora Cabot, Francisco Javier. (dirs.): *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos,* Editorial Colex, 2023, 476 pp., por Libia Arenal Lora 412
Moura Vicente, Dário, *Comparative Law of Obligations,* Croydon, Edward Elgar Publishing, 2023, 475 pp., por Sixto A. Sánchez Lorenzo 414
Palao Moreno, Guillermo (ed.), *The Singapore Convention on Mediation. A Commentary on the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, Elgar, Cheltenham, 2022, por Ángel Espiniella Menéndez..... 416

RIPOL CARULLA, Santiago, PRADO ALEGRE, Elvira, *Los derechos culturales y el espacio ultraterrestre. Una mirada al patrimonio espacial*, Editorial Kinnamon, Sta. Cruz de Tenerife, 2022, 134 pp., por Mariano J. AZNAR GÓMEZ 419

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena y TORRALBA MENDIOLA, Elisa, *Delimitación del Derecho aplicable en el Reglamento 2016/679: tutela jurídico privada de la protección de datos*, Valencia Tirant lo Blanch, 2023, 352 pp., Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ 421

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad y RUBIO FERNÁNDEZ, Eva (dirs.), *La contribución de la Corte Internacional de Justicia al imperio del Derecho Internacional en tiempos convulsos: aproximaciones críticas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 284 pp., por Luis PÉREZ-PRAT DURBÁN 424

URBANEJA CILLÁN, Jorge, *La crisis del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, 342 pp., Sergio SALINAS ALCEGA 428

75 AÑOS DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS: ¿ALGO QUE CELEBRAR?

75 YEARS OF THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS: ANYTHING TO CELEBRATE?

Jorge Cardona Lloréns*

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea general de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos ("Declaración" o "DUDH" en adelante) por 48 votos a favor y 8 abstenciones[1], con 2 ausencias[2].

Con independencia del valor formal no vinculante de la DUDH por encontrarse en una resolución de la Asamblea general, su texto deja clara la intención de los Estados de no obligarse a respetar los derechos en ella proclamados a partir del momento mismo de su aprobación. Como señala su preámbulo, la DUDH se presenta como un:

> «ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción» (Preámbulo, último párrafo).

En otras palabras, la DUDH marca un camino a recorrer. No era el final de nada, sino el principio. Los Estados que votaban a favor la consideraban un "ideal", un texto "inspirador", para, mediante "la enseñanza y la educación", ir adoptando progresivamente medidas a fin de en el futuro reconocer y aplicar efectivamente los derechos proclamados en la Declaración. A pesar de ello, como ya hemos señalado, fueron varios los Estados que prefirieron

* Catedrático de Derecho Internacional Público. Universidad de Valencia (jorge.cardona@uv.es).

[1] URSS, Bielorrusia, Ucrania, Yugoeslavia, Polonia, Checoslovaquia, Arabia Saudí y Sudáfrica.

[2] Honduras y Yemen

DOI: 10.36151/REDI.76.1.1

abstenerse, muy posiblemente porque para ellos el contenido de la DUDH no era un "ideal" a conseguir.

En todo caso debe reconocerse el empeño de un grupo importante de Estados por avanzar en el camino señalado por la DUDH, lo que permitió que casi 20 años después se aprobaran el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Ambos textos son considerados como la traducción convencional de la DUDH. El conjunto de los tres instrumentos constituye la denominada "Carta de Derechos Humanos" y se afirma con carácter general que, con ellos, no sólo ha pasado a ser obligatorio el reconocimiento de los derechos contenidos en la DUDH para los Estados parte en los Pactos sino, también, que la misma Declaración ha pasado a considerarse como integrante del derecho internacional general dada la aceptación generalizada de su contenido.

El texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deja claro que las obligaciones contenidas en el mismo son de carácter automático, asumiendo el Estado el deber de reconocimiento y garantía inmediata de los derechos enunciados en el mismo desde el momento de su ratificación (art. 2.1). No obstante, la naturaleza de las obligaciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales presentaba en 1966 muchas dudas. La redacción del artículo 2.1 del mismo no habla de la obligación de reconocer y garantizar los derechos en ella reconocidos, sino de la obligación de "adoptar medidas", "hasta el máximo de los recursos de que disponga", "para lograr progresivamente […] la plena efectividad de los derechos" en él reconocidos. A esta fórmula ya de por sí genérica, se añade en el apartado 3 del mismo artículo que: "Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos", de forma que queda en duda la universalidad de esos derechos.

Es cierto que esta situación ha ido evolucionando y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación general Nº 3 sobre *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, adoptada en 1990, interpretó los conceptos "obligación de adoptar medidas", "hasta el máximo de los recursos disponibles" y "lograr progresivamente la plena efectividad" de forma que se afirma también la existencia de obligaciones inmediatas (adoptar medidas), de la obligación en todo caso de "asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos" y de que de "ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos eco-

nómicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción"[3].

Por otra parte, el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos contenidos en ambos Pactos fue afirmado explícitamente en la Conferencia de Viena sobre Derechos Humanos de 1993, en cuya *Declaración y Programa de Acción* se afirma lo siguiente:

> «Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.»

Y si alguien pudiera pensar de la lectura del texto de 1993 que los Estados, pese a reconocer la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, aceptan que la diversidad cultural o religiosa module su aplicación, dos años después, con ocasión del 50 aniversario de las Naciones Unidas, aprobaron por unanimidad una Declaración[4] en cuyo párrafo 10 se lee:

> "Si bien es necesario tener presente la importancia de las particularidades nacionales y regionales y de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, todos los Estados, cualquiera que sea su sistema político, económico y cultural, tienen la obligación de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, cuyo carácter universal no admite dudas. También es importante que todos los Estados garanticen la universalidad, la objetividad y la no selectividad en la consideración de las cuestiones de derechos humanos."

De esta forma, el cambio de orden en los elementos de la frase deja más claro el sentido. En efecto, no es lo mismo decir que los derechos humanos son universales, interdependientes e indivisibles, si bien en su aplicación deben tenerse en cuenta las diversas tradiciones históricas, culturales y religiosas, que afirmar que, pese a la existencia de diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, el carácter universal, interdependiente e indivisible de los derechos humanos no ofrece dudas, al menos en el plano político, que es donde hay que incardinar dicha Declaración.

Si esta evolución del camino iniciado por la DUDH en 1948 es importante, no lo es menos la atención que en ese camino se ha ido prestando a un gran

[3] CDESC, *Observación general Nº 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, para. 9-11.

[4] AGNU: Declaración con motivo del cincuentenario de las Naciones Unidas, 9 de noviembre de 1995, A/RES/50/6.

número de personas (en realidad a más de la mitad de la población del mundo) que, implícitamente, parecía que habían quedado fuera de la exigencia de efectividad de los derechos.

Como es sabido, el fundamento de los derechos proclamados por la DUDH es la dignidad del ser humano. Así, el primer párrafo de su preámbulo declara:

> "Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana."

Lo que le lleva a proclamar en su artículo 1 que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos". Sin embargo, lo cierto es que esa "igual dignidad" no le era reconocida a todo ser humano. El hombre de raza blanca, de mediana edad, sano, nacional del Estado en el que vive y con plenas capacidades era el titular de esa plena dignidad, mientras las mujeres, los niños y las niñas, las personas con discapacidad, las personas de edad avanzada, los migrantes, las personas pertenecientes a minorías étnicas o nacionales seguían encontrando barreras físicas, jurídicas, económicas, políticas o culturales, que les impedían verse reconocida esa misma dignidad.

Costó años conseguir que los Estados adoptaran tratados en los que se obligan a adoptar medidas para eliminar la discriminación racial, la discriminación de la mujer, de los migrantes o, simplemente, reconocer que los niños y niñas o las personas con discapacidad no son objetos de protección, sino sujetos de derecho de igual dignidad que los demás y, por tanto, que el Estado está obligado a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar las barreras que a unas u otros les impiden el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con los demás.

Naturalmente, no es lo mismo proclamar esa igual dignidad y derechos en un texto que conseguir eliminar los estereotipos racistas, machistas, adultocentristas, capacitistas o xenófobos en la sociedad. Después de casi sesenta años de la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, de cuarenta y cinco años de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de treinta y cinco años de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de veinticinco de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, o cerca de veinte después de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, sigue siendo una realidad la discriminación racial, de la mujer, de la infancia, del migrante o de las personas con discapacidad en prácticamente todos los Estados del mundo.

No obstante, debemos reconocer que la proclamación de esa igualdad en dignidad y en derechos de todas las personas, el reconocimiento de que el único enfoque posible es el de los derechos humanos, debiendo apartar las

visiones caritativas o basadas en necesidades, es un enorme avance en ese camino que la DUDH inició en la comunidad internacional hace 75 años, pese a seguir existiendo retos en el camino. Reconocer la igualdad en dignidad y derechos con independencia de la orientación sexual, de encontrarse en los últimos años de la vida, de no tener nacionalidad, o de formar parte de algunos otros colectivos, sigue siendo una batalla internacional aún no ganada con carácter general.

Junto al establecimiento de obligaciones para conseguir eliminar las barreras que impiden la efectiva igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos, otra de las etapas fundamentales en el camino iniciado por la DUDH era la prevención y represión de violaciones especialmente graves de los derechos humanos, así como la reparación de las víctimas. Varias de esas etapas han sido paulatinamente cubiertas por la *Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio*, la *Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, la *Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, o por la *Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*, entre otras.

Estas son algunas muestras de los logros normativos conseguidos en el camino hacia ese "ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse" que proclamó hace 75 años la DUDH. Y me he limitado a señalar sólo algunos de esos logros en el marco universal de las Naciones Unidas, sin citar los avances habidos en los ámbitos regionales de Europa, América o África.

Sin duda, si este editorial lo hubiera redactado en 2006, año de las dos últimas grandes convenciones de derechos humanos de Naciones Unidas (sobre desapariciones forzadas y sobre derechos de personas con discapacidad), hubiera terminado felicitándome por ese camino recorrido. Pero no estamos en 2006 sino en 2023; y en este tiempo el camino se ha llenado de tantos obstáculos que esa felicitación parece ilusoria.

El derecho internacional de los derechos humanos se apoya en estructuras multilaterales: es siempre en el marco de organizaciones internacionales donde los Estados negocian y avanzan en el compromiso por respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; y es en el marco de estructuras institucionales multilaterales donde los Estados crean mecanismos de control del respeto de los derechos humanos. Mecanismos institucionales de control que han ayudado a la interpretación progresiva del contenido de las convenciones y han ayudado enormemente en el camino hacia el reconocimiento de la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos, así como en la identificación de las barreras que impiden el ejercicio de los derechos en con-

diciones de igualdad, prestando asistencia técnica para ayudar a los Estados a eliminar esas barreras.

Pese a que el cambio de siglo del XX al XXI auguraba una época dorada de multilateralismo en las relaciones internacionales con valores cada vez más compartidos (hasta el punto de que hubo quien llegó a hablar del fin de la historia), sin embargo acabó en una reconfiguración del orden internacional en el que el protagonismo de nuevos actores en la estructura política y económica mundial supone, cuando menos, un reto para el sistema multilateral. La agudización de las diferencias entre las principales potencias del mundo, manifestada en crisis reflejadas, por ejemplo, en la expulsión de Rusia del G8 a raíz de la crisis de Crimea o en el debilitamiento de la alianza euroatlántica propiciada por el gobierno de Trump en Estados Unidos, propició la aparición de grupos de Estados deseosos de configurar un orden internacional diferente.

En este sentido es de especial relevancia la *Declaración Conjunta de la República Popular China y la Federación de Rusia sobre la Profundización de la Asociación Estratégica Integral para la Cooperación en una Nueva Era*, realizada en marzo de 2023[5], es decir en plena guerra de ocupación rusa de Ucrania y en situación de gran tensión entre Estados Unidos y China. En dicha Declaración,

> "[a]mbas partes constatan el rápido ritmo de los cambios en el mundo, la profunda transformación de la arquitectura internacional, la irreversibilidad de tendencias históricas como la paz, el desarrollo, la cooperación y el beneficio mutuo, *la aceleración del proceso de creación de un orden mundial multipolar*, la consolidación de las posiciones de los países emergentes y en desarrollo, el creciente número de potencias regionales con incidencia en los procesos mundiales y su voluntad de defender sus legítimos intereses nacionales"[6].

Junto a ello afirman que

> "[l] as partes señalan que cada Estado tiene sus propias características históricas, culturales y nacionales y tiene derecho a elegir su propio camino de desarrollo. *No existe una "democracia suprema". Ambas partes se oponen* a que un Estado imponga a otro sus valores, a que se tracen líneas ideológicas, *a que se cree una falsa narrativa sobre la supuesta oposición de democracias y autocracias*, y *a que se utilicen la democracia y la libertad como pretexto e instrumento político para ejercer presión sobre otros Estados*"[7].

Es en este marco en el que se encuadra el nacimiento unos años antes del llamado grupo BRICS, formado por Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica, ampliado recientemente para incluir a Egipto, Etiopía, Irán, Arabia Saudí y

[5] Ver la reproducción parcial del texto en diario El País de 26 de marzo de 2023: https://elpais.com/internacional/2023-03-26/asi-es-el-plan-de-xi-y-putin-para-una-nueva-era.html

[6] Énfasis añadido

[7] Énfasis añadido

Emiratos Árabes Unidos, en lo que se conoce como BRICS+. Este grupo de Estados se reúne anualmente y ha adoptado una serie de iniciativas, entre ellas la creación del Nuevo Banco de Desarrollo (NBD), una institución alternativa al Fondo Monetario Internacional y al Banco Mundial con sede en Shanghái, que ha invertido más de 30.000 millones de dólares en diversas economías en desarrollo.

Si bien el futuro de los BRICS+ es incierto por el momento, no es difícil predecir que su presencia en la escena internacional irá en aumento y, en todo caso, nos deja ya claro que no vamos hacia estructuras multilaterales, sino multipolares.

Es muy posible que estemos ante la lenta pero progresiva deconstrucción del sistema organizativo establecido tras la Segunda Guerra Mundial.

En cualquier caso, el problema no es tanto la multipolarización como la polarización que la acompaña. Los Estados han radicalizado sus posiciones en la escena internacional y el diálogo entre los distintos centros de poder es cada vez más difícil, lo que está siendo aprovechado por movimientos localistas y nacionalistas que están configurando un mundo en el que cada Estado persigue sus propios intereses sin pensar en lo que deberían construir entre todos.

A esta situación se añade un fenómeno que, si bien se produce en el interior de los Estados, tiene profundas consecuencias para el orden internacional en general y para los derechos humanos en particular: la emergencia del populismo. Se trata, en realidad, de un fenómeno antiguo, cuyas terribles consecuencias experimentó la humanidad en la primera mitad del siglo XX, y que tiene una gran influencia en la polarización antes mencionada.

Frente a la idea de cambiar el contenido de las normas y de las prácticas para dar cabida a valores comunes a todos los Estados y a todos los pueblos (paz, desarrollo, derechos humanos, exigencias sociales, culturales, sanitarias, medioambientales, etc.), acompañada de la construcción de alianzas entre los Estados, las organizaciones internacionales y la sociedad civil en torno a valores compartidos, el populismo se caracteriza por su combativo simplismo: propone soluciones simples a problemas complicados, agitando a la población en respuesta a las frustraciones con la actual organización social, económica y política. El populismo es antisistema por definición: para el populismo, las instituciones están siempre corrompidas y deben cambiarse, utilizando argumentos emocionales. Los populistas —de derechas o de izquierdas, si es que estos conceptos aún perduran— se arrogan la autoridad moral y pretenden ser los únicos que actúan en nombre del pueblo. Esta superioridad les permite desmantelar el sistema jurídico nacional y cuestionar la validez del sistema jurídico internacional. En cuanto al primer punto, el régimen populista reforma y distorsiona las instituciones a su antojo, elimina los controles y equilibrios del Estado, modifica sus leyes fundamentales,

ignora a la oposición política, acosa a los medios de comunicación y persigue a los jueces díscolos. En cuanto al segundo punto, el populista cuestiona la validez del derecho internacional porque va en contra de su proyecto de soberanía. No en vano, el orden internacional limita su poder mediante normas que vinculan a los Estados en ámbitos como la protección internacional de los derechos humanos, las minorías, los extranjeros y el medio ambiente. Según los populistas, estas cuestiones son contrarias a la soberanía nacional y a los valores patrióticos. Los populistas apelan a la legitimidad de la mayoría. Los poderes compensatorios del Estado socavarían la decisión de la mayoría, por lo que también se supone que los poderes compensatorios van en contra de la voluntad del pueblo justo. Todas sus acciones estarían justificadas por su supuesta autoridad moral[8].

Auspiciados por la frustración de las personas cuyo bienestar y nivel de vida se ven amenazados por la globalización, las políticas de austeridad y la creciente desigualdad, en los últimos 20 años hemos visto llegar al poder a los gobiernos populistas de Hugo Chávez y Maduro en Venezuela; Donald Trump en Estados Unidos; Jair Bolsonaro en Brasil; Evo Morales en Bolivia; Javier Milei en Argentina; Nayib Bukele en El Salvador; Alexis Tsipras en Grecia; Viktor Orban en Hungría; Giorgia Meloni en Italia; Recep Tayyip Erdogan en Turquía; Duterte en Filipinas; Thaksin Shinawatra en Tailandia; Roh Moo-Hyun en Corea del Sur; o el gobierno de coalición en Austria entre el FPÖ y el OVP. Hemos visto la creciente influencia de los partidos populistas de derecha e izquierda en Francia, Alemania, Reino Unido, Dinamarca, Finlandia, España y otros países.

Paradójicamente, mientras se enarbola el argumento de la soberanía nacional, la utilización maliciosa de las tecnologías de relación, información y comunicación facilita la injerencia extranjera a regímenes políticos que promueven estos populismos a través de la desinformación para desestabilizar a los Estados democráticos. Existe la convicción extendida de que los principios del derecho internacional son también aplicables al ciberespacio pero, hasta que se adopten acuerdos internacionales concretos que no coarten la libertad de expresión, los gobiernos de estos regímenes —como el régimen de Putin en Rusia pero también otros—, aprovechan el uso de técnicas logarítmicas y de tecnologías que dificultan la atribución de las acciones para introducir más elementos de inestabilidad en el sistema internacional a través de las amenazas a miembros de la sociedad civil y la explotación abusiva de las narrativas históricas, religiosas y culturales con un reflejo ulterior aún más dramático: la negación de la universalidad de los derechos humanos y su violación grave y sistemática.

[8] Cf.: Susana Sanz: "Populismo y crisis del estado de derecho en Europa", en Paulina Astroza Suárez y Cristóbal Bellolio Badiola (compiladores): *Impacto, riesgos y oportunidades del populismo en Europa y América Latina*, Tirant lo Blanch, Valencia 2024, pp. 61-74.

Estos elementos han favorecido la aparición de impulsos imperialistas de viejas potencias que buscan extender su poder, como es el caso de Rusia y su invasión, primero de Crimea y luego del este de Ucrania, con la alianza o connivencia de potencias como Irán y China; la agresión e intento de genocidio contra el pueblo palestino por parte de Israel en Gaza, con el vergonzoso silencio o incluso apoyo explícito de las llamadas democracias occidentales; o la extensión de dictaduras militares fruto de golpes de Estado en África, violando sistemáticamente los derechos humanos, con el silencio de la mayoría de la comunidad internacional, que ha dejado de preocuparse por la suerte de una población abandonada al hambre y la destrucción y a la que cierra las puertas a la emigración reforzando militarmente sus fronteras y estableciendo políticas de expulsión para quienes, a riesgo de sus vidas, han logrado penetrar en sus territorios. Si a ello sumamos tantos Estados cuyos regímenes son claramente autoritarios —desde Marruecos a Brunei, desde cualquier emirato a Bielorrusia—, el panorama se nos muestra desolador.

Por otra parte, en las dos primeras décadas del siglo XXI se ha producido otro proceso de graves consecuencias: por un lado, el debilitamiento de la organización mundial, cuyo papel en el mantenimiento de la paz y la seguridad se ha diluido, tanto por la parálisis del papel de las operaciones de mantenimiento de la paz, envueltas en conflictos cada vez más complejos en los que fracasan, como por su inexistente papel en conflictos como los de Ucrania o Gaza. Por otro lado, las organizaciones regionales, que en las últimas décadas del siglo XX desarrollaron procesos de integración cada vez más avanzados, han visto debilitado su papel por fenómenos como el Brexit o la aparición de controversias internas entre sus miembros, que paralizan su actividad o al menos la ralentizan.

Los gobiernos populistas no ocultan su desprecio por las instituciones que defienden los derechos humanos, tratando de eludir el sometimiento a los tribunales regionales de derechos humanos o simplemente no aplicando sus sentencias. Estos gobiernos recortan el presupuesto asignado a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos a la vez que elevan el gasto militar un 9% en 2023, alcanzando el récord histórico de 2,2 billones de dólares, cantidad superior al PIB de Italia. Para estos gobiernos los estereotipos machistas o adultocentristas son un invento ideológico y niegan la existencia de la violencia de género o consideran que el problema de la juventud se debe a haber dejado de practicar el castigo físico durante la infancia. Para estos gobiernos, el multilateralismo y los Objetivos de Desarrollo Sostenible se convierten en el enemigo público número uno; y las Naciones Unidas y dichos Objetivos se presentan como la causa de todos los males que sufre la población, aún a sabiendas de que esta actitud puede conducir a la destrucción del planeta, cuyo ejemplo paradigmático es la negación del cambio climático como bandera ideológica.

Sin duda, estas posturas repercuten en el derecho internacional. Derecho internacional en el que se debilitan o ignoran las normas relativas a la igualdad soberana de los Estados, la prohibición del uso de la fuerza, la autodeterminación de los pueblos, el respeto de los derechos humanos, en particular los de los no nacionales y los pobres, y la protección del medio ambiente.

Así las cosas, parece ya muy lejos aquel proceso iniciado en 1948 y que en 2006 parecía seguir avanzando. No obstante, es cierto que, frente a estos fenómenos, asistimos a sucesivas conferencias mundiales en las que se sigue intentando, con mucho esfuerzo, llegar a acuerdos sobre medio ambiente, migraciones, derechos humanos o cooperación en ámbitos como la justicia, la población y el desarrollo. Del mismo modo, nos encontramos con Estados que recurren a la Corte Internacional de Justicia para condenar la comisión de genocidios (como la demanda de Gambia contra Myanmar o la de Sudáfrica contra Israel) o que intentan activar los mecanismos de la Corte Penal Internacional por graves violaciones de derechos humanos, así como con una sociedad civil que lucha por hacer oír su voz reivindicando valores como la necesaria protección de los derechos de todas las personas y de todos los pueblos.

Las contradicciones resultantes dan lugar a un derecho internacional de resultado incierto. Sin duda ha habido muchos momentos históricos llenos de dificultades y contradicciones en las relaciones internacionales a lo largo de estos 75 años. A lo largo de ellos hemos visto cometer un número insoportable de genocidios (algunos calificados como tales y juzgados en dicha condición y otros no): Camboya, Bosnia (Srebrenica), Ruanda, República Centroafricana, Iraq, Sudán del Sur, Siria, Myanmar, Nigeria o el norte del Cáucaso. Hemos visto enfrentamientos entre las grandes potencias durante la guerra fría que nos han hecho presagiar una tercera guerra mundial, como fueron la crisis del canal de Suez o la de los misiles en Cuba. Y nada de todo ello impidió que se siguiera avanzando en el camino que hace 75 años marcó la DUDH. Pero, el que se superaran entonces los obstáculos, no quiere decir que ahora se vayan también a superar, al menos sin un gran esfuerzo. Por ello, tal vez no sea este el momento de la autocomplacencia y de felicitarse por los logros alcanzados en estos 75 años desde la DUDH, sino el momento de las trincheras y de disponerse a luchar por mantener los avances conseguidos en derechos humanos e intentar continuar en ese camino.

PROTECCIÓN MEDIOAMBIENTAL DE LA ZONA INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS EN SU CONSIDERACIÓN COMO PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD

ENVIRONMENTAL PROTECTION OF THE INTERNATIONAL SEABED AREA AS A COMMON HERITAGE OF HUMANKIND

Ana María Aldaz Casanova*

Resumen: La Zona Internacional de los Fondos Marinos constituye un espacio protegido con la designación de Patrimonio Común, por lo que su gobernanza queda consagrada a la consecución del beneficio común de la humanidad. Pero, ¿qué criterios dotan de contenido a este propósito? A día de hoy, la minería submarina vive una auténtica ebullición y se perfila como una actividad que puede contribuir a la salida de la crisis social, económica y de materiales que vivimos a nivel global. Por contraposición, esta actividad anuncia importantes riesgos ambientales y amenaza con poner en peligro zonas con alto valor ecológico. El presente trabajo aborda las implicaciones del estatus de Patrimonio Común de la Humanidad fijado para la Zona Internacional de los Fondos Marinos, profundizando en los verdaderos propósitos y criterios que marcaron su existencia y determinando qué impronta ejerce en su gobernanza la obligación general de protección medioambiental. Sobre esa base, se perfilarán las inquietudes que imperan actualmente en la toma de decisiones y extraerán conclusiones sobre la coherencia de este sistema con el mandato específico de su administración en beneficio para la humanidad.

Palabras clave: Autoridad internacional de los fondos marinos, protección medioambiental, principio de precaución, Evaluación de Impacto Ambiental, Patrimonio común de la Humanidad, Espacios Comunes, Minería Oceánica.

Abstract: The International Seabed Area constitutes a protected space designated as "Common Heritage", with its governance dedicated to achieving the common benefit of humanity. However, what criteria give substance to this purpose? Currently, deep-sea mining is experiencing a genuine boom and emerges as an activity that may contribute to overcoming the social, economic, and material crisis we are facing globally. In contrast, this activity signals significant environmental risks and threatens areas of high ecological value. This paper addresses the implications of the status of Common Heritage of Mankind established for the International Seabed Area, delving into the true purposes and criteria that shaped its existence and determining the imprint the general obligation

* Profesora asociada de DIP y RRII en la Universidad de Murcia (ana.aldaz@um.es). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 15 de enero de 2024.

of environmental protection has on its governance. This is done to outline the concerns prevailing in decision-making processes and draw conclusions about the coherence of the system with the specific mandate of benefiting humanity.

Keywords: International Seabed Authority, environmental protection, precautionary principle, Environmental Impact Assessment, Common Heritage of Humankind, Global Commons, Ocean mining.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DETERMINACIÓN DEL ESTATUS DE LA ZONA INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS Y LA DESIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD COMO CUSTODIO. 2.1. Vicisitudes en la negociación del mar y los océanos: primeros pasos. 2.2. Oxímoron del acuerdo de 1994. 2.3. La Zona Internacional de los Fondos Marinos como Patrimonio Común de la Humanidad. Criterios y propósitos que marcan la toma de decisiones. 3. LA OBLIGACIÓN GENERAL DE PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO CONDICIONANTE Y OBLIGACIONES DIRECTAS ESPECÍFICAS. 3.1. El principio de precaución. 3.2. Evaluación de impacto ambiental en la gobernanza de la Zona. 3.3. Monitorización de los efectos medioambientales en la Zona. 3.4. Control de daños e incidentes. 3.5. Mecanismos de control del cumplimiento. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Desde los años 60 se conoce la potencialidad de los fondos marinos como fuente de suministro de minerales, si bien la dificultad logística y los inconvenientes tecnológicos y económicos para su extracción, unido a la abundancia de minerales en la tierra, habían constituido, hasta hace bien poco, elementos de contención para frenar la explotación de dicho espacio. Posteriormente, varios factores de diversa naturaleza han despertado de nuevo aquellas primigenias inquietudes. Se apuesta hoy por la minería en alta mar para afrontar las cada vez más globales crisis que aturden la estabilidad económica, comercial y de suministro de materias primas[1]. Sin embargo, multitud de estudios científicos sostienen que esta actividad presenta riesgos de graves repercusiones ecosistémicas y medioambientales, señalando además los riesgos de daños irreparables que puede presentar para los ecosistemas, así como para organismos y formas de vida cuya potencialidad para el beneficio humano se anuncia prometedora[2].

En este contexto, el sistema de gobernanza diseñado en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante la UNCLOS —según sus siglas en inglés—) para la exploración y explotación minera de la Zona

[1] Véase: II Evaluación Mundial de los Océanos, vol. II, 2021., pp. 259 y ss., adoptada dentro del proceso ordinario para la presentación de informes y la evaluación del estado del medio marino a escala mundial en el Marco de Naciones Unidas. Disponible en *https://www.un.org/regularprocess/content/woa*.

[2] Véase entre otros: HAUTON, Chris, *et al*., "Identifying Toxic Impacts of Metals Potentially Released during Deep Sea Mining. A Synthesis of the challenges to Quantifying Risks", *Frontiers in Marine Science*, vol. 4, 2017, pp. 1-13. Disponible en *https://doi.org/10.3389/fmars.2017.00368*. VANREUSEL, Ann, *et al*., "Threatened by mining, polymetallic nodules are required to preserve abyssal epifauna", *Scientific Reports*, vol. 6, 2016, pp. 1-13. SIMON-LLEDÓ, Erik, *et al*., "Biological effects 26 years after simulated deep-sea mining", *Scientific Reports*, vol. 9, 2019, pp. 1-13. Disponible en*: https://doi.org/10.1038/s41598-019-44492-w*. FAUNA & FLORA INTERNATIONAL, *An assessment of the risks and impacts of seabed mining on marine ecosystems,* Cambridge, 2020. Disponible en: *https://www.fauna-flora.org*.

Internacional de los Fondos Marinos (en adelante la Zona), instituye a la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (en adelante la Autoridad) como custodio de un espacio que se califica de Patrimonio Común de la Humanidad, marcando para el ejercicio de esta encomienda una serie de propósitos específicos que se alinean con las inquietudes económicas y de redistribución de la riqueza que informaron inicialmente la negociación de la parte XI de la Convención y entre las que no figuran de principio los intereses medioambientales o ecológicos. Sin embargo, la UNCLOS sí que contempla en su parte XII una conminación explícita a la protección medioambiental, que queda contemplada como una obligación general de los Estados en el art. 192.

Por su parte, desde que el informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo: "Nuestro Futuro Común" alertara de las consecuencias negativas del desarrollo económico y la globalización[3], se ha hecho fuerte en la agenda multilateral un nuevo paradigma que impele al "desarrollo sostenible de la economía mundial". Se impone como prioridad operar una optimización de resultados en la toma de decisiones, lo que incluye tomar en consideración todas sus repercusiones, destacando de forma específica las repercusiones medioambientales. Estas nuevas preocupaciones han calado en el desarrollo normativo del régimen de gobernanza de la Zona, incorporando al proceso de toma de decisiones requisitos y condicionantes de ascendencia preventiva, que en todo caso quedan orientados al control y contención de los eventuales daños consecuentes de las actividades en la Zona.

El presente trabajo parte de una contextualización previa, orientada a definir los criterios y propósitos que marcaron el diseño del sistema de gobernanza de la Zona y la institución de la Autoridad como su custodio, profundizando en los intereses que motivaron su designación y que por ende imperan en la toma de decisiones. En este contexto, analizaremos el alcance que la obligación general de protección ambiental tiene en la administración y gestión de este espacio, desglosando las obligaciones específicas que se derivan de la misma. Finalmente, se pondrán sobre la mesa ciertas apreciaciones sobre el panorama que arroja este sistema tal y como está diseñado, de cara a determinar el verdadero beneficio neto que ofrece para la humanidad, entendida en su concepción global.

2. LA DETERMINACIÓN DEL ESTATUS DE LA ZONA INTERNACIONAL DE LOS FONDOS MARINOS Y LA DESIGNACIÓN DE LA AUTORIDAD COMO CUSTODIO

2.1. Vicisitudes en la negociación del mar y los océanos: primeros pasos

La recurrente tendencia del ser humano hacia la apropiación y fagocitación del entorno no ha dejado indemnes a los mares y océanos. Con el fin

[3] Asamblea General: RES A/42/427, "Our common Future", 4 de Agosto de 1987.

de poner coto a los numerosos conflictos internacionales cuyo origen era la dominación de este espacio, a mitad del siglo XX se iniciaron las primeras negociaciones para la codificación del derecho del mar[4].

Si bien ninguna de las cuatro convenciones de 1958 sobre Derecho del Mar proporcionaban normas sustantivas explícitas que abordaran la exploración y explotación de los fondos marinos más allá de la jurisdicción nacional, los Estados más desarrollados propugnaban la aplicación generalizada de la norma consuetudinaria que abogaba por el libre aprovechamiento de los mares y océanos, argumentando el carácter razonable y ecuánime de dicha propuesta, pues en apariencia favorecía un uso y disfrute pretendidamente democrático y universal[5]. La falacia de esta postura residía sin embargo en su trasfondo leonino, que intrínsecamente consolidaba las grandes desigualdades entre países pobres y ricos y preconizaba una liberalidad encubierta, pues solo los países más ricos disponían, o estaban en disposición de disponer a corto/medio plazo, de los avances tecnológicos y los medios materiales necesarios para poder llegar a alcanzar, servirse y atesorar estas riquezas procedentes de la minería submarina.

En este contexto, la delegación de Malta ante Naciones Unidas tomó la iniciativa, para solicitar el 17 de agosto de 1967 la inscripción de una nueva cuestión en el orden del día de la Asamblea General[6]. En su discurso, el embajador Arvid Pardo solicitó la reserva de los fondos marinos y alta mar exclusivamente para fines pacíficos y el uso de sus recursos en "interés de toda la humanidad", argumentando esencialmente cuestiones de equidad social[7]. Esta solicitud llevó a la creación el 18 de diciembre de 1967 de un comité especial para el estudio de la propuesta, que terminó encargándose de la preparación de la III Conferencia del Derecho del Mar. Así, la Asamblea General aprobó el 17 de diciembre de 1970 su resolución 2749 (XXV), en la que recoge la declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional, destacando como objetivo prioritario el "sano desarrollo de la economía mundial y el crecimiento equilibrado del comercio internacional" y señalando que la exploración de la zona y la explotación de sus recursos se realizarán en "beneficio de toda la humanidad" [8].

---

[4] Asamblea General: RES/1105 (XI), "Conferencia internacional de plenipotenciarios encargada de examinar el derecho del mar", 21 febrero de 1957.

[5] Véase: SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "El régimen jurídico de la explotación de los fondos marinos y oceánicos y los intereses de España", *Anuario da Facultade de Direito da Universidade da Coruña*, vol. 3, 1999, pp. 609-631.

[6] Asamblea General: A/6696, A/C.1/952. "Examination of the question of the reservation exclusively for peaceful purposes of the seabed and the ocean floor, and the subsoil thereof, underlying the high seas beyond the limits of present national jurisdiction, and the use of their resources in the interest of mankind, General debate", 1 Noviembre 1967.

[7] J. M. Sobrino Heredia considera que esta propuesta se alineaba con exigencias de un propugnado Nuevo Orden Económico Internacional, basado en las ideas de interdependencia, cooperación y reparto equitativo. SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "El régimen jurídico de la explotación de los fondos marinos y oceánicos y los intereses de España", *op. cit.,* p. 610,

[8] Asamblea General: RES/2749 (XXV), "Declaración de principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional". 17 diciembre 1970. Principio 7.

Finalmente, la III Conferencia del Derecho del Mar desemboca en la aprobación en Montego Bay de la Convención de Naciones Unidas Sobre el Derecho del Mar[9]. Considerada la "Constitución de los Mares y Océanos", la UNCLOS configura en su seno un orden jurídico marítimo que se sustenta en la compartimentación de los océanos, segmentándolos por líneas invisibles que determinan espacios en los que la capacidad de intervención de Estados ribereños y del resto de la Comunidad Internacional se diversifica, adquiriendo aquellos un rol preferente sobre sus zonas adyacentes[10]. Por otro lado, dentro del ámbito de las zonas fuera de la jurisdicción nacional, la UNCLOS contempla dos espacios diferentes que se encuentran amparados por dos tipos distintos de regímenes.

Por una parte, se define el Alta Mar en la parte VII de la Convención en sentido negativo o residual, identificándola como aquellas partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico[11]. Para este espacio la UNCLOS prescribe un régimen de libertad de uso para todos los Estados. Por otra parte, la Zona Internacional de los Fondos Marinos, integrada por los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional[12] disfruta de un régimen jurídico diferente, derivado de su concepción como Patrimonio Común de la Humanidad, por lo que se fijan criterios específicos para los usos de este espacio[13]. Estos criterios recogen una perspectiva inclinada a asumir la existencia de unos intereses colectivos que impelen a la internacionalización de la gestión de sus recursos inspirada en la equidad[14].

---

[9] Convención de Naciones Unidas de Derecho del Mar, de 10 de diciembre de 1982, 1833 UNTS, 561.

[10] Sobre esta cuestión véanse, entre otros: BARRET, Jill Y BARNES, Richard, *Law of the Sea: UNCLOS as a Living Treaty,* British Institute of International and Comparative Law, London, 2016, pp. 33-35. FORTEAU, Mathias y THOUVENIN, Jean-Marc, *Traité De Droit International De La Mer,* Editions Pedone, Paris, 2017, pp. 12-13. Por su parte J. M. Sobrino Heredia hace referencia a la búsqueda con la UNCLOS de un equilibrio entre libertad y apropiación, lo que según el autor ha llevado a un fenómeno de "territorialización de los mares y océanos". SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "La Conservación y Uso sostenible de la Diversidad Biológica Marina en las Zonas situadas fuera de la Jurisdicción Nacional: ¿Una nueva manifestación de la tensión entre una gobernanza zonal y una gobernanza global de los mares y océanos?", n CASADO RAIGON, Rafael y MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique Jesús (Coords): *La Contribución de la Unión Europea a la Protección de los Recursos Biológicos en Espacios Marinos de Interés Nacional*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 221.

[11] Art. 86 UNCLOS.

[12] Art. 1.1 UNCLOS. La zona ocupa aproximadamente a día de hoy el 50 % del área oceanográfica mundial.

[13] ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín expone que fue la técnica del compromiso de conjunto lo que favoreció que los Estados industrializados aceptaran el principio de Patrimonio Común como contrapartida a la consecución de otros objetivos como la libertad de navegación, sobrevuelo, etc. ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, "Equidad por Seguridad Jurídica. La Conservación y uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional", en CASADO RAIGON, Rafael y MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique Jesús (Coords), *La Contribución de la Unión Europea a la Protección de los Recursos Biológicos en Espacios Marinos de Interés Nacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021. pp. 335 y 336. Véase también RANSON GARCÍA, John., "Modificaciones de la parte XI de la Convención de las NNUU sobre Derecho del Mar", *Revista de Marina,* nº 5, 1999. pp. 442–447.

[14] SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "La Conservación y Uso sostenible de la Diversidad Biológica Marina en las Zonas situadas fuera de la Jurisdicción Nacional:…", *op. cit.* p. 225.

2.2. Oxímoron del acuerdo de 1994

Si bien la Convención obtuvo inicialmente mayoría suficiente para su entrada en vigor, la exigua respuesta y respaldo por parte de los Estados más desarrollados ponían en serio peligro su efectividad práctica[15]. En este contexto, mientras los Estados industrializados temían que se implantara y diera por bueno el régimen masivamente aprobado por los Estados en desarrollo, estos no contemplaban como un triunfo un texto que no fuera a recibir el respaldo generalizado de la Comunidad Internacional[16]. Ante dicha tesitura, el Secretario General de la ONU inició una ronda de consultas oficiosas entre 1990 y 1994, bajo la premisa de la revisión de lo adoptado en la Parte XI de la UNCLOS mediante un nuevo acuerdo que garantizara su eficacia y tuviera vocación universal.

El Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de 28 de julio de 1994 consiguió diluir las objeciones y reservas de buena parte de los Estados industrializados[17], victoriosos tras una negociación que cristalizó en una revisión vinculante mucho más afín a sus intereses y que a mayor añadidura tiene prevalencia sobre la parte XI de la UNCLOS en caso de haber de discrepancias[18]. El acuerdo reafirma en su Exposición de Motivos el estatus de Patrimonio Común de la Humanidad para la Zona y sus Recursos, si bien recogiendo importantes enmiendas al texto originario de la UNCLOS que se focalizaron especialmente en las facultades de la Autoridad, en el refuerzo del papel del Consejo, en cuya configuración se potencia el peso de los países industrializados y se le dota con mayores capacidades de control[19] y en la dilución de la hegemonía de la Empresa, diseñada en su día como brazo ejecutor de la explotación de la Zona y que a día de hoy, casi 30 años después de la firma del acuerdo, sigue sin operatividad.

En definitiva, si bien por un lado el acuerdo de 1994 suaviza la contundencia de la vertiente social redistributiva que fijaba la parte XI de la UNCLOS, por otro consiguió alcanzar un consenso que aunara las inquietudes

---

[15] A la fecha del depósito del último instrumento de ratificación preciso para la entrada en vigor de la UNCLOS operado por la Guayana el 16 de noviembre de 1994, tan solo un país industrializado, Islandia, la había ratificado.

[16] Sobre el temor hacia una dualidad de regímenes: TREVES, Tullio, "L´entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer et les condictions de son universalisme", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 39, 1993, pp. 850-873.

[17] Para ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín, el resultado de la renegociación de la Parte XI hizo imperar el principio de seguridad jurídica por encima del principio de equidad. ALCAIDE FERNANDEZ, Joaquín, "Equidad por Seguridad Jurídica …", *op. cit.,* p. 336. En la misma línea, SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "El régimen jurídico de la explotación de los fondos marinos y oceánicos y los intereses de España", *op. cit.,* p. 610.

[18] Arts. 1 y 2 del Acuerdo.

[19] Si bien la Convención descansaba sobre la preponderancia de la Asamblea sobre el Consejo, el Acuerdo de 1994 invierte esta fórmula, convirtiendo al Consejo en un órgano imprescindible (secc. 3.4 del Anexo del Acuerdo); a su vez el Acuerdo modifica la composición del Consejo asegurando la preponderancia de los países industrializados en las decisiones sobre la administración de la Zona. Véase SOBRINO HEREDIA, José Manuel, "El régimen jurídico de la explotación de los fondos marinos y oceánicos y los intereses de España", *op. cit.,* pp. 627 y 628.

de equidad plasmadas por los Estados en vías de desarrollo y los intereses económicos ambicionados por los Estados desarrollados, marcando ambos dos como los propósitos a alcanzar. Se obtiene así un respaldo amplio de la Convención, que junto con el Acuerdo de 1994, enmarca el régimen jurídico regulador de las actividades mineras en la Zona.

2.3. La Zona Internacional de los Fondos Marinos como Patrimonio Común de la Humanidad. Criterios y propósitos que marcan la toma de decisiones

En la configuración del sistema de gobernanza de los fondos marinos y su subsuelo, tal y como queda pergeñado en la parte XI de la UNCLOS y el Acuerdo de 1994, se otorga una protección específica a la Zona y a sus recursos minerales[20] mediante su consideración como Patrimonio Común de la Humanidad[21]. De esta forma queda excluido este espacio de toda reivindicación de soberanía[22] y se instituye a la Autoridad como su custodio, siendo la organización a través de la cual los Estados parte coordinarán y controlarán el desarrollo de las actividades de exploración y explotación particularmente con miras a la administración de los recursos [23].

Pero, aunque la UNCLOS reconoce en el párrafo quinto de su preámbulo la conveniencia de establecer un orden jurídico para los mares y océanos que promueva, entre otros, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos, la determinación del cometido que se termina fijando para la Autoridad queda concentrado en el aprovechamiento económico de los recursos minerales y su administración y reparto equitativos y justos[24]. Este desenlace resulta coherente con el análisis

[20] Si bien este estatuto jurídico de Patrimonio Común parece excluir cualquier otro tipo de recurso que no pueda incluirse dentro de la categoría de "recursos minerales situados en los fondos marinos y su subsuelo" (art. 133 a) en relación con art.136), esta cuestión ha sido seriamente discutida por quienes defienden que la materialización del interés común de la humanidad se proyecta tanto en espacios, como bienes, y seres vivos determinados. Véase KISS, Alexandre-Charls,"La notion de Patrimoine Commun de l´Humanité", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 175, 1982, p. 243.

[21] Art. 136 UNCLOS. Por su parte, el art. 140 de la UNCLOS dedicado al concepto de "Beneficio de la Humanidad", alude exclusivamente a las necesidades divergentes en función del grado de desarrollo, para abogar por una distribución y financiación equitativas sobre una base no discriminatoria.

[22] Art. 137 UNCLOS. Véase: JUSTE RUIZ, Jorge, "La gobernanza de los global commons como patrimonio colectivo del Derecho Internacional", *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, p. 143.

[23] Art. 157 UNCLOS.

[24] El art. 150 de la UNCLOS, desgrana de forma exhaustiva la política general a desarrollar, relacionando pormenorizadamente como propósitos específicos: el aprovechamiento de los recursos de la zona, su administración ordenada, segura y racional; la ampliación de las oportunidades de participación de los Estados, principalmente aquellos en desarrollo; la participación en los ingresos y la transmisión de tecnología; asegurar el abastecimiento de los consumidores de los minerales; la promoción de precios justos y estables, remunerativos para los productores y equitativos para los consumidores; favorecer la participación de todos los Estados partes en el aprovechamiento de los recursos y prevención de la monopolización de las actividades de la zona; la protección de los Estados en desarrollo respecto de los efectos adversos en su economía como consecuencia de las alteraciones en sus ingresos

de las inquietudes que subyacían en el proceso de negociación de la parte XI y en la secuenciación de su renegociación.

Se siguen de este modo los dictados de las tendencias extractivas pertrechados con criterios de equidad y justicia social. De esta forma, al recoger la UNCLOS que su utilización será "para beneficio de la humanidad", se está consagrando una vocación hacia el uso de la Zona más alineado con una dimensión espacial del concepto "humanidad", ligado al desarrollo de la economía mundial, al crecimiento equilibrado del comercio internacional y a la promoción de la cooperación internacional en pro del desarrollo general[25]. En definitiva, la consagración de la Zona al beneficio común de la humanidad constituye una referencia explícita al reparto de los beneficios entre los Estados desarrollados, los Estados en desarrollo y los pueblos que no hayan logrado plena independencia u otro régimen de autonomía. Esta perspectiva originaria no atiende necesariamente a la dimensión axiológica temporal e intergeneracional de la humanidad y no incorpora *per se* las inquietudes de protección y salvaguarda de ecosistemas[26].

Sin embargo, aun dando por sentado que los firmantes de la UNCLOS asumen en todo momento el potencial carácter contaminante y el impacto medioambiental de las actividades desarrolladas en la Zona, no se puede negar que el marco jurídico de la Convención, y más específicamente su parte XII, impone una obligación general concreta para los Estados firmantes: la protección y preservación del medio marino[27]. A mayor abundamiento, las propuestas sobre gestión sostenible de los recursos naturales constituyen aportaciones-eje del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente[28], marcando prioridades en la agenda multilateral que la propia Auto-

con ocasión de las actividades en la zona; el aprovechamiento del Patrimonio Común en beneficio de toda la humanidad y que las condiciones de acceso a los mercados de los minerales procedentes de los recursos de la zona no sean más ventajosas que las procedentes de otras fuentes.

[25] Art. 140 UNCLOS. En esta línea, a la hora de fijar el criterio del "beneficio de la Humanidad" la UNCLOS establece como criterio que garantiza el cumplimiento de esta encomienda la distribución equitativa de los beneficios financieros y económicos sobre una base no discriminatoria.

[26] Para DUPUY, René-Jean, las características de este concepto de Patrimonio Común están dadas por el carácter universalista y participativo de una "humanidad intertemporal e interespacial" que instituye a la comunidad internacional en gestora a través de modalidades fiscalizables. DUPUY, René-Jean., "La Zone, Patrimoine Commun de L'Humanite", en DUPUY, René-Jean y VIGNES, Daniel, *Traité du Nouveau Droit de la Mer*, Economique/Bruylant, París, 1985, pp. 502-503. Sobre el concepto de generaciones futuras como sujeto de derecho: BELLOSO MARTÍN, Nuria, *El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y Derechos de la Naturaleza*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2018. En esta línea, SALAMANCA AGUADO, Esther, desgrana una dimensión axiológica e institucional del concepto Patrimonio Común de la Humanidad. SALAMANCA AGUADO, Esther, "La política ambiental de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos: El equilibrio entre la explotación y la conservación del Patrimonio Común de la Humanidad", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. X, num 2, 2019, pp. 7 y 8.

[27] SALAMANCA AGUADO, Esther, considera que si bien el principio de utilización sostenible de los recursos se encuentra en la Convención solo de forma embrionaria, la Autoridad ha tenido en cuenta la Agenda 2030 en la promoción de una administración ordenada, segura y racional de los recursos de la Zona que se aprecia tanto en su Plan Estratégico como en su Plan de Acción. *Ibidem* p. 21.

[28] Sobre la gestión de bienes públicos del medio ambiente, véase FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, "Los bienes públicos del medio ambiente: el reto de la gestión sostenible de los recursos naturales

ridad ha hecho suyas[29]. Estas cuestiones han llevado a que las aspiraciones de protección medioambiental y desarrollo sostenible se desplieguen de forma amplia en el marco de gobernanza de la Zona, condicionando la toma de decisiones respecto del desarrollo de las actividades y el actuar de todos y cada uno de los sujetos involucrados.

Así, el marco jurídico que rige la Zona se despliega en una variedad de normas y procedimientos que contemplan la protección medioambiental desde diversos flancos y en todas las fases del proceso minero, mediante un reparto diversificado de obligaciones y responsabilidades entre los distintos agentes en función de su grado de implicación con la actividad contaminante, siendo en este ámbito los actores privados y no estatales los que asumen un papel protagonista, por lo que son los primeros encargados de desplegar sus labores preventivas y protectoras y los más inmediatos responsables en caso de daños graves.

Por su parte, los Estados patrocinadores actúan en primera línea y en retaguardia, ejerciendo labores de evaluación y asumiendo responsabilidades de vigilancia y control. Mientras tanto, la Autoridad, como representante del Interés General, dictará la reglamentación y recomendaciones oportunas, y a su vez llevará a cabo sus propios estudios y evaluaciones y ejercerá su propio control.

3. LA OBLIGACIÓN GENERAL DE PROTECCIÓN AMBIENTAL COMO CONDICIONANTE Y OBLIGACIONES DIRECTAS ESPECÍFICAS

Por un lado, la invocación que la UNCLOS anuncia desde los primeros párrafos de su preámbulo a favor de la protección y preservación del medio y la conservación de sus recursos vivos se concreta en una obligación general para todos los Estados miembros plasmada en el art 192, que se desarrolla y amplía de forma monográfica en la parte XII[30].

Por otro lado, aunque hemos visto que en la parte XI, la protección medioambiental no figura como propósito específico, su incorporación en el marco jurídico de gobernanza de la Zona se opera gracias al mandato genérico recogido en el artículo 145 de la UNCLOS, en el que, partiendo de la asunción del carácter potencialmente nocivo de la actividad minera, se conmina a la Autoridad a adoptar las normas, reglamentos y procedimientos para, por un lado

---

en la Unión Europea", *Anuario de la Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid,* vol. 16, 2012, pp. 221–246.

[29] Véase: Assembly ISA: 2019-2013 ISBA/24/A/10. "Decision of the Assembly of the International Seabed Authority relating to the strategic plan of the Authority for the period 2019-2023", 27 Julio 2018.

[30] Sobre la implementación de la obligación genérica de protección ambiental tal y como se recoge en la parte XII de la Convención, véase: ALDAZ CASANOVA, Ana María, "Posibilidades para combatir el Ruido Oceánico desde el Proyecto de Instrumento Internacional relativo a la conservación y el uso sostenible de la Biodiversidad Marina en zonas más allá de la jurisdicción nacional", en CASADO RAIGON, Rafael y MARTÍNEZ PÉREZ, Enrique Jesús (Coords), *La Contribución de la Unión Europea a la Protección de los Recursos Biológicos en Espacios Marinos de Interés Nacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 426 y 427.

prevenir, reducir y controlar la contaminación y otros riesgos consecuentes de la actividad de la minería en la Zona y la perturbación del equilibrio ecológico y por otro proteger y conservar sus recursos naturales y prevenir daños en la flora y fauna marinas[31]. En el ejercicio de esta encomienda se ha desarrollado lo que se ha convenido en llamar el "Código minero"[32], en el que la obligación general de protección ambiental se proyecta en forma de condicionante, criterio o prerrequisito de dispar eficacia y se despliega en diversidad de obligaciones directas sobre cuyo cumplimiento diligente se atribuyen variedad de responsabilidades a los distintos agentes intervinientes[33].

Así, el Anexo III de la UNCLOS incita al fomento de prospecciones en la Zona; sin embargo, para ello es necesaria la prestación de un compromiso "satisfactorio" del contratista que, entre otras cuestiones, se objetive en la protección del medio marino y cuya efectividad será comprobada *a posteriori* mediante un informe anual en el que el propio interesado aporte información sobre el cumplimiento del compromiso asumido[34]. Igualmente, en las fases de exploración y explotación la Autoridad tiene asignadas una serie de obligaciones de fiscalización[35], estando el Consejo capacitado para desestimar áreas para la explotación en caso de que a la luz de las recomendaciones de la

[31] El Anexo III sobre Disposiciones Básicas relativas a la prospección, la exploración y la Explotación, art. 17.2 f) establece que estas normas, reglamentos y procedimientos deben desplegarse reflejando criterios objetivos, y el art. 209 de la UNCLOS incorpora una conminación genérica añadida hacia el reexamen periódico de la normativa.

[32] El Código minero se compone de un conjunto de regulaciones y recomendaciones sobre la exploración y explotación de recursos minerales en la Zona, siendo de destacar los tres reglamentos sobre exploración y un proyecto de reglamento sobre explotación de recursos minerales de la Zona: Asamblea ISA: ISBA/16/A/12/Rev.1, "Decisión de la Asamblea de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos relativa al reglamento sobre prospección y exploración de sulfuros polimetálicos en la Zona", 15 de noviembre 2010 —en adelante Reglamento de Sulfuros—; Asamblea ISA: ISBA/18/A/11, "Decisión de la Asamblea de la Autoridad Internacional de los Fondos marinos relativa al Reglamento sobre prospección y exploración de costras de ferromanganeso ricas en cobalto en la Zona, 22 octubre 2012 —en adelante Reglamento de Costras—; Asamblea ISA: ISBA/19/A/9, "Decisión de la Asamblea de la Autoridad Internacional de los Fondos marinos relativa a las modificaciones del Reglamento sobre prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona", 25 julio 2013 —en adelante Reglamento de nódulos—; y Comisión Jurídica y Técnica ISA: ISBA/25/C/WP.1, "Proyecto de reglamento sobre explotación de recursos minerales en la Zona. Elaborado por la Comisión Jurídica y Técnica", 22 marzo 2019 —en adelante Proyecto de Explotación—. Todos ellos accesibles en: *https://www.isa.org.jm/the-mining-code/*

[33] Sobre la diversa efectividad de los mecanismos de control de las obligaciones medioambientales en los tratados internacionales, véase: BORRÁS PENTINAT, Susana, *El control internacional de los Tratados Multilaterales de protección del medio ambiente, ¿Apariencias o realidades?*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 459-466.

[34] Art. 2 del Anexo. La prospección no confiere derecho alguno sobre los recursos, pero autoriza al prospector a extraer una "cantidad razonable" de minerales con fines de ensayo. Sobre la importancia de los informes de aplicación para el control del cumplimiento de los objetivos convencionales, véase: SZÉLL, Patrick, "The Development of Multilateral Mechanisms for Monitoring Compliance", en LANG, Winfried (ed.), *Sustainable Development And International Law*, Graham & Trotman, London, 1995, p. 98.

[35] Art. 11 Reglamento de Nódulos, Reglamento de Sulfuros y Reglamento de Costras, y art. 30 Reglamento de Nódulos y art. 32 de Reglamento de Sulfuros y Reglamento de Costras. Arts. 3 y 6 del Anexo III. Sobre los mecanismos de control rutinario que refuerzan el carácter preventivo del control al permitir obtener información de forma continuada, véase: BOTHE, Michael, "The evaluation of enforcement Mechanisms in International Environmental Law. An overview", en WOLFRUM, Rüdiger (ed.), *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?*, Springer, Berlin, 1996, pp. 13-38.

Comisión jurídica y técnica (en adelante la Comisión) se deduzcan evidencias de riesgo "grave" de daño al medio marino[36].

Igualmente, en la fase de exploración los contratistas están llamados a adoptar medidas para prevenir, reducir y controlar la contaminación y otros riesgos "en la medida que sea razonablemente posible"[37]. Como concreción de este llamado genérico, se exige que el plan de trabajo, que conferirá al operador derechos exclusivos, vaya acompañado de ciertos estudios y análisis[38], siendo esta documentación la que examine la Comisión[39]. De la misma manera, se contempla un examen periódico cada lustro de la ejecución del plan, a efectuar tanto por contratista como por Secretario General[40], en el que los estudios presentados inicialmente servirán de punto de referencia.

En idéntica línea, los patrocinadores tienen atribuidas una serie de responsabilidades "para asegurar la protección eficaz del medio marino contra los efectos nocivos que puedan derivarse de las actividades de la Zona" [41], lo que la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar ha considerado una consecuencia directa de la obligación general de protección recogida en el art. 194 de la UNCLOS[42]. A su vez, Autoridad y Estados

---

[36] UNCLOS, Arts. 162. 2. x) y 165. 2. e). La Comisión Jurídica y Técnica constituye un órgano del Consejo formado por 41 miembros que son elegidos por el Consejo por un periodo de 5 años entre los candidatos nominados por los Estados miembros. Sobre los principales logros alcanzados por la Comisión véase: *https://www.isa.org.jm/organs/the-legal-and-technical-commission/*.

[37] Reglamento de Nódulos art. 31.5, Reglamento de Sulfuros y Reglamento de Costras art. 33.5. Proyecto de Reglamento de Explotación Anexo IV. UNCLOS arts. 145, 209 y 17.2 del Anexo III.

[38] Art. 3.4 Anexo III y art. 6 Reglamento de Nódulos, Reglamento de Sulfuros y Reglamento de Costras.

[39] Entre la información requerida figuran: un programa de estudios oceanográficos y ambientales que sirva de referencia, una evaluación preliminar de los posibles efectos sobre el medio ambiente de las actividades propuestas y una descripción de las medidas propuestas para prevenir, reducir y controlar la contaminación y otros riesgos: Art. 18 y 21 Reglamento de Nódulos y arts. 20 y 23 Reglamento de Sulfuros y Reglamento de Costras. Véase también Anexo al Acuerdo, sección 1 nº 7. Sobre la transmisión de información como medida de control permanente en los tratados véase BORRÁS PENTINAT, Susana, *El control internacional de los Tratados Multilaterales*, *op. cit*. pp. 467–470.

[40] Art. 28 Reglamento de Nódulos y art. 30 Reglamento de Sulfuros y Reglamento de Costras

[41] Art. 139 y 153 4) UNCLOS, art. 4.4) del anexo III, Art 30 Reglamento de Nódulos y art. 32 Reglamento de Sulfuros y Reglamento de Costras. Es de destacar que el art. 209 de la UNCLOS contempla la obligación de dictar leyes para prevenir, reducir y controlar la contaminación y que tales leyes o reglamentos no serán menos eficaces que la normativa internacional. Igualmente el art. 21.3 del Anexo III de la UNCLOS expone que ninguna ley o reglamento dictado para la protección del medio marino que sea más estricto que los emitidos por la propia Autoridad será considerado incompatible con la parte XI. A su vez, el Proyecto de Reglamento de Explotación contempla en su art. 45 obligaciones explicitas y entre ellas la obligación de elaboración de normas ambientales, lo que ha llevado a estos Estados a desarrollar su legislación interna para dar cumplimiento a esta comanda. Un análisis exhaustivo al respecto se puede ver en *Comparative Study of the Existing National Legislation on Deep Seabed Mining https://www.isa.org.jm/wp-content/uploads/2022/04/Comparative_Study_NL.pdf*.

[42] ITLOS Reports 2011, p. 10 *Responsibilities and obligations of States with Respect to activities in the Area*. Advisory Opinion, Caso núm. 17, 1 febrero 2011, párr. 97. El procedimiento se inició con la solicitud del Consejo, en respuesta a las peticiones del Estado de Nauru que manifestó ciertas inquietudes sobre la responsabilidad de los Estados patrocinadores, especialmente los Estados en desarrollo, respecto de las actividades en la Zona. Una revisión detallada de esta resolución se encuentra en: GUERRERO PENICHE, J. Nicolás, "La opinión consultiva del Tribunal Internacional del Derecho del Mar a la luz del principio de trato especial y diferenciado para Estados en desarrollo", *Anuario mexicano*

patrocinadores asumen obligaciones en el marco de la explotación con relación a la financiación de un fondo de indemnización ambiental[43] o la reducción del riesgo de incidentes[44], imperando en todo este sistema el deber de cooperación entre Estados patrocinadores, otros Estados o entidades y la Autoridad[45].

Estando todas estas precisiones eminentemente alineadas con el cumplimiento de la obligación general de protección y preservación del medio marino, resultan sin embargo destacables ciertas cuestiones que siembran ciertas dudas sobre su verdadera eficacia a la hora de integrar la vertiente medioambiental en la toma de decisiones. Por un lado no se imponen requisitos sustantivos de corte ecosistémico para la autorización de actividades. De hecho, para el otorgamiento de derechos exclusivos de exploración basta con el cumplimiento de requisitos formales y la acreditación de capacidad financiera y técnica. En la misma línea, el criterio de preferencia para otorgar los derechos para la exploración o la explotación viene determinado por la fecha de la solicitud y correspondiente autorización, sin que exista previsión de criterios más afines con el propósito de protección medioambiental como la sostenibilidad de la propuesta o las implicaciones medioambientales. Por otro lado, las obligaciones de monitorización y control reposan principalmente en el contratista, principal beneficiario de la actividad potencialmente contaminante. De todo ello no cabe sino deducir que la consideración de las repercusiones medioambientales de las actividades no parece constituir un índice de consideración con peso específico.

3.1. El principio de precaución

En el marco reglamentario que rige la Zona se alude de forma recurrente al ejercicio y aplicación del principio de precaución[46], que debe regir, junto

de Derecho Internacional, vol. 12, 2012, p.p. 1-30. Disponible en: *https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542012000100006*.

[43] Art. 54 y ss del proyecto de Explotación: Se recoge como finalidad principal de dicho fondo financiar la aplicación de todas las medidas necesarias para prevenir, limitar o subsanar los daños; promover la investigación sobre métodos y prácticas que puedan reducir efectos nocivos ambientales; financiar programas de educación y capacitación relacionados con la protección del medio y la investigación sobre las mejores técnicas para restaurar y rehabilitar la Zona cuando estas actividades sean técnica y económicamente viables y estén fundamentadas en los mejores conocimientos científicos.

[44] Art. 32 del Proyecto de Reglamento de Explotación precisa: "en la medida de lo razonablemente posible y hasta que el costo de seguir reduciendo el riesgo sea manifiestamente desproporcionado en comparación con los beneficios de la reducción y teniendo en cuenta las directrices pertinentes", siendo destacable que para determinar esa desproporción se han de tomar en cuenta los niveles de riesgo de las mejores prácticas compatibles con las operaciones que se estén llevando a cabo.

[45] Art. 31.6 Reglamento de Nódulos y art. 33. 6 de Reglamento de Sulfuros y Reglamento de Costras. También Parte XII UNCLOS. Para A. Aede estos mecanismos de creación de capacidad favorecen la satisfacción de los intereses y necesidades de los países en vías de desarrollo. AEDE, Andrónico, *Digesto de Derecho Internacional Ambiental. Instrumentos para respuestas internacionales a los problemas del medio ambiente y el desarrollo (1972-1992)*, Secretaría de Relaciones Exteriores, Elsevier Science Publishers, Méjico, 1993, pp. 10 y 11.

[46] El principio de precaución se proyecta sobre la gestión del riesgo y exige que en caso de amenaza para el medio ambiente en una situación de incertidumbre científica se tomen las medidas apropiadas para prevenir el daño. Sobre este principio, véase WIENER, Jonathan B., "Precaution", en BONDANSKY, Daniel, BRUNNÉE, Jutta y GREY, Hellen (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental*

con el de aplicación de las mejores técnicas ambientales[47], la toma de las decisiones-clave y el control de ciertas actividades críticas. En esta línea, para la Sala de Controversias ambos principios son obligaciones directas derivadas de la obligación general de diligencia debida[48].

Siguiendo esta estela, la obligación de aplicar una perspectiva precautoria se impone desde el comienzo de las actividades y ya desde la prospección, que en ningún caso dará comienzo si existen "pruebas de riesgos de daños graves"; debiendo el contratista tomar las "medidas necesarias" para prevenir, reducir y controlar "en la medida de lo razonablemente posible" la contaminación y otros riesgos[49].

Por su parte, la Autoridad queda impelida tanto a la hora de orientar la redacción y revisión de sus normas y recomendaciones genéricas, como en el ejercicio de ciertas atribuciones y obligaciones[50]. Así, la Comisión tiene encomendada la obligación de efectuar recomendaciones al Consejo sobre la aplicación de este principio cuando existe riesgo de que puedan verse afectados "gravemente" ecosistemas marinos vulnerables, debiendo establecer y aplicar procedimientos para determinar, sobre la base de la mejor información técnica y científica disponible, esa posibilidad, y cerciorarse de que, en caso de ser así, o bien se opere una ordenación de dichas actividades para prevenir esos efectos o bien no se autorice su realización[51].

También los Estados patrocinadores asumen obligaciones respecto de este principio principalmente en el ámbito de vigilancia y control. Así, en la medi-

---

Law, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 597-612. Para CORTI VARELA, el principio de precaución afecta al Derecho del Mar obligando a crear excepciones a principios propios, para garantizar la protección efectiva de determinados bienes jurídicos. CORTI VARELA, Justo, "El principio de precaución en la jurisprudencia internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69(1), 2017, pp. 219-243.

[47] La Adenda del Proyecto de Explotación define el concepto de mejores técnicas ambientales como la más adecuada combinación de medidas y estrategias de control medioambiental que irán variando en el tiempo según avancen los conocimientos, la comprensión o la tecnología, teniendo en cuenta las orientaciones establecidas en las directrices aplicables.

[48] Sala de Controversias, en su Opinión Consultiva ITLOS *Responsibilities and obligations of States with Respect to activities in the Area*, *op. cit.,* párr. 131, establece que el principio de precaución despliega su eficacia sobre los Estados por virtud del principio de diligencia debida, cuando existen indicadores plausibles de riesgo potencial pero la evidencia científica es insuficiente para perfilar el alcance del impacto negativo de actividades potencialmente contaminantes.

[49] Arts. 2, 5 y 31 Reglamentos de Nódulos y arts. 2,5 y 33 Reglamento de Sulfuros y Reglamento de Costras. Un análisis exhaustivo sobre el cumplimiento de esta comanda por los Estados se puede ver en *Comparative Study of the Existing National Legislation on Deep Seabed Mining, op. cit.,* párr. 57. El Art. 45 del Proyecto de Explotación incorpora obligaciones específicas entre las que figuran la elaboración por la Autoridad de normas ambientales que incorporen objetivos de calidad ambiental, en particular sobre la situación de la biodiversidad, la densidad y la extensión del penacho contaminante, procedimientos de vigilancia y medidas de mitigación.

[50] Reglamento de Nódulos, art. 31.2. Reglamento de Sulfuros y Reglamento de Costras art. 33.2. El Proyecto de Reglamento de Explotación art. 44 a), b) y c) y 13.3 contempla como criterio específico para la evaluación de la capacidad técnica de los contratistas por la Comisión los sistemas de evaluación y gestión del riesgo para ejecutar el plan de trabajo de conformidad entre otras a las mejores prácticas ambientales y los procedimientos para cumplir los requisitos en materia de medio ambiente.

[51] Reglamento sulfuros art. 33.4 y art. 31.4 Reglamento de nódulos y Reglamento de Costras.

da que la UNCLOS contempla de forma recurrente referencias al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, para corregir las desigualdades entre Estados en desarrollo y Estados desarrollados, la Sala de Controversias ha tenido ocasión de pronunciarse en su Opinión Consultiva de 1 de febrero de 2011 sobre las repercusiones de este principio en lo relativo a las responsabilidades de unos Estados y otros. En su resolución, la Sala de Controversias, reconoce la importancia de que se tomen en consideración las necesidades especiales de los Estados en vías de desarrollo para favorecer su participación en la realización de las actividades en la Zona[52], sin embargo ello no obsta para que los estándares de diligencia debida sean homogéneos y genéricos para todos, subrayando que ninguna de las previsiones generales de la Convención en lo tocante a responsabilidad de los Estados patrocinadores otorga de forma específica un trato preferencial a los Estados en vías de desarrollo. Explica la Sala que la igualdad de trato en este punto es consistente con la necesidad de prevenir que empresas comerciales basadas en Estados desarrollados establezcan compañías en Estados en desarrollo, adquiriendo su nacionalidad y patrocinio con la esperanza de quedar sujetos a regulaciones y controles menos onerosos. Señala la Sala que una utilización generalizada del Estado patrocinador "de conveniencia" pondría en peligro la aplicación uniforme de los más altos estándares de protección del medio marino, el desarrollo seguro de las actividades en la Zona y la protección del Patrimonio Común de la Humanidad. Por todo ello, las disposiciones generales relativas a las obligaciones y responsabilidades de los Estados patrocinadores "se aplican de la misma manera a todos ellos, sean en desarrollo o desarrollados"[53].

Sin embargo, la Sala precisa que esta conclusión no obsta para que a la hora de determinar las obligaciones directas de unos y otros se favorezca un trato dispar, pues los requerimientos para dar cumplimiento al principio de precaución deben ser más estrictos para los Estados desarrollados que para los Estados en desarrollo, precisión esta última que en todo caso no aplica a la obligación de aplicar las mejores técnicas ambientales[54].

En definitiva, no es cuestionable que este principio incorpora importantes consecuencias prácticas para conjurar los peligros de un daño grave o irreparable en caso de falta de certeza científica. Sin embargo, el uso en la redacción del código minero de conceptos vagos como "en la medida de lo posible" o la remisión a este principio para circunscribirlo a la evitación de los "daños graves", condicionan su aplicación, impactando directamente contra su línea de flotación y minando su efectividad, de la misma manera que lo haría una eventual aplicación laxa del criterio de responsabilidades diferenciadas respecto de las obligaciones directas derivadas de este principio para los Estados en desarrollo.

[52] ITLOS Reports 2011, p. 10 *Responsibilities and obligations of States with Respect to activities in the Area*. Advisory Opinion, *op. cit.*, párr. 163.

[53] *Ibidem* párrs. 131 y 157 a 159.

[54] *Ibidem* párr. 161.

3.2. Evaluación de impacto ambiental en la gobernanza de la Zona

Con carácter genérico, el marco regulatorio que rige la Zona contempla el requerimiento a los contratistas de acompañar con la solicitud de plan de trabajo una evaluación previa de impacto ambiental[55]. En la misma línea, antes del inicio de la exploración es necesario que efectúe una evaluación preliminar de impactos posibles[56] y con posterioridad a la firma del contrato pero antes del inicio de la actividad exploratoria se debe presentar una evaluación de los posibles efectos sobre el medio marino de las actividades propuestas, junto con una propuesta de programa de vigilancia para determinar los posibles efectos y una relación de datos que puedan utilizarse para establecer una línea de base ambiental que permita evaluar dichos efectos[57]. Igualmente, en la fase de explotación, el proyecto de reglamento recoge en su actual versión que toda solicitud de explotación debe ir acompañada de una declaración de impacto ambiental que habrá de efectuarse a la luz de las conclusiones de las evaluaciones previas en la fase exploratoria y cuyo propósito es documentar y comunicar los resultados de dicho proceso de evaluación[58].

Por su parte, la propia Autoridad debe realizar la evaluación de las consecuencias ecológicas de las actividades de la Zona[59], cuyas conclusiones servirán para incorporar criterios ecológicos en la elaboración de reglamentos y procedimientos. En cuanto a la toma de decisiones, si bien los reglamentos de exploración no contemplan la adecuación de la evaluación preliminar como uno de los aspectos a valorar para la renovación del plan del trabajo, sí que se exige de la Comisión que determine si el citado plan contiene disposiciones

---

[55] Acuerdo 1994, sección 1. 7. Esta evaluación se ha de acompañar de una descripción de un programa para estudios oceanográficos y estudios de referencia sobre el medio ambiente de conformidad con las normas y reglamentos aprobados por la Autoridad. Sobre la relevancia del efecto positivo que reporta la redacción de estos informes con independencia de su contenido, A-C. Kiss enfatiza que como mecanismo de control, el mero hecho de tener que redactar estos informes ejerce una influencia positiva y "una eficacia mucho mayor de lo que se podría suponer". KISS, Alexandre-Charls, "L´état du droit de l´environnement en 1981: Problèmes et solutions", en *Journal de Droit International,* 1981, p. 531.

[56] Art. 18. c) y d) Reglamento de Costras, art. 20.1. c) y d) Reglamento sulfuros y Reglamento de nódulos.

[57] Anexo IV (Cláusulas uniformes del contrato), Sección 5.2 de Reglamento de Costras, Reglamento sulfuros y Reglamento de nódulos.

[58] Arts. 47, 48 59 y Anexo VIII del Proyecto de Exploración. Junto a dicha declaración se debe adjuntar también un plan de gestión y vigilancia ambiental cuyo propósito es gestionar los efectos ambientales y confirmar que se cumplen los objetivos y las normas de calidad ambiental relacionadas con la explotación minera, y un plan de cierre que establecerá las responsabilidades y acciones del contratista para la liquidación o el cierre de las actividades en la zona de extracción, incluidas la gestión y vigilancia posterior al cierre de los efectos ambientales residuales y naturales.

[59] Art. 165.2. d) y f) UNCLOS. En el marco de su encomienda regulatoria y de cara a favorecer la correcta elaboración por parte de los contratistas de su Evaluación de impacto ambiental la Autoridad ha desarrollado y aprobado el documento: Legal and Technical Comision Intertational Seabel Authority: ISBA/25/LTC/6/Rev.1. "Recommendations for the guidance of contractors for the assessment of the possible environmental impacts arising from exploration for marine minerals in the Area", 8 Julio 2022. Disponible en: https://www.isa.org.jm/documents/isba-25-ltc-6-rev-1/.

relativas a la protección y preservación del medio[60], por lo que habrá de comprobarse si, en la práctica, la adecuación del plan a esos propósitos termina constituyendo un criterio de consideración para recomendar la renovación[61].

En lo que respecta a la fase de explotación, la versión actual del proyecto recoge la obligación de publicación en la web de la Autoridad de los planes ambientales de cara a su revisión en un proceso en el que se emplaza a todos los miembros y partes interesadas para realizar comentarios. Los comentarios serán comunicados por el Secretario General a los solicitantes para darles la oportunidad de responder y revisar los planes ambientales y la Comisión examinará los planes, las respuestas del solicitante y la información adicional proveída por el Secretario General para realizar un Informe que se publicará y formará parte de los informes y recomendaciones al Consejo[62].

Por su parte, los Estados patrocinadores que tengan "motivos razonables para creer" que las actividades proyectadas pueden causar una "contaminación considerable" o "cambios importantes y perjudiciales", tienen la obligación directa de evaluar "en la medida de lo posible" los efectos potenciales de esas actividades e informar de los resultados de esas evaluaciones[63]. Para la Sala de Controversias, esta obligación existe por derecho consuetudinario, se prolonga durante todo el patrocinio y continúa por toda la duración del contrato[64]. Si bien es cierto que el art. 206 de la UNCLOS no especifica el alcance o contenido que debe reunir esta evaluación, la Sala de controversias ha considerado que corresponde a cada Estado determinar o definir en su legislación interna o en el proceso de autorización de un proyecto este contenido específico, que habrá de fijarse teniendo en cuenta la "naturaleza y magnitud del desarrollo propuesto y las posibilidades de efectos adversos en el medio ambiente, así como los requerimientos de diligencia al realizar dicha evaluación", señalando que en todo caso las indicaciones en las recomendaciones emitidas por la Autoridad añaden precisión y especificidad a la obligación en el contexto de las actividades de la Zona[65].

---

[60] Reglamento de Nódulos art. 21.3 y 21.4 d), Reglamento de Costras y Reglamento sulfuros arts. 23. 3 y 23.4.b).

[61] CHRISTIANSEN, Sabine, GINZKY, Harald, SINGH, Pradeep, y THIELE, Torsten, "The International Seabed —The Common Heritage of Mankind Recommendations for future governance by the International Seabed Authority", *Institute for Advanced Sustainability Studies (IASS) Policy Brief*, Potsdam, 2018.

[62] Proyecto de Reglamento de Explotación art. 11.5 y 13. 4. e).

[63] Art. 206 UNCLOS. En todo caso el Estado de patrocinio puede imponer requisitos en su legislación interna como condición de patrocinio. Art. 21.3 Anexo III UNCLOS, opción que ha sido aprovechada por Estados como Bélgica, China, República Checa, Alemania, Japón y Reino Unidos. Véase *Comparative Study, op. cit.,* párr. 57. Por su parte, otros Estados como Islas Cook, Kiribati, Micronesia, Nauru, Tonga y Tuvalu han optado por la remisión genérica a un deber de protección del medio ambiente.

[64] ITLOS *Responsibilities and obligations of States with Respect to activities in the Area*. Advisory Opinion, *op. cit.,* párrs. 145-146. La Sala de Controversias infiere estas conclusiones de la jurisprudencia internacional que viene exigiendo que la EIA se aborde si existe evidencia de riesgo de daños significativos en el medio ambiente "incluso cuando el riesgo es incierto".

[65] ITLOS *Responsibilities and obligations of States with Respect to activities in the Area*. Advisory Opinion, *op. cit.,* párr. 149.

En definitiva, el marco regulatorio desarrollado para la exploración no impone de momento determinaciones materiales o sustantivas respecto de los niveles mínimos de calidad ambiental perseguidos o máximos de contaminación permitidos, ni contempla una fiscalización específica de estos extremos por parte de la Autoridad. Igualmente, la extensión del detalle requerido para la EIA queda al arbitrio del contratista y eventualmente del Estado de patrocinio. Se deduce de todo ello que, con independencia de las bondades que ofrece el sistema por su naturaleza eminentemente preventiva, esta reglamentación no consigue conjurar el peligro de que los procesos de evaluación se conviertan en meros trámites formales, sin funcionalidad para discutir o decidir sobre la conveniencia real de llevar a cabo o no la actividad.

3.3. Monitorización de los efectos medioambientales en la Zona

En la deriva hacia la prevención de daños ambientales en la Zona, el marco regulatorio que rige en este espacio contempla una obligación general de cooperación entre contratistas, Estados patrocinadores y miembros de la Autoridad tanto en la fase de exploración como en la de explotación; de cara a la preparación y aplicación de programas para observar, medir, evaluar y analizar los efectos de la explotación en el medio marino, pero también para compartir conclusiones y resultados[66]. En todo caso, el peso específico de las obligaciones de monitorización y de aplicación de medidas de mitigación reside esencialmente en el principal beneficiario de la actividad contaminante: el contratista.

En este marco, corresponde a la Comisión la elaboración de recomendaciones para la realización por parte de los contratistas de un programa de vigilancia orientado a observar, medir, evaluar y analizar periódicamente mediante métodos científicos los riesgos y consecuencias ambientales de las actividades en la Zona[67] y el establecimiento de las líneas de base ambientales[68]. Por su parte, constituye una obligación del Secretario General remitir los resultados del programa de vigilancia elaborado por los contratistas a la Comisión para su valoración[69]. Igualmente es obligación de la Comisión formular recomendaciones al Consejo sobre la aprobación y revisión de las normas relativas a las actividades de explotación, siguiendo las opiniones de expertos reconocidos, interesados y las normas vigentes del Derecho internacional[70].

---

[66] Reglamento Nódulos art. 31.6 y 32.1, Reglamento Costras y Reglamento sulfuros art. 33. 6 y 34.1. Anexo IV, Sección 5. Por su parte el reglamento de explotación extiende esa obligación de cooperación a la aplicación y perfeccionamiento de las mejores prácticas ambientales Proyecto de Explotación art. 3. e).

[67] Art. 165. 2. h) UNCLOS.

[68] Arts. 32 y 39 Reglamento Nódulos, arts. 34 y 41Reglamento Costras y Reglamento sulfuros.

[69] Art. 32.2 Reglamento Nódulos, art 34.2 Reglamento Costras y Reglamento sulfuros.

[70] Arts. 45.b), 94 y 52.4 Proyecto de Explotación.

Por su parte, el Estado patrocinador queda vinculado por las obligaciones generales contempladas en el art. 204 de la UNCLOS de observar, medir, evaluar y analizar mediante métodos científicos reconocidos los riesgos de la contaminación del medio marino y sus efectos, así como por la obligación de cooperar en el establecimiento e implementación de la monitorización de los impactos. Igualmente, ligado con todo ello, se deducen otras obligaciones como la de compartir resultados y favorecer las mejores prácticas en el marco de la explotación[71].

En cuanto a los contratistas, por un lado, tienen la obligación de reunir los datos ambientales de referencia y fijar y establecer cuáles son las líneas de base ambientales de los espacios sobre los que van a trabajar. Por otro lado, la presentación de plan de gestión y vigilancia ambiental junto con la solicitud de exploración y explotación[72] les impone la obligación de encargarse de vigilar los efectos ambientales de sus actividades e informar anualmente al respecto, así como de gestionar esos efectos como parte integrante de sus actividades de explotación. Para ello, habrán de aplicar medidas de mitigación y gestión pertinentes para la protección del medio y deberán ocuparse por que el plan se mantenga actualizado y siga siendo idóneo durante todo el periodo de vigencia del contrato, todo ello conforme a las mejores técnicas disponibles y mejores prácticas ambientales.

3.4. Control de daños e incidentes

En el contexto del control de la contaminación, resulta incuestionable la importancia del control daños en caso de incidentes. Para este propósito, los Reglamentos de exploración concretan una serie de obligaciones a cumplir por los contratistas, como la prestación previa de una garantía específica respecto de su capacidad financiera y técnica para cumplir rápidamente con las órdenes de emergencia[73] o la obligada notificación rápida, eficaz y por escrito tanto al Estado patrocinador como al Secretario general en caso de que se produzca un incidente que suponga, haya supuesto o pueda suponer una amenaza de daño grave sobre el medio marino[74]. Por su parte, el proyecto de reglamento de Explotación contempla una relación de los eventos que deben notificarse en el inmediato plazo de 24 horas por parte del contratista tanto a los Estados patrocinadores como al Secretario General y a "todas las autoridades reguladoras, según proceda" de cara a la prevención y respuesta cuando se produzcan incidentes. Estas garantías constituyen a vista de la Sala de controversias una obligación directa que se repercute al Estado patrocinador si el contratista incumple[75].

---

[71] Art. 3. e) y sección 6.4.1 Proyecto de Explotación.

[72] Art. 32 Reglamento Nódulos, art.34 Reglamento Costras y Reglamento sulfuros. Sección 10.2 Anexo IV, Arts. 7 h) y 48 y anexo VII Proyecto de Explotación.

[73] Art. 33.8 Reglamento Nódulos, art. 35.8 Reglamento Costras y Reglamento sulfuros.

[74] Art. 33.1 Reglamento Nódulos, art 35.1 Reglamento Costras y Reglamento sulfuros.

[75] ITLOS *Responsibilities and obligations of States with Respect to activities in the Area*. Advisory Opinion, *op. cit.*, note 13, párr. 138.

También los Reglamentos de Exploración encomiendan al Consejo adoptar las medidas necesarias para prevenir el daño grave o su amenaza, contenerlo o reducirlo en el caso de que el contratista no cumpla con las órdenes de emergencia[76]. Igualmente, en estos casos el Consejo debe expedir por sí mismo órdenes de emergencia, siguiendo las recomendaciones de la Comisión, entre las que se incluyen la suspensión de la actividad "según sea razonablemente necesario".

Sorprendentemente el proyecto de Explotación no contempla garantía financiera respecto del cumplimiento de obligaciones de emergencia, pero en su sustitución se recoge una obligación del contratista de elaborar y en su caso ejecutar de inmediato del plan de contingencia y respuesta a la emergencia[77]. Además, el contratista sigue obligado a la toma de cuantas medidas sean necesarias para limitar los efectos adversos; a la verificación y cumplimiento sin demora de las instrucciones recibidas del Secretario General y a la inscripción del incidente en el registro de incidentes, que deberá mantener a bordo del buque. En el caso de fallo en el cumplimiento de las instrucciones sobre incidentes operadas por el Secretario General, este informará a los Estados patrocinadores y el Estado del pabellón de cualquier buque involucrado para que consideren la posibilidad de interponer acciones judiciales en virtud de su derecho nacional.

En este punto, resulta reseñable que la eficacia del sistema se sustenta en una abnegada confianza en el cumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones de notificación inmediata y diligente, siendo por otro lado el principal responsable en caso de detectarse eventuales daños al medio. De todo esto cabe cuestionarse si efectivamente el sistema está blindado a posibles incumplimientos u ocultaciones de los contratistas para eludir eventuales responsabilidades por daños.

3.5. Mecanismos de control del cumplimiento

Resulta preciso que existan mecanismos de aplicación adecuados que no solo se encarguen de monitorear y garantizar el cumplimiento, sino que incorporen normas e incluso sanciones eficaces que eviten que los infractores puedan beneficiarse de sus incumplimiento[78]. La importancia de estas medidas reside en el carácter eminentemente disuasorio que ejercen, operando como revulsivo para favorecer el cumplimiento de las normas y la aplicación de los principios ambientales.

---

[76] Art. 33.1 Reglamento Nódulos, art 35.1 Reglamento Costras y Reglamento sulfuros.

[77] Art. 53 Proyecto de Explotación.

[78] Sobre el control eficaz de las actividades de los Estados para garantizar la efectividad del régimen internacional ambiental, véase: LANG, Winfried, "Compliance Control in International Environmental Law: Institutional Necessities", en *ZaöRV*, nº 56, 1996, pp. 685-688. JACOBSON, Harold, K., BROWN WEISS, Edith, "Stregtening Compliance with International Environmental Accords: Preliminary Observations for a Collaborative Project", en SAND, Peter, H. (ed.), *Global Gobernance 1*, London, 1995, p. 120.

El marco jurídico que regula la gobernanza de la Zona contempla un abanico de mecanismos a utilizar por parte de la Autoridad para abordar los diversos incumplimientos que puedan producirse por el contratista, empezando por la realización de advertencias del Consejo en la fase de exploración[79], pasando por los avisos de cumplimiento y rescisión del contrato por parte del Secretario General en la fase de explotación[80], las sanciones monetarias[81], o incluso la suspensión o la efectiva terminación de los contratos[82], contemplándose también la posibilidad de iniciar procedimientos de solución de controversias ante la Sala de Controversias del Tribunal del Mar de conformidad con lo establecido en la sección 5 de la parte XI de la UNCLOS[83].

Por su parte, los Estados patrocinadores tienen el deber de asistir a la Autoridad en la toma de cuantas medidas sean necesarias para garantizar el cumplimiento[84]. Por esta razón, algunos Estados han procedido a incorporar medidas en sus ordenamientos internos para el cumplimiento de dicha encomienda, como avisos escritos, realización de listados de infracciones con sanciones que van desde multas a penas de cárcel o cláusulas de suspensión o revocación incorporadas en los contratos de patrocinio[85]. La diversidad de opciones prevista en los diversos ordenamientos contempla diferentes fórmulas para la resolución de controversias entre patrocinador y contratista, como la sumisión a la jurisdicción nacional, el arbitraje o cualquier otra opción de resolución de conflictos, incluida la sumisión a la Sala de Controversias de acuerdo con lo establecido en el art. 199.2 a) de la UNCLOS.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Si bien la UNCLOS refleja ya desde los primeros párrafos de su preámbulo unas inquietudes respecto a la preservación del medio marino que posteriormente terminan volcándose en la Parte XII, a la hora de diseñar el régimen de gobernanza de los fondos marinos en la Parte XI se inclina por los criterios económicos y de justicia distributiva para fijar sus propósitos específicos. En

[79] A modo de ejemplo: Art. 18.1 a) del Anexo III de la UNCLOS o cláusula 21.1 a) del Anexo IV de los Reglamentos de Exploración.

[80] Art. 103.1, 2 y 3 Proyecto de Reglamento de Explotación.

[81] Art. 18.2 del Anexo III de la UNCLOS, cláusula 21.6 y 21.7 del Anexo IV de los Reglamentos de Exploración. Y artículos 80 y 106.6 y cláusula 12.6 del Anexo X del Proyecto de Explotación. En todos estos casos el importe de las sanciones debe ser proporcional a la gravedad de la transgresión y será establecido por el Consejo en una decisión que queda sometida a revisiones periódicas (ver mención hecha en el Apéndice III del Proyecto de explotación).

[82] Art. 18.1 del Anexo III de la UNCLOS, cláusula 21 del Anexo IV de los Reglamentos de Exploración y art. 103.5 y cláusula 12 del Anexo X Proyecto de Explotación.

[83] Arts. 187 c. i) y c. ii) y 188.2 UNCLOS.

[84] Art. 139 UNCLOS

[85] En este punto conviene mencionar la obligación prescrita en el código minero respecto de la comunicación por parte del Estado patrocinador al Secretario general de la terminación del patrocinio. Art. 29.2 Reglamento Nódulos, art. 31.2 Reglamento Costras y Reglamento sulfuros y art. 21.2 Proyecto de Explotación.

este contexto, se protege el espacio y sus recursos minerales, otorgándole el estatus de Patrimonio Común de la Humanidad para establecer un sistema de participación y reparto de beneficios pretendidamente equitativo y justo entre los Estados desarrollados y los Estados en vías de desarrollo, asumiendo la explotación minera de los fondos marinos como un hecho.

En definitiva, el sistema previsto para la Zona presenta un diseño marcadamente funcional que se edifica sobre una premisa eje: la aceptación de los efectos potencialmente contaminantes de las actividades de la minería. Se mantienen así los principios heredados de los dictados de la economía extractiva, que quedan reforzados al pertrecharse con criterios sociales y redistributivos, imponiéndose estos intereses como prioridades.

Pero, aunque en la parte XI de la UNCLOS la cuestión de la protección de los ecosistemas no figura como propósito específico, estas inquietudes trascienden a la gobernanza de la Zona en forma de condicionante mediante la infiltración del espíritu de la parte XII a través del art. 145. En este sentido, podemos afirmar que la protección medioambiental se postula como un prerrequisito del que se deducen un abanico de responsabilidades. De esta manera, si bien el concepto de Patrimonio Común de la Humanidad surge con un evidente propósito económico y social, el marco regulatorio que abarca la Zona ha optado por definir e implementar mecanismos que pongan contención, controlen y se enfoquen en prevenir los efectos dañinos de las actividades de la minería sobre el ecosistema. Todo ello, aprovechando la oportunidad que ofrece el diseño de un organigrama institucional que favorece una gobernanza multilateral con poderes fácticos efectivos y mecanismos jurídicos operativos.

En definitiva, por un lado, se articula un imbricado sistema en el que se orquestan diversas herramientas de evaluación, información, monitorización y seguimiento. Por otro, se engranan responsabilidades de diferente orden con procesos por incumplimiento, que combinan técnicas atenuadas de naturaleza admonitoria y cooperativa, como las advertencias y los avisos previos, con otras más expeditivas que pueden llevar a sanciones o incluso a la resolución de los contratos.

Se diseña así un sistema circular, dinámico y versátil, de aspiración preventiva pero que en todo caso mantiene como propósito principal el logro de una prosperidad económica equitativa. En esta línea las herramientas implementadas aspiran a la contención de las externalidades negativas de las actividades mineras en la Zona, pero no necesariamente su eliminación.

En definitiva, del análisis operado en el presente trabajo se deduce que los propósitos marcados para la Autoridad constriñen la toma de decisiones para priorizar la consecución de una ambicionada prosperidad económica. Esto conduce al posicionamiento de inicio a favor de las actividades de la Zona asumiendo sus costes medioambientales, cuyo valor bruto en principio no parece tener un peso específico en la toma de decisiones. En esta línea,

los procedimientos diseñados no contemplan previsiones claras y directas que garanticen que, en la contabilidad final sobre el balance costes-beneficios de las actividades, la "humanidad", como concepto global que incorpora dimensiones no solo inter-espaciales, sino también inter-temporales, saldrá efectivamente beneficiada.

Los principios de solidaridad y justicia que subyacen en el espíritu de la UNCLOS impelen a reaccionar, adaptando el marco jurídico a unas nuevas prioridades que ocupan los primeros puestos de la agenda multilateral. Se hace precisa una incorporación más eficaz de la perspectiva ecosistémica en la gobernanza de la Zona, que incorpore la emergencia medioambiental entre los criterios prioritarios para la toma de decisiones y permita valorar de forma real y efectiva el impacto de las actividades mineras en el capital natural y en los usos potenciales del océano, sopesando estas externalidades negativas con las internalidades positivas que ofrece el océano para la vida.

La gobernanza de un espacio, destinado al interés general de la Humanidad, en el que la prioridad medioambiental no figura reflejada en su justa medida, pondría en cuestión su misma razón de existencia. Resulta imperioso incorporar esta concepción de forma efectiva y clara, garantizando que el concepto de Patrimonio Común aúne una consideración de la humanidad en toda su dimensión axiológica, y que, a la vez, por qué no, sea capaz de ofrecer una justicia ecológica. Es preciso tomar en consideración con inmediatez el papel de la Zona y sus ecosistemas, permitiendo incorporar a la contabilidad oceánica el verdadero valor del océano.

Si el principio de Patrimonio Común de la Humanidad está basado en inquietudes de protección y confianza y fue creado para hacer realidad la visión universal de solidaridad y justicia, se hace imperioso configurar y adaptar el sistema que lo ampara para cobijar apropiadamente las nuevas demandas ecosistémicas y, por ende, integrar el ingrediente ecológico con la importancia que merece, para ofrecer una versión regenerativa que incorpore sin reservas los intereses de las futuras generaciones, ofreciendo de este modo una visión intergeneracional en la toma de decisiones.

LOS BRICS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL. AMPLIACIÓN, MULTIPOLARIDAD Y ALINEAMIENTOS

THE BRICS IN THE INTERNATIONAL SYSTEM. ENLARGEMENT, MULTIPOLARITY AND ALIGNMENTS

Paloma González del Miño*

Resumen: Desde su institucionalización, cuando todavía se les consideraba potencias emergentes, los BRICS fijaron dos objetivos centrales: una alternativa a la arquitectura financiera global y un contrapeso a las instituciones hegemonizadas por Occidente. En las dos últimas décadas, donde el orden internacional se encuentra cuestionado, estos actores buscan posicionarse no sólo como un bloque de poder en la gobernanza internacional, sino, también, el refuerzo de su liderazgo individual e impulsar una perspectiva multipolar en la agenda geopolítica. La ampliación a BRICS + con seis miembros más, puede leerse como el resultado tanto a los cambios estructurales de la economía política global como una respuesta a los mudables equilibrios de poder internacional.

Palabras clave: BRICS, gobernanza, orden internacional, multipolar, geopolítica.

Abstract: Since their institutionalisation, when they were still considered emerging powers, the BRICS have set two central objectives: an alternative to the global financial architecture and a counterweight to the institutions hegemonised by the West. In the last two decades, where the international order is being challenged, these actors seek to position themselves not only as a power bloc in international governance, but also to reinforce their individual leadership and push for a multipolar perspective on the geopolitical agenda. The enlargement to BRICS+ with six additional members can be read as a result of both structural changes in the global political economy and as a response to shifting international power balances.

Keywords: BRICS, governance, international order, multipolar, geopolitics

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. POSICIONAMIENTO DE LOS BRICS EN EL ORDEN INTERNACIONAL. 3. DIFERENTES INICIATIVAS REGIONALES Y SU INCIDENCIA EN LA FORMACIÓN DE LOS BRICS. 4. LA POLÍTICA EXTERIOR DE LOS ESTADOS MIEMBROS. 4.1. La influencia de China en el sistema internacional. 4.2. Los BRICS como palanca de Rusia en su rol de potencia global. 4.3. Los grandes BRICS del Sur Global: Brasil e India. 5. DINÁMICAS COOPERATIVAS INTRA-BRICS. LA REFORMA DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS. 6. INSTITUCIONALIZACIÓN "BLANDA" DE LOS BRICS. 7. ¿QUÉ SUPONE LA AMPLIACIÓN DE LOS BRICS? 8. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Los "BRICS son los futuros líderes del mundo". La frase pronunciada por Vladimir Putin en la VII cumbre de esta asociación celebrada en la ciudad de

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid (pagonzal@ucm.es). Todas las páginas webs mencionadas en este artículo han sido consultadas por última vez el 25 de octubre de 2023.

Ufa (9 de julio de 2015) ha sido recordada como premisa para análisis económicos y financieros. Frente al optimismo del líder ruso y las expectativas generadas, también prevalecen percepciones de debilidad como bloque ya sea por bajadas en el ritmo de crecimiento de sus economías, por las diferencias entre los miembros y en sus políticas exteriores o por la falta de iniciativas concretas que traduzcan el discurso institucional en prácticas políticas. Aunque existen suficientes interrogantes para dudar de la consolidación de los BRICS como el otro hegemón global económico, tampoco se puede eclipsar que son un jugador de peso en el tablero mundial, utilizando la expresión de Zbigniew Brzezinski, cuya ampliación se produce en un contexto de creciente competencia y tensión geopolítica entre los bloques mundiales y las potencias, en particular Estados Unidos y China.

Ocho años después de la cumbre mencionada, en agosto de 2023 se celebra la XV cumbre de los BRICS con el lema "BRICS y África. Asociación para un crecimiento mutuamente acelerado, desarrollo sostenible y multilateralismo inclusivo". La decisión más importante tomada recae en la invitación a unirse a esta asociación a seis nuevos miembros —Argentina, Egipto, Etiopía, Irán, Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos— cuya membresía entraría en vigor desde el 1 de enero de 2024. Aparte de ser la segunda ampliación de los BRICS, supone en primer lugar, un reto dada la diversidad de intereses en un bloque cuyas decisiones se adoptan por consenso, en segundo lugar, el aumento de su peso internacional en la economía y en la población mundial y, en tercer lugar, un nuevo impulso al bloque, aunque carezca de unos objetivos comunes claros respecto a las reformas en algunas organizaciones multilaterales y sin que exista una configuración precisa como modelo revisionista al orden internacional.

A pesar del carácter heterogéneo de los miembros, desde su institucionalización los BRICS se construyen fijando dos objetivos centrales: la reforma de la arquitectura económica y financiera global e incrementar la cooperación económica y comercial entre los miembros. Ahora bien, durante la última década también buscan aumentar su peso en la geopolítica, e incluso rivalizar con el G-7, una opción todavía lejana. Igualmente, las diferencias en cuanto a los intereses estratégicos individuales de estos países obstaculizan su eficacia como bloque que comenzó como un conjunto económico cuestionable —economías emergentes de rápido crecimiento— para evolucionar a un contenido más político, sin abandonar la intención de reformar el sistema monetario internacional para fortalecer las economías del Sur Global.

El peso económico de los BRICS está impulsado por el ascenso de China. La tesis de los BRICS+ indica que en torno a 2040, India y China serán los líderes mundiales en el ámbito de la tecnología y los servicios, así como Rusia, Arabia Saudí, Emiratos Árabes, Irán y Brasil principales proveedores en algunos de los denominados minerales críticos —etanol, litio, magnesio, grafito, níquel, cobre, hierro— , además de un importante grupo energético

— petróleo y gas natural—, sin descontar el creciente interés de estos actores en consolidarse como potencias militares dadas las fuertes inversiones que realizan en los presupuestos de defensa, el crecimiento de las industrias militares —Sudáfrica, India, China, Rusia, Turquía e Irán— y la venta de armamento a numerosos países no solo del continente africano.

Este artículo tiene un triple objetivo: analizar no sólo la evolución de los BRICS desde su institucionalización, sino, también evaluar el escalón diferencial intra-bloque, mediante sus políticas exteriores, con dos divisiones definidas: los "consolidados" como actores globales —Rusia y China— y los "grandes" BRICS del sur —India, Brasil y en menor medida Sudáfrica—. Además, se intenta estudiar lo que puede suponer la ampliación de los BRICS con fuertes diferencias económicas, objetivos disímiles en cuanto a intereses y en sus políticas exteriores o desiguales sistemas políticos, pues según el Índice de Democracia cuatro son democracias defectuosas y siete regímenes autoritarios.

El análisis parte de preguntar si los BRICS tienen suficiente fortaleza como un modelo alternativo al actual orden internacional en transición hacia un mundo multipolar o son un bloque (in)-suficientemente consolidado que sirve de refuerzo para determinados miembros dado que la interacción entre ellos es menor. En un período de *interregno* como el que vive el actual sistema internacional, es un hecho que este polo ya es una realidad geopolítica y económica singular pero todavía no ha logrado, en la práctica, avances sustanciales como colectivo. Las nuevas incorporaciones obedecen más a intereses de carácter geopolítico y contrapesos en el orden internacional, principales inquietudes de China y Rusia con una agenda propia respecto a Occidente y a Estados Unidos. En un futuro próximo, el protagonismo de los BRICS + va a depender de su capacidad de actuación en un formato de geometría variable al carecer de una ideología compartida y un objetivo general claro.

2. POSICIONAMIENTO DE LOS BRICS EN EL ORDEN INTERNACIONAL

El denominado orden internacional surgido después de la Segunda Guerra Mundial y liderado por Occidente ha transitado por diversas fases en casi ocho décadas de existencia. Esta evolución del 1.0 (bipolar) al 3.0 (multipolar), utilizando la expresión de Ikenberry para evaluar e interpretar este proceso escalonado del sistema internacional sin que actualmente exista una alternativa, se traduce por los actores revisionistas en forma de contestación al considerarle favorable para Estados Unidos y sus aliados[1]. Ante esta lógica, reclaman mayor participación en un nuevo multilateralismo formal y abierto. Los fundamentos del internacionalismo liberal, o no tan liberal, como

[1] IKEMBERRY, John, "La crisis del orden liberal mundial", *Anuario Internacional CIDOB 2018*, Edicions Bellaterra, pp. 29-36.

expone Barbé[2], afectan a la distribución del poder, a las instituciones, a las ideas y a las normas.

Aunque las dificultades del orden liberal vienen de lejos, se aprecia desde comienzos del siglo XXI mayor contestación por parte de un nutrido grupo de actores estatales ante los problemas de eficacia y legitimidad del sistema. En este sentido, el final de la Guerra Fría da paso a la *Pax Americana* con una potencia hegemón, Estados Unidos con sus aliados occidentales, pero también se irá incubando una realidad internacional diferente a través de "la emergencia de nuevas potencias no occidentales y la evolución del orden internacional hacia un liberalismo postnacional, que comporta mayor transferencia de autoridad por parte de los Estados hacia las instituciones internacionales, que se hacen más intrusivas"[3]. Por otra parte, tanto la crisis de 2008 como la COVID 19 y la invasión de Ucrania por Rusia han venido a reactivar un proceso que ya estaba en marcha.

Así mismo, desde finales de la década de los 2000 ha aumentado la conflictividad internacional. Según los datos del Uppsala Conflict Data Program, en el año 2021 se alcanza el mayor pico de conflictos desde 1975 con 139, siendo su distribución 83 de base no estatal y 56 que implican violencia por parte del Estado. Sin embargo, en 2022 esta proporción aumenta si se tienen en cuenta los conflictos entre Ucrania y Rusia, Nagorno-Karabaj, los problemas fronterizos en Asia Central, Tigray, Sudán o el deterioro de la situación de inseguridad en Oriente Medio[4]. Ahora bien, la inestabilidad internacional que deriva en conflicto no es una consecuencia directa del repliegue del bloque occidental, especialmente de Estados Unidos menos propenso a participar en conflictos bélicos frente al aumento de la autonomía y contestación por parte de otras potencias en una lógica de rivalidad entre grandes actores y esferas de influencia[5].

La desintegración de la URSS supone un cambio sistémico en la medida que altera la polaridad existente. Durante la década de 1990, un período único para el internacionalismo liberal de *Pax Americana*, la imagen de dominación por Estados Unidos como única potencia hegemónica favorece que la mayoría de actores estatales adopten una estrategia de acomodación con el triunfo del liberalismo, a la vez que se articula una agenda internacional ambiciosa. Su sucesora, Rusia, no estaba exenta de numerosos problemas internos, aunque en el plano internacional, el ministro de Asuntos Exteriores, Yevgueni Primakov, expone la doctrina de un orden multipolar como un intento de balanceo que busca agrupar a diferentes potencias regionales frente

[2] BARBÉ, Esther, "El invierno que no llegó. El orden internacional en tiempos de pandemia", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 72, pp. 15-31.

[3] BARBÉ, Esther (directora), "La crisis del orden internacional liberal y su impacto en las normas internacionales", *Las normas internacionales ante la crisis del orden liberal*, Madrid, Tecnos, 2021, p. 42.

[4] UPPSALA CONFLICT DATA PROGRAM, *Countries in conflict view*, Uppsala University, 2023.

[5] DAVIES, Shawn, PETTERSSON, Therese, ÖBERG, Magnus, "Organized violence 1989-2022, and the return of conflict between states", *Journal of Peace Research*, núm.4, 2023, pp. 691-708.

a la ausencia de capacidades propias reales, agravada por la crisis financiera del rublo.

Por su parte, la República Popular China aprovecha la hegemonía del orden liberal mediante la estrategia de interdependencia económica fomentando el crecimiento de su economía, a la vez que busca evitar ser percibida como una amenaza. China ilustra el empleo de cómo la acomodación a la arquitectura de gobernanza económica global permite obtener beneficios al aprovechar la economía de escala y la estructura institucional desarrollada en el orden postguerra mundial. Será con el proceso de reformas iniciado por Deng Xiaoping en 1978 cuando comience la mayor transformación de una nación en un período de tiempo tan corto, que en el plano internacional también comporta la vinculación con Occidente y las instituciones multilaterales.

Esta política pragmática a través de la doctrina del *desarrollo pacífico* se asienta en tres vectores: crecimiento económico sostenible que termina convirtiendo a China en la "fábrica del mundo", modernización producto del desarrollo y aumento del bienestar de la población, incardinados en el mantenimiento de un Estado fuerte y unificado que aleje a la nación de las amenazas externas percibidas como las responsables de su debilidad y dependencia respecto a otras potencias. Para ello, el nacionalismo juega como un instrumento unificador reforzando la cohesión de un Estado-nación con unos complejísimos mecanismos internos entre las tres grandes instituciones verticales y jerárquicas: estado, partido y ejército.

En este contexto del orden internacional y con la inclusión de potencias emergentes[6] en las instituciones liberales, Jim O'Neill publicó en 2001 un artículo titulado *Building Better Global Economic BRICs*, un texto cuyo énfasis se centra en las perspectivas de crecimiento del PIB de los mercados emergentes de gran tamaño y de su peso en la economía global comparándoles con el G7. También, identificaba cambios en estas potencias emergentes —Brasil, Rusia, India y China— dada la importancia económica sobre todo en un futuro próximo, así como los incentivos de los que disponía cada actor para unirse a un hipotético grupo[7]. Los denominados mercados emergentes por O'Neill tenían conciencia de su papel no solo en el aspecto económico, sino como futuras potencias.

Aunque en un principio el acrónimo BRICS despertaba dudas, en el ámbito académico empezaron a producirse análisis cuyo foco, desde el ámbito de la ciencia política o la economía, apuntaba a que con el paso de los años la

[6] En este artículo, se opta por el concepto *potencia emergente* como un actor que, siendo una economía en desarrollo, tiene su propio nivel de productividad industrial y aparece como competidor en relación con otras economías más desarrolladas.

[7] O'NEIL, Jim, "Building Better Global Economic BRICs", *Global Economics Paper*, núm. 66, 2001, pp. 1-16. O´Neill, era Managing Director y Head of Global Economic Resarch en Goldman Sachs.

solidez del orden internacional se vería comprometida por la emergencia de otras potencias que quebrarían el corto período unipolar o de *Pax Americana*. En esta lógica, Layne señalaba la tendencia de cambio en la distribución de poder donde aparecerían nuevos polos en el escenario internacional[8]. Zakaria indicaba la emergencia de un orden post-americano con nuevos actores que provocarían una distribución de poder diferente[9]. Igualmente, Schweller y Pu apuntaban la transformación estructural de la unipolaridad a la multipolaridad con pérdida del poder occidental[10], especialmente por parte de Estados Unidos. Desde la década de 2010, irá aumentando esta percepción, no solamente en los análisis académicos.

El actual sistema internacional se caracteriza por la consolidación de potencias emergentes claves. Asimismo, se visualiza un cambio de eje geográfico del poder global desde las potencias asentadas durante décadas hacia otras. En este sentido, "cuando se habla de potencia económica emergente, se alude a un concepto teórico que define la dinámica de los países en desarrollo, pero que no refleja adecuadamente su impacto en el contexto geopolítico mundial. Resulta complejo trasladar el poder económico a la influencia internacional (por ejemplo, en lo que respecta a la contribución a los bienes públicos internacionales y a la posibilidad de cambiar el modo de pensar y el comportamiento de los demás). De todos modos, las economías en cuestión han sido identificadas como potencias emergentes para hacer referencia a su mayor incidencia global" [11].

Analizando la evolución de los BRICS se pueden distinguir, siguiendo a Stuenkel, tres fases: 2001-2007 asimilados a un concepto ligado a las inversiones —aunque sin constitución como grupo—, 2008-2014 donde los socios establecen una plataforma política poco regulada y a partir de 2015, etapa de afianzamiento mediante un proceso de institucionalización[12] y de cooperación sur-sur. Si nos centramos en la revisión de los análisis académicos sobre los BRICS se aprecian dos categorías: los realizados desde la disciplina de la Ciencia Política, asentados fundamentalmente en la *Teoría de la Transición de Poder*, y los que se enfocan desde la Economía, donde tiene un papel relevante la *Teoría de la Integración Económica*[13]. En este sentido, cabe resaltar la mayor escasez de estudios desde las Relaciones Internacionales, aunque a medida que este constructo BRIC se consolida también aumenta la producción analítica.

---

[8] LAYNE, Christopher, "The Unipolar Illusion Revisited — The Coming End of the United States Unipolar Moment", *International Security*, núm. 31(2), 2006, pp. 7-41.

[9] ZAKARIA Fareed, *The Post-American World: And the Rise of The Rest*, Penguin Books, 2009, 336 pp.

[10] SCWELLER, Randal y PU, Xiaoyu, "After Unipolarity: China's Visions of International Order in an Era of U.S. Decline", *International Security*, 2010, núm. 36 (1), pp. 41-72.

[11] HAIBIN, Niu, *Los BRICS en la gobernanza mundial: ¿una fuerza progresista?*, Friedrich Eber Stiftung, abril de 2012, p. 2.

[12] STUENKEL, Oliver, *Post-Western World: How Emerging Powers Are Remaking Global Order*, Cambridge, Polity Press, 2016, 180 pp.

[13] SPERLICH, Yvonne, *From power transition to economic integration theory: A review of the BRICS literature,* Research Papers by the Institute of Economics and Econometrics, Geneva School of Economics and Management, 2015, 29 pp.

En la actualidad, esta asociación de Estados heterogéneos, sin una ideología conjunta definida, que emplea estrategias de coalición, ha evolucionado hacia un proyecto geopolítico y económico reforzado con la ampliación a BRICS +. Pese a la diversidad interna, existen unas constantes de cohesión entre los actores del bloque adoptando dos objetivos principales. En primer lugar, generar dinámicas relacionales de cooperación sur-sur que aun manteniendo el factor económico como central se irá ampliando a otros sectores. En segundo lugar, el propósito de reforma de la arquitectura de gobernanza global, vinculada a la desafección con el liderazgo sistémico occidental en general y en concreto con el estadounidense.

Estos objetivos principales se están manifestando con mayor intensidad desde que en la década de 2010 se producen los primeros procesos de institucionalización, tanto externos como internos —mediante la celebración de reuniones y cumbres periódicas—. Los BRICS[14] mantienen un discurso cooperativo que pone de manifiesto la intención de crear un espacio político-económico propio en el sistema internacional, que proporcione alternativas viables principalmente a los países del Sur Global y en paralelo en Naciones Unidas y en las instituciones económicas de Bretton Woods —Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, G20 financiero—. En esta lógica, han creado el Nuevo Banco de Desarrollo y el Arreglo Contingente de Reservas —que puede ser entendido como un fondo monetario—.

3. DIFERENTES INICIATIVAS REGIONALES Y SU INCIDENCIA EN LA FORMACIÓN DE LOS BRICS

Aunque pueda ser discutido, una particularidad de los BRICS reside en que cada uno de los miembros ejerce influencia regional, participando en otras instituciones multilaterales del sur y este global[15]. Las raíces institucionales de este grupo son mixtas, en el sentido de que se unen miembros con vocación antihegemónica y otros participantes en iniciativas promovidas por Occidente. Concebir la arquitectura de la gobernanza mundial como poco representativa de una realidad internacional más plural fomentó que tanto los actores que estaban descontentos como aquellos que percibían que su estatus no se correspondía con sus capacidades convergiesen a lo largo del tiempo desde diferentes iniciativas multilaterales —Foro Brasil, India, Sudáfrica (IBSA), Foro Rusia, India, China (RIC), Outreach Group (O5)[16].

[14] En este análisis se emplea la denominación BRICS para hacer referencia tanto a los fundadores como a la primera ampliación en 2010 con la entrada de Sudáfrica, aunque en puridad hasta este año se utilizaba el acrónimo BRIC. Se recurre al término BRICS+ para reseñar a los estados que integrarán la segunda ampliación desde enero de 2024.

[15] DUGGAN, Niall, HOOIJMAAIJERS, Bas, REWIZORSKI, Marek y ARAPOVA, Ekaterina, "Introduction: The BRICS, Global Governance, and Challenges for South-South Cooperation in a Post-Western World", *International Political Science Review*, núm.4, 2022, pp. 469-480.

[16] SALZAM, Rachel S., *Russia, BRICS, and the disruption of global order*, Georgetown University Press, Washington DC, 2019, pp. 25-26.

Tanto RIC como IBSA son foros aún activos a pesar de la existencia del grupo BRICS. Lo que podría considerarse como una duplicidad de funciones, se traduce en una malla de apoyo que permite tratar de manera más controlada diversos temas, a la vez que proporciona a los miembros proyección internacional. A pesar de que ambos tienen en común su base regional, mientras RIC presenta una continuidad territorial en la región euroasiática, así como conflictos en su seno, IBSA tiene presencia interregional en el sur global. Estos foros trasladaron a los BRIC la base programática. Por una parte, RIC es considerado por Rusia como el anteproyecto directo de los BRIC, creado en 1996 por el ministro de Asuntos Exteriores Primakov con el claro objetivo de establecer un triángulo estratégico multilateral y securitario[17], aunque no tuviera reuniones trilaterales hasta septiembre de 2001.

El principio de equilibrio con base antihegemónica se aprecia en la política exterior de los miembros de este grupo, es decir, de manera transversal todos los Estados miembros cuestionan la concentración de poder estructural de Estados Unidos. En este sentido, se produce una apuesta decidida por modificar la polaridad del sistema. En la decimosexta reunión de ministros de asuntos exteriores del RIC, durante el discurso del ministro Lavrov, se pone de manifiesto que los objetivos de este foro son la creación de un mundo policéntrico y promover una agenda internacional propia[18]. En esta reunión se abordan determinados fundamentos multilaterales del orden internacional, así como el desarrollo de una arquitectura de seguridad indivisible para la región Asia-Pacífico, sin dejar en el olvido la ciberseguridad[19] y temas relacionados con el fortalecimiento del Derecho Internacional [20].

Podría establecerse cierta superposición entre los foros RIC y BRIC, debido a que los principios son semejantes[21]. Sin embargo, Rusia apuesta por RIC como un espacio donde poder adoptar diferentes roles de su política exterior que le resultan cómodos mediante una diplomacia propia de potencia. Por otro lado, Rusia implementa una posición de equilibrio en las complejas relaciones sino-indias. Rusia mediante la agrupación RIC quería retomar la doctrina Primakov para actuar como contrapeso a la influencia de Estados Unidos y sus

[17] LAVROV, Sergey, "Foreign Minister Sergey Lavrov's remarks and answers to questions at the Primakov Readings International Forum", *The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation*, 2022.

[18] LAVROV, Sergey, "Foreign Minister Sergey Lavrov's remarks and answers to media questions at a joint news conference following talks between RIC foreign ministers, Wuzhen, February 27", *The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation*, 2019.

[19] THE MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS OF THE RUSSIAN FEDERATION "Press release on a meeting of the foreign ministers of Russia, India and China (RIC)", *The Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation*, 2019.

[20] Los ministros de Asuntos Exteriores en esta reunión en formato RIC, como recoge el comunicado conjunto, también abordaron la lucha contra el terrorismo internacional, el tráfico ilegal de drogas y otras cuestiones internacionales: Venezuela, Oriente Medio y Norte de África (MENA), así como el Plan Integral Conjunto de Acción sobre la cuestión nuclear iraní.

[21] MEDIA CENTER, "Joint Communique of the 16th Meeting of the Foreign Ministers of the Russian Federation, the Republic of India and the People's Republic of China", *Ministry of External Affairs-Government of India*, 2019.

aliados, pero terminará teniendo un impacto limitado por lo que tuvo que desplazar sus prioridades hacia el fortalecimiento de la bilateralidad con China.

No obstante, y pese a su carácter limitado, a RIC se le atribuye la reputación de ser el precursor de plataformas no occidentales de éxito como los BRICS[22] y la Organización de Cooperación de Shanghái (OCS), fundada el 15 de junio de 2001. Tampoco puede obviarse la importancia de los países RIC en la configuración del imaginario BRIC[23] al hacer una lectura antihegemónica del sistema internacional[24]. Sin embargo, la influencia de las tres potencias que forman RIC es desigual pues, además de la aprobación sobre un nuevo orden mundial abierto, coexisten diferencias importantes e intereses contradictorios. A pesar de esto, es difícil descontar que Rusia, China e India no formen parte de este nuevo orden mundial todavía en gestación.

La incorporación de los miembros del IBSA como actores también del bloque BRICS tiene diversas lecturas. En primer lugar, los integrantes de este foro son potencias emergentes cuyo objetivo es reforzar la cooperación sur-sur implementando el fondo *IBSA progress on Poverty and Hunger alleviation*, un mecanismo de desarrollo y de *soft power* complementario a la cooperación norte-sur[25]. En segundo lugar, la representación de tres regiones asentadas en continentes distintos[26] y con problemáticas muy heterogéneas, tanto en común como en el ámbito interno de los países. En tercer lugar, una agenda extensa de carácter multidimensional, aunque también imprecisa, que responde a la necesidad de mantener cierto equilibrio entre los temas que interesan a los socios como los desafíos globales[27].

4. LA POLÍTICA EXTERIOR DE LOS ESTADOS MIEMBROS

La política exterior como marco de investigación es uno de los campos más complejos de las Relaciones Internacionales al estar formulada en un espacio poroso *intermésticо*[28] o, dicho de otra forma, un *juego de dos niveles* que involucra lo internacional y lo doméstico —como política pública de un Estado—, sin

[22] DAS KUNDU, Nivedita, "Russia-India-China: Trilateral Cooperation and Prospects", *Valdai Discussion Club*, núm. 4, 2012.

[23] ANDAL, Aireen Grace y MURATSHINA, Ksenia G., "Adjunct rather than alternative in global governance: An examination of BRICS as an international bloc through the perception of its members", *Social Science Information*, núm.1, 2022, pp. 77-99.

[24] ROBERTS, Cynthia, "Russia's BRICs Diplomacy: Rising Outsider with Dreams of an Insider", *Polity*, núm. 42, 2010, pp. 36-73.

[25] MINISTRY OF EXTERNAL AFFAIRS, "IBSA Declaration on South-South Cooperation", *IBSA Trilateral Organization*, 2018, pp. 2-3.

[26] SINGH, Singh, The *BRICS Model of South-South Cooperation*, The University of Johannesburg Confucius Institute, Johannesburg, 2017, p. 3.

[27] NAIK, Shraddha, "The emergence of BRICS: An extension of interregionalism to the Global South", FÉRON, Élise, KÄKÖNEN, Jyrki y RACHED, Gabriel, *Revisiting Regionalism and the Contemporary World Order*, 2019, p. 70.

[28] NEACK, Laura, *Studying Foreign Policy Comparatively. Cases and Analysis*, Rowman & Littlefield Publications, 2019, 222 pp.

tener un carácter único o general, sino que corresponde, también, a las particularidades en donde se implementa. Ahora bien, al realizar un estudio longitudinal de la política exterior de un país, se detectan las prioridades, las agendas y los intereses nacionales —traducidos en fines y objetivos cada vez más sectoriales, desagregados y específicos—, en un mundo interconectado, multipolar y complejo en el que operan actores internacionales con intereses muy diversos.

La competición entre las grandes potencias representa, en nuestros días, un tema muy relevante debido a su centralidad en la agenda internacional. Estas potencias claves pueden configurar, en gran medida, el escenario internacional y los espacios de maniobra de otros actores. En el siglo XXI la política exterior de los Estados se ve afectada por una serie de cambios significativos en el ámbito económico, tecnológico, ideológico y de poder político. Partiendo de la lógica diferencial entre los BRICS, el binomio formado por China y Rusia, miembros del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, muestran intereses que van más allá de la coalición BRICS. Por su parte, Brasil, India y Sudáfrica son los que pueden caracterizarse como potencias emergentes con mayores puntos en común —democracias liberales, colonialismo, desafíos domésticos similares, además de compartir objetivos en política exterior[29].

4.1. La influencia de China en el sistema internacional

La política exterior de China ha sufrido las limitaciones de sus capacidades al atravesar períodos de carestía durante los primeros años desde la fundación de la república. Esta situación favoreció que su conducta internacional estuviera ajustada a la lógica de la Guerra Fría, subalterna al hegemón del bloque correspondiente, actuando como pivote de la URSS. Sin embargo, la aritmética geopolítica se modifica a raíz de la fractura ideológica del bloque del este, derivada del proceso revisionista en la Unión Soviética. El deterioro de las relaciones entre estos dos actores en la etapa de Jrushchev reaviva tensiones territoriales entre 1954 y 1969, lo que impacta directamente en la orientación de la política exterior de Pekín. La posición de China continuó estando afectada por otros, aunque el cuestionamiento del liderazgo soviético favorece la convivencia con Occidente, al mismo tiempo que se suscita la solidaridad con el Tercer Mundo[30].

Deng Xiaoping, promueve un proceso de apertura y reformas caracterizado por el desarrollo de una política exterior autónoma[31]. Esta lógica, se

[29] MANDRUP, Thomas y SMITH, Karen., "South Africa's diplomacy of ubuntu. An African approach to coexistence? CONING, Cedric, MANDRUP, Thomas & ODAARD, Liselotte, *The BRICS and Coexistence. An alternative vision of world order*, Routledge, 2015, pp. 149-170.

[30] DELAGE, Fernando, "La política exterior china en la era de la globalización", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals,* núm. 63, 2002, p. 64.

[31] El estrechamiento del vínculo con Occidente y el abandono del aislacionismo puede observarse de manera clara si se toma como indicador la pertenencia a diferentes organizaciones internacionales y programas multilaterales del seno de Naciones Unidas. En 1979 se asocia al PNUD, UNFPA, ACNUR,

expresa a través de la combinación de un nacionalismo pragmático y la filosofía del desarrollo pacífico, estando esta última asentada en la búsqueda del crecimiento económico y la modernización, manteniendo a su vez un Estado fuerte y unificado que defienda la integridad y la independencia en política exterior. Ahora bien, China se convertirá en un nicho de fabricación y necesitará expandir sus mercados. Por esto, haciendo gala del pragmatismo que le permite obtener beneficios de la arquitectura de gobernanza económica, en 1986 solicitó suscribir uno de los instrumentos de la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Comienza una etapa embrionaria de acumulación de poder económico que en el siglo XXI buscará convertirse en poder político.

Durante el mandato de Den Xiaoping se establecen las bases de la política exterior que estarán vigentes entre las décadas de 1990 y 2000. China en este periodo, a través de la máxima *Tao Guang Yang Hui*, adopta un perfil bajo y complaciente con el internacionalismo liberal de Occidente, especialmente con Estados Unidos, al igual que la apuesta por el multilateralismo y el desarrollo económico en un proceso de acomodación sin generar percepción de amenaza, en definitiva, sin alterar el *statu quo* internacional. Mediante esta estrategia se busca fortalecer el libre mercado y el desarrollo en diferentes sectores como el económico-tecnológico o el militar. En paralelo, se va a ir afianzando la diplomacia bilateral económica como una palanca en la proyección internacional del país.

Los principios de la política exterior marcados por Xiaoping, es decir, la consolidación del Estado, la integridad territorial y la búsqueda de prestigio internacional fueron continuados por Jiang Zemin. A su vez, su mandato coincidirá con la creación de dos alianzas regional: el RIC, un proyecto de triangulación estratégica entre Rusia-China-India[32] y la Organización de Cooperación de Shanghai (OCS) que responde directamente a los intereses chinos[33]. A estas iniciativas, le siguieron la formalización de los BRIC (2009 y 2010 los BRICS con la adhesión de Sudáfrica) y la creación de la Ruta de la Seda (2013). Pekín explícita su toma de conciencia como potencia emergente muy ligada al factor económico[34], herramienta de proyección en la arquitec-

ONUDI, PMA. En la década de 1980 a la FAO, el FIDA y la OIT. También es relevante analizar como el estado de las relaciones con Estados Unidos ya que en 1972 se produjo la primera visita de Estado y en 1979 el establecimiento de relaciones con la República Popular de China en lugar de la República de China (Taiwán).

[32] La asociación estratégica resulta voluble al inicio debido a la falta de una gran estrategia en política exterior por parte de Rusia que pivotaba entre el acercamiento a Occidente y las críticas a su hegemonía. Por otra parte, las iniciativas rusas en el RIC fueron poco valoradas tanto por China como por India.

[33] DELAGE, Fernando, "La política exterior china en la era de la globalización", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals,* núm.63, 2002, pp. 67-81, pp. 73-78.

[34] En la actualidad, el Partido Comunista de China señala como sus principios rectores el Marxismo-Leninismo, el Maoísmo, la Teoría de Deng Xiaoping, la Teoría de los Tres Representantes de Jiang

tura económica internacional a través de la Organización Mundial de Comercio o el Fondo Monetario Internacional.

China se enfrentaba al dilema de su propia identidad al combinar elementos de gran potencia, así como de país en vías de desarrollo. En este proceso, los BRICS suponen para el país asiático una oportunidad para desarrollar la multipolaridad y democratizar la arquitectura de gobernanza global[35], no solo en la faceta económica. China adoptó el rol de reformador, pero con un comportamiento de estabilizador de las instituciones multilaterales en lugar de actuar como un actor disruptivo. En esta estrategia, los BRICS cumplían para China la función de una coalición demandante de mayor presencia en las instituciones al tiempo que China contribuye al auge del bloque BRICS por el crecimiento de su economía.

A partir de la década de 2010 convergen, en primer lugar, el ascenso económico de China, hasta posicionarse como la segunda potencia económica del mundo al superar a Japón y, en segundo lugar, el consenso en relación con cómo actuar una gran potencia global revisionista. Este encuadre se reforzará a partir de 2013 con el ascenso al poder y el liderazgo de Xi Jìnpíng implementando la diplomacia del *Lobo Guerrero*, que describe un tono más agresivo en la diplomacia, en contraposición con la doctrina del ascenso pacífico de China. Esta nueva filosofía diplomática se caracteriza por la retórica de confrontación, alejándose de la antigua política exterior más propensa a una retórica de cooperación internacional, que quedaba resumida en la máxima de que "China debe ocultar su fuerza" en la diplomacia internacional.

Aunque China se encuentre ante la necesidad de reconstruir la imagen de confianza internacional, la lectura que se hace desde Washington es un desafío a la hegemonía propia al confrontar de manera más asertiva el marco institucional del orden liberal y el propio dominio de Estados Unidos en Asia-Pacífico[36]. Mediante un discurso nacionalista, afirmativo y defensor de su soberanía, la diplomacia del *Lobo Guerrero* refleja el cambio discursivo en la política exterior que se ha vinculado con el ideario de Xi Jimping y la percepción de hostilidad occidental hacia China. La narrativa más agresiva de los diplomáticos chinos, debido a la necesidad de mostrar la nueva fuerza de este actor global, genera controversia y tensiones en las relaciones internacionales de este país, que ha ido racionalizando el tono estridente del discurso, aunque esto no indique necesariamente que se alteren los objetivos, al considerar el séptimo presidente de la República Popular China que bajo su

Zemin y el Socialismo con Características Chinas para la Nueva Era de Xi Jìnpíng. En todos estos desarrollos ideológicos, la economía tiene un papel fundamental.

[35] DA, Wei., "Partnership for Collective Emergence: BRICS in China's International Strategy", KORNEGAY, Francis y BOHLER-MULLER, Narnia, *Laying the BRICS of a New Global Order: From Yekaterinburg 2009 to eThekwini 2013,* Africa Institute of South Africa, Pretoria, 2013, pp. 37-50.

[36] LAYNE, Christopher, "The US-Chinese power shift and the end of the Pax Americana", *International Affairs*, núm. 94, 2018, pp. 89-111.

mandato esta potencia ha entrado en una nueva era triunfante cuyos éxitos inquietan a Occidente y, en particular, a Estados Unidos.

El revisionismo de la gobernanza global bajo el liderazgo de Xi Jìnpíng quedó consagrado en el XIX Congreso del Partido Comunista de China a través de dos conceptos: el Socialismo con Características Chinas para la Nueva Era[37] y la Comunidad con un Futuro Compartido para la Humanidad, subrayando la vocación de conferir a China un papel central en el sistema internacional[38] mediante una gobernanza abierta, inclusiva, equitativa, diversa, unida y cooperativa[39]. En el XX Congreso (16-22 de octubre de 2022), donde la hegemonía de Xi sobre el partido comunista chino es absoluta, continúa una línea similar al anterior congreso respecto a los asuntos internacionales, confirmando la postura que guiará la diplomacia china en los próximos años: "la promoción de sus propias soluciones para el desarrollo y la seguridad del planeta. (…) La primera propuesta como alternativa a la globalización liberal y la segunda respuesta en relación con la "«mentalidad» de guerra fría que —según Pekín— expresan las alianzas norteamericanas"[40].

El cambio de paradigma en la política China se aprecia también en relación con su influencia en los BRICS que antes de la ampliación como BRICS+ ya mostraban en los comunicados oficiales de las cumbres algunos planteamientos propios de la postura china. Para este país, los BRICS suponen una herramienta óptima, catalizador del descontento con la arquitectura de gobernanza global y la reforma de las instituciones multilaterales al percibir su exclusión en cuanto a la toma de decisiones de importantes instituciones políticas y económicas en relación con asuntos globales[41]. Desechando el abandono de estas instituciones por parte de China o la conformación de otras alternativas, en 2015 esta república formaba parte de 130 organizaciones internacionales gubernamentales y había firmado o se había adherido a 400 tratados internacionales gubernamentales.

Esta política revisionista "2.0" apoyada en la diplomacia multilateral proactiva, se acentúa en el bloque BRICS desde 2017, concretamente a partir

---

[37] Este planteamiento promovido por Xi Jinping supone un cambio de enfoque debido a que se transita desde una postura pragmática hacia una ideológica. El peso de la ideología se plasma en la denominada modernización con características chinas, basada en la negación de la democracia liberal, la economía de mercado planificada y la oposición a la universalización de los valores. El Socialismo con Características Chinas para la Nueva Era sitúa de forma retórica a las personas en el centro de esta doctrina, lo que explica la ampliación de la agenda BRICS y BRICS+ a temas sociales.

[38] ZHANG, Feng, "The Xi Jinping Doctrine of China's International Relations", *Asia Policy*, núm. 3, 2019, pp. 7-23.

[39] THE STATE COUNCIL INFORMATION OFFICE OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, "A global community of Shared Feature: China's proposals and actions", *Ministry of Foreign Affairs of the People's Republic of China*, 2023, pp. 1-39.

[40] DELAGE, Fernando, *El gran salto atás del Xi Jinping: China tras el XX Congreso del Partido Comunista*, IEEE, 4 de noviembre de 2022, p. 12.

[41] BRESLIN, Shaun, "China and the global order: signaling threat or friendship?", *International Affairs,* núm.3, 2013, pp. 615-634.

de la cumbre de Xiamen. Para entonces, China ya había adoptado el papel de *Policy Maker,* buscando generar una red de instituciones multilaterales, como de *Policy Reformer*, abanderando, gracias a sus capacidades, la necesidad de las reformas cosmopolitas. Sin embargo, Estados Unidos, desde la Administración Trump, subraya el carácter de amenaza sistémica[42] que representa China en el orden internacional y en la competición con la potencia estadounidense. En la misma línea se ha mantenido la Administración demócrata presidida por Joe Biden, favorecedora de moldear los comportamientos de China.

China sigue apostando por los BRICS como un conjunto instrumental capaz de traducir en términos políticos su peso económico, siendo la economía china la más importante del bloque asimétrico superando a las otras cuatro juntas. Además, suma casi las tres cuartas partes de las reservas internacionales de los BRICS y poco más del 60% del comercio exterior conjunto. Esta potencialidad dota a este actor de un influyente papel como dinamizador intra-bloque. Para China, que es el músculo de este grupo, se trata de una nueva forma de participar en las relaciones internacionales mediante los BRICS, es decir, una formación que viabiliza sus intereses ya sea mediante la reducción paulatina de la dependencia del dólar en los intercambios, aumentando la cooperación comercial o a través de estos países como caja de resonancia en otros países en vías de desarrollo.

4.2. Los BRICS como palanca de Rusia en su rol de potencia global

El colapso de la Unión Soviética en 1991 y el posterior tratamiento que Occidente empleó hacia Rusia como Estado sucesor genera un sentimiento de humillación que, aún, sigue perdurando. La antigua zona de influencia post-soviética, especialmente la región del este de Europa, rápidamente se inclina hacia el sistema occidental frente a la incapacidad del nuevo Estado. El reposicionamiento de Rusia, tanto en el plano interno como en el externo, se ha dado a partir de un conjunto de renuncias en diversos ámbitos, pero destacando la necesidad de acomodarse y colaborar con las potencias occidentales para encontrar un lugar en la estructura internacional post Guerra Fría[43].

Es durante esta década de finales del siglo XX cuando se producirá una sucesión de ministros de asuntos exteriores que desde posiciones occidentalistas buscan acomodarse al orden internacional liderado por Estados Unidos en el denominado por Kagan "momento unipolar", predominando la efervescencia normativa y el despliegue de mecanismos de gobernanza global. Sin embargo, al carecer Rusia de una gran estrategia internacional coherente durante la presidencia de Boris Yeltsin, tuvo que colaborar estrechamente con

[42] THE WHITE HOUSE, "National Security Strategy", *The White House*, 2022, pp. 1-47.

[43] SERRA I MASSANSALVADOR, Francesc, *Rusia, la otra potencia europea*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2005, pp. 267

las potencias occidentales en condiciones ajenas a las de una gran potencia como había sido en la época soviética y muy condicionada por los intereses de actores occidentales en los terrenos político, económico, energético o securitario.

El ascenso de Putin representa en el ámbito doméstico la verticalidad del poder que se estaba construyendo tras la reestructuración de la Federación Rusa. En el ámbito externo, supone la consagración de la idea del ansiado retorno de Rusia como superpotencia global utilizando diversos esquemas de participación en el escenario internacional para recobrar espacios de poder, siendo los BRICS un escenario favorable para alianzas y atractivo por su carácter promocional en temas como las relaciones financieras o el papel de Occidente, especialmente de Estados Unidos y sus aliados en el sistema internacional. Esta percepción rusa no es baladí, ya que favorece la existencia de un *efecto espejo* que busca el tratamiento como una potencia líder.

Si la doctrina Primakov supone una escuela de pensamiento occidentalista, Putin representa el triunfo del estatalismo caracterizado por unos planteamientos que, si bien no son antioccidentales al principio, destacan por haber desarrollado una amplia percepción de inseguridad con la expansión de la OTAN hacia el este, así como la necesidad del resurgimiento de Rusia como potencia global a través de factores territoriales, poblacionales, económicos y militares[44], recobrando espacios de poder y decisión. Por ello, los BRICS se presentan como un interesante foro para llevar a cabo este objetivo. El planteamiento desde que Putin accede a la presidencia de la nación es que Rusia es una potencia fuerte e independiente, capaz de garantizar la seguridad frente a Occidente como a Oriente, siendo un Estado indispensable en el orden internacional y en la agenda global.

A pesar de los equilibrios realizados, Rusia es considerada como un actor *outsider* del orden liberal, que necesita a los BRICS para instrumentalizar la capacidad de una agenda multi-vectorial rusa, cuyo último fin sería negociar un marco para la creación de un nuevo régimen internacional[45]. La posición revisionista rusa se aprecia en el discurso de Putin durante el 60º Período de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde demanda la necesidad de reformar la institución para fortalecer su legitimidad, a la vez que reprocha el unilateralismo[46]. El juego de equilibrio ruso se quebró a partir de la ampliación de la OTAN, con algunos países que pertenecieron a la órbita soviética, exacerbando la *teoría de los complejos de seguridad* desarrollada por Barry Buzan y la Escuela de Copenhague. Incluso, antes se había

[44] TSYGANKOV, Andrei P., *Russia's foreign policy. Change and continuity in national identity*, Rowman & Littlefield Publishers Inc., Plymouth, 2010, p. 6.

[45] ROBERTS, Cynthia., "Russia's BRICs Diplomacy: Rising Outsider with Dreams of an Insider", *Polity,* núm. 1, 2010, pp. 38-73.

[46] PUTIN, Vladimir., "Speech at the 60th Session of the UN General Assembly", *Kremlin,* 2005.

reforzado la retórica anti-OTAN, pero cristalizó en la Cumbre de Bucarest de 2008.

La política de Rusia en los BRIC y BRICS está fuertemente afectada por la tendencia antioccidental y reformista del sistema internacional. Si es cierto que este país promueva la iniciativa RIC con un resultado limitado, su posición fue fundamental para la constitución explícita de los BRICS como foro político entre 2009 y 2011[47]. El compromiso de Rusia con los BRICS evidencia la intención de reconquistar espacios de poder y decisión que contribuyan a reconstruir su poderío económico, político y militar, juntamente con articular relaciones con un pequeño grupo de Estados de Asia, África y Latinoamérica que comparten una visión diferente del orden internacional, lo que tampoco significa homogeneidad entre los miembros del bloque. Además, los BRICS suponen un puente de cooperación para Rusia en diversos ámbitos[48], destacando la promoción de las inversiones y el comercio.

A Rusia se la puede considerar como una potencia híbrida, al no ser un poder emergente, ni producto de la descolonización, que ha sido una de las dos superpotencias en la etapa bipolar, con una economía industrializada, que cuenta con un PIB medio alto y está más desarrollada que alguno de los socios BRICS. En esta lógica, para Nayyar[49], a pesar de ser un miembro fundador de los BRICS, el mantenimiento de Rusia en esta asociación heterogénea responde a una apuesta estratégica no solo propia, sino también de los otros miembros para fomentar un equilibrio institucional ante el crecimiento abrumador de China. Moscú actúa como contrapeso de Pekín evitando posiciones de dominio, aunque Nye reflexione sobre las capacidades rusas y concluya que puede estar en declive mientas los otros socios BRICS en ascenso[50].

A Rusia también le han servido los BRICS para contrarrestar las sanciones internacionales y mitigar las condenas por su actuación en determinados conflictos, siendo un ejemplo la reunión de los ministros de asuntos exteriores de los BRICS en 2014 donde manifestaron su oposición a la exclusión rusa en la cumbre del G20[51] por la guerra del Dombás. En este sentido, los BRICS también suponen para Rusia un refugio mediante el cual puede combatir el aislamiento, así como una red de seguridad económica[52]. En un plano más general, Rusia percibe a este grupo como un mecanismo eficiente para

---

[47] SALZAM, Rachel S., *Russia, BRICS, and the disruption of global order*, Georgetown University Press, Washington DC, 2019, pp. 25-28.

[48] PRESIDENT OF RUSSIA, "Concept of participation of the Russian Federation in BRICS", *Kremlin*, 2013, pp. 1-18.

[49] Nayyar, Deepak, "BRICS, developing countries and global governance", *Third World Quarterly*, núm. 37:4, pp. 575-591

[50] Nye, Joseph, "What China and Russia Don't Get About Soft Power", *Foreign Policy*, 29-April-2013.

[51] BRICS INFORMATION CENTRE, "Media Statement on the Meeting of the BRICS Foreign/International Relations Ministers", *BRICS Information Centre University of Toronto*, 2014, p.1.

[52] SALZAM, Rachel S., "The BRICs and Russian foreign and security policy", KANET, R., *Routledge Handbook of Russian Security*, Routledge Handbooks, Abingdon, 2019, pp. 347-350.

coordinar las posiciones de los miembros hacia la estabilidad estratégica en diferentes instituciones, especialmente las económicas[53], en un momento donde los beneficios marginales que obtiene por su pertenencia son altos.

En la última Cumbre de los BRICS, celebrada en Johannesburgo (22-24 de agosto de 2023), se invita a seis nuevos Estados a unirse a esta organización, dejando paso a otras futuras ampliaciones dado que 17 países más habían solicitado oficialmente su adhesión. Rusia en esta cumbre necesita evidenciar apoyos pues, si bien las acciones occidentales a la invasión de Ucrania tuvieron una amplia condena por Occidente, era conveniente reforzar el sustento internacional de otros países —especialmente del Sur Global— en un contexto de campaña de influencia diplomática, aunque el comunicado oficial de la cumbre no haga referencia al conflicto bélico. Tres miembros de los BRICS —Sudáfrica, China, India— no han condenado la invasión de Rusia, mientras que Brasil se niega a enviar armas a Ucrania o a imponer sanciones a Moscú.

4.3. Los grandes BRICS del Sur Global: Brasil e India

El término Sur Global acuñado por Preston Oglesby incluye a una amalgama de países heterogéneos formando parte de este grupo cuatro países BRICS, incluyendo a China[54]. Este término responde a tres acepciones. La "primera se refiere a países pobres, con serios problemas de desarrollo. La segunda, a las relaciones entre estos países para cooperar y establecer alianzas comerciales, técnicas o políticas. (…) La tercera, identifica el Sur Global con resistencias al capitalismo neoliberal, con iniciativas como el Foro Social Mundial. Esta última concepción enlaza con la teoría postcolonialista y las diferentes relaciones entre movimientos del sur y del norte"[55]. El protagonismo de este grupo de Estados es mayor debido a su capacidad de establecer alianzas líquidas que buscan alcanzar objetivos concretos.

Luiz Inácio Lula da Silva durante su primer mandato en la presidencia de la nación mostró firmeza, en la Cumbre de Evian, por modificar las relaciones entre las potencias emergentes y los Estados occidentales. La apuesta brasileña por el multilateralismo quedó patente en la declaración de Brasilia (2003), un documento que recoge principios como el respeto al Derecho internacional, la apuesta por el multilateralismo, la necesidad de reformar el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y una agenda renovadora en sectores medioambiental y social, haciendo de la equidad una prioridad central

[53] PRESIDENT OF RUSSIA, "Concept of the Russian Federation's Presidency in BRICS in 2015-2016", *Official Website of Russia's Presidency in BRICS*, 2015.

[54] India y Sudáfrica también forman parte del Movimiento de Países No Alineados, a los que habría que sumar Brasil, China y Rusia con estatuto de observadores.

[55] AGUIRRE, Mariano, "El sur global. Definiciones encontradas, actores diversos", *La Vanguardia Dossier*, núm. 89, 2023, p. 10.

de esta organización. Brasil también criticó abiertamente la asimetría de los beneficios de la globalización[56].

El impulso por parte de Brasil de la diplomacia multilateral es una apuesta explícita del Partido de los Trabajadores (PT) y el gobierno de Lula, una destreza autónoma enfocada en el sur-sur, no sólo como un espacio de cooperación económica, ya que existían objetivos políticos —la integración regional o la supeditación del desarrollo económico a una agenda social[57]—. Esta estrategia de política exterior responde a unos principios claros. En primer lugar, la búsqueda del liderazgo regional y su posicionamiento como actor global. En segundo lugar, profundizar en el multilateralismo bajo los conceptos de *multilateralismo de la reciprocidad* —mediante la interdependencia en las relaciones económicas internacionales— y la *autonomía por la diversificación* —elevar el PIB a través del comercio exterior—. En tercer lugar, favorecer la cohesión regional para facilitar el comercio multilateral[58].

El multilateralismo es utilizado por Brasil en su estrategia de política exterior para reunir a diferentes países que se sentían amenazados en múltiples sectores, en un contexto internacional desfavorable no solo para alcanzar mayores cuotas de desarrollo. Por un lado, Brasil tiene una posición importante traducida en poder político con la creación de organizaciones multilaterales —Mercosur, UNASUR, IBAS, el grupo de los 20 dentro de la Organización Mundial de Comercio—. Por otro lado, también es un referente en el Sur Global. La inclusión de Brasil en los BRICS es un reflejo de inserción en la multiplicación de foros de contrapoder no solo a Occidente y de mantener una posición de superioridad frente a otros países latinoamericanos, donde los primeros gobiernos de Lula y posteriormente de Dilma Rousseff dirigirían sus esfuerzos internacionales para jugar mejor en el escenario global.

La llegada al poder de Jair Bolsonaro supone un giro no solo en el plano interno sino también en cuanto a la alineación de la política exterior, afectando a la concepción de los BRICS desde la perspectiva brasileña. Hasta este presidente, la política exterior se mantuvo estable, en lo que podría considerarse un consenso tácito, en base a la estrategia del desarrollo autónomo en la multilateralidad abierta. En el caso concreto de los BRICS, la percepción de que el bloque no tiene resultados prácticos sustanciales gana terreno frente a la postura de los anteriores ejecutivos brasileños que consideraban a este conjunto como un vehículo que impulsa relevancia internacional a los

[56] FORO TRILATERAL IBSA, "Declaración de Brasilia, 6 de mayo de 2003", *Relaciones Internacionales,* núm. 1, 2006, pp. 21-40.

[57] SOARES DE LIMA, María Regina y HIRST, Monica, "Brazil as an Intermediate State and Regional Power: Action, Choice and Responsibilities", *International Affairs,* 2006, núm. 1, p. 25.

[58] VIEIRA, Pedro Antonio y OURIQUES, Helton Ricardo, "Brazil and the BRICS: The Trap of Short Time", *Journal of World-Systems Research,* núm.2, 2016, p. 411.

países miembros, proporcionando oportunidades de alianzas y compromisos intra-BRICS de carácter económicos —obtención de mercados— y políticos —con el objeto de reformar la gobernanza económica—.[59]

Con Bolsonaro se profundiza la brecha entre los miembros BRICS, rompiendo el consenso[60], especialmente en la lógica de la cooperación sur-sur y acercándose a Washington y sus aliados "tradicionales", es decir, occidentales [61]. Durante el mandato de este presidente de Brasil se pondrá el foco en la política doméstica, ultraliberal en el plano económico y ultraconservadora en el ámbito de las costumbres, lo que indica una estrategia de reposicionamiento de la política exterior en transformación ideológica[62] que buscaba terminar con el legado externo de los gobiernos petistas tras casi tres lustros. Este cambio radical, calificado como "diplomacia de ruptura" por Spektor, erosiona la herencia de las relaciones internacionales en temas esenciales en pro de un ideario ultraderechista en las relaciones bilaterales y multilaterales del país.

El multilateralismo, incluido como principio de los BRICS, adquiere menos potencia por el ejecutivo brasileño en la línea de la Administración Trump. Otro tema que une a la Administración republicana y al ejecutivo brasileño es la relación con China, aunque este país sea el principal socio comercial de Brasil y un importante inversor, obligando a mantener un delicado equilibrio entre la ideología y el pragmatismo —economía, comercio, finanzas— ante la voluntad de reducir la influencia China en Brasil, como declaró el presidente Bolsonaro en numerosas ocasiones[63], sobre todo cuando aspiraba a la presidencia de la nación. Aunque Brasil es un líder en el continente sur americano, la inclusión de Brasil en los BRICS contribuyó a conferir una dimensión global a este país.

Sin embargo, el paradigma de política exterior se modifica sustancialmente con la victoria electoral de Lula en 2022, lo que el propio presidente ha denominado "el regreso" de Brasil, una figura retórica que encierra dos lecturas. En primer lugar, podría ser una estrategia de *omni-balancing* que busque

---

[59] BRAVO e PAIVA, Ana Luiza., MONFREDO MENDES, Cintiene Sandes y CARNEIRO CORREA VIEIRA, Victor, "Brazilian New Foreign Policy and Implications within BRICS: A Discourse Analysis", *JCIR-Journal of China and International Relations*, BRICS Special Edition, 2020, pp. 133-152.

[60] Bolsonaro, en la cumbre virtual de los BRICS, 22 de junio de 2022, afirmó que este grupo de economías emergentes debe unirse para reformar Naciones Unidas, tener una representación adecuada en el Consejo de Seguridad y unir esfuerzos en la búsqueda de la reforma del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Brasil formaba parte del Consejo de Seguridad hasta 2023.

[61] BOLSONARO, Jair, "Speech by Brazil 's President Jair Bolsonaro at the opening of the 74th United Nations General Assembly-New York, September 24, 2019", *Ministério das Relações Exteriores*, 2019.

[62] SÁ GUIMARÃES, Feliciano, MIQUELASI, André Felipe, JORDAN FERREIRA ALVES Gustavo, GOMES DE OLIVEIRA E SILVA, Irma Dutra y STANGE CALANDRIN, Karina, "The evangelical foreign policy model: Jair Bolsonaro and evangelicals in Brazil", *Third World Quarterly*, núm. 6, 2023, pp. 1324-1344.

[63] WEIFFEN, Brigitte, "Foreign Policy and International Relations: Taking Stock after Two Years of the Bolsonaro Administration", BIRLE, Peter y SPECK, Bruno, *Brazil under the Bolsonaro. How endangered is democracy?*, Ibero-American Institute, Berlin, 2022, pp. 55-66.

aliviar la presión de un país polarizado. En segundo lugar, los parámetros básicos sobre los que se vertebrará el multilateralismo "reiniciado", donde se considera a los BRICS como una plataforma potenciadora ante la parálisis de las instituciones liberales[64]. Esta premisa quedará fuertemente reforzada en la Cumbre de Johannesburgo (2023) donde Brasil retoma la política de cooperación entre los miembros de este bloque y reafirma su compromiso con el desarrollo del Sur Global.

India es un caso peculiar al ser un actor que ha transitado del no alineamiento al multilateralismo. Es decir, tiene la capacidad de estar próxima a Occidente, pero sin rechazar los beneficios que pueda obtener en el marco multilateral, incluso de la asociación con sus propios rivales regionales. Los BRICS suponen para India un bloque instrumental al estar con su mayor competidor —China— en la región de Asia-Pacífico, por lo que su participación en el bloque BRICS puede entenderse como una herramienta de equilibrio para contrarrestar la influencia china en esta zona. Además, para India los BRICS son una nueva forma de promover sus intereses en un escenario global, mientras sigue creciendo económicamente y compra tiempo.

En el núcleo de la política exterior de la India se encuentran dos líneas centrales en las que se fundamentan sus intereses. La primera es la denominada *Política de la Vecindad lo Primero*[65] y la segunda política es la *Act East Policy* —sustituta de Look East Policy— que marca la forma en la que India se vincula al Sudeste Asiático desde 1992, inducida por intereses de carácter comercial, vínculos institucionales *y de* seguridad, siendo rebautizada por la administración Modi en 2014—. En común, ambos enfoques ponen de manifiesto el pragmatismo y el multilateralismo desarrollado por la India hacia su vecindad marítima y terrestre.

Especialmente preocupa a India la región de Asia Central al comprobar con recelo la penetración que China está realizando, así como el impacto de las relaciones sino-pakistaníes y la iniciativa de la Ruta de la Seda. Cabe señalar que, aún con Modi, la política exterior mantiene líneas de interdependencia con China desde el mandato de Vajpayee con el objeto de debilitar las relaciones sino-pakistaníes, una estrategia de equilibrio que, en Asia Central, se produce en el seno de la propia OCS[66], donde India ha buscado vincular a

[64] LULA DA SILVA, Luiz Inácio, "Speech by President Luiz Inácio da Silva at the opening of the 78th UN General Assembly", *Presidéncia da República*, 2023.

[65] La "política de la vecindad primero" responde a una estrategia de equilibrio regional opuesta a China. Formalmente se caracteriza por hacer de la India una potencia diplomática basada en la igualdad, además de posicionar a este país como un aliado interesante a nivel económico, científico, cultural y de seguridad, proyectando esto en la arena internacional, por lo que es necesario reformar el país mediante vínculos materiales y valores. KUMAR, Ajay, "New paradigm in India foreign policy: Modi principle", *International Journal of Political Science and Governance*, núm. 1, 2023, pp. 366-368.

[66] ARAS, Ferhat Cagri y KANDEMIR, Ekber, "An Evaluation of India's Central Asian Policy in the Context of Regional Interest", *Bilig Journal of Social Sciences in Turkish World*, núm. 105, 2023, pp. 159-181.

su eterno rival Pakistán con el terrorismo y, en la medida de lo posible, diluir el peso de China en esta organización. En suma, el discurso oficial de Nueva Delhi pretende generar una interrelación con los países de toda su vecindad[67] a través de inversión y comercio para construir un vecindario estable y libre de conflictos[68].

La política seguida por India en Asia Central, pese a ser considerado como un actor secundario en la arquitectura de las organizaciones regionales, busca una estrategia de equilibrio, lo que conlleva a apuestas multilaterales ante la centralidad de ASEAN, muy cuestionada actualmente debido a la transformación que está sufriendo la región [69], lo que no impide desarrollar una articulada política comercial[70]. Debe subrayarse que la zona del Indo-Pacífico vive también un choque de percepciones, es decir, mientras que India la concibe como un espacio geográfico de importancia para su seguridad y economía que debe regirse por un orden cooperativo además de autónomo, China traduce el comportamiento de India como una política subalterna de Estados Unidos[71], aunque India sostiene que no es un aliado.

La India, al igual que el resto de los miembros del BRICS, ha transmitido elementos de su política exterior a este bloque, especialmente el multilateralismo regional que practica y algunos temas de la agenda global. También, destaca el esfuerzo por introducir su preocupación por el terrorismo, concretamente desde una perspectiva de rivalidad con su eterno adversario Pakistán. En la declaración de los BRICS de 2016, intentó vincular terrorismo, economía y los grupos anti-indios apoyados por Pakistán, pero la negativa de China lo impidió, algo que no ocurriría en el año 2017, donde Pekín, aun siendo el anfitrión de la cumbre BRICS, se encontró aislado ante la postura conjunta de los otros cuatro miembros restantes[72] que mantuvieron una posición de fuerza.

---

[67] Se debe entender su vecindario, también denominado "vecindario ampliado", en este caso Asia Central como el Índico-Pacífico. De nuevo, este miembro de los BRICS ha construido a nivel regional "redes de seguridad": la Asociación Sudasiática para la Cooperación Regional (SAARC), la Iniciativa de la Bahía de Bengala para la Cooperación Técnica y Económica Multisectorial (BIMSTEC) o el propio RIC.

[68] PRESIDENT'S SECRETARIAT, "Connectivity with the Central Asia Countries Remains a key priority for India: President Kovind-President of India Addresses the young diplomats of turkmenistan at the Institute of International Relations in Ashgabat", *Press Information Bureau-Government of India*, 2022.

[69] BAJPAEE, Chietigj, "Reinvigorating India's 'Act East' Policy in an age of renewed power politics", *The Pacific Review*, núm. 3, 2023, pp. 631-661.

[70] Esta política comercial se extiende desde su vecindad más próxima en Asia del sur hasta el Sudeste Asiático, pasando por Oriente Medio y África. Las políticas de Look East y Look West buscan abastecer de materias primas a India, así como encontrar mercados para sus productos.

[71] En la visita del primer ministro indio a Washington (24 de junio de 2023), el Secretario de Estado, Antony Blinken alababa la transformación de las relaciones entre ambos actores que incluye el compromiso económico y que alcanza "literalmente desde los mares hasta las estrellas, desde la promoción de la salud pública hasta el esfuerzo de la paz y la estabilidad en el Indo-Pacífico".

[72] O'DONELL, Frank y PAPA, Mihaela, "Indi's multi-alignment management and the Russia-India China (RIC) triangle", *International Affairs,* núm. 3, 2021, pp. 801-822.

En la política exterior de India, que trata de mantenerse en iniciativas grupales para minimizar las vulnerabilidades en el exterior, los BRICS forman parte de una estrategia más amplia y pragmática de proyección de sus intereses donde la diplomacia económica ha tomado mayor definición[73]. La paradoja radica en poseer un crecimiento económico de los más dinámicos del mundo, pero con un desarrollo humano mediano pese a ser la quinta economía mundial, superar a China en población o mantener un ritmo de crecimiento del PIB en el bienio 2021-2022 del 8,7. La reforma del Consejo de Seguridad es un tema medular para la India, al considerar la composición y el derecho de veto como anacronismos que verifican la protección de intereses y una estructura asimétrica de poder[74]. India se postula como un candidato a la membresía del Consejo de Seguridad por lo que le viene bien que los BRICS estén en esta dinámica, que en el hipotético caso de entrar contaría con tres miembros BRICS.

5. DINÁMICAS COOPERATIVAS INTRA-BRICS. LA REFORMA DE LAS INSTITUCIONES FINANCIERAS

Desde su creación, uno de los elementos centrales de cohesión de los BRICS recaía en reformar la arquitectura de gobernanza global en las instituciones económicas y financieras, dado que el *statu quo* del sistema internacional no reconoce el peso que poseen las potencias emergentes en este tipo de instituciones. Para ello, el enfoque hacia un multilateralismo inclusivo, adecuado en términos de representación y estructurado en cuanto a la toma de decisiones han de ser principios rectores a fin de eliminar las asimetrías existentes[75]. Este orden económico y financiero internacional de corte neoliberal provoca prácticas excluyentes, basadas en instituciones poco democráticas y representativas.

El Fondo Monetario Internacional, junto al Banco Mundial y la Organización Mundial del Comercio, son las tres grandes instituciones económicas que los BRICS demandan reformar con la finalidad de hacerlas más inclusivas[76]. Esta idea fuerza se ha ido repitiendo en numerosas cumbres de los BRICS para adecuar los cambios de la economía mundial. Si bien el reformismo se percibe como una amenaza a lo existente, es un planteamiento suficientemente atractivo para las economías emergentes como queda demos-

[73] PRESIDENT'S SECRETARIAT, "Connectivity with the Central Asia Countries Remains a key priority for India: President Kovind-President of India Addresses the young diplomats of Turkmenistan at the Institute of International Relations in Ashgabat", *Press Information Bureau-Government of India*, 2022.

[74] JAISHANKAR, Say, "Opening remarks by External Affairs Minister, Dr. S. Jaishankar at BRICS Foreign Ministers' Meeting", *Indian Ministry of External Affairs*, 2023.

[75] DENISOV, Igor, KAZANTSEV, Andrei, LUKYANOV, Fyodor y SAFRANCHUK, Ivan, "Shifting Strategic Focus of BRICS and Great Power Competition", *Strategic Analysis*, núm. 6, pp. 487-498.

[76] SMITH, Karen, "Los BRICS en la construcción de la multipolaridad", PELFINI, Alejandro y FULQUET, Gastón (Coord.), *Los BRICS en la construcción de la Multipolaridad*: *¿Reforma o adaptación?*, CLACSO, Buenos Aires, 2015, pp. 19-34.

trado con la ampliación de los BRICS +, dado el alto número de Estados que presentaron su candidatura para ser miembros y que a título individual o como colectivo del Sur Global también reclaman un enfoque de cambio en estas instituciones.

En la primera reunión de los BRICS celebrada en Ekaterimburgo (2009) se sientan las bases de los intereses compartidos, es decir, la reforma de las instituciones financieras y la arquitectura económica internacional, el orden multipolar equitativo, cooperativo y mutuamente respetuoso, además de subrayar la importancia que le atribuyen al multilateralismo a través de Naciones Unidas y su deseo de reformarlo. El argumentario anterior se repite en diversas cumbres y declaraciones, llegando a subrayarse, en la declaración de Johannesburgo de 2018, los mismos objetivos, aunque enfatizando en la necesidad de que el orden internacional sea equitativo[77], fundamental para poder legitimar las estructuras y normas que lo sustentan.

Las reformas del FMI en base al régimen de cuotas y la estructura de gobierno permitieron, por primera vez, que cuatro potencias emergentes y miembros de los BRICS —China, Rusia, India y Brasil— se encontraran entre los diez principales miembros de esta institución al aumentar los votos y las cuotas de países emergentes y en desarrollo. En base a esto, Brasil cuenta con el 2,2% de los votos y el 2,3% de las cuotas, China con el 6% y el 6%, India con el 2,6% y el 2,7% y Rusia con el 2,5% y el 2,7%. Esta situación contrasta con los porcentajes que tenían una década anterior, pero todavía Estados Unidos posee el 17% del derecho de voto y puede vetar cualquier decisión relevante. Si se tiene en cuenta las proyecciones del FMI, los países BRICS+ representaran en 2028 el 33,6% de la producción mundial frente al 27% del G7.

6. INSTITUCIONALIZACIÓN "BLANDA" DE LOS BRICS

Los BRICS han ido evolucionando, desde un grupo de coordinación financiera construido a través de un proceso *top-down* a una interdependencia compleja que refuerza su carácter geopolítico más acorde con la redistribución del poder internacional mermado en Occidente frente a Asia. Esta institucionalización blanda, al no tener pretensiones de abolir la estructura de gobernanza existente bajo el liderazgo de Estados Unidos y sus aliados occidentales en el orden internacional liberal, también desmitifica los espejismos generados en un principio con la constitución del bloque respecto a cuál sería su papel y el alcance o las limitaciones en las instituciones multilaterales heredadas de la Guerra Fría y de Bretton Woods.

[77] BRICS INFORMATION CENTRE, "BRICS in Africa: Collaboration for Inclusive Growth and Shared Prosperity in the 4th Industrial Revolution, 10th BRICS summit Johannesburg declaration", *BRICS Information Centre University of Toronto*, 2018, p. 2.

Será desde la celebración de la Cumbre de Fortaleza (2014) cuando se pueda concebir a los BRICS como una asociación que ha adoptado mayor musculatura política al reforzar el proceso de institucionalización blanda. Pero la cumbre también significa el comienzo de un proceso de una nueva arquitectura financiera. En la declaración final de esta cumbre de los BRICS se desglosan los ámbitos de coordinación interestatal y la constitución de organizaciones propias: el Nuevo Banco para el Desarrollo (NDB), una entidad financiera cuyo objetivo es facilitar transacciones entre los miembros sin condiciones políticas, y el Acuerdo de Reservas de Contingencia (CRA), como un mecanismo ante las inseguridades financieras dotado con una capitalización de hasta 100 mil millones de dólares[78], planteando la posibilidad de sumar a otros países en una especie de red de seguridad financiera.

La institucionalización en materia económica se puede leer como un esfuerzo de los BRICS para la obtención de poder estructural dentro de una estrategia de "reformas suaves" y no como un desafío al control de Occidente en las finanzas mundiales al no alcanzar ni la mínima parte de lo que han desembolsado el FMI o el Banco Mundial. Es más, en esta lógica de reformar la arquitectura de gobernanza global subrayada en las declaraciones de las cumbres BRICS prevalece el carácter de *soft power* de estas instituciones. Aunque el NDB debe ser aceptado e integrado en el actual sistema financiero, proporciona diversos beneficios a los miembros de los BRICS. Por una parte, es un atractivo hacia terceros Estados. Por otra parte, provee elementos ideacionales que mediante una estrategia *bottom-up* introduce normas y valores que apuntalen esta incipiente arquitectura de los BRICS[79].

Sin embargo, pese al reducido número de proyectos aprobados siendo China e India los dos países más beneficiados, no resultan claros cuales son los criterios y mecanismos de transparencia para financiar proyectos de desarrollo sostenible, ni para evaluar el impacto social y medioambiental de los fondos concedidos o el esquema de equilibrio utilizado por el NDB en relación con cuotas, sedes, cargos jerárquicos. Incluso, ante los episodios conflictivos generados en esta institución donde China juega un papel principal y altamente beneficioso para sus intereses, no queda exenta la dinámica de conflicto, máxime con la incorporación de nuevos Estados a través de BRICS+ ante una de las políticas establecidas por esta institución de tomar como base los sistemas regulatorios nacionales de los Estaos fundadores del banco.

El NDB, no exento de escepticismo ante los intereses de los Estados miembros, responde a la estrategia política de los BRICS para presentarse como

[78] BRICS, "VI BRICS Summit Fortaleza Declaration", *BRICS and Africa: Partnership for Mutually Accelerated Growth, Sustainable Development and Inclusive Multilateralism*, 2014, pp. 1-18.

[79] DUGGAN, Niall, LADINES Azalia, Juan Carlos. y REWIZORSKI, Marek, "The structural power of the BRICS (Brazil, Russia, India, China and South Africa) in multilateral development finance: A case study of the New Development Bank", *International Political Science Review,* núm. 4, pp. 495-511.

un jugador que respalda la centralidad de la soberanía de los actores al no condicionar políticamente la concesión de créditos[80]. Así mismo, este joven banco está realizando un proceso de expansión en el que han sido aceptados Bangladesh, los Emiratos Árabes Unidos y Egipto, favorecido por su postura abierta a cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas[81] y que quedará reforzado tras la ampliación de los BRICS+. Por último, el NDB permite apoyar proyectos públicos y privados a través de préstamos, garantías y cualquier otro instrumento financiero con relativa autonomía para captar fondos a un coste menor sin tener que depender únicamente de los recursos de los países fundadores.

El discurso BRICS incluye lo que se ha denominado comúnmente como "desdolarización", es decir, construir instrumentos financieros propios y la posibilidad de transacciones comerciales sin depender del dólar, e incluso se ha lanzado la propuesta de tener una moneda común, pero no única, contribuyendo a cimentar la institucionalidad. Cabe apuntar que el 88% de las actividades comerciales en 2022 según el FMI se realizaron en esta moneda, por lo que el dominio del dólar supone un gran reto todavía para los BRICS siendo difícil a corto plazo introducir una moneda por parte de este bloque. Sin embargo, China e India debido a las sanciones a las que está sometida Rusia por la guerra de Ucrania, utilizan sus tres monedas locales en un intento, más simbólico que real, de reducir la dependencia.

El compromiso de los BRICS para fomentar sus propias monedas ya dispone de algunos mecanismos. Aparte de NBD, muy sujeto todavía al dólar, aunque el 30% de los préstamos locales se han de formalizar en monedas de los miembros BRICS para 2026. Se ha puesto en funcionamiento el Mecanismo de Cooperación Interbancaria facilitador de pagos entre los bancos de los Estados de este bloque que utilizan las monedas nacionales. Una medida adoptada en 2018 es el BRICS Pay, un sistema de pago para las transacciones de los BRICS que no supone convertir la moneda de cada uno en dólares americanos. Para los países BRICS el dólar no está cumpliendo las funciones de moneda referente global e, incluso, consideran que en parte la inestabilidad económica, con varias crisis en el siglo XXI, obedece a esto.

Las dificultades que supone abandonar el uso del dólar por parte de los Estados BRICS en pro de la soberanía monetaria es complicado por la asimetría de poder económico y porque estos países mantienen relaciones económicas con Occidente. Además, China que tiene el mayor superávit comercial del mundo, no puede competir con el dólar, pues el yuan solo representa el 2,5% de las transacciones globales, además de que India es el único país

[80] NEW DEVELOPMENT BANK, *New Development Bank General Strategy for 2022-2026. Scaling Up Development Finance for a Sustainable Future*, New Development Bank, Shanghai, pp. 1-33.

[81] NEW DEVELOPMENT BANK, *Agreement on the New Development Bank-Fortaleza, July 15*, New Development Bank, Shanghai, pp. 1-15.

del bloque que no contempla la internacionalización del yuan. Igualmente, resulta complejo la conexión de las monedas de los países del bloque en un mecanismo de ajuste para unos países heterogéneos económicamente, siendo el ejemplo más visible Rusia —agotada por las sanciones económicas por la guerra de Ucrania— o China —con potente poder económico—. Más aún, el comercio intra-BRICS no es equilibrado, lo que introduce complicaciones en las transacciones comerciales.

Por último, en cuanto a la institucionalización, será en la IX cumbre de los BRICS (2017), presidida por el espíritu de mayor cooperación con países no miembros, donde se adoptaron cinco pilares, sin orden jerárquico, sobre los que se debía implementar la cooperación de los BRICS a largo plazo: 1. promoción de la cooperación económica, crecimiento y desarrollo, 2. avanzar en el pilar político, 3. la gobernanza económica guiada por la justicia social, el desarrollo sostenible y la calidad de vida, 4. el refuerzo de la seguridad y la paz, 5. el intercambio de conocimientos[82]. Estos pilares se han ampliado en la cumbre de Johannesburgo mediante el refuerzo de la cooperación cultural *people-to-people*[83] y la creación del BRICS Business Council, the BRICS Think Tanks Council o BRICS Women's Business Alliance.

7. ¿QUÉ SUPONE LA AMPLIACIÓN BRICS+?

La propuesta de ampliación, sin un criterio claro de admisión[84], de seis nuevos miembros a los BRICS en la XV cumbre celebrada en Johannesburgo (23-23 de agosto de 2023) ha activado las elucubraciones respecto a dos cuestiones: ¿porque se eligen a estos países y no a otros cuando la lista de solicitudes era muy amplia?; ¿quiénes han sido en esta jugada los grandes ganadores —China y Rusia— y el perdedor —India—? Al carecer de criterios formales de membresía, la admisión de nuevos países supone una cuestión de influencia entre los miembros fundadores y sus intereses. El planteamiento de los BRICS es que la incorporación de estos miembros reforzará el bloque al dotarle de mayor peso en el sistema internacional. Sin sobredimensionar esta estrategia, sigue siendo palpable la falta de capacidad existente en los BRICS para implementar sus intereses en las instituciones multilaterales, ya sea el FMI, el BM o el Consejo de Seguridad de la ONU.

---

[82] BRICS THINK THANS COUNCIL, *BRICS Realizing the BRICS long-term goals: road maps and pathways*, *Observer* Reseach Foundation, 2017, p. 7.

[83] BRICS, "XV BRICS Summit Johannesburg II Declaration", *BRICS and Africa: Partnership for Mutually Accelerated Growth, Sustainable Development and Inclusive Multilateralism*, 2023, 26 pp.

[84] Los criterios de admisión son cuestionados, lo que no significa que los actuales miembros BRICS no ganen nada si se ha apostado por intereses económicos y políticos. El enfoque hacia Oriente Medio con tres nuevos socios contrasta con la poca representatividad de Asia meridional o el sudeste asiático, incluso respecto a América Latina al optar por Argentina y sus problemas económicos, pero que supone mayor avance comercial de China en la región, frente a Uruguay que ya había sido admitido en el NBD.

China y en menor medida Rusia han sido los valedores de la ampliación, apostando principalmente por los dos Estados del Consejo de Cooperación del Golfo —Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos— e Irán. Mediante este papel proactivo de incremento de actores, en una lista de 23 propuestas, no solo se han reforzado los dos promotores, también se dota de mayor poder al conjunto en un contexto de pugna entre Estados Unidos y China, en el que China intenta doblar el bloque hacia posiciones más beligerantes, aunque existan divergencias entre los miembros que pueden ser capitalizadas por actores externos. Los BRICS + representa en torno al 30% del PIB mundial, el 46% de la población global y controlan el 42% de la oferta del petróleo en todo el planeta.

Aunque la economía china es el doble que la del resto de miembros actuales juntos, ¿los BRICS + se convertirán en un instrumento político de la diplomacia de esta potencia líder? Esta victoria de China hay que conectarla con la falta de iniciativas destacables de los BRICS[85] y con la respuesta hacia Occidente de algunos miembros del bloque, pues India, Sudáfrica y Brasil no quieren desconectarse de sus relaciones comerciales con Estados Unidos, o de las garantías de seguridad que la potencia norteamericana proporciona a Egipto y a los dos países del Consejo de Cooperación del Golfo. Por tanto, se podría decir que se juega a distintas bandas si la propia ampliación no va a poder consumar un bloque antioccidental.

Otra de las cuestiones que lleva años en la agenda de los BRICS y que ha retomado la atención de la cumbre de Johannesburgo es la "desdolarización" de las economías, en un intento de aminorar la dependencia de esta moneda en el comercio y en las inversiones. El doble motivo recae en soslayar las sanciones económicas y las consecuencias generadas por los tipos de interés. En la declaración final de la cumbre no se menciona el compromiso de fomentar el uso de las monedas de los miembros en el comercio internacional y en las transacciones financieras, lo que no significa que China no siga apostando por el yuan como una meta. Las capacidades actuales de los BRICS no suponen un peligro a la hegemonía del dólar, dado que el 60% de todas las reservas de divisas mundiales están en esta moneda, el 20% en euros y aproximadamente el 3% en yuanes, según datos del FMI en 2022. Sin embargo, China, Rusia e Irán tienen importantes incentivos para desarrollar sistemas monetarios alternativos.

En el intento de una nueva reorganización de los BRICS, Brasil y China han apoyado la membresía de Argentina por un doble motivo: refuerza su posición dentro de este bloque y hacen frente a Estados Unidos que manifiesta reacciones adversas ante las críticas del presidente Lula da Silva a Occidente

[85] La iniciativa de mayor relieve y visibilidad de los BRICS es el NBD. Desde su creación en 2015 hasta junio de 2023 ha movilizado 33.000 millones de dólares. Si se compara con el Banco Mundial, solamente en 2022 comprometió 104.000 millones de dólares.

por las sanciones contra Rusia en la guerra de Ucrania. Aunque la incorporación de Argentina a los BRICS+ se decidió en la Cumbre de Johannesburgo durante la presidencia de Alberto Fernández, la victoria electoral de un nuevo presidente, que asumió el poder el 10 de diciembre de 2023, revisa algunas decisiones de la anterior administración entre las que no se considera oportuna la incorporación de Argentina como miembro pleno de los BRICS+ a partir del 1 de enero de 2024.

China y Rusia —gestores de la propuesta de incorporar a Arabia Saudí, a Emiratos Árabes Unidos e Irán a los BRICS+– refuerzan su peso en el bloque al anexionar a estos socios con los que mantienen buenas relaciones comerciales. Pero, también, aumenta en los BRICS+ su peso en el escenario geopolítico del petróleo, pues representaban el 20% de la producción mundial de este hidrocarburo mientras que los BRICS+ suponen el 40%. La ampliación en los BRICS+ de estos tres países, grandes exportadores de energía, mejora la importancia nominal del bloque como asociación energética y financiera que podría contribuir al desarrollo de mercados comerciales alternativos para la energía del petróleo y el gas natural.

Para Irán, la incorporación a los BRICS+ significa disminuir el aislamiento internacional mediante la incorporación a este bloque heterogéneo y una alternativa geográficamente global que palía las sanciones internacionales a las que se encuentra sometido con graves efectos para la economía nacional. Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos[86], dentro de su política exterior de mayor asertividad, diversifica sus alianzas comerciales y de inversión con otros socios. A los BRICS les viene bien la ubicación de Egipto con su control del canal de Suez y el descubrimiento de nuevos yacimientos de gas, mientas que tanto a Egipto como a Argentina —con economías muy dañadas, altas tasas de inflación y monedas devaluadas, siendo los mayores deudores del FMI— su incorporación a los BRICS podría suponer oxígeno accediendo a los créditos del NBD.

Mientras que India expresaba su preocupación por el proceso de ampliación, considerándolo una estrategia china para aumentar su peso, la incorporación de Egipto, Arabia Saudí y Emiratos Árabes Unidos acrecienta el eje sino-ruso en los BRICS+, así como un refuerzo ante el restablecimiento de las relaciones diplomáticas irano-saudíes —abril de 2023—. Sudáfrica aceptó que entrara Etiopía — el país más poblado del este de África— evitando a dos rivales continentales, más acordes con la fisonomía de los BRICS, Argelia y Nigeria que habían presentado su candidatura. Etiopía es el líder de facto del Cuerno de África y de su organización subregional —Autoridad Intergubernamental para el Desarrollo—, así como proveedor de estabilidad en una región en crisis, aparte que también suponía una representación simbólica de los países poco desarrollados con crisis económicas estructurales como es

[86] Emiratos Árabes Unidos y Egipto formaban parte del NBD desde 2021 y 2023 respectivamente.

este país. En suma, tanto China como Rusia han contribuido activamente a la ampliación de los BRICS, transformando un bloque geopolítico y económico.

Los BRICS+ son una muestra de exhibición de poder dentro del orden internacional actual y no solamente de poder económico y tecnológico ante Estados Unidos y sus aliados occidentales. Esto no descuenta la hegemonía de China intra-bloque, sino también en zonas como América Latina y África donde sus inversiones alcanzan, desde hace décadas, una notable expansión. China reproduce con sus socios comerciales, ya sea en los BRICS o con otros países de economías en desarrollo, un patrón relacional asimétrico bajo condiciones de "libre comercio" al ser una potencia en crecimiento constante, demandante de materias primas para mantener su propia agenda comercial. En el orden de poder geopolítico, la voluntad de la diplomacia china para impulsar la incorporación de Arabia Saudí e Irán se puede interpretar como un guiño de influencia hacia Estados Unidos, al ser el primero de estos actores un aliado principal y el segundo un adversario declarado.

La ampliación de los BRICS+ también supone un mensaje a las demandas del Sur Global con vistas a generar contrapesos a Estados Unidos y sus aliados occidentales en la construcción de un orden internacional más inclusivo, menos asimétrico, en un mundo multipolar que ya es una realidad difícil de ignorar. Sus reclamaciones de reforma del sistema de comercio multilateral, así como la importancia del FMI y el BM, y la exigencia de democratizar el sistema de Naciones Unidas para la inclusión de países del Sur Global, empezando por el Consejo de Seguridad, donde Rusia y China tienen menos prisa al ser miembros permanentes. Además, el Sur Global contempla beneficiarse de un BRICS+ cuyo valor y nivel de actividad económica seguirá aumentando. De aquí, la aspiración de una treintena de países en desarrollo que han mostrado su interés en unirse a este grupo.

8. CONCLUSIONES

En una lógica revisionista de las instituciones financieras multilaterales se encuadra el nacimiento de los BRICS, posteriormente ampliando su finalidad tanto a introducir cambios que reflejen la nueva realidad de la configuración internacional como a una mayor participación en la gobernanza global. Estos países "emergentes", han dado lugar a la institucionalización de una asociación de Estados altamente heterogéneos, aunque con capacidades muy relevantes —económicas, poblacionales, territoriales y riqueza en recursos naturales— desarrollando una política propia intra-bloque y ejerciendo mayor influencia colectiva en la política internacional. Dejaron de ser un conjunto aspiracional para convertirse en una organización de carácter geopolítico y económico en un sistema internacional en fase de *interregno* hacia la multipolaridad como consecuencia de la distribución del poder mundial.

Los BRICS agrupan tres ejes articuladores interrelacionados: la demanda de cambios en las instituciones multilaterales, la cooperación conjunta entre los miembros integrantes de este bloque y la representación de los países en desarrollo en el sistema internacional. La trayectoria disímil de los miembros fundadores implica modificaciones en la conceptualización de estos países, pues China se ha confirmado como una gran potencia, mientras que Rusia e India persisten como potencias regionales, sin negar el carácter de interlocutores necesarios a nivel global. Por su parte, Brasil y Sudáfrica se han visto inmersos en crisis económicas, sociales, políticas e institucionales que han mermado su crecimiento.

A pesar de la existencia de numerosos retos y de un desarrollo incipiente en muchas áreas de acción común, los BRICS se han posicionado como un bloque de poder cuestionando el orden internacional liberal sin ofrecer un modelo alternativo, optando por preservar las organizaciones existentes e introduciendo cambios paulatinos antes que proyectar transformaciones disruptivas en el statu quo internacional establecido, pero sí demandando escenarios más equilibrados y favorables. En una mezcla de intereses comunes y priorización de los individuales, sigue persistiendo incertidumbre en torno a cuáles son sus capacidades conjuntas y el alcance de sus objetivos, máxime con la conversión en BRICS+, una realidad singular que fortifica su peso como conjunto de Estados y amplía la cooperación a todos los niveles con una dinámica propia, uno de los objetivos de este bloque.

La institucionalización de los BRIC no ha sido tan próspera ni como se presuponía ni como se refrenda en los discurso y documentos oficiales, debido al debilitamiento económico de algunos miembros —Brasil y Sudáfrica—, a la persistencia de contrastes insubsanables, a la falta de eficacia en las actuaciones como bloque, a la preeminencia de intereses de cada Estado y a la superposición de coaliciones. Sin embargo, si resulta reseñable tanto la creación de las escasas instituciones propias —principalmente el Nuevo Banco para el Desarrollo— como la diversificación adquirida en la agenda común, que en principio se centraban en la economía y, paulinamente, dará paso a una visión más integradora de temas globales. Además, el comercio entre los miembros de la coalición de Estados se ha multiplicado y suponen una representación del Sur Global.

China ha impulsado la ampliación de los BRICS por dos motivos: para aumentar su influencia política tanto en este bloque como por su creciente rivalidad con Estados Unidos. Para Rusia el hecho de que se sumen nuevos miembros es una opción de búsqueda de aliados en un proceso difícil por el sometimiento a las sanciones internacionales occidentales por la invasión de Ucrania. Brasil e India no eran partidarios de ensanchar el bloque, pero estaban en minoría. La India sigue temiendo que se agrande la influencia de China en los BRICS, algo que todavía se reforzará más con los nuevos miem-

bros admitidos, que a su vez están ávidos de aprovechar el dominio global de China como del peso económico de los BRICS.

La controvertida ampliación de los BRICS+, ensancha el poder conjunto del grupo a la vez que va a estar más condicionado por la forma de interacción y el equilibrio entre los miembros determinando su porvenir. El fortalecimiento de la cohesión o el aumento de las brechas ya existentes o los futuros acontecimientos del sistema internacional y la posición de cada uno de los Estados BRICS+ redundará en su potenciación como bloque, pues a pesar de la sintonía existente falta una perspectiva única. Además, la consolidación de la hegemonía de China en los BRICS, que no es deseable para algunos miembros del bloque, trae el riesgo de reproducir trayectorias asimétricas como ocurre en el sistema internacional. Tanto Rusia como China contribuyeron activamente a la transformación de los BRICS en un bloque económico y geopolítico benefactor de sus políticas exteriores.

Las ambiciones globales de los BRICS+, en una relación entre economía y política, por ahora no suponen la sustitución de la hegemonía comercial y política de Occidente, del dólar y de instituciones como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial. Esta lógica, no contradice la existencia de una nueva realidad geoestratégica desequilibrada: un mundo multipolar en el que los BRICS+ reclaman una reforma de la gobernanza mundial, sin quedar marginados o influyendo en la toma de decisiones en las instituciones existentes, ganando el derecho a voto y ocupando puestos de liderazgo en las instituciones internacionales.

Tanto los BRICS como los BRICS+ están dando paso a un proyecto geopolítico, un bloque económico con influencia en la política global. El conjunto se ha vuelto más heterogéneo de lo que ya era, con conflictos abiertos entre los nuevos afiliados y crecientes desequilibrios. Además, no hay que descontar la existencia de una agenda también marcada por intereses individuales que no contribuyen a que la asociación de estos diez países sea más funcional, presentándose como un desafío conjunto. Hasta ahora, los logros en los planos económico y de desarrollo son limitados, mientras que el discurso sigue siendo atractivo en un mundo con narrativas disímiles entre los diferentes centros de poder. La consecución de sus objetivos dependerá tanto de su actuación como bloque cohesionado como de los intereses individuales de los miembros, a menudo divergentes y contrapuestos.

LA POTENCIALIDAD DE LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA EN DERECHOS HUMANOS: UN PRIMER PASO EN EL ACCESO DE LAS VICTIMAS A LA JUSTICIA EN EUROPA

THE POTENTIAL ROLE OF MANDATORY HUMAN RIGHTS DUE DILIGENCE: A FIRST STEP TOWARDS VICTIMS ACCESS TO LEGAL REMEDY IN EUROPE

María Eugenia Hernández Peribáñez*

Resumen: Las Empresas Transnacionales operan en un espacio sin fronteras valiéndose de sus cadenas de suministro. Los países del Sur Global se convierten en su fuente de materias primas y lugares donde externalizar y deslocalizar las distintas fases del proceso productivo. Esta estrategia empresarial proporciona a estas grandes corporaciones ventajas económicas y fiscales al tiempo que les asegura impunidad frente a posibles reclamaciones judiciales por su participación directa o indirecta en violaciones de derechos humanos, laborales y medioambientales planteadas por trabajadores y comunidades afectadas por sus actividades. El acceso de las víctimas a la justicia, reconocido en el tercer pilar de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos continúa siendo, una década después de su aprobación, un derecho difícilmente realizable. Este articulo analiza, recurriendo a un estudio de caso, *Jabir et al. vs. Kik*, la potencialidad de la diligencia debida obligatoria en derechos humanos para contribuir a salvar los obstáculos procesales y materiales que enfrentan las víctimas cuando acuden ante los tribunales europeos, invocando una responsabilidad civil extracontractual de la empresa transnacional por los daños sufridos como trabajadores de su filial, de su proveedor o bien como comunidades afectadas por la contaminación medioambiental.

Palabras clave: tutela judicial efectiva, diligencia debida en derechos humanos, violación de derechos humanos, empresas transnacionales, globalización, cadenas de suministro, demandas de responsabilidad civil transnacionales

Abstract: Transnational Corporations operate in a borderless space using their supply chains. The countries of the Global South become their source of raw materials and places to outsource and relocate the different phases of the production process. This business strategy provides these large corporations with economic and fiscal advantages while ensuring impunity for possible legal claims for their direct or indirect participation in human, labor and environmental rights violations raised by workers and communities affected by their activities. Victims' access to justice, recognized in the third pillar of the Guiding Principles on Business and Human Rights, continues to be, a decade after their adoption, a right that is difficult to achieve. This article analyzes, using a case study, *Jabir et al. vs. Kik*, the potential of mandatory human rights due diligence to help overcome the procedural and material obstacles faced by victims when they go to the European courts, invoking a non-contractual civil liability of the transnational company for the damages suffered as workers of its subsidiary, of your supplier or as communities affected by environmental pollution.

* Profesora Asociada Universidad de Valladolid (mariaeugenia.hernandez@uva.es). Todos los enlaces a páginas web han sido consultados por última vez el 20 de septiembre de 2023.

Keywords: *effective legal remedy, human rights due diligence, human rights abuses, transnational corporations, globalization, global value chains, foreign direct liability claims*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EMPRESAS TRANSNACIONALES Y SUS CADENAS DE SUMINISTRO: UN ESPACIO DE IMPUNIDAD. 3. LA DILIGENCIA DEBIDA EN LOS PRINCIPIOS RECTORES Y SU DESARROLLO POSTERIOR. 3.1. El concepto de diligencia debida en los Principios Rectores: proceso y estándar de conducta. 3.2. La diligencia debida tras la adopción de los Principios Rectores. 3.3. Primeros desarrollos normativos hacia la exigencia de diligencia debida obligatoria en Europa. 4. EL ACCESO DE LAS VICTIMAS A LOS TRIBUNALES EUROPEOS: EL PAPEL DE LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA. 5. UN ESTUDIO DE CASO: JABIR ET AL. VS. KIK. 5.1. La relevancia del caso. 5.2. Argumentación jurídica sobre la negligencia de *Kik:* La fundamentación de una *duty of care*. 5.3. La actual ley alemana y la propuesta de Directiva sobre diligencia debida y su aplicación al caso. 6. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. 2. TRANSNATIONAL COMPANIES AND THEIR SUPPLY CHAINS: A SPACE OF IMPUNITY. 3. DUE DILIGENCE IN THE GUIDING PRINCIPLES AND THEIR SUBSEQUENT DEVELOPMENT. 3.1. The concept of due diligence in the Guiding Principles: process and standard of conduct. 3.2. Due diligence following the adoption of the Guiding Principles. 3.3. First regulatory developments towards the requirement of mandatory due diligence in Europe. 4. VICTIMS' ACCESS TO EUROPEAN COURTS: THE ROLE OF MANDATORY DUE DILIGENCE. 5. A CASE STUDY: JABIR ET AL. VS. KIK. 5.1. The relevance of the case. 5.2. Legal argumentation on Kik's negligence: The basis for a duty of care. 5.3. The current German law and the proposed Directive on due diligence and its application to the case. 6. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCION

Las empresas transnacionales, como agentes, y a la vez beneficiarias de la globalización económica, se sirven de las cadenas de suministro global para operar en un espacio internacional en el que disfrutan de exenciones fiscales y aprovechan los débiles estándares regulatorios, tanto laborales como medioambientales, ofrecidos por países del Sur global deseosos de captar inversión extranjera.

A las ventajas de índole económica ha de añadírsele la impunidad de la que gozan ante los impactos negativos de sus actividades sobre los individuos y/o comunidades locales en aquellos países a los que externalizan y deslocalizan su producción. De esta forma, los complejos entramados societarios y las intrincadas cadenas de proveedores junto al problema, aún no resuelto, del reconocimiento de subjetividad internacional a las personas jurídicas configuran un escenario complicado para las víctimas de los abusos cuando pretenden acceder a los tribunales de los países occidentales en los que la empresa matriz o dirigente de la cadena tiene su sede. Asimismo, la búsqueda de reparación judicial ante los tribunales de los lugares en que se producen las violaciones y que suele coincidir con el de residencia de los agraviados, no ha sido hasta la fecha una opción viable debido a los débiles sistemas legales y judiciales de esos Estados, en muchas ocasiones, también, fácilmente corrompibles.

Tras décadas de instrumentos internacionales y códigos de conducta empresarial sin eficacia jurídica vinculante, en 2011 se adoptan por amplio consenso los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos. Hemos de subrayar que, aun tratándose de un instrumento de derecho blando, los Principios suponen un punto de inflexión, porque marcan la hoja de ruta hacia la consecución de una verdadera exigencia de responsabilidad legal a las empresas. El elemento nuclear del camino a recorrer viene marcado por la introducción y desarrollo del concepto de diligencia debida empresarial aplicada a los derechos humanos.

La diligencia debida en derechos humanos tiene una doble dimensión, por un lado, como proceso que deben implementar las empresas con el fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de violación de derechos humanos y, por otro lado, como estándar de conducta que permitirá determinar la existencia de un comportamiento negligente en las demandas por responsabilidad civil extracontractual.

La exigencia a las empresas de la implementación de procesos de diligencia debida obligatoria en materia de derechos humanos, laborales y medioambientales a lo largo de toda su cadena de suministro, tal como ya han hecho Francia, Alemania o Noruega, y la expectativa de la adopción de una Directiva a nivel comunitario, puede contribuir a facilitar el acceso a la justicia ante los tribunales de los Estados miembros de la Unión a quienes sufren los abusos corporativos en terceros países.

Las víctimas, trabajadores o comunidades locales de los países en los que se cometen los abusos por parte de filiales o socios comerciales de las grandes corporaciones europeas se enfrentan a importantes barreras y obstáculos tanto procesales como materiales y financieros cuando acuden ante tribunales occidentales en los que la empresa dirigente de la cadena de suministro tiene su sede.

Una legislación, tanto a nivel de los estados miembros como de la Unión Europea, que obligue a las grandes corporaciones a implementar diligencia debida a lo largo de toda su cadena de suministro facilitaría a las víctimas articular sus demandas argumentando una responsabilidad civil extracontractual por daños causado por un comportamiento negligente de la empresa matriz o dirigente de la cadena de suministro.

En el estudio de caso que presentamos constatamos las dificultades y las posibilidades de éxito de la demanda interpuesta ante un tribunal alemán frente a la conocida empresa alemana de moda *Kik*, por los heridos y familiares de las víctimas de un incendio ocurrido en un taller textil de Pakistán. Se trataba de trabajadores contratados por la empresa local, *Ali Express,* proveedora principal de la marca de moda germana. La fundamentación jurídica hubo de acogerse al *common law* y al instituto de la *duty of care,* que como

desarrollaremos es uno de los requisitos exigidos por el *law of torts* o derecho de daños anglosajón.

2. EMPRESAS TRANSNACIONALES Y SUS CADENAS DE SUMINISTRO: UN ESPACIO DE IMPUNIDAD

La globalización económica se ha ido tejiendo a través de largas y, muchas veces, complejas cadenas de suministro a través de las cuales las grandes corporaciones dominan el proceso productivo. Para ello, se reservan la ejecución y el control de las tareas con mayor valor añadido como la investigación y desarrollo, el diseño, la publicidad y la comercialización de los bienes y servicios. Sin embargo, la extracción de materias primas, su transformación y la fabricación del producto final se deslocaliza y externaliza a países con mano de obra barata y condiciones laborales precarias.

Si bien es cierto que las economías menos desarrolladas se han beneficiado de esta división internacional del trabajo recibiendo la tan necesaria transferencia de tecnología, conocimientos y mejora de procesos productivos, además de oportunidades laborales para su población, no podemos ignorar que los beneficios generados por estas redes de producción y comercio internacional no se han distribuido equitativamente ni han alcanzado a todos los países y poblaciones por igual[1].

Las empresas transnacionales no sólo han externalizado la producción sino también los riesgos sociales y jurídicos que ello lleva consigo. La internacionalización de sus estructuras productivas permite a las grandes corporaciones operar a través de las fronteras con el objetivo de maximizar sus beneficios. Sus decisiones a la hora de establecer filiales o elegir subcontratistas o proveedores se rigen por criterios dependientes del entorno jurídico y socioeconómico más favorable para sus intereses.

Por su parte, los Estados del Sur Global pugnan entre sí para atraer la inversión extranjera ofreciendo a las transnacionales ventajas comparativas como exenciones fiscales; mínimas exigencias regulatorias y de control en materia de salarios, jornadas de trabajo, condiciones de salud y seguridad en el trabajo o representación y defensa de los derechos de los trabajadores. Esta competición a la baja se traduce en un escenario propicio para las violaciones de derechos humanos y laborales por parte de las corporaciones[2].

Las empresas transnacionales operan en un tablero de juego mundial muy favorable a sus intereses en el que como afirma Hernández Zubizarreta im-

[1] OIT El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Informe IV, cuarto punto del orden del día 105.ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, 2016, p.2

[2] GARCIA LANDABURU, Maria Katia, "La exigencia de debida diligencia a las empresas multinacionales y su vinculación con otras medidas para regular su conducta", *Trabajo y Derecho*, Monográfico 14/2021 Editorial Wolters Kluwer, 1 de nov. de 2021.

pera una suerte de "asimetría normativa"[3]. Esto significa que sus operaciones comerciales gozan de protección internacional a través de tratados y acuerdos de comercio e inversión pudiendo hacer valer sus derechos ante tribunales arbitrales internacionales. Por el contrario, los impactos negativos de sus actividades en los derechos humanos, laborales y medioambientales no pueden ser reclamados ante ningún tribunal u organismo internacional ya que las empresas continúan sin ser sujetos de derecho internacional público y por tanto no se les puede imponer obligaciones o reclamar por incumplimientos[4].

De esta forma, las cadenas globales de valor proporcionan a las empresas transnacionales las materias primas que precisan para la fabricación de componentes y artículos a unos costes infinitamente inferiores a los que soportarían en los países occidentales donde radican sus casas matrices. Asimismo, y por derivación de su posición hegemónica en el teatro económico mundial surge la posibilidad de evadir sus responsabilidades sociales y jurídicas a través de las distintas fronteras por donde se extienden sus cadenas de suministro.

La creación de complejos entramados societarios con personalidades jurídicas diferenciadas o la celebración de contratos de compra donde la responsabilidad se diluye por la interposición de capas de subcontratación aseguran y refuerzan un muro de contención frente a las reclamaciones por abusos a los derechos laborales. Hablamos de violaciones tan graves que en ocasiones llegan a ser prácticas de esclavitud moderna. A estos abusos hay que añadir otras manifestaciones de atentados a los derechos humanos como la destrucción del medioambiente o acaparamiento de tierras de pueblos indígenas durante sus actividades en los países del Sur global[5].

Una vez materializado el daño, las víctimas se enfrentan a la debilidad y la corrupción de los sistemas judiciales de sus propios países donde difícilmente verán satisfechas sus pretensiones resarcitorias. A esta circunstancia es preciso añadir la dificultad que supone buscar remedio ante los tribunales de los países occidentales en los que las empresas transnacionales tienen sus matrices. El acceso a la justicia en Estados Unidos, Canadá, Reino Unido u otros países de la Unión Europea se ha mostrado hasta la fecha como un ca-

---

[3] HERNADEZ ZUBIZARRETA, Juan., Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa, Editorial Hegoa, Bilbao, 2009, p. 34; Ver más reciente HERNADEZ ZUBIZARRETA, Juan, RAMIRO PEREZ, Pedro, "Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad responsabilidad social corporativa, lex mercatoria y derechos humanos", *Revista de economía crítica*, núm. 28, 2019.

[4] CANCHOLA CASTRO, Antonio, "Nueva tendencia de la personalidad internacional: Hacia unos sujetos nuevos, hacia unos sujetos reales", *Boletín Mejicano de Derecho Comparado*, 68, 1990; ALVAREZ, Jose "Are Corporations "Subjects" of International Law?", *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Researc Paper Series*, 10–77, 2010.

[5] NIETO ROJAS, Patricia., "Cadenas mundiales de suministro y trabajo decente: instrumentos ordenados a garantizarlo", *Cuadernos de Relaciones laborales*, 37(2), 2018, pp. 419-434.

mino escasamente transitado y no exento de barreras procesales, materiales y económicas[6].

En Estados Unidos, durante décadas el *Alien Tort Statue* (ATS) significaba en palabras del juez Breyer "un instrumento para compensar a las víctimas de los piratas del mundo moderno"[7]. No en vano esta cortísima ley se aprobó por el Congreso de los Estados Unidos en 1789 para reconocer jurisdicción a los tribunales norteamericanos ante reclamaciones de cualquier extranjero que hubiera sido víctima de violaciones del Derecho de las Naciones. En aquel entonces fundamentalmente actos de piratería.

El ATS supuso durante tres décadas el fundamento jurídico para hacer de Estados Unidos una especie de jurisdicción universal en materia civil puesto que las reclamaciones se basaban en el derecho de daños. Pero las presiones no se hicieron esperar cuando esta ley fue utilizada en demandas de daños frente a las poderosas corporaciones transnacionales por actos cometidos en terceros estados[8].

En el año 2013 en el célebre caso *Kiobel v. Dutch Petroleum Co* la Corte Suprema desestima la demanda planteada frente a la multinacional estableciendo una presunción contra la aplicación extraterritorial de la legislación estadounidense, que solo podrá ser desvirtuada previa acreditación de una fuerte y suficiente conexión y afectación del caso al territorio de los Estados Unidos. En definitiva, se cierra prácticamente la puerta de entrada a la jurisdicción norteamericana a este tipo de demandas[9].

Por otra parte, la invocación del *forum non conveniens* se convierte en una dificultad añadida que las víctimas de los abusos corporativos cometidos en terceros estados deben salvar para no ver sus demandas rechazadas en los sistemas judiciales pertenecientes al *common law* como Estados Unidos, Canadá o Australia. En Reino Unido, al menos durante su pertenencia a la UE, esta doctrina no ha podido ser invocada ante sus tribunales por efecto

[6] Ver Informe GARCIA ESTEBAN, Alejandro, PATZ Christopher, "Suing Goliath", *European Coalition for Corporate Justice*, Bruselas, 2021.

[7] Se puede consultar el voto particular del juez Breyer en el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* Co., 569 U.S. 108 (2013) en la página web de la Corte Suprema de Estados Unidos. Ver enlace: *https://supreme.justia.com/cases/federal/us/569/108/*

[8] PIGRAU SOLE, Antoni., "La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la Alien Tort Claims Act por su participación en violaciones de derechos humanos", *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, núm. 25, 2010, pp. 114-130; ZAMORA CABOT, Francisco., "Los derechos fundamentales en clave del Alien Torts Claims Act de 1789 de los EEUU y su aplicación a las corporaciones internacionales", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Universidad del país vasco, 2007

[9] MARULLO, Maria Chiara, ZAMORA CABOT, Francisco, "Transnational Human Rights litigations. Kiobel's touch and concern: a test under construction", *Papeles El Tiempo de los derechos*, núm. 1, 2016

del Reglamento Bruselas I bis, desde que así lo determinara el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en 2005 en el caso *Owusu vs. Jackson*[10].

Se trata de una excepción procesal que debe ser alegada por la parte demandada, que tendrá, asimismo, que acreditar la existencia del foro alternativo, generalmente el del domicilio de los demandantes y/o el lugar donde ocurrieron los daños. El juez ponderará todos los intereses en juego, incluido el interés público, para llegar o no a la conclusión de que el foro alternativo es el más adecuado[11]. El 99% de los casos desestimados por motivos de *forum non conveniens* nunca vuelven a presentarse en el foro alternativo por lo que las víctimas quedan desprovistas de cualquier reparación[12].

El cierre de la puerta a las demandas basadas en el ATS unido a las dificultades procesales que platea la invocación del *forum non conveniens* en los países del *common law* ha convertido a los Estados miembros de la Unión Europea en un foro atractivo en el que las víctimas y sus defensores han fijado su mirada interponiendo una serie de demandas la mayoría de ellas ante la jurisdicción civil, invocando los principios del derecho de daños o responsabilidad civil extracontractual[13].

A dichos efectos vamos a examinar seguidamente qué papel puede desempeñar la introducción de una diligencia debida en derechos humanos con efectos vinculantes para las empresas.

3. LA DILIGENCIA DEBIDA EN LOS PRINCIPIOS RECTORES Y SU DESARROLLO POSTERIOR

3.1. El concepto de diligencia debida en los Principios Rectores: proceso y estándar de conducta

El frontal rechazo del mundo empresarial a cualquier imposición normativa con efectos vinculantes en materia de derechos humanos y laborales llevó a la promulgación y consolidación de directrices y códigos de conducta

[10] *Owusu v Jackson (Case C-281/02)*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 1 de marzo de 2005. ECLI:EU:C: 2005:120

[11] Dos casos paradigmáticos planteados ante los tribunales norteamericanos y rechazados en base al *forum non conveniens* fueron *Aguinda v. Texaco* y *Bhopal v. Union Carbide Corporation.* Respecto al caso Bhopal ver ESTEVE MOLTO, José Elias, "La Estrecha Interdependencia entre la criminalidad de las Empresas Transnacionales y las violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del medioambiente: Lecciones del caso Bhopal.", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 32, 2016, p.2-3

[12] SKINNER, Gwynne., McCORQUODALE, Robert., DE SCHUTTER, Olivier., *El Tercer Pilar: El acceso a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales*, ICAR, CORE, ECCJ, 2013, p. 36.

[13] Ejemplos de casos llevados ante tribunales europeos: *Akpan v. Royal Dutch Shell Plc et al.,* C/09/337050 / HA ZA 09-1580, January 30, 2013, Disponible en: *https://elaw.org/af-akpan-v-royal-dutch-shell-plc-0;* VILLALOBOS DIAZ, Felix., Boliden, el caso de contaminación con metales pesados provenientes de Suecia que afectó a Arica, Emol, 2019. Disponible:
https://www.emol.com/noticias/ Nacional/2019/10/07/963465/Boliden-embajador-sueco-Arica.html

elaborados por organismos internacionales como las Directrices para empresas multinacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Declaración Tripartita de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) o el Pacto Mundial de Naciones Unidas. Así como códigos éticos y de conducta empresariales o sectoriales emanados de las propias empresas que determinan de forma totalmente voluntaria los aspectos laborales, sociales y medioambientales que consideran merecen su atención. Todos estos instrumentos son calificados como de derecho blando o *soft law*, por carecer de fuerza jurídica obligatoria[14].

En esta línea, y en el año 2011, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas adoptó por amplio consenso los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos[15]. Un instrumento, que a pesar de ser criticado por pertenecer a la categoría del derecho blando[16], supuso un verdadero punto de inflexión para avanzar hacia la exigencia de una mayor transparencia en las cadenas de suministro de las grandes empresas transnacionales.

Los Principios Rectores marcan el principio de un largo camino, que continuamos transitando una década después[17]. Su gran aportación consistió en la introducción y desarrollo del instituto de la diligencia debida aplicada a los derechos humanos. A través de la cual, se ha ido perfilando la posibilidad de anudar consecuencias jurídicas a los efectos adversos causados por las empresas y allanar el, aún ahora tortuoso, camino de las víctimas hacia el reconocimiento judicial de una compensación por los perjuicios sufridos[18].

La fuerza transformadora de los Principios reside en la coherencia interna que la diligencia debida otorga a los tres pilares del marco "proteger, respetar, remediar" sentando las bases sobre las que se han ido apoyando los avances

---

[14] Ver Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales (actualización de 2011); Guía de Diligencia Debida de la OCDE para la Conducta Empresarial Responsable (2018); OIT, Declaración tripartita de Principios sobre las empresas multinacionales y la política social, revisado en su 329.ª reunión, marzo de 2017; Pacto Mundial Naciones de Unidas adoptado en el año 2000, Disponible en: *https://www.pactomundial.org/*

[15] Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, HR/PUB/11/04, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011

[16] BILCHITZ, David, DEVA, Surya, "The Human Rights Obligations of Business: A Critical Framework for the Future," en DEVA, Surya., BILCHITZ, David, *Human Rights Obligations of Business: Beyond the Corporate Responsability to Respect?* Cambridge University Press, 2013;

[17] NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, "Informe final del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas Transnacionales y otras Empresas, John Ruggie. DOC. A/HRC/17/31," 2011, párrafo 13: "Qué proponen estos Principios Rectores? ¿Y cómo deben ser leídos? El respaldo del Consejo a los Principios Rectores no servirá por sí solo para poner fin a los problemas que plantea la cuestión de las empresas y los derechos humanos. Pero marcará el fin del comienzo: la creación de una plataforma conjunta de acción a nivel mundial, como base para seguir avanzando paso a paso, sin excluir ninguna otra posibilidad prometedora a largo plazo"

[18] BONNITCHA, Jonthan, McCORQUODALE, Robert, "Is the Concept of 'Due Diligence' in the Guiding Principles Coherent?" *SSRNElectronic Journal*, 2013. Disponible en: *http://ssrn.com/abstract=2208588*.as p. 10.

normativos alumbrados en esta última década[19]. Asimismo, debemos destacar su dualidad en el sentido de representar tanto el proceso que se exige implementar a las empresas a lo largo de su cadena de suministro como el estándar de conducta en manos de las víctimas de abusos corporativos[20]. Se trata en este último caso de una medida del comportamiento empresarial que podría ser invocado por los perjudicados en sede judicial a los efectos de determinar si ha existido negligencia respecto a los derechos abusados

El proceso de diligencia debida en derechos humanos que toda empresa debe conducir se fundamentará en primer lugar en la evaluación de riesgos. Una actividad con la que las corporaciones están familiarizadas y que ponen en práctica para evitar riesgos internos susceptibles de poner en peligro las inversiones de los accionistas o la operatividad de la empresa, o por exigencia del legislador estatal en materias como medio ambiente, prevención del blanqueo de capitales, el soborno o la corrupción. No obstante, y esta es una diferencia capital, la evaluación de impactos en derecho humanos debe dirigirse a detectar los riesgos que la empresa puede causar a terceros.

En este sentido las empresas, todas ellas, porque los Principios se dirigen también a las pequeñas y medianas empresas, deberán evaluar la situación del país en el que operan, sus procesos de compras, las características de su cadena de suministro, etc. La OCDE ha ido publicando guías sectoriales para orientar a las empresas sobre los asuntos clave que deben ser tomados en consideración[21].

Las Guías de la OCDE inciden en la importancia de llevar a cabo consultas y fomentar la participación significativa de todos los grupos de interés. Entre ellos, se destaca especialmente a los sindicatos por su papel fundamental para establecer políticas de habilitación de derechos de los trabajadores[22].

Es el aspecto de la diligencia debida, en cuanto medida del comportamiento corporativo, el que introduce la herramienta o llave jurídica que podría facilitar el que las víctimas de abusos corporativos demanden directamente a la empresa matriz o principal ante el foro correspondiente a su domicilio social, fundamentando esa demanda en un comportamiento negligente o ca-

[19] Ver Principios Rectores sobre las Empresas…*op.cit*., principios 17 a 21

[20] HERNANDEZ PERIBAÑEZ, María Eugenia, *Diligencia Debida y Derechos Humanos: El acceso a mecanismos de reparación judicial*, Colex, La Coruña, 2022, pp.201-207.

[21] El objetivo de cada una de estas guías es ofrecer una orientación a las corporaciones para ayudarlas a identificar, y habilitar respuestas, a los riesgos concretos de impactos negativos asociados a cada sector. Ver OCDE Due diligence guidance for responsible supply chains of minerals from conflict-affected and high-risk areas, Paris, 2016; OCDE Due diligence guidance for responsible supply chains in the garment and footwear sector, Paris, 2018; OCDE guidance responsible agricultural supply chains, Paris, 2016. OCDE Due diligence guidance for meaningful stakeholder engagement in the extractive sector, Paris, 2017; OCDE Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains, Paris, 2017

[22] ROJAS RIVERO, Gloria Pilar, "La unidad sindical necesaria para la gobernanza global de la economía" (Editorial), *Iuslabor*, núm. 3, 2021

rente de la diligencia que debió observar respecto a sus filiales, subsidiarias, contratistas o proveedores a lo largo de su cadena de suministro[23].

Ahora bien, en este punto es importante apuntar las diferencias entre países anglosajones cuyo sistema judicial se basa en el *common la*w y que contemplan este tipo de reclamaciones desde el derecho de daños o *torts* y los países cuyo sistema jurídico pertenece al derecho continental o civilista que resuelven esta materia desde el instituto legal de la responsabilidad civil extracontractual.

En los primeros, los tribunales pueden crear derecho resolviendo en base a precedentes. Son sistemas jurídicos muy dinámicos que permiten a los jueces establecer una mayor conexión con las demandas sociales sin tener que constreñirse únicamente al dictado del legislador. Dentro de los diferentes *torts* tenemos el *tort of negligence*[24] que sería la figura jurídica más próxima a nuestra responsabilidad civil extracontractual.

Respecto a las reclamaciones por daños derivadas de negligencia empresarial los tribunales de la órbita del *common law* han venido exigiendo la concurrencia de tres requisitos: la previsibilidad, la proximidad y razones de política social para valorar si sobre la empresa matriz pesaba una obligación de cuidado, *duty of care,* que permitiese vincular su comportamiento con los daños sufridos por el demandante[25]. En este sentido es paradigmática la Sentencia del Tribunal de Ontario en el caso Choc vs Hudbay Minerals Inc que en el año 2013 resuelve a favor de los demandantes reconociendo la posibilidad de que una empresa matriz canadiense pueda ser responsable de sus acciones u omisiones negligentes en otros países y directamente relacionadas con su empresa subsidiaria.

Por el contrario, en la mayoría de los estados de la Unión Europea (UE) cuyo sistema legal pertenece al derecho civil, los jueces se limitan a aplicar el derecho. De ahí la importancia de que se adopte normativa vinculante en materia de diligencia debida en derechos humanos a los efectos de permitir a los tribunales estimar que una conducta empresarial negligente, es decir, que no observa el proceso de diligencia legalmente exigida, ha infringido el principio *alterum non laedere*, base de la responsabilidad civil extracontractual[26].

3.2. La evolución de la diligencia debida tras la adopción de los Principios Rectores

El desarrollo de la diligencia debida en la última década a partir de la adopción de los Principios Rectores ha sido constante y ha permeado todos

[23] HERNANDEZ PERIBAÑEZ, María Eugenia, *op.cit*.

[24] TINGLE, John, "Establishing breach of the duty of care in the tort of negligence". *British journal of nursing*, 2002, vol. 11, núm. 17, p. 1128-1130.

[25] Ver *Choc v Hudbay Minerals Inc*. (2013) ONSC 1414

[26] PALACIOS, Laura, "Reflexiones acerca del principio Alterum non laedere a la luz de un supuesto de responsabilidad extracontractual", *Revista de Derecho de la UNED (RDUNED)*, núm. 1, 2006.

los instrumentos y marcos normativos en el campo de las empresas y los derechos humanos. En esta línea, las *Directrices de la OCDE sobre Empresas Multinacionales* en el año 2011sufrieron una reforma con la introducción de un capítulo cuarto relativo a la protección de los derechos humanos y la articulación de la diligencia debida en las cadenas de suministro, así como un fortalecimiento del papel de los Puntos Nacionales de Contacto[27]. En segundo lugar, *la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social* adoptada en 1977 por la OIT fue objeto de una nueva reforma en marzo de 2017. De la citada reforma cabe subrayar el reconocimiento de los Principios Rectores, y la presentación de la debida diligencia como mecanismo para conseguir un crecimiento sostenible y un mejor reparto de los beneficios de la economía globalizada[28].

La implementación efectiva a nivel estatal de los Principios se ha llevado a cabo por medio de la formulación de Planes Nacionales de Acción (PNA)[29]. Precisamente y con respecto al contenido sustantivo de dichos PNA, el Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos recomendó a los Estados que acudieran a la fórmula del "*smart mix*" o mezcla de medidas concretas de carácter voluntario, mandatorio, nacionales o internacionales como forma de cumplir con su obligación de proteger frente a los abusos corporativos[30]. Entre esas medidas, la diligencia debida en derechos humanos ocupa un lugar central. Por cuanto los Estados deben exigir a las empresas el ejercicio de diligencia debida en derechos humanos para dar cumplimiento ellos mismos de forma diligente a su propia obligación de proteger.

En esta línea, las primeras regulaciones de derecho positivo que vieron la luz, como muestra del compromiso de los Estados con el primer pilar de los Principios Rectores, pertenecen a una categoría normativa denominada por la doctrina anglosajona como *reflexive law*[31]. La *Modern Slavery Act* promulgada en 2015 en Reino Unido es un ejemplo de este tipo de legislación. Se trata de una ley que únicamente exige de las empresas la publicación de un informe anual revelando si han tomado o no medidas para erradicar la esclavitud moderna de sus cadenas de suministro. No se exige la adopción de diligencia debida, únicamente se entiende que aquellas empresas que quieran detectar si en su cadena de suministro existe esclavitud moderna lo harán a través de un proceso de diligencia debida buscando la trazabilidad de su ca-

[27] OCDE, "Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión 2011", OCDE, 2013, p. 4.

[28] International Labour Office (ILO), "Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy", Geneva, 2017.

[29] En referencia al Plan de Acción español ver: ESTEVE MOLTÓ, José Elias, "Planes de Acción Nacional sobre empresas y derechos humanos: la imperiosa complementariedad con normas vinculantes. Referencia al plan español", Anuario español de derecho internacional, núm. 34, 2018

[30] UN Working Group on Business and Human Rights, "*Guidance on National Action Plans on Business and Human Rights*", 2016. p. 13.

[31] LUHMANN, Niklas., "Some problems with reflexive law" en FEBBRAJO, Alberto., (edit) *Law, Legal Culture and Society*, Routledge, London, 2018

dena y ofreciendo una trasparencia sobre la misma[32]. Esta norma británica bebe de la *California Transparency in Supply Chains Act* aprobada en 2010 y que exige a empresas dedicadas a la manufactura y/o venta de productos con operaciones en el Estado de California y unos resultados anuales a nivel mundial de 100 millones de dólares o más que publiquen un único informe en el que se recoja sus esfuerzos por asegurar una cadena de suministro libre de esclavitud y tráfico de personas[33]. El objetivo final de la ley es ofrecer transparencia a los consumidores e inversores para que puedan tomar decisiones conforme a la información que las empresas proporcionen[34]

En el ámbito de la Unión Europea y en la misma órbita de las normas de transparencia y de información tenemos la Directiva 2014/95/UE sobre Información no financiera[35] modificada por la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 a los efectos de sustituir el término "información no financiera" por el de información sobre sostenibilidad puesto que tal como se argumenta en los considerandos de la Directiva:

> "el término «no financiera» es inexacto, en particular porque implica que la información en cuestión carece de relevancia financiera. Sin embargo, dicha información tiene cada vez más relevancia financiera"[36].

En nuestro país la Directiva se traspuso a través del Real Decreto-ley 18/2017 de 24 de noviembre[37] cuyo alcance ha sido ampliado por la Ley 11/2018 de 28 de diciembre introduciendo importantes novedades en materia de divulgación de información no financiera y diversidad como por ejemplo la ampliación del número de sociedades obligadas a presentar el estado de información no financiera, reduciendo el umbral de trabajadores que ha de tener la empresa de 500 a 250 a partir de enero de 2021.

---

[32] Modern Slavery Act 2015, UK Public General Acts, 2015 c. 30 Part 6 Section 54. Disponible en:*https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/section/54/enacted ;* Ver la propuesta de reforma en la página web del Parlamento Británico: *https://bills.parliament.uk/bills/2892)*

[33] The California Transparency in Supply Chains Act: A resource Guide, Kamala D. Harris, Attorney General California Department of Justice, 2015. Disponible en: *https://oag.ca.gov/sites/all/files/agweb/pdfs/sb657/resource-guide.pdf*

[34] SALES PALLARES, Lorena., MARULLO Maria Chiara, "El «ángulo muerto» del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro", *Persona y Derecho*, vol. 78, núm. 1, 2018, pp. 261-291; SMIT, L., et al. *Study on due diligence requirements through the supply chain*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2020.

[35] DIRECTIVA 2014/95/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 22 de octubre de 2014. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L330/1 el 15 de noviembre de 2014. Artículo 19 bis,"

[36] Considerando 8 de la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L-2022-81871 de 16 de diciembre de 2022.

[37] Se puede consultar el Real Decreto Ley 18/2017 aquí*: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=-BOE-A-2017-13643*

3.3. Primeros desarrollos normativos hacia la exigencia de diligencia debida obligatoria en Europa

La exigencia de diligencia debida corporativa en materia de derechos humanos puede tener efectos positivos en el acceso a la justicia de los perjudicados ante los tribunales europeos[38]. Pero para ello, y especialmente en los países del sistema jurídico civilista, es preciso que el desarrollo normativo emprendido por algunos países occidentales, así como por la Unión Europea, en los últimos cinco años, respecto a su exigencia con efectos jurídicos obligatorios continúe avanzando. Las leyes estatales y la futura Directiva sobre la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial deberían, además, para materializar la potencialidad de la que hablamos, ser audaces a la hora de reconocer la existencia de responsabilidad civil derivada de los incumplimientos empresariales en esta materia[39]. Sin embargo, tal como examinaremos seguidamente las leyes que se han ido adoptando suponen tan sólo un tímido avance en la dirección apuntada.

La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y subcontratistas aprobada el 22 de febrero de 2017[40] es pionera en establecer el deber de diligencia. Las empresas afectadas[41] deben implementar y publicar con carácter anual un "Plan de Vigilancia" que consistirá en tomar todas las medidas razonables para identificar, evaluar, prevenir y mitigar los riesgos sobre los derechos humanos y el medio ambiente derivados de sus operaciones, las de sus filiales, proveedores y subcontratistas.

A pesar de haberse declarado inconstitucional la imposición de multas por la falta de adopción del Plan de Vigilancia, como se había previsto en el texto original, se establece una obligación de cuidado que pesa sobre la empresa matriz con carácter mandatorio. Esta novedosa previsión legal supone franquear el acceso a la justicia a las víctimas de abusos en reclamación de una posible responsabilidad civil por daños[42].

---

[38] ECCJ and Anti-Slavery International, "What if? How EU due diligence laws could help protect people and the planet", september, 2020.

[39] GUAMAN, Adoración, *Diligencia debida en Derechos Humanos. Posibilidades y límites de un concepto en expansión,* Tirant lo Blanch, 2022.

[40] Ley sobre el deber de vigilancia de las empresas matrices y de subcontratación, 2017. Disponible en: *https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000034290626/*

[41] El ámbito de la ley es más reducido de lo que sería deseable. Tal como se recoge en la misma la ley es aplicable a cualquier empresa establecida en Francia que emplee: al menos a cinco mil personas, ya en la casa matriz, ya en sus filiales directas o indirectas cuya sede social esté situada en Francia, al término de dos ejercicios consecutivos. Al menos a diez mil personas, ya en la casa matriz, ya en sus filiales directas o indirectas, cuyo domicilio social esté situado bien en Francia, bien en el extranjero. Ver AUVERGNON, Philippe, "El establecimiento de un deber de vigilancia de las empresas transnacionales, o cómo no dejar que los zorros cuiden libremente del gallinero mundial", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales, Lex Social*, vol. 10, núm. 2, 2020, pp. 210-211.

[42] DAUGAREILH, Isabelle, *La ley francesa sobre el deber de vigilancia de las sociedades matrices y contratistas: entre renuncias y promesas. Impacto laboral de las redes empresariales*, Comares, Granada, 2018

No obstante, al no haberse previsto la inversión de la carga de la prueba los demandantes van a tener que afrontar la complicada tarea de establecer la relación de causalidad entre el daño y la falta de diligencia de la compañía. Por otra parte, la empresa podría esgrimir la mera existencia del Plan de Vigilancia acorde con las exigencias de la ley para eludir su responsabilidad. Este es un temor puesto de manifiesto tanto por activistas de derechos humanos como por voces autorizadas como la del profesor Surya Deva[43], que han mostrado sin ambages sus reservas ante la posibilidad de que las grandes compañías hagan de la tenencia de un plan de diligencia debida un mero instrumento para eximirse de responsabilidad ante una reclamación judicial.

La ley francesa lleva unos años en vigor y ya nos ha dejado algunos casos prácticos de apercibimientos a grandes corporaciones como EDF, Total, XPO Logistics o Teleperformance por haber elaborado Planes de Vigilancia incompletos o no conformes con las disposiciones de la Ley[44].

La primera demanda judicial presentada en octubre de 2019 al amparo de esta Ley ha sido interpuesta por seis organizaciones de la sociedad civil frente a la petrolera *Total* por una explotación petrolífera en un parque natural de Uganda ante un tribunal de la jurisdicción civil en Nanterre que rechazó su competencia a favor de un tribunal de comercio. El argumento principal de los demandantes es que no se ha incluido por la empresa demandada en su Plan de Vigilancia la identificación, prevención y mitigación de riesgos respecto a las actividades en el país africano. Una vez resuelta la cuestión de competencia por parte del Tribunal Supremo francés a favor de los tribunales civiles, el 23 de febrero de este mismo año el caso fue desestimado por motivos procesales argumentando el Tribunal que se había variado en la demanda los hechos con respecto al requerimiento formal que se presentó ante la petrolera[45].

En cualquier caso, la ley francesa ha servido para pavimentar el camino a otras normas como la Ley de los Países Bajos sobre debida diligencia en materia de trabajo infantil publicada el 13 de noviembre de 2019[46] que introduce la exigencia de un deber de diligencia para prevenir la utilización de trabajo infantil en la cadena de suministro, mediante la cual se obliga a las empresas a investigar y comunicar los resultados respecto a la existencia de trabajo infantil en cualquiera de los eslabones de la cadena de suministro. Se exige,

---

[43] DEVA, Surya., "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies" *European Company Law*, vol. 9, issue 2, 2012.

[44] DAUGAREILH, Isabelle et al., "La Ley francesa sobre el deber de vigilancia: presente y futuro de una innovación jurídica", en SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. (dir.), *Comercio Internacional, Trabajo y Derechos Humanos,* Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca 2021, pp. 120-123.

[45] Consultar noticia en la página web del Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos. Disponible en: *https://www.business-humanrights.org/es/%C3%BAltimas-noticias/demanda-contra-total-relativa-al-incumplimiento-de-la-ley-francesa-sobre-el-deber-de-vigilancia-en-sus-actividades-en-uganda/*

[46] Ley de debida diligencia sobre trabajo infantil, 2019. Disponible en: *https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.html*

asimismo, a las empresas la elaboración de Planes de Acción para erradicar el trabajo infantil en caso de ser hallado en su cadena de suministro.

La ley neerlandesa difiere de la francesa en su carácter específico, centrando su lucha contra la explotación infantil, y añade el relevante criterio de no discriminación de su aplicación a las empresas por número de empleados, ni volumen de negocio, obligando, por tanto, a cualquier empresa que opere en territorio de los Países Bajos. Sin embargo, entre sus debilidades encontramos que la publicación del informe no tiene carácter periódico, sino que sólo se pide un único informe. La consecuencia por la falta de medidas de averiguación y de su comunicación se limitan a una sanción administrativa, aunque podría llegar a pedirse penas de prisión en casos de reiteración en el incumplimiento durante un período superior a cinco años.

Lo cierto es que a pesar de los años transcurridos esta norma no está aún en vigor, y podría no llegar a estarlo si al final se adoptara como ley el Proyecto presentado el 11 de marzo de 2021 sobre negocios internacionales responsables y sostenibles. Esta norma abordaría la protección frente a violaciones de derechos humanos, laborales y en materia de medioambiente exigiendo la implementación de diligencia debida en las cadenas de suministro y la obligatoriedad de los informes con carácter anual[47].

En los meses de junio y julio de 2021 se aprueban la ley noruega sobre *Transparencia Empresarial y Trabajo Decente*[48] y la ley alemana de *Debida Diligencia en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente*[49], respectivamente. En ambos casos se exige el ejercicio de diligencia debida, aunque la ley noruega orbita en el campo de las leyes de transparencia sin que se contemple la posibilidad de reclamaciones en vía civil por parte de los perjudicados.

La ley alemana, sin embargo, bebe de la ley francesa y junto a ella introduce la posibilidad de reclamaciones por parte de las víctimas ante los tribunales alemanes y prevé, expresamente, en su artículo 11, la posibilidad de que sean representadas por ONGs o sindicatos. Sin embargo, no establece una responsabilidad civil específicamente contemplada en su articulado, al contrario de su homónima gala. El apartado 3 del artículo 3 recoge expresamente: "El incumplimiento de las obligaciones previstas en esta ley no dará lugar a responsabilidad civil". No obstante, matiza a renglón seguido que la responsabilidad establecida independientemente de esta ley no se ve afecta-

[47] SOLIS PRIETO, Carmen., "Panorama de las nuevas iniciativas nacionales europeas de regulación de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos", *Trabajo y Derecho*, Monográfico 14/2021, núm. 14, Editorial Wolters Kluwer, 2021.

[48] Ley relativa a la transparencia de las empresas y al trabajo sobre derechos fundamentales y condiciones de trabajo dignas, 2021.

[49] Ley sobre las obligaciones de debida diligencia empresarial para la prevención de violaciones de derechos humanos en cadenas de suministro, 2021. Disponible en: *https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Internationales/act-corporate-due-diligence-obligations-supply-chains.pdf?__blob=publicationFile&v=3*

da. La responsabilidad a la que se refiere es la que contempla el artículo 823 del Código Civil alemán, y por tanto la puerta a las demandas por responsabilidad civil extracontractual basadas en violaciones de derechos humanos por falta de diligencia de una empresa matriz queda abierta, tal como explica Fuchs en su pormenorizado e ilustrativo análisis de esta ley[50].

En la fecha en que se escriben estas líneas otros muchos países europeos, como Luxemburgo, Dinamarca, Austria, Suecia, Bélgica, están en proceso de promulgar legislación en la que la diligencia debida en derechos humanos se exige a las empresas con efectos vinculantes.

En nuestro país el gobierno de coalición estaba trabajando en una ambiciosa ley de protección de los derechos humanos, de la sostenibilidad y de la diligencia debida en las actividades empresariales transnacionales que se quedó en fase de anteproyecto abierto a información pública en el mes de marzo de 2022. Habrá que esperar para ver si el nuevo gobierno surgido de las elecciones de este año retoma y concluye el trabajo iniciado.[51].

Por su parte, la Unión Europea (UE) introduce de forma transversal en sus principales políticas comerciales el respeto de los derechos humanos, en cuanto valor fundamental de la Unión. Las instituciones comunitarias, conscientes del poder de influencia que otorga ser el mayor mercado interior del mundo y uno de los principales emisores de inversión extranjera directa, han abordado la interacción entre empresas y derechos humanos, así como los efectos derivados de su relación, mediante la publicación de estudios, recomendaciones e iniciativas legislativas con el objeto de revertir la impunidad con la que muchas grandes corporaciones operan desde sus matrices en países de la UE sin rendir cuentas por los abusos cometidos por sus filiales, proveedores o socios comerciales en terceros países.

Las primeras normas comunitarias en acoger la diligencia debida empresarial con carácter obligatorio adoptaron la forma jurídica de Reglamentos de carácter sectorial para regular bien la trazabilidad y trasparencia de la cadena de suministro de la madera[52] o para imponer a los importadores de minerales como el oro, wolframio, estaño o tantalio, el deber de implementar diligencia debida mediante la imposición de llevar a cabo auditorías externas[53].

---

[50] FUCHS, Maximilian, La Ley de Diligencia Debida en la Cadena de Suministro de Alemania, Revista Trabajo y Derecho, Monográfico 16/22

[51] SOLIS PRIETO, Carmen., "Panorama de las nuevas iniciativas nacionales europeas…, *op. cit*. Ver Consulta Pública del Anteproyecto. Disponible en: *https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/220208-consulta-publica-definitiva.pdf*

[52] Reglamento (UE) 995/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 por el que se establecen las obligaciones de los agentes que comercializan madera y productos de la madera

[53] Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen las obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministros por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y uso originario de las zonas de conflicto o alto riesgo; MARTIN-ORTEGA, Olga, "Europa se enfrenta (por

Los tímidos avances señalados han continuado siendo apuntalados por una intensa actividad a través de comunicaciones, estudios e informes de las instituciones y organismos comunitarios[54]. El Parlamento Europeo, por su parte, ha reclamado, insistentemente la adopción de un instrumento jurídico que regule la diligencia debida empresarial con carácter obligatorio y no de forma sectorial sino general, en su Resolución de 10 de marzo de 2021[55] justifica esta necesidad y urgencia en las constatadas limitaciones que las normas voluntarias han mostrado tanto para prevenir el menoscabo de los derechos humanos y del medio ambiente como para permitir el acceso a la justicia.

La respuesta llegó el 23 de febrero de 2022 en forma de Propuesta de Directiva sobre "la diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial" que ha sido publicada por la Comisión Europea[56]. El texto recoge la obligación de implementar un proceso de diligencia debida en derechos humanos, laborales y medioambientales por parte de las grandes empresas que estén domiciliadas, o que operen, en el mercado interior utilizando, para ello, la metodología que se describe en los Principios Rectores y en la Guías de la OCDE. Se extiende dicha obligación a toda la cadena de valor, incluidas aquellas empresas con las que la matriz tenga una "relación comercial establecida", exigiendo para ello que se introduzcan "garantías contractuales" para asegurar el cumplimiento.

Se introduce, al igual que en la ley francesa, la posibilidad de exigir la responsabilidad civil extracontractual de las empresas ante el supuesto de abuso de los derechos protegidos, y cuyo riesgo, debió ser identificado, prevenido, eliminado o minimizado a través del proceso de diligencia debida[57].

Sin embargo y sin restar méritos al avance que supone una Directiva comunitaria que exija a todos los Estados miembros trasponer a sus ordena-

---

fin) al reto de los minerales conflictivos: el Reglamento 2017/821", *Revista General de Derecho Europeo*, núm.45, 2018

[54] Ver Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Diligencia debida obligatoria en materia de Derechos Humanos (Dictamen exploratorio) (DOUE C 429/19, 11.12.2020); Dirección General de Políticas Exteriores de la Unión de febrero de 2019 titulado "Access to legal remedies for victims of corporate human rights abuses in third countries"; Comisión y Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo "Plan de Acción de la UE para los Derechos Humanos y la Democracia 2020-2024".

[55] Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL) P9 TA (2021)0073

[56] Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937; METHVEN O'BRIEN, Claire, MARTIN-ORTEGA, Olga, "Commission proposal on corporate sustainability due diligence: analysis from a human rights perspective", Policy Department for External Relations Directorate General for External Policies of the Union, PE 702.560, May 2022

[57] DURAN AYAGO, Antonia, "Desde la Propuesta de Directiva de diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hasta su concreción en el espacio judicial europeo", *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 91-92, 2022

mientos la exigencia con carácter vinculante de diligencia debida en derechos humanos a las empresas que estén domiciliadas y/o operen en su territorio, debemos reseñar que el texto de la propuesta tiene importantes carencias[58].

En esta línea hay que apuntar que la Propuesta de Directiva ha sido recibida con cierta frialdad por parte de la academia y ha sido así mismo objeto de críticas por parte de organizaciones defensoras de derechos humanos. A este respecto, *European Coalition for Corporate Justice* indica en su Informe del 5 de abril de 2022[59], entre otras la limitación de su ámbito de aplicación a las grandes empresas, cuando los Principios Rectores, las Guías de la OCDE o el mismo proyecto de Tratado Internacional[60] se dirigen a todas las empresas independientemente de su tamaño. Así como, el reconocimiento de responsabilidad civil extracontractual por daños sin ofrecer vías para eliminar las barreras y obstáculos procesales y materiales que las víctimas enfrentan cuando acuden a los tribunales.

El Parlamento Europeo en su posición negociadora dentro del procedimiento legislativo ordinario ha publicado el pasado 1 de junio sus enmiendas respecto a la propuesta de la Comisión[61]. Nos interesa a los efectos del presente análisis destacar la propuesta de rebaja del umbral de empleados de las empresas afectadas por la Directiva de 500 a 250 y del volumen de negocio de 150 millones a 40 millones de euros anuales. Por otra parte, debemos reseñar la especial incidencia que el Parlamento hace sobre la importancia de incluir las cuestiones medioambientales y relacionadas con el cambio climático en las obligaciones de diligencia debida empresarial. Con respecto a la consulta e intervención de las partes interesadas como representantes de los trabajadores, comunidades indígenas, organizaciones y/o defensores de derechos humanos y medioambientales etc., la Eurocámara propone la introducción de varios párrafos al artículo 8 de la Directiva para regular y dar cabida a una "verdadera interacción y diálogo en su proceso de diligencia debida".

En materia de responsabilidad civil extracontractual se presentan importantes enmiendas al artículo 22 centradas en ampliar las previsiones de la

[58] ECCJ, "European Commission's proposal for a directive on Corporate Sustainability Due Diligence A comprehensive analysis", Legal Brief, 2022. Disponible: *https://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2022/04/ECCJ-analysis-CSDDD-proposal-2022.pdf*

[59] Ver Observatorio de RSE "Carencias y lagunas en la nueva propuesta de directiva europea sobre debida diligencia de las empresas en materia de sostenibilidad", 20 de abril de 2022. Disponible en: *https://observatoriorsc.org/carencias-y-lagunas-en-la-nueva-propuesta-de-directiva-europea-sobre-debida-diligencia-de-las-empresas-en-materia-de-sostenibilidad/*

[60] GUAMAN, Adoración., "Derechos humanos y empresas transnacionales: la necesidad de un instrumento internacional jurídicamente vinculante", *Revista de derecho social*, núm. 81, 2018, pp. 197-218.

[61] Ver Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 1 de junio de 2023 sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937 (COM (2022)0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD). Disponible en: *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0209_ES.html*

propuesta de la Comisión. En esta línea, las más destacadas son las que proponen aumentar el plazo de prescripción para interponer una demanda a diez años, minorar las costas procesales para facilitar el acceso a la justicia, permitir las demandas colectivas y admitir la legitimación activa de sindicatos y organizaciones defensoras de derechos humanos y ambientales. Así como, contemplar la solicitud y adopción de medidas cautelares y la posibilidad de que los tribunales puedan reclamar de la empresa la aportación y descubrimiento de documentación importante a efectos probatorios previamente a la interposición de la demanda, y para facilitar la misma, en aquellos casos en que el demandante aporte elementos que corroboren la probabilidad de una responsabilidad de la empresa.

De la normativa e iniciativas examinadas hasta este punto podemos inferir que estamos aún en los albores de la exigibilidad de obligaciones y responsabilidades a las empresas en el campo de los derechos humanos, laborales y medioambientales. Los avances mencionados se van sucediendo con parsimonia. Sin embargo, a la actividad normativa que hemos apuntado se suma la presión ejercida por la Agenda 2030 y sus Objetivos de Desarrollo Sostenible[62] que apuntan a las empresas como un agente fundamental en la consecución de condiciones de trabajo decente. Por otra parte, los grandes fondos de inversión comienzan a tomar decisiones financieras teniendo en cuenta criterios de sostenibilidad y respeto a los derechos humanos[63]. Las organizaciones sindicales y las organizaciones en defensa de los derechos humanos monitorizan y señalan los abusos corporativos propiciando una vuelta de tuerca a lo que durante varias décadas se ciñó a una serie de acciones filantrópicas o contribuciones positivas de la empresa a la comunidad. De esta forma, y en línea con la terminología empleada por la propia OCDE en sus guías sobre diligencia debida empresarial, las empresas están llamadas a implementar una conducta empresarial responsable abarcando este concepto no sólo las políticas de responsabilidad social empresarial sino "la integración de prácticas responsables en las operaciones y a través de las relaciones de las compañías con las cadenas de suministro"[64].

4. EL PAPEL DE LA DILIGENCIA DEBIDA OBLIGATORIA EN EL ACCESO DE LAS VICTIMAS A LOS TRIBUNALES EUROPEOS

El derecho de acceso a la justicia destaca por su condición de garante en la protección del conjunto de derechos humanos. Su respeto por parte de los

[62] Resolución de la Asamblea General de 25 de septiembre de 2015, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Doc. A/RES/70/1, de 21 de octubre de 2015

[63] Ver noticia en El País "Así son las inversiones que recompensan a las empresas responsables y sostenibles", 18 de mayo de 2020. Disponible en: *https://elpais.com/economia/estar-donde-estes/2020-05-18/asi-son-las-inversiones-que-recompensan-a-las-empresas-responsables-y-sostenibles.html*

[64] OECD insights 2016: *CSR is dead! What's next?,* 22 Jan 2016. Disponible en: https://friendsoftheoecdguidelines.wordpress.com/2016/01/22/2016-csr-is-dead-whats-next/

Estados tiene el carácter de obligación *erga omnes,* obligándoles en todo caso frente a la comunidad internacional sin que sea preciso que hayan prestado su consentimiento.

El tercer pilar de los Principios Rectores introduce el acceso a la justicia recordando explícitamente a los Estados su obligación de ofrecer reparación a las víctimas como parte integrante de su obligación de proteger frente a las violaciones de derechos humanos. Es lo que la doctrina anglosajona denomina "*bridging the gap between responsability and accountabilily*"[65]. Es decir, se tiende un puente entre la exigencia de deberes a las empresas en materia de respeto a los derechos humanos y la exigencia de responsabilidad ante los tribunales en caso de incumplimiento. La construcción de ese puente es tarea de enorme calado y exige un compromiso decidido por parte de la comunidad internacional, de los Estados y de organizaciones supranacionales como la Unión Europea para eliminar las barreras procesales y los obstáculos que los perjudicados deben salvar cuando intentan obtener un remedio legal[66].

Vamos a identificar seguidamente las principales barreras que deben enfrentar las víctimas de daños corporativos y en qué medida la exigencia de diligencia debida con carácter mandatorio a la empresa que haya causado o contribuido a causar el daño podría contribuir a minorar o suprimir esos obstáculos.

En primer lugar, y respecto a la competencia territorial debemos tener presente que los abusos sobre trabajadores, pueblos indígenas y/o su territorio se perpetran mayoritariamente en países con sistemas de justicia poco desarrollados, con frecuencia corruptos y en los que imperan estándares normativos débiles o inexistentes en materia de derechos humanos, laborales o medioambientales. Residenciar la demanda en el foro de estos países (*host states*, en la acepción de la doctrina anglosajona) no presentaría ningún problema puesto que concurren requisitos habilitadores básicos como son domicilio del demandado y/o lugar de materialización de los daños. Sin embargo, las escasas posibilidades de conseguir una sentencia estimatoria, posteriormente ejecutable que derive en un efectivo resarcimiento del daño ha impulsado a las víctimas a buscar remedio en los tribunales de los países occidentales en los que la transnacional tiene su casa matriz o domicilio social (*home states*) [67]. La competencia para conocer la demanda en estos casos

[65] RAMASASTRY, Anita., "Corporate Social Responsibility Versus Business and Human Rights: Bridging the Gap Between Responsibility and Accountability," *Journal of Human Rights*, Vol. 14, 2015.

[66] PIGRAU SOLÉ, Antoni., et al., *Derechos Humanos y Empresas Europeas. Un manual práctico para las organizaciones de la sociedad civil y los defensores de los derechos humanos*, Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona/ Universitat Rovira i Virgili, 2016,

[67] DIAGO DIAGO, Pilar, "Violación de Derechos Humanos en las Cadenas de Suministro en Tiempos de Pandemia: Reacciones de Derecho Internacional Privado y Diligencia Debida", *Revista Española de Derecho Internacional,* Sección Foros, volumen 73/1 enero a junio 2021, Madrid, pp. 337-344

se deberá fundamentar en la implicación directa o indirecta de la empresa transnacional en los efectos adversos generados en ese tercer Estado.

Los Principios Rectores abordan esta cuestión apostando por una extraterritorialidad indirecta basada en que los Estados adopten medidas legislativas domésticas con alcance extraterritorial. En este sentido se pronuncia Fernández Liesa advirtiendo que determinados Estados ya utilizan normas de derecho interno en materias como el derecho de la competencia o prevención del blanqueo de capitales que tienen un efecto extraterritorial, por lo que la vía para aplicarlo a las obligaciones en materia de derechos humanos está abierta para ser explorada[68].

La exigencia de diligencia debida con carácter mandatorio a las empresas matrices o dirigentes de la cadena podría extender los estándares de derechos humanos, laborales y medioambientales de las legislaciones occidentales a otros países con legislaciones menos exigentes. El poder de influencia de las transnacionales sobre su cadena global debería funcionar como correa transmisora, sin que ello signifique una aplicación extraterritorial de la citada normativa[69].

Por otra parte, abrir los tribunales europeos a las reclamaciones de los trabajadores de las filiales, subsidiarias, contratistas o proveedores de las empresas transnacionales o a la población local perjudicada por la actividad directa o indirecta de estas compañías no implicaría el ejercicio de una extraterritorialidad jurisdiccional puesto que en estos supuestos se estarían juzgando la falta de ejercicio de diligencia debida a lo largo de su cadena de suministro de la empresa domiciliada en su jurisdicción con un resultado negativo en los derechos humanos y medioambientales en otros países.

En el caso de demandas por responsabilidad civil extracontractual basadas en el incumplimiento del deber de ejercer diligencia debida sobre la cadena de suministro la competencia de los tribunales de los Estados miembros se podría invocar conforme al Reglamento Bruselas I, puesto que, aunque el daño se haya materializado en terceros estados los demandantes estarán dirigiendo su demanda frente a la empresa principal con domicilio o sucursal en un estado miembro.

Tal como hemos apuntado el Reglamento Bruselas I refundido que entró en vigor en 2015 para armonizar las legislaciones de los Estados en asuntos jurisdiccionales de derecho privado, impide utilizar dentro del ámbito comu-

[68] FERNANDEZ LIESA, Carlos, "La debida diligencia de las empresas y los Derechos Humanos: hacia una ley española", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, Octubre 2022, pp. 427-455.

[69] En este sentido se pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su celebre Observación General número 24 sobre obligaciones impuestas a los Estados con respecto a las actividades de las empresas, en su párrafo 33 señalando que la exigencia de diligencia debida a las empresas de un Estado, respecto a las actividades de sus subsidiarias, contratistas o proveedoras en otros países, no constituye ejercicio de jurisdicción extraterritorial

nitario el *forum non conveniens*. Este Reglamento, en definitiva, puede ser invocado por personas no nacionales de la UE para demandar a una empresa ante los tribunales de los Estados miembros cuando dicha empresa esté registrada, tenga su sede o su fuente principal de negocios en el Estado en que sea demandada[70].

Es obligado citar por ilustrativa de la posibilidad apuntada, la Sentencia del Tribunal Supremo de Reino Unido en el caso *Lungowe vs. Vedanta Resources Plc*[71], en el que los demandantes, granjeros de Zambia reclamaban ante los tribunales de Reino Unido frente a la empresa constituida en este país *Vedanta*, alegando que ésta había infringido su *"duty of care"* permitiendo que su filial *KonKola Copper Mines* contaminara sus tierras y acuíferos durante diez años aplica el Reglamento Bruselas I refundido. En este caso se admite la competencia de los tribunales británicos por entender que se estaba decidiendo sobre la responsabilidad de la matriz domiciliada en Inglaterra[72].

En segundo lugar, y suponiendo superado el problema de la competencia territorial las víctimas se enfrentan habitualmente a otro gran escollo procesal, la dificultad para establecer la responsabilidad o intervención de la empresa matriz en los daños causados por sus filiales, subsidiarias, contratistas o proveedores. La forma en que las grandes empresas se han internacionalizado utilizando filiales o subsidiarias creadas al amparo de la legislación del país donde operan y, por tanto, con personalidad jurídica diferenciada de la matriz determina la separación de responsabilidades.

En el supuesto de las cadenas de suministro de empresas transnacionales que no establecen filiales propiamente dichas, sino que operan a través de contratos comerciales no existe siquiera una estructura matriz-filial. Aunque, como ya hemos apuntado, la dirección de la cadena recae en la empresa compradora. La cadena de suministro textil constituye un ejemplo de esta dinámica puesto que las grandes marcas de moda que externalizan la confección de las prendas ostentan el poder de decisión sobre diseños, materiales, precios y plazos de entrega[73].

---

[70] Reglamento (UE) N ° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012.

[71] Dominic Liswaniso Lungowe & Others v. Vendanta Resources Plc and Konkola Copper Mines Plc, [2019] UKSC 20. Disponible en: *https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2017-0185.html* ; ZAMORA CABOT, Francisco, "Acceso a la justicia y empresas y derechos humanos: importante decisión del Tribunal Supremo del Reino Unido en el Caso Vedanta v. Lungowe (Access to Justice and Business and Human Rights: Important Decision of the UKSC in the Vedanta v. Lungowe Case). *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 63, 2020

[72] ARISTOVA, Ekaterina, "UK Court on Tort Litigation Against Transnational Corporations," *Blog Conflict of Laws.net. News and Views in Private International Law*, 2016.

[73] Ver *Guía de la OCDE de debida diligencia para cadenas de suministro responsables en el sector textil y del calzado*, OECD Publishing, Paris, 2011, p. 65: "Se ha demostrado que las prácticas de compra de distribuidores, marcas y sus intermediarios de compra contribuyen a impactos dañinos – tales como horas extra excesivas y forzadas, y bajos salarios – en algunos casos. Esta situación se hace más notable cuando los pedidos sufren modificaciones, se cancelan, se realizan de forma tardía, se apuran (particularmente durante momentos de máxima presión o cercanos a las fiestas) o cuando los

Las corporaciones se benefician de que su responsabilidad se determina y exige al amparo del ordenamiento jurídico del país en que se ha constituido la filial, subsidiaria, o en el que se encuentra el proveedor o contratista con independencia de que los daños estén directamente relacionados con directrices, estrategias o políticas de compra provenientes de la casa matriz. De esta forma, las víctimas que decidan litigar ante el foro donde la matriz, o empresa dirigente de la cadena de suministro tiene su sede tendrán serias dificultades para establecer el nexo de unión entre la infracción de la filial o la empresa contratista y el comportamiento de la empresa principal.

En este sentido, los demandantes han explorado diversas vías para salvar esta barrera que puede no ser solo procesal sino también de derecho sustantivo. Entre ellas, cabe citar la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo invocada por la parte actora para intentar convencer al tribunal de que la filial no es más que un mero instrumento en manos de la matriz. Para ello, será necesario acreditar que existe una total dependencia de la subsidiaria respecto de la matriz, que habrá utilizado a la primera para la comisión de los actos lesivos, y que se pueda establecer la relación entre esa instrumentalización y los perjuicios sufridos por los demandantes[74].

No obstante, resulta muy complicado que las víctimas puedan acceder a documentos corporativos que acrediten el tipo de control societario, la participación entre sociedades del grupo y relaciones comerciales por lo que en muy pocas ocasiones ha prosperado la pretensión de levantamiento del velo para justificar de esta forma la interposición de la demanda frente a la empresa matriz.

Nuevamente, la utilización de la diligencia debida en derechos humanos en cuanto estándar de conducta exigido por ley con efectos jurídicos vinculantes puede ayudar a los demandantes a postular, directamente, la responsabilidad de la empresa matriz, o de la empresa dirigente de la cadena, fundamentando su demanda en un comportamiento negligente de la misma a la hora de implementar su deber de cuidado o proceso de diligencia debi-

---

plazos de entrega se fijan más cortos de lo factible. La demora o el retraso en el pago de los productos también pueden contribuir a que los proveedores retrasen el pago de los salarios a sus trabajadores. Las negociaciones de precio de una empresa también pueden contribuir a reducción de costos y, por consiguiente, a impactos laborales, de derechos humanos o ambientales"; GUAMAN, Adoración, *Diligencia debida en derechos humanos: posibilidades y límites de un concepto en expansión*. Tirant lo Blanch, 2022; GUAMAN, Adoración, LUQUE GONZALEZ, Arturo, "Cadenas de suministro, Derechos Humanos, Empresas Transnacionales e industria textil: de los AMI a un Instrumento Internacional Jurídicamente Vinculante", *Cuaderno de Relaciones Laborales,* núm. 37(1), 2019, pp. 393-418; GEREFFI, Gary, FERNANDEZ-STARK, Karina, *Global Value Chain Analysis: A Primer Center on Globalization, Governance & Competitiveness,* (CGGC) Duke University, 2011; Sobre las condiciones laborales en la cadena de suministro textil Ver informes de: SOMO/Clean Clothes Campaign, "Fatal Fashion", 2013; Human Rights Watch, "Whoever Raises their Head Suffers the Most", Workers' Rights in Bangladesh's Garment Factories, 2015, pp. 60-61

[74] GRANTHAM, Ross, "The corporate veil: An ingenious device", *University of Queensland Law Journal,* vol. 32, núm. 2, 2013, p. 311-315.

da[75]. No tener necesidad de recurrir al levantamiento del velo en el caso de violaciones perpetradas por una filial o subsidiaria es una sustancial ventaja procesal para un demandante, pero puede convertirse en determinante en el caso de reclamaciones por abusos en la cadena de suministro textil en la que como hemos apuntado las relaciones comerciales empresa principal-proveedor se dan entre dos empresas con estructuras jurídicas absolutamente independientes.

Asimismo, y en cuanto al derecho aplicable para la resolución del fondo del litigio el Reglamento comunitario conocido como Roma II[76] supone otro inconveniente que deben salvar los agraviados en cuanto el mismo dispone en su art. 4 que la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. Los supuestos de daños medioambientales suponen una excepción permitiéndose al demandante elegir la ley del país donde se produjo el hecho generador del daño. Así mismo, el artículo 26 permite otra excepción conocida como "de orden público" para el caso de que el derecho extranjero aplicable atente o vaya en contra del orden público del foro.

Una vez más, hemos de subrayar la potencialidad de la diligencia debida obligatoria para contribuir a salvar el obstáculo descrito en cuanto que el derecho aplicable debería pasar a ser el del Estado del foro coincidente con el derecho que rige las obligaciones en materia de derechos humanos, laborales y medioambientales de la empresa matriz o dirigente de la cadena con amparo en la excepción de orden público[77]. Aunque lo ideal sería, y así es recomendado por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, que se

---

[75] MARDIROSSIAN, Nora, "Direct Parental Negligence Liability: An Expanding Means to Hold Parent Companies Accountable for the Human Rights Impacts of Their Foreign Subsidiaries", *University of California, Hastings College of the Law*, 2015; VAN DAM, Cees, "Tort Law and Human Rights: Brothers in Arms: On the Role of Tort Law in the Area of Business and Human Rights" *Journal of European Tort Law*, núm. 3, 2010; MEERAN, Richard, "Tort Litigation against Multinational Corporations for Violation of Human Rights: An Overview of the Position Outside the United States", *City University of Hong Kong Law Review*, núm. 3, 2011.

[76] Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). El Reglamento Roma II se ocupa de esta materia desde enero de 2009.

[77] Reglamento Roma II Art. 26: Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro; Ver también Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) *Improving Access to Remedy in the Area of Business and Human Rights at the EU Level* (Vienna, 2017), "FRA Opinion 8: The EU should provide guidance on when and how to make full use of the flexibility available under the ordre public-clause of the Rome regime, in particular in extraterritorial settings. This should be done to ensure that, when damage levels in 'host' countries are too low, an EU-wide level of damage, high enough to deter business from further abuse, could be applied".

revisara dicho Reglamento para contemplar expresamente la aplicación del derecho del foro elegido por las víctimas[78].

Finalmente, y respecto a la fase de ejecución, las posibilidades de éxito a la hora de materializar y ejecutar una eventual condena sobre la empresa principal en una jurisdicción occidental aumentarían considerablemente, evitándose problemas de reconocimiento de sentencias entre Estados o la descapitalización de subsidiarias o contratistas en los países donde éstas suelen operar. Un caso paradigmático que ilustra estas dificultades es el caso *Aguida v. Texaco-Chervron* en Ecuador en el que los demandantes de la Amazonia tras obtener una condena contra la poderosa petrolera en los tribunales de este país no han podido ejecutarla porque la multinacional no tenía fondos en Ecuador y hasta el momento los intentos de perseguir una ejecución contra activos empresariales en otros países como Canadá, Argentina o Brasil han resultado infructuosos[79].

5. UN ESTUDIO DE CASO: JABIR ET AL. vs KIK

5.1. La relevancia del caso

Hemos elegido este caso para apuntalar la argumentación sostenida en este artículo sobre la potencialidad que la diligencia debida en derechos humanos tiene para ayudar a pavimentar el camino hacia el acceso a la justicia de las víctimas de abusos corporativos.

El caso *Jabir et al. vs Kik* planteado en 2015 ante el Juzgado de Dortmund es paradigmático en cuanto a la admisión por parte de un tribunal europeo de una demanda planteada por trabajadores víctimas de unos daños producidos dentro de la mecánica y relaciones propias de la cadena de suministro textil. Se trata de la primera demanda interpuesta ante la justicia alemana por daños acontecidos en una empresa domiciliada en un tercer Estado. Sin embargo, el foro alemán se elige por los demandantes pakistaníes al decidir plantear la demanda directamente frente a la mercantil con domicilio social en Alemania invocando el Reglamento Bruselas I refundido (art. 2.1en relación con art. 60.1)

Los vínculos entre la empresa demandada y la empresa en la que trabajaban las víctimas del incendio eran meramente contractuales, entre comprador, en este caso la marca de ropa alemana y proveedor de prendas confeccionadas, en este caso la empresa pakistaní, Ali Enterprises. Los trabajadores afectados eran terceros sin ningún tipo de relación laboral o mercantil con

[78] "Improving access to remedy in the area of business and human rights at the EU level", Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights, 1/2017, Vienna, 10 April 2017, Opinion 4

[79] NAVARRO, Gabriela Cristina, "A comparative analysis of international enforcement procedures in the Chevron Case", *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law Research Papers*, núm. 2018-08

Kik. De ahí, que la demanda se fundamentará en una responsabilidad civil extracontractual.

Lo relevante es que, a los efectos de salvar una posible excepción de falta de competencia se articula la demanda únicamente en torno al comportamiento negligente de la empresa de moda alemana. Cuando se interpone la demanda ante el Juzgado de Dortmund no existía normativa sobre exigencia de diligencia debida obligatoria ni a nivel doméstico ni dentro de la Unión Europea.

No obstante, los abogados de las víctimas convencieron al tribunal alemán de que existían motivos suficientes para dirigir su demanda únicamente contra la empresa alemana invocando a efectos de competencia el Reglamento Bruselas I refundido y articulando la fundamentación jurídica sobre la existencia de una *duty of care* de Kik sobre los trabajadores de *Ali Entreprises*, conforme al derecho pakistaní de raigambre anglosajona, que por mor del Reglamento Roma II debía ser el aplicable al caso.

5.2. Argumentación jurídica sobre la negligencia de KiK: la fundamentación de una *duty of care*

El sistema jurídico de Pakistán es heredero del sistema británico y, por ende, el nexo causal o relación entre el comportamiento de la empresa dirigente de la cadena, Kik, y los daños sufridos por los trabajadores de su principal proveedora, Ali Entreprises, se fundamentó en el instituto procesal de la infracción de una *duty of care*. Los jueces alemanes no llegaron a resolver sobre el fondo del asunto porque estimaron la excepción procesal de prescripción de la acción, que conforme al derecho pakistaní era de dos años.

La demanda fue interpuesta por cuatro trabajadores supervivientes del trágico incendio en representación de la asociación compuesta por más de 200 víctimas (heridos y familiares de los fallecidos) reclamando 30.000 € para cada uno. El argumento jurídico esgrimido por los demandantes se basó en que *Ali Entreprises* era el proveedor principal de la empresa textil alemana Kik por lo que la misma tenía una obligación de cuidado sobre los empleados de su proveedora.

Tal como hemos visto la jurisprudencia anglosajona exige la concurrencia de tres requisitos para apreciar una *duty of care*: previsibilidad, proximidad y razones de política social[80]. Vamos a examinar si en el caso que nos ocupa concurrían estos tres requisitos y en qué medida, con la salvedad de que la desestimación en la instancia nos ha privado de un pronunciamiento sobre el fondo para poder constatar si el tribunal alemán hubiera estimado la de-

[80] Ver Caparo Industries plc v. Dickman [1992] 2 AC 605; Chandler v. Cape Plc [2012] EWCA Civ 525

manda reconociendo la infracción o quiebra por parte de Kik de su deber de cuidado.

En cualquier caso, respecto a la posibilidad de que la marca de ropa germana pudiera prever de forma razonable, no ya la probabilidad de que se desencadenara un fuego, habida cuenta de que la fábrica ya había sufrido anteriores incendios[81], sino lo que es más importante, la posibilidad real de un fatal desenlace ante la ausencia de las más elementales medidas de seguridad y prevención de incendios. Los demandantes argumentaron que las ventanas tenían rejas, las salidas de emergencia estaban bloqueadas, no había ni detectores de incendios ni extintores y de los tres pisos que tenía la fábrica el intermedio era de madera lo que contribuyó a una propagación aún más rápida y destructiva del fuego[82].

La proximidad o relación entre la transnacional alemana y los trabajadores de su proveedor se fundamentó en el Informe de Sostenibilidad presentado por *Kik* en el año 2010[83] en el que la mercantil reconoce voluntariamente su responsabilidad no solo frente a sus empleados directos sino también respecto a aquellos que están implicados en otros países en la producción de las mercancías que compran. La empresa declara en este documento que ella se encarga del proceso de diseño y de establecer los estándares de conducta a lo largo de su cadena de suministro. En consonancia con esta declaración de intenciones, en cada orden de compra inserta su Código de Conducta para proveedores[84] requiriéndoles expresamente el mantenimiento de un lugar de trabajo saludable y seguro. Incluye, asimismo, el citado Código, que *Kik* podrá en cualquier momento y sin previo aviso visitar las instalaciones de sus proveedores y los subcontratistas de estos y hacer auditorias por medio de profesionales independientes.

La realidad es que, de hecho, se hicieron auditorias, una de ellas poco tiempo antes del incendio y mandos intermedios de *Kik* visitaron la fábrica,

---

[81] Jabir et al v Kik Legal Opinion on English Common Law Principles on Tort, Exxes University, 2015, Párrafo 8: "In addition, the defendant was aware, or should have been aware of, the history of fires at the factory and the need therefore to ensure that the emergency exists were adequate and in good order, that fire alarms worked, as well as there being the need to ensure adequate fire safety equipment and training". Disponible en: *https://www.essex.ac.uk/-/media/documents/research/ebhr/legal_opion_essex_jabir_et_al_v_kik_2015.pdf*

[82] Ver Informe forense sobre el incendio, Forensic Architecture, The Ali Enterprises Factory Fire. Disponible en: *https://forensic-architecture.org/investigation/the-ali-enterprises-factory-fire*

[83] El Reporte de Sostenibilidad en alemán está disponible en: *http://www.kik-textilien.com/unternehmen/fileadmin/user_upload_de/Tschechien/NHB_E_online.pdf*. Del mismo extractamos la siguiente declaración: "Like most retailers we don't operate our own factories but work with local manufacturers and suppliers. That's why we are determined to ensure that anyone who, through their work, contributes to our success, does so in appropriate conditions and with full access to their rights. To create a binding basis for all our commercial relationships, in 2006 we developed an international Code of Conduct, aligned with SAI's recognised SA8000 standard and comparable with the BSCI code of conduct"

[84] KiK Textilien und Non-Food GmbH, Code of Conduct, revised version, 1 August 2009, p. 3: "The workplace and the practice of the work must not harm the employees' or workers' health and safety. A safe and clean working environment shall be provided".

sin que se tomara ninguna medida correctiva[85]. Los hechos hablan por sí solos y nos cuentan una historia repetida, los códigos de conducta, los informes de sostenibilidad, las certificaciones y demás actuaciones y compromisos voluntarios son en la mayoría de las ocasiones meras declaraciones vacías de compromiso real. Es ese precisamente uno de los argumentos utilizados por la defensa de la marca alemana: el carácter voluntario de todas las medidas adoptadas en el marco de su compromiso de responsabilidad social negando cualquier tipo de responsabilidad legal que de esos compromisos pudiera derivarse. *Kik* negó cualquier tipo de influencia y menos aún control sobre los estándares de seguridad de la fábrica de su proveedor[86].

No es baladí, sin embargo, el papel central que en sede judicial pudieron desempeñar el código de conducta y los informes sobre responsabilidad social corporativa para ayudar a determinar si la actitud de *Kik* ignorando de plano todos sus compromisos "voluntariamente adquiridos" constituyó una omisión del deber de cuidado o "*duty of care*". Insistimos en el valor del precedente en el *common law,* y conforme a ello conviene recordar que en el caso *Vedanta,* al que ya hemos aludido, la Corte Suprema de Reino Unido afirmaba que la sociedad matriz podía incurrir en responsabilidad frente a terceros si en documentos publicados reconocía tener un grado de supervisión y control sobre su filial, aunque luego no lo ejercitase, en cuyo caso esa omisión podía constituir la dejación de una responsabilidad asumida públicamente[87].

Por otra parte, y de suma importancia para apuntalar el requisito de la proximidad los demandantes argumentaron una dependencia económica entre *Ali Entreprises* y *Kik* en la medida en que el 70% de la producción del proveedor pakistaní era adquirida por la transnacional en una relación comercial que se había consolidado durante los cinco años anteriores al devastador incendio. Es sencillo asumir el razonamiento de la defensa de las víctimas sobre la capacidad de la marca alemana de ejercer influencia sobre las condiciones de seguridad en la fábrica de Ali con tan sólo sugerir una posible interrupción de los pedidos[88].

---

[85] TERWINDT, Carolijn., et al, "Supply chain liability: pushing the boundaries of the common law? J Eur Tort Law, vol. 8(3), 2018, p.11: "On behalf of KiK there have been four audits in 2007, 2009 and 2011 at AE in order to verify compliance with KiK's Code of Conduct. KiK contracted the private firm UL Responsible Sourcing Inc. to carry out these audits. In addition to KiK's auditing efforts, on the initiative of the factory owners, AE had been certified with the SA8000 certificate only a few weeks before the tragic fire"

[86] SAAGE-MAAB, Miriam, "Legal Interventions and Transnational Alliances in the Ali Enterprises Case: Struggles for Workers' Rights in Global Supply Chains" en SAAGE-MAAB, Miriam, et al (eds.), *Transnational Legal Activism in Global Value Chains*, Interdisciplinary Studies in Human Rights, Springer, 2021, p. 42.

[87] Vedanta Resources PLC v Lungowe [2019] UKSC20, párrafo. 53

[88] Ver Jabir et al v Kik Legal Opinion on English Common Law Principles on Tort, *op. cit.*, párrafo 11: "The courts will again look to the de facto – and not just de jure - position of power that KiK has in relation to AE and ask itself what would have happened had the defendant intervened to insist on a change in safety practice". Disponible en*: https://www.essex.ac.uk/-/media/documents/research/ebhr/legal_opion_essex_jabir_et_al_v_kik_2015.pdf*

Por último, en cuanto a la concurrencia de razones de política social en casos como el que estamos examinando el derecho anglosajón entiende que las decisiones judiciales contribuyen al avance en la promoción de condiciones laborales dignas para los trabajadores más vulnerables del Sur Global. Asimismo, las demandas de los consumidores apuntan hacia la asunción de responsabilidades y la imposición de verdaderas obligaciones con consecuencias legales de aquellas transnacionales que se sirven de sus cadenas de suministro para conseguir ventajas comparativas en las que la explotación y vulneración de derechos humanos y medioambientales está presente.

5.3. La actual ley alemana y la propuesta de Directiva sobre diligencia debida y su potencial aplicación a este caso

En el año 2015 cuando las víctimas decidieron presentar la demanda en Alemania, no había sido aún aprobada la ley sobre Debida Diligencia en materia de Derechos Humanos y Medio Ambiente que como hemos visto vio la luz en 2021 ni tampoco existía un texto a nivel de la Unión Europea como la propuesta de Directiva sobre diligencia debida y como hemos visto el derecho sustantivo en el que se fundamentó la demanda fue el del lugar donde ocurrieron los hechos.

Con la actual ley alemana, los demandantes pakistaníes hubieran podido fundamentar su demanda frente a *Kik* en la infracción de una obligación legal, el deber de implementar un proceso de diligencia debida a lo largo de su cadena de suministro y respecto a sus relaciones contractuales, para identificar unos riesgos tan graves como la carencia de las más elementales medidas de seguridad y prevención de incendios en la fábrica de su proveedor principal. Hemos de subrayar aquí que este supuesto sería un caso de relación comercial "establecida" en la línea que contempla la propuesta de Directiva. Si bien es cierto que desconocemos cual será el alcance del texto final que se adopte por el Consejo y el Parlamento Europeo, tal como hemos apuntado, la Eurocámara ha introducido una enmienda para que el plazo de prescripción de las acciones por responsabilidad civil extracontractual se extienda hasta los diez años. Una previsión normativa de este tenor hubiera tenido un impacto determinante en el resultado del caso que estamos estudiando porque hubiera permitido una resolución sobre el fondo.

Pero para ello debería admitirse que el derecho aplicable a los casos en los que se accione por responsabilidad civil extracontractual sea el del lugar del foro. El del lugar donde la empresa transnacional demandada está llamada a cumplir una obligación legalmente impuesta, consistente en evitar que sus acciones u omisiones por no actuar con la debida diligencia en la observancia del respeto de los derechos humanos a lo largo de su cadena de suministro puedan dañar a terceros en otros países. Es esta una cuestión de enorme trascendencia para evitar situaciones complicadas que como en el caso que

estamos analizando lleven a jueces cuyo sistema jurídico es el de derecho civil verse obligados a conocer un asunto aplicando un sistema que les es ajeno. Para ello, o bien se introduce una previsión legal expresa en este sentido o bien se lleva a cabo a través de la reforma del Reglamento Roma II, que, en su redacción actual, como hemos visto ofrece esta posibilidad únicamente en los casos de daños medioambientales o por la vía de la excepción de orden público. Somos conscientes, no obstante, de la dificultad que entraña determinar el carácter imperativo de una norma dado que Roma II no ofrece ninguna definición al respecto y, por tanto, son los tribunales quienes deben interpretar el Reglamento en tales circunstancias[89].

A modo de conclusión subrayar lo ilustrativo, y por ello hemos querido referenciarlo, del potencial que presentan demandas como la de *Jabir et al*, para exigir responsabilidad a las empresas transnacionales por los impactos negativos derivados de sus propios actos o de sus filiales, subsidiarias o relaciones comerciales a lo largo de la cadena de suministro. Estamos por supuesto ante una construcción jurisprudencial basada en el precedente propia como hemos apuntado de los sistemas del *common law.* Y, además, un precedente que establece el nexo de unión entre una corporación europea y los trabajadores de otra empresa de un tercer estado, lo cual constituye todo un desafío que es salvado a través de la construcción de la responsabilidad civil extracontractual por cuanto la empresa alemana tenía una obligación directa de vigilar y asegurar que el centro de trabajo, la fábrica de su proveedor, fuera un lugar seguro para los trabajadores en caso de incendio. Un compromiso voluntariamente asumido, pero firme, y explícitamente recogido por escrito y publicitado en todos sus informes de transparencia y buenas prácticas. Si futuras reclamaciones se plantearan ante cualquier otro tribunal de un Estado miembro, una vez sea aprobada y traspuesta la Directiva, la diligencia debida impuesta como obligación jurídica, unida a la expresa previsión de una responsabilidad civil extracontractual por daños, facilitaría el acceso a la justicia de las víctimas con independencia de si la responsabilidad corporativa se juzga a la luz del derecho anglosajón o del derecho continental.

Este caso es asimismo un ejemplo de litigación estratégica en materia de derechos humanos y de cómo este tipo de demandas son necesarias para remover conciencias de la sociedad y de los actores políticos para presionar en el camino hacia unas cadenas de suministro que no sean un instrumento para externalizar costes sociales y responsabilidades legales en manos de las poderosas empresas transnacionales[90].

---

[89] MASEDA RODRIGUEZ, Javier, "El juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales: Limites a la aplicación de la Lex Causae", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 25, 2013.

[90] KALECK, Wolfgang., "In the legal struggle for human rights, one must use all opportunities and develop a broad strategy", *Open Global Rights*, 26 February 2019. Disponible en: *www.openglobalrights.org/seizingopportunities-and-broad-strategy-both-essential-in-human-rights-litigation/?lang¼German*

En este sentido de forma pareja a la presentación de acciones legales y con la mediación de la OIT las victimas llegaron a un acuerdo por el que la empresa *Kik* las indemnizó en una cantidad de 5,15 millones de dólares[91].

6. CONCLUSIONES

1. La diligencia debida en derechos humanos tal como fue formulada en los Principios Rectores y posteriormente recogida y desarrollada por las Directrices y Guías Sectoriales de la OCDE, por la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales de la OIT o el Pacto Global de Naciones Unidas se conforma como un proceso (para evaluar, identificar, prevenir y mitigar riesgos de impactos negativos) que deben implementar las empresas a lo largo de su cadena de suministro. Proceso cuya implementación deben serles exigida por los Estados para asegurar su propio deber de diligencia en la protección frente a violaciones de derechos humanos por parte de terceros.
2. Sin embargo, su relevancia en materia de acceso a la justicia radica en no ser únicamente un método o proceso, sino también un estándar de conducta. El que una empresa haya causado un impacto negativo en los derechos humanos, laborales o medioambientales por un comportamiento negligente o carente de la diligencia debida que se le exigía observar podría generar una acción por responsabilidad civil extracontractual a favor de las víctimas en reclamación de daños y perjuicios.
3. La exigencia de esta responsabilidad a las grandes corporaciones comienza a abrirse paso ante los tribunales domésticos de las jurisdicciones occidentales. Estos procesos judiciales descansan en la invocación por las víctimas de la infracción de un deber de cuidado o diligencia por parte de la empresa principal respecto a violaciones en materia de derechos humanos de sus filiales, subsidiarias o sus proveedores o contratistas.
4. En el derecho anglosajón no se precisa la existencia de legislación imponiendo a las corporaciones la obligación de implementar procesos de diligencia debida puesto que son los jueces a través de la construcción de un nuevo tort o daño por negligencia los que van construyendo a través de precedentes la responsabilidad de las empresas basada en la infracción del deber de cuidado o duty of care. Tal como hemos visto esta obligación a través de la que se construye la relación de cau-

[91] Ver Business and Human Rights Resource Center en: *https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/kik-lawsuit-re-pakistan/* ; AZEEM, Muhammad, "The KiK Case: A Critical Perspective from the South" en SAAGEMAAB, Miriam et al. (eds.), *Transnational Legal Activism in Global Value Chains, Interdisciplinary Studies in Human Rights*, 2021, Springer

salidad entre comportamiento y daño se establecerá por el tribunal llamado a resolver en un ejercicio de ponderación. Para ello examinará las posibilidades que la empresa matriz o principal tenía de prever la causación o materialización de la violación de derechos humanos o laborales por parte de su filial, su proveedor o contratista; el grado de proximidad o relación entre las víctimas y esa empresa y la concurrencia de razones de política social que puedan inclinar el fiel de la balanza hacia el lado de las víctimas.

5. Sin embargo, en los sistemas pertenecientes al derecho continental europeo, las víctimas necesitan fundamentar su demanda en la infracción de una obligación jurídica vinculante por parte de las empresas. Por esta razón es de capital importancia que continue y se consolide el avance normativo, tanto a nivel doméstico como a nivel de la Unión Europea. Nuestros tribunales requieren una norma que obligue a implementar un proceso de diligencia debida en derechos humanos para así poder determinar si los daños sufridos por demandantes de terceros Estados, trabajadores de sus filiales o de empresas proveedoras o bien comunidades locales afectadas por los impactos negativos están relacionados con una falta de observancia de esa obligación legal por parte de la empresa principal. El nexo causal se construye en este caso determinando la relación entre el daño y una actuación empresarial negligente que no ha respetado la norma legal que le imponía un determinado comportamiento. En el caso que nos ocupa, el consistente en evaluar, identificar, prevenir y mitigar las violaciones de derechos humanos y medioambientales que se pueden producir a lo largo de su cadena de suministro.

6. Leyes a nivel doméstico como la francesa, la alemana o la propuesta de Directiva comunitaria que persigue armonizar e introducir, por tanto, esta obligatoriedad de ejercitar diligencia debida en todo el ámbito de la Unión Europea, pueden suponer un primer paso en el complicado y arduo camino de acceso de las víctimas a la justicia de los Estados miembros.

7. La transmutación del instituto de la diligencia debida de obligación de derecho blando a obligación vinculante podría contribuir a aminorar importantes obstáculos procesales que las víctimas tienen que enfrentar cuando deciden litigar ante nuestros tribunales. Si bien es cierto que la exigencia de procesos de diligencia debida en derechos humanos a las empresas con carácter vinculante no es una suerte de varita mágica que pueda deshacer las numerosas barreras que actualmente existen, no es menos cierto, que al menos, tal como hemos visto, el establecimiento de competencia a favor de los tribunales europeos al poder entablar la demanda frente a la empresa con domicilio en un país miembro supone franquear el acceso a la justicia. Y una vez dentro,

iniciado el proceso, la empresa matriz o principal deberá responder por su propio comportamiento demostrando, o no, su diligencia para evitar el daño cuya reparación se reclama. No se nos escapan las subsiguientes dificultades como el acceso a las pruebas necesarias para fundamentar las relaciones entre empresas. Los elevadísimos costes para litigar en un país extranjero y frente a gigantes empresariales o las dificultades culturales y lingüísticas de muchos demandantes que pertenecen a comunidades indígenas o con muy bajo nivel educativo. A pesar de todas las dificultades indicadas no podemos desdeñar el camino que la diligencia debida en derechos humanos ha recorrido desde su introducción en los Principios Rectores hasta el momento presente. No en vano, cuando estas líneas se escriben estamos pendientes de la aprobación de una Directiva comunitaria que obligará a introducir en los ordenamientos jurídicos de los veintisiete Estados miembros la obligatoriedad de su implementación y una responsabilidad civil extracontractual, que a buen seguro tendrá un alcance más restringido del demandado por víctimas, organizaciones defensoras de derechos humanos y medioambientales y por el propio Parlamento Europeo, pero que en cualquier caso podría constituirse en el primer paso hacia la habilitación de verdaderos mecanismos de reparación judicial para las víctimas.

8. El estudio de caso Jabir et al vs Kik, a pesar de no haber sido un éxito procesal para los demandantes, debido a la prescripción de la acción, es ilustrativo de cómo una demanda basada en la responsabilidad civil extracontractual de una empresa europea supuso la admisión de competencia territorial por parte de un tribunal europeo para conocer unos hechos acaecidos en una fábrica de su proveedor en Pakistán y unos daños sufridos por trabajadores integrados en su cadena de suministro textil. El acceso a la justicia se produjo. Se reconoció, incluso, derecho a litigar gratuitamente a los demandantes. Y aunque finalmente no se entrara a conocer y resolver el fondo del asunto, nos quedamos con el hito procesal que supuso que unos trabajadores sin relación contractual ni laboral alguna con la mercantil a la que surtía la empresa para la que trabajaban, decidieran, y con éxito en cuanto a la admisión, plantear la demanda frente a la marca de ropa alemana. Con independencia de si el deber de diligencia debida se construye a través del instituto procesal de corte anglosajón de la duty of care, como fue el caso por considerarse aplicable el derecho pakistaní en virtud del Reglamento Roma II, o si se recurre a la obligación legal de implementar diligencia debida contemplada en la ahora vigente Ley alemana, el camino hacia la reparación judicial está ya señalizado para las víctimas. Allanarlo será una obligación moral necesitada de profunda voluntad política y jurídica.

LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS ARMAMENTISTAS POR EL TRÁFICO ILEGAL DE SUS ARMAS Y SU IMPACTO NEGATIVO EN LOS DERECHOS HUMANOS. ¿UNA CUESTIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA?

THE RESPONSIBILITY OF ARMS COMPANIES FOR THE ILLICIT TRAFFICKING OF THEIR ARMS AND ITS NEGATIVE IMPACT ON HUMAN RIGHTS. A QUESTION OF DUE DILIGENCE?

Marta Iglesias Berlanga*

Resumen: De conformidad con el segundo pilar de los *Principios Rectores de la Organización de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, esto es, a tenor de la obligación empresarial de observar los derechos humanos, la finalidad de este trabajo reside en esclarecer si el Derecho vigente obliga a las empresas armamentistas domiciliadas en el territorio de un Estado y/o sujetas a su jurisdicción a responder, en el contexto de sus actividades o de las operaciones de su cadena de valor, de las vulneraciones, reales o potenciales, contra los derechos humanos cometidas o que se puedan cometer con sus armas en circulación ilegal tanto en el Estado de origen como en terceros Estados.

Palabras clave: Empresas. Derechos Humanos. Armas. Desvío y transferencia ilícita. Deberes empresariales. Debida diligencia. Responsabilidad corporativa. Extraterritorialidad.

Abstract: In accordance with the second pillar of the United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights, i.e. the corporate obligation to respect human rights, the purpose of this paper is to clarify whether existing law obliges arms companies domiciled in the territory of a State and/or subject to its jurisdiction to be accountable, in the context of their activities or the operations of their value chain, for actual or potential violations of human rights committed or that may be committed with their arms in illegal circulation both in the State of origin and in third States.

Keywords: Business. Human Rights. Arms. Diversion and illicit transfer. Corporate duties. Due diligence. Corporate responsibility. Rights. Extraterritoriality.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO GENERAL. 2. LA LUCHA CONTRA LOS EFECTOS ADVERSOS DEL DESVÍO Y LAS TRANSFERENCIAS ILÍCITAS O NO REGULADAS DE ARMAS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS. 2.1. El impacto negativo del uso, real o potencial, de las armas que circulan ilícitamente en el ejercicio de los derechos humanos. 2.2. La necesidad de datos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el control de armas. 3. LOS DEBERES DE LAS EMPRESAS ARMAMENTISTAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. UNA LLAMADA A SU OBLIGACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA. 3.1 Una aproximación al entorno normativo internacional de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos. 3.2. El deber de las empresas de armamento de respetar los derechos

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid, migles06@ucm.es. Todas las páginas web consultadas en este estudio han sido consultadas por última vez el 2 de octubre de 2023.

humanos. 3.3. Concepto, características y proceso de implementación de la debida diligencia de las corporaciones armamentistas en materia de derechos humanos. 3.4. La responsabilidad de las sociedades de armamento por su falta de debida diligencia en materia de derechos humanos. 4. REFLEXIONES FINALES. 5. ANEXOS.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

Según la Real Academia Española, un arma es un instrumento, medio o máquina destinados a atacar o defenderse. Desde esta perspectiva, el uso de las armas, en cualquiera de ambas modalidades, no es compatible con el discurso de los derechos humanos ni con los valores de una sociedad democrática, en tanto que su manipulación choca frontalmente con el derecho a la vida. Llegados a este punto, así como su producción y comercialización legales se asocian normalmente con el logro de la paz y la seguridad internacionales[1], la transferencia ilícita de armas se identifica comúnmente con un tráfico no regulado cuyos destinatarios suelen ser particulares (85%) potencialmente implicados en la comisión de ilícitos que atentan contra los derechos humanos. En este contexto, fruto del trabajo de la academia jurídica y de los defensores de los derechos humanos, el tándem *Empresa y Derechos Humanos* o *Business and Human Rights* (BHR, según su acrónimo en inglés) se basa en un conjunto de normas básicas de derechos humanos[2] que, haciendo hincapié en el papel del Estado y en el rol independiente y complementario de las personas jurídicas[3], centra su atención en dos aspectos principales: *primo*, en la responsabilidad corporativa con respecto a los daños directamente causados o propiciados por sus actividades y/o vinculados a las operaciones, productos o servicios derivados de sus relaciones comerciales[4], y *secundo*, en el acceso

[1] Sabiendo, por un lado, que el mercadeo, la posesión y el empleo de esas armas permitidas por parte de los arsenales militares (13%) y los cuerpos encargados de hacer cumplir la ley (2%) también pueden desembocar en la violación de derechos humanos y, por otro, que esa licitud depende de los distintos derechos nacionales y del Derecho internacional. *Vid*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *El mercado legal de las armas de fuego*, Módulo 3, E4J Serie de Módulos Universitarios. Armas de Fuego, disponible en: https://www.unodc.org/e4j/es/firearms/module-3/index.html

[2] Nos referimos a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, al *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, a la *Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*, a sus ocho convenios esenciales y a las normas internacionales que identifican grupos específicos vulnerables. Por ejemplo, los menores. *Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, *https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child*.

[3] Por personas jurídicas entendemos tanto las empresas transnacionales como otras empresas.

[4] El artículo 1.5 del *Proyecto de Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos* define la "relación comercial" como "cualquier relación entre personas físicas y jurídicas, incluso las entidades estatales y no estatales, para llevar a cabo actividades comerciales, incluidas las actividades realizadas a través de filiales, subsidiarias, agentes, proveedores, asociaciones, empresas conjuntas, propiedad efectiva o cualquier otra estructura o relación, según lo dispuesto en la legislación del Estados, incluidas las actividades realizadas por medios electrónicos". Para más información sobre las últimas negociaciones del tratado sobre empresas y derechos humanos, véase, *Updated draft legally binding instrument (clean version) to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and*

a la reparación de las víctimas de las violaciones y/o abusos (daños)[5] de los derechos humanos asociados a la conducta empresarial[6]. Teniendo presente que, según la última versión del *Proyecto de Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos*, el texto asocia la responsabilidad legal a las violaciones de los derechos humanos (y no a sus abusos), advertimos que este estudio recoge ese mismo espíritu para discernir que, a diferencia de los abusos, que pueden ser objeto de respuestas reglamentarias o administrativas y no necesariamente legales, las vulneraciones tienen una mayor entidad o gravedad, siendo, por tanto, las únicas merecedoras de consecuencias jurídicas[7]. En armonía con los *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos* de 2011 (PREDH)[8], los Estados y las sociedades tienen funciones distintas pero auxiliares a tenor de las normas internacionales de los derechos humanos[9]. De esta suerte, una cualidad excepcional de los PREDH es que proporcionan orientación, en un solo paquete, a los Gobiernos y a las multinacionales. Sobre la base del esquema "Proteger, Respetar y Remediar" del Consejo de Derechos Humanos de 2008[10], los PREDH agrupan treinta y un principios en tres pilares fundamentales: *uno*, el deber de los Estados de

other business enterprises, disponible en: *https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/igwg-transcorp/session9/igwg-9th-updated-draft-lbi-clean.pdf*; *Report on the ninth session of the open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights,* A/HRC/55/XX, 27 de octubre de 2023.

[5] El artículo 1.2 de la última versión del *Proyecto de Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos* hace una distinción entre violaciones y abusos, indicando que se entenderá por "abuso de los derechos humanos" "cualquier daño directo o indirecto en el contexto de las actividades empresariales, por actos u omisiones, contra cualquier persona o grupo de personas, que impida el pleno disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales internacionalmente reconocidos, incluido el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible". *Vid*. *Updated draft legally binding instrument…*, *op. cit*.

[6] *Vid.* LEES, Sean, *Guía de Facilitación para Formación. Derechos Humanos + Debida Diligencia*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2021, p. 16.

[7] *Vid*. SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, "La responsabilidad de las empresas transnacionales de respetar los derechos humanos en el proyecto de tratado internacional", en IGLESIAS VÁZQUEZ, María del Ángel, y LÁZARO FEO, Ana Laia, (coords.), *Los pueblos indígenas: la lucha por el reconocimiento de sus derechos*, Dykinson, Madrid, 2022, pp. 131-159, p. 144.

[8] *Vid*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para "proteger, respetar y remediar"*, UN Doc. HR/PUB/11/04, Organización de las Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra; Resolución del Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/17/4, de 6 de julio de 2011.

[9] *Vid*. MARTÍNEZ PINILLA, Iván Leonardo, "Cuatro debates sobre la constitucionalización de las relaciones jurídicas de actores transnacionales en el 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos hacia la búsqueda de responsabilidad para las empresas transnacionales por violación de derechos humanos", en MARULLO, María Chiara, ARENAL LORA, María Libia, MÁRQUEZ CARRASCO, María del Carmen (dir.), *El 10º aniversario de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos: retos de la debida diligencia en materia de Derechos humanos y medio ambiente y los Derechos de los pueblos indígenas*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2022, pp. 119-140.

[10] *Vid*. Consejo de Derechos Humanos, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos — Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie*. A/HRC/8/5, de 7 de abril de 2008, Organización de las Naciones Unidas.

proteger los derechos humanos en su territorio, incluyendo los casos en los que las violaciones sean cometidas por actores privados como las compañías[11]; *dos*, la responsabilidad de las corporaciones de respetar los derechos humanos que, según el comentario nº 11 al Principio 12 de los PREDH es *una norma de conducta mundial aplicable a todas las empresas, dondequiera que operen*; y *tres*, el papel de los Estados y de las personas jurídicas de garantizar que los titulares de derechos tengan acceso a un recurso efectivo[12]. Con el fin de ceñirnos al título del presente trabajo, nos concentraremos en el examen del segundo pilar, esto es, en la obligación empresarial de observar los derechos humanos y, más exactamente, en la necesidad de que las corporaciones armamentistas domiciliadas en el territorio y/o bajo la jurisdicción de un Estado respondan[13], en el marco de sus propias actividades o de las operaciones de su cadena de valor[14], de los delitos, reales o potenciales, cometidos o que se puedan cometer con sus armas en circulación ilegal tanto en el Estado de origen como en terceros Estados. Aunque, como hemos señalado *supra*, el manejo de armamento legalmente adquirido también puede incidir adversamente en los derechos humanos, nuestro análisis sólo abordará el impacto negativo[15] de la utilización, genuina o futura, de armas en tránsito no regulado[16] en el ejercicio de los referidos derechos, a la luz de una eventual falta de debida diligencia de las empresas armamentistas y en la medida en que el mayor porcentaje de armas ilícitas, el 85%[17], termina en manos de agentes no estatales cuyo *leitmotiv*, ajeno a la protección de las personas, corre en paralelo a la comisión de hechos ilícitos y, por ende, a la transgresión de los derechos humanos.

---

[11] *Vid*. MARTÍN-ORTEGA, Olga, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch Internacional, Barcelona, 2008, p. 101.

[12] *Vid*. LEES, Sean, *op. cit.*, p. 23.

[13] Aunque el papel del mundo empresarial en la gobernanza global es cada día más evidente, actualmente no existe una armonía entre la realidad práctica de las empresas transnacionales y su regulación jurídica. Es decir, mientras esas empresas participan de manera creciente en la creación, aplicación e implementación del Derecho Internacional no es viable, a nivel mundial, la posibilidad de exigirles responsabilidad jurídica por las consecuencias de sus actividades. De ahí que la reflexión doctrinal se centre en identificar parámetros jurídicos internacionales que delimiten las responsabilidades de las empresas en distintos ámbitos. En esta dirección, el Consejo de Derechos Humanos aprobó en 2014 la Resolución 26/9 relativa a la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante (tratado internacional) dirigido a regular las actividades de las empresas multinacionales y otras empresas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (A/HRC/RES/26/9, de 14 de julio de 2014).

[14] Lo que incluye las filiales, subcontratistas, proveedores y otras relaciones económicas.

[15] De conformidad con el artículo 3.6 de la propuesta de Directiva de la Unión Europea de 23 de febrero de 2022 sobre Diligencia Debida de las Empresas en Materia de Sostenibilidad, los efectos adversos son todos aquéllos que puedan afectar al pleno ejercicio de los derechos humanos por parte de personas o grupos de personas en relación con los derechos humanos, incluidos los derechos sociales, laborales y sindicales. *Vid*. Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Diligencia Debida de las Empresas en materia de Sostenibilidad, COM (2022) 71 final, 2022/0051 (COD), Bruselas, 23 de febrero 2022.

[16] Esto es, como consecuencia de su desvío y tráfico ilícito o no regulado.

[17] *Vid*. Amnistía Internacional, *Violencia con armas de fuego*, 2024, disponible en línea en: *https://www.amnesty.org/es/what-we-do/arms-control/gun-violence/*

2. LA LUCHA CONTRA LOS EFECTOS ADVERSOS DEL DESVÍO Y LAS TRANSFERENCIAS ILÍCITAS O NO REGULADAS DE ARMAS EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. El impacto negativo del uso, real o potencial, de las armas que circulan ilícitamente en el ejercicio de los derechos humanos

A tenor de las distintas contribuciones de la UNODC y a la luz, en particular, del *Estudio Mundial sobre las Armas de Fuego de 2020*[18], la inmensa mayoría de las armas que viajan ilegalmente están en poder de agentes no estatales, a pesar de haber sido producidas por fabricantes autorizados[19] [Cuadro 1, Anexo] y preparadas para su distribución comercial legal[20] antes de ser desviadas al mercado ilícito [Cuadro 2, Anexo] en alguna de las etapas de las cadenas de suministro de las compañías [Cuadro 3, Anexo]. Dicho de otro modo, las actividades comerciales[21] de armas de fuego y otras armas convencionales [Cuadro 4, Anexo] por parte de empresas vinculadas a la industria armamentística, al margen de su debida diligencia en materia de derechos humanos, impactan negativamente en el ejercicio de tales derechos[22], tanto en situaciones de conflicto como en otros contextos. Justamente con el fin de combatir el tránsito no regulado de armas, la comunidad internacional lleva tiempo trabajando en un rosario de instrumentos jurídicos globales y regionales, tanto obligatorios[23] como no vinculantes que, desde un enfoque basado

[18] *Vid*. Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Estudio Mundial sobre el Tráfico de Armas de Fuego 2020*, Nueva York, 2020, *https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Firearms/Global_Study_Ex_Summary_es.pdf*

[19] La amplia mayoría de las armas en circulación ilegal han sido fabricadas por empresas autorizadas o son propiedad legal del Estado o de civiles.

[20] El tráfico legal está sometido a férreos controles burocráticos y políticos. De conformidad con los datos de la base de datos del SIPRI, los Ministerios de Defensa son los principales clientes de las empresas de armamento. Las ventas nacionales representan más del 50% para las cien compañías más grandes. SIPRI, *SIPRI Databases*, *https://www.sipri.org/databases* Dicho esto, la mayoría de los países no cuentan con una industria armamentística nacional por lo que deben importar de proveedores como EE.UU., Alemania y Francia.

[21] Se denomina actividad comercial al proceso de compra y venta de bienes y servicios que empieza desde que el comerciante adquiere su mercancía o desarrolla su servicio hasta que éstos llegan al consumidor final.

[22] Otras esferas afectadas negativamente por el uso potencial o efectivo de las armas son las relacionadas con el gobierno corporativo, los trabajadores y las relaciones laborales, el medio ambiente, el cohecho y la corrupción y la divulgación de la información e intereses de los consumidores. *Vid*. OCDE, *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*, 2018, p. 19. Sin embargo, la utilización posible o real de las armas también puede incidir de forma positiva en el ejercicio de los derechos humanos. Por ejemplo, los Estados pueden adquirir o desplegar armas en el ejercicio de su responsabilidad de proteger a las personas que se encuentren en su territorio o estén bajo su jurisdicción y/o para restablecer la paz y la seguridad internacionales. En este último sentido, los tres pilares de las Naciones Unidas (paz y seguridad, derechos humanos y desarrollo) están estrechamente entrelazados, de modo que la existencia de la paz y la seguridad es una importante condición favorable para la promoción y protección de los derechos humanos. *Vid*. *Directrices para las Transferencias Internacionales de Armas* en el contexto de la Resolución 46/36 H de la Asamblea General, de 6 de diciembre de 1991, pár. 20 y *El Arreglo de Wassenar*, pár. 11, *https://www.wassenaar.org/es/*

[23] Por ejemplo, tratados y acuerdos a nivel internacional y regional, que regulan las armas de fuego lícitas e ilícitas, establecen normas y prácticas comunes sobre el control de las armas y promueven

en los derechos humanos, incumben fundamentalmente a los Estados, pero también a las personas y entidades privadas, como las empresas[24] [Cuadro 5, Anexo]. Además, más allá de las armas, los Estados admiten de *larga data* que es igualmente importante tener en cuenta las municiones y las piezas y los componentes en su conjunto [Cuadro 6, Anexo], ya que estas categorías están interrelacionadas y su desviación y transferencia ilícita amenazan la paz y la seguridad y los derechos humanos[25]: derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales[26], derechos relativos a las mujeres, la infancia, las minorías y/o los grupos indígenas[27]. Aunque no nos detendremos en el examen y la efectividad de este prolijo y fragmentado abanico normativo, lo que sí podemos destacar es que no uniformiza los criterios de persecución de las armas desviadas y transferidas de forma ilegal y, por lo tanto, no facilita su debido control. Tanto las transnacionales que fabrican y exportan armas como los Estados en cuyos territorios están domiciliadas y/o sujetas a sus jurisdicciones[28] deben cumplir con sus obligaciones de debida diligencia en materia de derechos humanos ya que, en su defecto, las probabilidades de que esas armas se desvíen al mercado ilegal y se transfieran ilícitamente aumentan de forma exponencial. En efecto, la desviación[29] y la exportación,

---

respuestas más eficaces de la justicia penal, así como la cooperación entre los Estados Miembros para hacer frente a dichas amenazas.

[24] Para un estudio pormenorizado de los elementos comunes, las diferencias y la complementariedad entre los instrumentos globales sobre armas de fuego y otros convenios sobre armamento, véase el trabajo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Comparative Analysis of Global Instruments on Firearms and Other Convention Arms: Synergies for Implementation*, 2016, Organización de las Naciones Unidas, *https://www.unodc.org/documents/firearms-protocol/ComparativeAnalysisPaper.pdf*

[25] *Vid*. Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Repercusiones de las transferencias de armas en los derechos humanos*, A/HRC/44/29, de 19 de junio de 2020, p. 3. Un informe de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en Afganistán y el ACNUDH señala que, en el contexto de las municiones desviadas, los artefactos explosivos improvisados con placas de presión que funcionan como minas terrestres antipersonal mataron en 2019 a 149 civiles e hirieron a 371 personas en Afganistán. *Vid*. Informe de la Misión de Asistencia de las Naciones Unidas en el Afganistán y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Afganistan: Protection of Civilians in Armed Conflict 2019*, pp. 30 y 31.

[26] Las transferencias de armas también pueden afectar al desarrollo socioeconómico y los derechos humanos con motivo de la desviación de finanzas del Estado receptor de sectores como la salud, la educación y otros sectores sociales. *Vid*. A/59/119, de 15 de diciembre de 2004, pár. 18 y la Declaración de Ginebra sobre la Violencia Armada y el Desarrollo, A/63/494, Anexo I, pár. 1.

[27] *Vid*. Amnistía Internacional, *Cómo aplicar las normas de derechos humanos a las decisiones sobre transferencias de armas*, 2008, p. 6. Además, muchas de las normas que protegen los derechos humanos tienen la categoría de derecho internacional consuetudinario general y, por tanto, son vinculantes para todos los Estados con independencia de que dichos Estados sean o no Parte en un tratado específico.

[28] *Vid*. DOUG, Cassel, "State jurisdiction over transnational business activity affecting human rights", en DEVA, Surya y BIRCHALL, David (eds.) *Research Handbook on Human Rights and Business*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2020, pp. 198-222.

[29] Aunque no existe una definición jurídica internacional acordada de desvío, en el contexto de las armas se ha definido como el movimiento (físico, administrativo o de otro tipo) de armas y municiones del ámbito legal al ilícito, en contra de lo dispuesto en la legislación nacional o internacional, a un usuario final no autorizado o para un uso final ilícito. *Vid*. CASEY-MASLEN, Stuart, CLAPHAM, Andrew, GIACCA, Gilles, PARKER, Sarah, *The Arms Trade Treaty: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 355-358.

importación, venta, arrendamiento o préstamo de armas de la jurisdicción y/o control de un Estado a la jurisdicción y/o control de otro Estado (esto es, la transferencia de armas[30]) potencian gradualmente la disponibilidad generalizada e incontrolada de armamento e incrementan el riesgo de que se destinen o caigan en manos de quienes las utilicen para cometer violaciones o abusos de los derechos humanos[31]. El Cartel de Jalisco Nueva Generación se nutre, por ejemplo, de material militar que procede ilegalmente de los Estados Unidos de América y contra el que el Gobierno mexicano lleva combatiendo desde 2007[32]. Entre 2009 y 2019, se estima que entraron en México dos millones de armas por su frontera septentrional, a saber, más de doscientas mil armas de fuego cada año, unas quinientas sesenta y siete cada día, y unas veintitrés armas cada hora, lo que contrasta significativamente con el número de decomisos realizados. Según los últimos datos de la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA), desde enero de 2007 hasta diciembre de 2022 se habían incautado en México unas ciento ochenta y seis mil novecientas cincuenta y cinco armas de fuego, es decir, cerca de treinta armas al día[33]. La lucha contra los efectos negativos de la desviación y tráfico ilícito de armas de fuego y otras armas convencionales[34] y las amenazas que plantean sus indudables vínculos con la delincuencia organizada y otros delitos graves no es, por tanto, una batalla reciente o innovadora de la comunidad internacional[35]. A título ejemplificativo, así como la Operación *Balkan Trigger*

---

[30] Las Directrices de la Comisión de Desarme para la Transferencia Internacional de Armas ofrece una definición amplia de "tráfico ilícito de armas", en el contexto de la Resolución 46/36/H de la Asamblea General, que incluye el comercio internacional de armas convencionales prohibido por el Derecho Internacional y las leyes nacionales pertinentes. *Vid*. Documentos Oficiales de la Asamblea General, Quinquagésimo Primer Período de Sesiones, Suplemento núm. 42 (A/51/42), anexo I, párr. 7.

[31] *Vid*. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Repercusiones de las transferencias de armas en el ejercicio de los derechos humanos*, A/HRC/35/8, *op. cit*., pár. 7; tercer párrafo preambular y artículo 11 del Tratado sobre el Comercio de Armas; Resolución 2 adoptada en la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja sobre un Plan de Acción cuatrienal para la aplicación del Derecho Internacional Humanitario.

[32] *Vid*. URIBE RUAN, Pablo, "El crimen en América Latina: desorden, fragmentación y transnacionalidad", *Real Instituto Elcano*, Diciembre 2021, *https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2021/12/ari103-2021-uribe-crimen-en-america-latina-desorden-fragmentacion-transnacionalidad.pdf*

[33] *Vid*. ARISTA, Lidia, "México decomisa mínima parte de las armas que ingresan: apenas 31 al día". *Expansión México*, 10 de abril de 2023, *https://politica.expansion.mx/presidencia/2023/04/10/mexico-decomisa-minima-parte-de-armas-que-ingresan*

[34] *Vid*. El tercer párrafo preambular y el artículo 11 del Tratado sobre Comercio de Armas (TCA), así como la Resolución 2 adoptada en la XXXI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja sobre un Plan de Acción Cuatrienal para la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario. Para un mayor abundamiento, el tráfico de armas a Estados con una deficiente capacidad de gestión de los asuntos públicos y de la seguridad también puede tener una repercusión negativa en los derechos humanos, a la luz del mayor riesgo de desviación de las armas. *Vid*. Amnistía Internacional, "Iraq: Turning a Blind Eye: The Arming of Popular Mobilization Units", de 4 de enero de 2017, *https://www.amnesty.org/en/documents/mde14/5386/2017/en/*

[35] *Vid*. SANSÓ-RUBERT, Pascual, "Criminalidad organizada y tráfico ilícito de armas ligeras. Repercusiones en el ámbito de la seguridad internacional", *Cuadernos de Estrategia*, núm. 1, 152, 2011, pp. 175-204; MARRERO ROCHA, Inmaculada, "El régimen de comercio de armas convencionales en la Unión Europea", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 40, 2011, pp. 669-700.

(abril, 2016) consiguió desmantelar una red que suministraba armas a organizaciones criminales (en adelante OC) de países de la Unión Europea (UE), evitando que cayesen en manos de células terroristas, el Índice Global del Crimen Organizado 2021[36] subraya que los Estados con los niveles más altos de criminalidad son los que experimentan conflictos o fragilidad. En 2021, esa herramienta señaló a la República Democrática del Congo como el país más afectado por el crimen organizado, seguido de Colombia, Myanmar, México y Nigeria. Otros Estados con una puntuación alta son Afganistán, Irak y Siria, países en los que los conflictos han diezmado asimismo las economías formales, provocando desplazamientos masivos y un flujo importante de armas[37]. Existe, por consiguiente, una necesidad de desfavorecer la capacidad operativa de las OC y de los terroristas para debilitar su vinculación[38] con el desvío y la transferencia ilegal de armas y para detectar, obstruir y sancionar la explotación de las oportunidades que ofrece este fenómeno criminal en expansión que, además, es sumamente lucrativo. Según los últimos datos de EUROPOL, el desvío y la transferencia ilegal de armas genera entre ciento setenta y trescientos veinte millones de dólares anuales, lo que representa una quinta parte del mercado legal, situándose sólo por detrás del tráfico de drogas[39]. Si volcamos estas cifras en el ejercicio de los derechos humanos, ese suministro extendido y anárquico de armas de fuego puede utilizarse, como señalábamos *supra*, para cometer o para facilitar actos violatorios de una amplia gama de derechos, tales como el derecho a la vida, el derecho a la libertad y seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a esclavitud o a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y/o los derechos económicos, sociales y culturales. Más aún, el empleo o la amenaza del uso de armas para la perpetración, la facilitación de, y/o la violencia basada en el género[40], incluida la violencia sexual[41], también pueden socavar

[36] Se trata de la primera herramienta diseñada para evaluar los niveles de crimen organizado y la resiliencia ante la actividad criminal organizada. En sus clasificaciones incluye a todos los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, dejando fuera a los no miembros en los que, no obstante, también se repiten esas prácticas. Tal es el caso de Observadores no Miembros de la ONU como la Santa Sede y Palestina y de otros territorios globalmente no calificados como Estados soberanos: República de Kosovo, República Árabe Saharaui Democrática (Sáhara Occidental).

[37] *Vid*. Índice Global del Crimen Organizado 2021, *Global Initiative Against Organized Transnational Crime*, ENACT, 2021, p. 18.

[38] *Vid*. INTERPOL, "Incautación de armas y explosivos en una operación dirigida por INTERPOL", *Noticias y Acontecimientos*, INTERPOL, abril de 2016, *https://www.interpol.int/es/Noticias-y-acontecimientos/Noticias/2016/Incautacion-de-armas-y-explosivos-en-una-operacion-dirigida-por-INTERPOL*

[39] *Vid*. EUROPOL, "European Union Serious and Organized Crime Threat Assessment-SOCTA", EUROPOL, diciembre 2021; MOYA GUILLEN, Clara, y TAPIA BALLESTEROS, Patricia, "El delito de tráfico de armas en España. Reflexiones acerca de la eficacia preventiva de sus consecuencias jurídicas", *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad* (REEPS), núm. Extra 7, 2021, p. 1; SOTO VELASCO, Andrés, "El tráfico ilegal de armas: un enfoque económico", *Colombia Internacional*, núm. 22, 1993, pp. 12-19.

[40] Por violencia de género se entiende todo acto lesivo dirigido a una persona o grupo de personas en razón de su género, pudiendo incluir la violencia sexual, doméstica y la trata de personas.

[41] La violencia sexual abarca cualquier acto sexual, intento por tener sexo, comentarios o proposiciones sexuales no deseados, o actos para traficar la sexualidad de una persona utilizando coacción,

el ejercicio del derecho a la libertad de expresión, de asociación y de reunión pacífica, el derecho a la educación y el derecho a la salud de las personas expuestas a la delincuencia organizada, sobre todo a la hora de acceder a los centros educativos y/o sanitarios que permanezcan operativos a pesar de la situación de inestabilidad. De cualquier forma, el derecho más importante vulnerado por el desvío y tráfico ilícito de armas, incluidas las pequeñas y ligeras, así como por el uso potencial o efectivo de las armas transferidas, es el derecho a la vida. Un derecho con respecto al que los Estados tienen la obligación positiva de promulgar leyes para protegerlo y el deber negativo de no privar de él arbitrariamente a ninguna persona. Tanto es así que la violación de las disposiciones no derogables del artículo 4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP)[42], como es el derecho a la vida, constituye una infracción grave[43] de los derechos humanos.

2.2 La necesidad de datos y los Objetivos de Desarrollo Sostenible y el control de armas

Empero, para comprender plenamente las incidencias del uso, real o potencial, de armas ilícitas en los derechos humanos y, en este sentido, fortalecer su protección, se necesitan datos. Hoy en día, el *Sistema de INTERPOL para la Gestión de Registros y Rastreo de Armas Ilícitas* (iARMS)[44] es la única base mundial de datos sobre armas de fuego ilegales que puede ayudar a los Estados a promover y alcanzar el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16.4 que, como veremos más adelante, vincula el desarrollo con la paz y la seguridad[45]. En este escenario, la calidad de la información que se introduzca en

---

amenazas de perjuicio o fuerza física, por parte de cualquier persona independientemente de la relación con la víctima, en cualquier situación. La violencia sexual adopta muchas formas, incluida la violación, el abuso sexual, el embarazo forzado, la esterilización forzada, el aborto forzado, la prostitución forzada, la trata de personas, la esclavitud sexual, la circuncisión forzada, la castración y la desnudez forzada.

[42] En su Observación General sobre los Estados de Emergencia, el Comité de Derechos Humanos ha ampliado la lista de derechos no derogables del artículo 4 PIDCP para sus Estados miembros, incluyendo los siguientes: la prohibición de la detención arbitraria; la prohibición de la toma de rehenes; los secuestros o la detención no reconocida; la protección de los derechos de las personas pertenecientes a minorías; la inadmisibilidad de la expulsión o el traslado forzoso de población sin motivos autorizados por el Derecho Internacional; y la prohibición de hacer propaganda en favor de la guerra o apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia. *Vid*. CCPR *General Comment No. 29: Article 4: Derogations during a State of Emergency*, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 11, de 31 de agosto de 2001.

[43] Más allá de las disposiciones no derogables del PIDCP, los aspectos que suelen ayudar a determinar cuándo es grave una violación de los derechos humanos son: 1) la escala y persistencia de las violaciones; y 2) el carácter e incidencia de las violaciones. *Vid*. Amnistía Internacional, *Cómo aplicar las normas… op. cit.,* p. 6.

[44] *Vid*. INTERPOL, *Sistema de INTERPOL para la Gestión de los Registros y el Rastreo de Armas Ilícitas (iARMS)*, INTERPOL, *https://www.interpol.int/es/Delitos/Trafico-de-armas-de-fuego/Sistema-de-INTERPOL-para-la-Gestion-de-los-Registros-y-el-Rastreo-de-Armas-Ilicitas-iARMS*

[45] Esta plataforma web presta apoyo a los países miembros en la aplicación de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones*, el *Programa de Acción*

iARMS y en otras herramientas como la *Red de INTERPOL de Información sobre Balística* (IBIN)[46] resulta crucial para interceptar, rastrear y comparar balísticamente las armas de fuego no reguladas y para luchar contra el terrorismo mediante la desarticulación preventiva de organizaciones dedicadas al tráfico de armas y a delitos violentos a escala internacional. La actual avidez de información se puede combinar, por consiguiente, con cualesquiera esfuerzos que se realicen, también desde la sociedad civil[47], para desarrollar metodologías que permitan vigilar el tráfico de armas y la recopilación de información sobre la aplicación de los tratados. A título ilustrativo, la herramienta *Risk Watch* (de evaluación de riesgos) del Monitor del TCA tiene por objeto examinar, sintetizar y brindar información procedente de una amplia gama de fuentes que supervisan y notifican las violaciones de los derechos humanos, así como los riesgos que entraña el uso de armas en el contexto del TCA. El propósito de este mecanismo es informar y orientar tanto a las autoridades encargadas de conceder licencias en su proceso nacional de evaluación como a la sociedad civil y a los demás implicados a la hora de revisar la aplicación efectiva del tratado[48]. Por otro lado, el control de armamentos y, más exactamente, la prevención del desvío y tráfico ilícito[49] es imprescindible para contribuir al fin de los conflictos, asegurar la paz y garantizar el respeto de los principios de humanidad[50]. Así lo suscribe el Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su *Agenda para el Desarme de 2018* y así lo verifican diez de los diecisiete *Objetivos de Desarrollo Sostenible*[51]

---

de las Naciones Unidas para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en todos sus aspectos, el *Instrumento Internacional para permitir a los Estados identificar y localizar, de forma oportuna y fidedigna, las armas pequeñas y las armas ligeras ilícitas*, y el *Tratado sobre Comercio de Armas*; MARULLO, María Chiara, BRIGHT, Claire, ZAMORA CABOT, Francisco Javier, "El progreso hacia un tratado vinculante sobre empresas y derechos humanos a la luz del Objetivo de Desarrollo Sostenible núm. 16", URBANEJA CIURBANEJA CILLÁN, Jorge (coord.), FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, y LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Eugenia (dirs.), en *Nuevas dimensiones del desarrollo sostenible y derechos económicos, sociales y culturales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2021, pp. 161-186.

[46] *Vid*. INTERPOL, *Red de INTERPOL de Información sobre Balística*, *https://www.interpol.int/es/Delitos/Trafico-de-armas-de-fuego/Red-de-INTERPOL-de-Informacion-sobre-Balistica*

[47] *Vid*. BIRCHALL, D., "The role of civil society and human rights defenders in corporate accountability", en DEVA, Surya y BIRCHALL, David (eds.) *Research Handbook on Human Rights and Business*. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2020, pp. 422-445.

[48] *Vid*. ATT Monitor, Informe 2019 del Monitor del Tratado sobre el Comercio de Armas, 2019, *https://attmonitor.org/wp-content/uploads/2020/07/SP_ATT_Monitor-Report-2019_Online.pdf*

[49] *Vid*. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. República Democrática del Congo, A/HRC/42/5, de 5 de julio de 2019; Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Alemania, A/HRC/39/9, de 11 de julio de 2018; Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Estados Unidos de América, A/HRC/30/12, de 20 de julio de 2015; Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Bahamas, A/HRC/23/8, de 22 de marzo de 2013; Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Malí, A/HRC/23/6, de 12 de marzo de 2013 e Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. Venezuela (República Bolivariana de), A/HRC/19/12, de 7 de diciembre de 2011.

[50] *Vid*. Secretario General de las Naciones Unidas, *Asegurar nuestro futuro común: una agenda para el desarme*, 2018, pp. x, 33, 40, 41 y 44.

[51] Nos referimos, en concreto, al Objetivo 3 (Salud y bienestar); Objetivo 4 (Educación de calidad); Objetivo 5 (Igualdad de género); Objetivo 8 (Trabajo decente y crecimiento económico); Objetivo 10 (Reducción de las desigualdades); Objetivo 11 (Ciudades y comunidades sostenibles); Objetivo 14 (Vida

(ODS) que figuran en la *Agenda 2030* de la ONU. En particular, el ODS 16 sobre la paz, la justicia e instituciones sólidas que representa un paso significativo hacia el reconocimiento de la importancia de la fiscalización de las armas para el desarrollo sostenible y la protección de los derechos humanos conexos[52]. Aunque la transferencia no regulada y el uso subsiguiente de las armas atañen a distintos fines fijados con arreglo al Objetivo 16, esos ítems guardan una relación especial con su indicador 1, según el cual los Estados deben proceder a la reducción significativa de todas las formas de violencia y las correspondientes tasas de mortalidad en el mundo, y con el indicador 4 en cuya virtud los Estados tienen que limitar significativamente las corrientes financieras y de armas ilícitas, fortalecer la recuperación y devolución de los activos robados y luchar contra todas las formas de delincuencia organizada. El indicador 16.4.2 que trata la *proporción de armas incautadas, encontradas o entregadas cuyo origen o contexto ilícitos han sido determinados o establecidos por una autoridad competente, de conformidad con los instrumentos internacionales*, recalca la importancia que tiene el rastreo de las armas de fuego en el mecanismo de control, evidenciando que la respuesta efectiva de la justicia penal es vital para *reducir significativamente las corrientes de armas ilícitas* y para *combatir todas las formas de delincuencia organizada* (extraído de la meta 16.4 de los ODS). Por ello son importantes y oportunos tanto la existencia y el trabajo de ciertas entidades como el *Centro de Recursos para Empresas y Derechos Humanos*[53] como la implementación de distintos instrumentos jurídicos relevantes. Entre ellos, el *Protocolo sobre Armas de Fuego*, el *Instrumento Internacional de Rastreo* y otras herramientas como *RSE Risk Check*[54].

3. LOS DEBERES DE LAS EMPRESAS ARMAMENTISTAS EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. UNA LLAMADA A SU OBLIGACIÓN DE DEBIDA DILIGENCIA

3.1. Una aproximación al entorno normativo internacional de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos

El hilo conductor de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos son los *Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos* de 2011 (PREDH) que, sobre la base de los Principios *Sulli-*

submarina); Objetivo 15 (Vida de ecosistemas terrestres); Objetivo 16 (Paz, justicia e instituciones sólidas); y Objetivo 17 (Alianzas para lograr los Objetivos).

[52] *Vid*. GARCÍA SÁNCHEZ, Ignacio José, "Los ODS, la Agenda de Naciones Unidas para la Paz: el vínculo solidario de la Seguridad, el Desarrollo y los Derechos Humanos", *Documento de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos* (IEEE), núm. 12 (Octubre-Diciembre), 2018, pp. 64-81; SURYA, Deva, "From business or human rights" to "business and human rights"; what next?", en DEVA, Surya y BIRCHALL, David. (eds.) *Research Handbook on Human Rights and Business*. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2020, pp. 9-10.

[53] *Vid.* Business and Human Rights Resource Centre, *https://www.business-humanrights.org/en*

[54] *Vid*. RSE Risk Check, *https://www.mvorisicochecker.nl/en*

van (1977, Sudáfrica)[55] y los Principios *MacBride* (1984, Irlanda del Norte)[56], a saber, dos guías voluntarias que describen el rol empresarial en la lucha contra los abusos de los derechos humanos, desarrollan específicamente las obligaciones y deberes empresariales en los ámbitos ambiental, fiscal, laboral, anticorrupción y de respeto de los referidos derechos[57]. Esos primeros esfuerzos son los que dieron luz verde al desarrollo de otras normas por parte de organizaciones internacionales multilaterales, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo en Europa (OCDE) y sus *Líneas Directrices para Empresas Multinacionales* de 1976[58], incluidos los *Puntos Nacionales de Contacto* (PNC)[59], o la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y su *Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social* de 1977[60] (sucesivamente revisada), cuyo eje es el trabajo decente[61]. Seguramente la mayor atención y el interés creciente en los problemas de los derechos humanos relacionados con las empresas precipitaron, a la luz de esos precedentes, que en el año 2000 el Secretario General de la ONU, Kofi Annan, lanzara el *Pacto Mundial de las Naciones Unidas* del profesor John Gérald Ruggie[62], y sus ahora

[55] Los Principios de *Sullivan* son un Código de Conducta voluntario que buscaba ejercer una presión económica sobre Sudáfrica en protesta por su sistema de *apartheid*. Dichos Principios se centraban en cambiar la conducta de las empresas multinacionales que operaban en el país.

[56] Los Principios *MacBride* nacieron en 1984 como un Código de Conducta empresarial para las compañías que hacen negocios en Irlanda del Norte.

[57] Entre los antecedentes más remotos destaca el Grupo de Personas Eminentes creado en 1973 por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas para estudiar el impacto de las corporaciones transnacionales en el desarrollo económico y las relaciones internacionales. *Vid*. UN Intellectual History Project, *The UN and Transnational Corporations*, United Nations, 2009; LUCENA CID, Isabel Victoria, "La implementación de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Implicaciones para los Estados", *Universitas*, núm. 25, 2017, pp. 69-89.

[58] Las Guías de la OCDE sólo incluyeron un capítulo sobre derechos humanos en su versión actualizada de 2011, esto es, tras la publicación de los PREDH. En su virtud, las empresas pueden responder libremente a las quejas que se les presenten por supuestas malas prácticas, aceptando, si es el caso, el arbitraje y una posible reparación por los daños ocasionados. *Vid*. OCDE, *Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales. Revisión 2011*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos; KARL, J., "The OECD Guidelines on Multinational Enterprises", en ADDO, Mickael K., (ed.) *Human Rights Standards and the Responsibilities of Transnational Corporations*, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 92.

[59] Los PNC son mecanismos no judiciales basados en el Estado para tratar las denuncias de incumplimiento.

[60] A saber, un mecanismo de supervisión y presentación de quejas mejorado, con respecto a los *Puntos Nacionales de Contacto* (PNC), en el que están representados los empresarios, los sindicatos y los gobiernos.

[61] *Vid*. IRKEBO, Tori Loven, y LANGFORD, Malcolm, "The Commitment Curve: Global Regulation of Business and Human Rights", *Business and Human Rights Journal*, vol. 3, 2018, núm. 2, p. 160; MIA MAHMUDUR, Rahim, "Humanising the global supply chain: building a "decent work environment in the readymade garments supply industry in Bangladesh", en DEVA, Surya y BIRCHALL, David. (Eds.) *Research Handbook on Human Rights and Business*. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2020, pp. 130-150.

[62] El Secretario General de la ONU nombró en 2005 al profesor John Ruggie, arquitecto del Pacto Mundial, "representante especial para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales". En 2008, el Consejo de Derechos Humanos pidió a Ruggie que analizara el marco de "Proteger, Respetar y Remediar" que había propuesto; RUGGIE, John Gérald, "The social construction of the UN Guiding Principes on Business and Human Rights", en DEVA, Surya

diez principios[63], solicitando a las compañías que midieran su conducta en función de la legislación internacional clave en materia de derechos humanos, es decir, a tenor de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), de las *Normas Fundamentales del Trabajo de la OIT* y de los *Pactos Internacionales de 1966*: el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP) y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC). En ese camino, a través de su Resolución A/HRC/RES/17/4, el Consejo de Derechos Humanos aprobó por unanimidad, en 2011, los PREDH, proporcionando (por primera vez) una norma mundial para prevenir y abordar el riesgo de impactos adversos sobre los derechos humanos vinculados a la actividad empresarial. Esos textos y otros posteriores, como el documento *Derechos del Niño y Principios Empresariales* de 2012[64] o la Recomendación CM/Rec (2016) 3 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a sus Estados miembros sobre derechos humanos y empresas[65], sólo brindan, sin embargo, una orientación sobre la práctica empresarial responsable, es decir, son estándares de comportamiento voluntario o reglas de *soft-law* que no generan un compromiso jurídicamente obligatorio para sus destinatarios y *que no han logrado avances significativos para prevenir el menoscabo de los derechos humanos y del medio ambiente, ni para permitir el acceso a la justicia*[66]. Naturalmente, eso no quiere decir que no deban apreciarse en su justa medida, a tenor especialmente de su posible transición a normas de *hard-law*, bien mediante su libre cumplimiento empresarial bien mediante su integración en normas de naturaleza vinculante. Precisamente con el fin de evitar la discrecionalidad corporativa, el Consejo de Derechos Humanos creó en 2014 el *Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas con respecto a los Derechos Humanos*, con el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente obligatorio para regular, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las actividades de las empresas transnacionales y otras sociedades respecto de dichos derechos[67]. El principal objetivo del trata-

y BIRCHALL, David. (Eds.) *Research Handbook on Human Rights and Business*. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2020, pp. 63-87.

[63] Dichos principios piden a las empresas que apoyen y respeten la protección de los derechos humanos proclamados internacionalmente y que se aseguren de no ser cómplices de los abusos de tales derechos.

[64] Publicado conjuntamente por el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, Save the Children y UNICEF.

[65] *Vid*. Council of Europe, *Recommendation CM/Rec (2016) 3 of the Committee of Ministers to Member States, Human Rights and Business*. CM/Rec (2016) 3, 2016, Council of Europe.

[66] *Vid*. *Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa* (2020/2129 (INL), Parlamento Europeo, pár. 1.

[67] *Vid*. Human Rights Council, *Elaboration of an International Legally Binding Instrument in Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Respect to Human Rights*, A/HRC/RES/26/9, de 14 de julio de 2014; GUAMAN HERNÁNDEZ, Adoración, y MORENO GONZÁLEZ, Gabriel, *Empresas transnacionales y Derechos Humanos. La necesidad de un instrumento vinculante*, Bormazo, Albacete, 2018. La 8ª sesión del Grupo de Trabajo tuvo lugar entre el 22 y el 28 de octubre de 2022. *Vid*. Consejo de Derechos Humanos, 52º Período de Sesiones, 27 de febrero-31 de marzo de 2023, Informe A/HRC/52/41, de 30 de diciembre de 2022; BOLLO AROCENA, María Dolores., "Violación de los De-

do es garantizar medios efectivos de prevención, protección y reparación para quienes hubieran sufrido vulneraciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales y ayudar, al mismo tiempo, a promover un desarrollo más sostenible, equitativo e inclusivo. El futuro tratado pretende, de este modo, proporcionar mecanismos de control que frenen la impunidad con la que operan ocasionalmente las grandes corporaciones, como las compañías armamentistas, en su expansión global[68]. No obstante, a pesar de la búsqueda de un mayor consenso, los últimos avances no sugieren que el borrador de la nueva norma convencional esté priorizando los derechos humanos sobre los acuerdos de comercio e inversión[69]. *De facto*, lo que parece más bien es que se está rebajando el planteamiento inicial relativo a la implantación de un sistema judicial, con facultades penales y sancionadoras, que sirviera de incentivo a las empresas para desarrollar buenas prácticas. Este panorama normativo, que se suma a la debilidad de distintas legislaciones nacionales y/o al desinterés estatal a la hora de responsabilizar efectivamente a las personas jurídicas por sus comportamientos (activos y omisivos)[70], es una de las razones que explica por qué, a día de hoy, la experiencia empresarial mayoritaria no responde como debiera a la necesaria debida diligencia en materia de derechos humanos.

3.2. El deber de las empresas de armamento de respetar los derechos humanos

De conformidad con el Principio 11 de los PREDH, todas las empresas, independientemente de su tamaño, sector, contexto operativo, propiedad y estructura (Principio 14 PREDH), deben respetar los derechos humanos en el marco de sus operaciones y relaciones comerciales a lo largo de toda su cadena de valor, lo que significa que también son responsables de los impactos de todos los servicios y productos que ofertan a los usuarios finales (Principio 13 PREDH). En definitiva, lo que piden los PREDH a las empresas es que eviten infringir los derechos humanos y que aborden los efectos adversos en los que estén o puedan estar implicadas, más allá de sus "esferas de influencia". Para demostrar este respeto, las compañías deben: a) fijar un compromiso político que incorpore la aludida responsabilidad (Principio 16 PREDH). En este

rechos humanos y empresas transnacionales. Hacia un tratado sobre empresas y Derechos humanos (¿Responsabilidad de quién, de qué tipo y ante qué tribunales?), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 42, diciembre, 2021, pp. 1-32; IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, "Hacia la adopción de un tratado sobre empresas y derechos humanos: viejos debates, nuevas oportunidades", *Revista Deusto de Derechos Humanos*, núm. 4, 2019, pp. 145-176.

[68] *Vid*. KOLIEB, Jonathan, "Protecting the most vulnerable embedding children's rights in the business and human rights project", en DEVA, Surya y BIRCHALL, David (eds.) *Research Handbook on Human Rights and Business*. Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2020, pp. 354-379.

[69] *Vid*. *Updated draft legally binding instrument (clean version) to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*, *op. cit*.; A/HRC/49/65, de 29 de diciembre de 2021.

[70] *Vid*. RATNER, Steven, "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", *Yale Law Journal*, 111, 2008, New Haven, p. 461.

sentido, las sociedades tienen que *mapear* las cuestiones más destacadas de sus actividades en materia de derechos humanos y solicitar la opinión de los actores interesados internos (empleados, accionistas, alta dirección, inversores y, en algunos casos, contratistas y/o trabajadores temporales) y externos (Organizaciones No Gubernamentales (ONG), grupos comunitarios, grupos religiosos, sindicatos, Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, agencias de la ONU, academia, expertos individuales en la materia, asociaciones de la industria y compañeros de la empresa); b) llevar a cabo una *debida diligencia en materia de derechos humanos*[71] para identificar, prevenir, mitigar y dar cuenta, no de los riesgos para las empresas (como la rentabilidad) sino de los riesgos específicos para los derechos humanos (Principios 17 a 21 y 24 PREDH). Es más, para las sociedades que, como las armamentísticas, están más expuestas a un tipo de riesgo relacionado con los derechos humanos (derechos a la vida e integridad personal), pudiendo operar en entornos en los que el Estado de Derecho es débil o donde las multinacionales tienen una influencia indebida sobre los gobiernos y las personas, los enfoques de mitigación de efectos negativos deberían elevarse al nivel de cumplimiento legal, tal como prescribe el Principio 23 PREDH para las empresas que trabajan en zonas afectadas por conflictos que, además, están obligadas a respetar las normas del Derecho Internacional Humanitario (DIH); y c) *remediar* las consecuencias nocivas que ya afecten a tales derechos (Principio 22 PREDH) por vía de una disculpa, restitución, rehabilitación, compensación financiera o no financiera, sanciones punitivas y mandatos o garantías de no repetición. Las muestras de respeto de las empresas por los derechos humanos proyectan una cierta transparencia, responsabilidad y confianza en todos los interesados, tanto en los afectados por operaciones empresariales pasadas como en los inversores, etc.[72].

3.3. Concepto, características y proceso de implementación de la debida diligencia de las corporaciones armamentistas en materia de derechos humanos

Confirmada la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, esa obligación exige a las corporaciones de armamento que evalúen los impactos y los riesgos en su cadena de valor y que actúen de manera responsable para prevenir, mitigar e informar de las violaciones de los derechos humanos en las que puedan estar implicadas a través de sus propias activida-

[71] *Vid*. TAYLOR, Mark, "Human rights due diligence in theory and practice", en DEVA, Surya y BIRCHALL, David (eds.) *Research Handbook on Human Rights and Business*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2020, pp. 88-107.

[72] La Organización Internacional de Normalización (ISO), la Iniciativa Mundial de Presentación de Informes (GRI) y otras plataformas, como el marco de presentación de informes de los Principios rectores de las Naciones Unidas, ofrecen orientación a las empresas sobre la presentación de informes y la normalización de las funciones y rutinas de gestión.

des y relaciones comerciales[73]. De hecho, esa debida diligencia puede contribuir a que la compañía decida con mejor criterio si debe o no debe continuar con sus negocios, bien porque el riesgo de un resultado negativo sea demasiado alto o porque sus esfuerzos de erradicación no hayan tenido éxito. Según las estadísticas, el porcentaje de efectos desfavorables aumenta exponencialmente cuando el comportamiento de una sociedad o las circunstancias vinculadas a su cadena de suministro o nexos comerciales no son compatibles con la política de debida diligencia de la empresa o cuando dicha política no es lo suficientemente seria o resulta inexistente. De esta suerte, los principales *rasgos* o *características* de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos son la prevención, la interrelación de procesos, el riesgo, la priorización, el dinamismo, la no transmisión de responsabilidad, el respeto del Derecho interno estatal y la comunicación permanente. Por lo que se refiere a la *prevención*, el objetivo de la debida diligencia de las empresas de armamento en materia de derechos humanos debe ser, ante todo, evitar que sus armas fabricadas y/o exportadas puedan ser utilizadas ilícitamente por actores estatales y no estatales y/o desviarse al mercado ilegal y transferirse ilícitamente o de forma no regulada para, de este modo, impedir que se puedan utilizar para cometer violaciones de tales derechos o para facilitar su comisión. Si este logro no fuera posible, la debida diligencia conmina a las multinacionales de armamento a disponer, en todo caso, medidas que atenúen y/o reparen los daños causados. En cuanto a la *interrelación de procesos*, más allá de identificar, pronosticar y amortiguar los impactos negativos de la actividad comercial de las empresas de armamento sobre los derechos humanos, el concepto de debida diligencia empresarial también solicita que esas entidades realicen un seguimiento de su propia actividad, cadena de suministro y demás relaciones comerciales, en aras de verificar tanto el correcto destino y uso de las armas como las previsiones que baraja la compañía para hacer frente a posibles colapsos. Verbigracia, una desviación de armas al mercado ilegal y la transferencia no regulada. De esta forma, la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos debe formar parte de su proceso de adopción de decisiones y de su gestión de riesgos. Tratando de "conocer a la contraparte", de lo que se trata es de que la multinacional detecte cuál es el compromiso del Estado receptor de las armas, cuál es su capacidad para cumplir y aplicar las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, en qué medida respeta ese Estado tales derechos y/o cuál es su competencia para controlar el uso de las armas transferidas legalmente. En el contexto del *riesgo*, teniendo en cuenta que la debida diligencia se basa en la amenaza, las empresas deben tomar medidas acordes con la gravedad y la probabilidad del efecto negativo. La debida diligencia en materia de derechos humanos se adecúa, en consecuencia, a las circunstancias de cada multinacional. Eso significa que, toda vez que el uso de armas, especialmente las

[73] *Vid*. LEES, Sean, *op. cit*., p. 5.

desviadas o transferidas ilegalmente, incide de forma nefasta en el ejercicio de los derechos humanos, la debida diligencia de las corporaciones armamentísticas debe ser más amplia y adaptarse a la naturaleza de tales derechos, en su condición de ámbito afectado negativamente. Esta última necesidad requiere que esas empresas modulen sus estrategias a los riesgos específicos y valoren cómo esos riesgos alcanzan a grupos diferentes, incluso más allá de las fronteras del Estado de origen. A modo de ejemplo, podrían aplicar la perspectiva de género a la debida diligencia. A propósito de la *priorización* basada en el riesgo, si una sociedad de armamento no es capaz de abordar de manera simultánea las influencias negativas pertinentes, esa empresa debe priorizar el orden de adopción de iniciativas, a tenor de la gravedad y la potencialidad del efecto negativo sobre los derechos humanos. Eso no quiere decir que, una vez atendidas las prioridades detectadas, la compañía no deba tratar las consecuencias fatales menos severas. Más aún, si la empresa es la que causa o contribuye a causar el efecto nocivo, no sólo tendrá que parar su actividad, sino que deberá proveer o colaborar para reparar los daños causados. En el marco de una priorización de riesgos frente a los derechos humanos, la gravedad de una posible consecuencia negativa es o debería ser el factor predominante para privilegiar las respuestas. Tal es el caso, por ejemplo, de una reacción tardía que haga que el impacto sea irreparable. En relación con el *dinamismo*, el proceso de debida diligencia es continuo, receptivo y cambiante. Con el fin de mejorar gradualmente sus sistemas y procesos para sortear y afrontar las repercusiones perniciosas de su actividad, las empresas armamentistas deben someterse a evaluaciones que les permitan reforzar sus éxitos y aprender de sus fracasos. Además, esas compañías también tienen que adaptarse a los posibles cambios en su perfil de riesgo a tenor de las circunstancias y de la geopolítica variable: nuevos marcos normativos, avances de la tecnología y desarrollo de nuevos productos, nuevas relaciones comerciales, etc. Desde el punto de vista de la *no transmisión de responsabilidad*, las entidades no estatales de armamento tienen la responsabilidad individual e intersubjetiva de rastrear y atender las secuelas desfavorables de su actividad, incluso más allá de sus campos de relevancia. De hecho, esa obligación *in vigilando*[74] que forma parte de su deber de debida diligencia, tiene que figurar en la legislación nacional de su Estado de sede y/o jurisdicción, a no ser que ese Estado quiera incurrir en responsabilidad internacional por omisión (omisión de su regulación *ad intra*). En efecto, según el Principio 13 de los PREDH, el artículo 10.6 del "Proyecto Cero" y, en particular, el artículo 8.6 del *Proyecto de Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos* establece que: *(l)os Estados Parte se asegurarán de que su legislación nacional provea la responsabilidad de las personas jurídicas y/o naturales que*

[74] *Vid*. MARULLO, María Chiara, FERNÁNDEZ IZQUIERDO, María Ángeles, MUÑOZ TORRES, María Jesús, "Los derechos humanos en las cadenas de suministro globales: el caso del sector textil", en MARULLO, María Chiara, FERNÁNDEZ IZQUIERDO, María Ángeles (coords.), *Empresas y Derechos Humanos. Temas actuales*, Editorial Scientifica, Napoli, 2018, pp. 387-417.

realicen actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, por no haber impedido que otra persona jurídica o natural con la que haya mantenido una relación comercial cause o contribuya a la violación de los derechos humanos, cuando la primera controle, dirija o supervise a dicha persona o la actividad pertinente que haya causado o contribuido a la violación de los derechos humanos, o cuando debería haber previsto los riesgos de violaciones de los derechos humanos en la realización de sus actividades empresariales, incluidas las de carácter transnacional, o en sus relaciones comerciales, pero que no hayan adoptado las medidas adecuadas para impedir tal violación. Por consiguiente, la primera obligación que tienen las empresas de armamento es acatar las normas nacionales del Estado donde estén domiciliadas y/o bajo cuya jurisdicción se encuentren. En otras palabras, esas compañías tienen que respetar el Derecho interno del Estado donde operen. Finalmente, en lo que concierne a la *comunicación permanente*, la transmisión de información sobre los procesos, resultados y planes de debida diligencia en materia de derechos humanos forma parte del propio proceso de debida diligencia. A través de esta comunicación, las entidades armamentistas pueden generar confianza en sus medidas y en sus mecanismos de adopción de decisiones, demostrando su buena fe. Respetando la confidencialidad comercial y otras cuestiones competitivas o de seguridad, esa información debe ser, en todo caso, accesible y suficiente para reflejar la idoneidad de la respuesta de la compañía a las consecuencias negativas de su actividad en el ejercicio de los derechos humanos. En esta coyuntura, a tenor de la región geográfica, de la industria o sector de las operaciones, de la estructura empresarial única utilizada por la sociedad y de la naturaleza de los vínculos entre la compañía matriz y sus filiales, subagentes y socios de la cadena de suministro, las principales *etapas del proceso de implementación de la debida diligencia en materia de derechos humanos* se vertebran como sigue: primero, la identificación y evaluación de los tipos y la gravedad de los riesgos (Principio 18 PREDH); segundo, la integración de los resultados y la actuación para prevenir y mitigar los impactos adversos (Principio 19 PREDH); tercero, el seguimiento para verificar si realmente se están evaluando las amenazas (Principio 20 PREDH); y cuarto, la comunicación de la acción, esto es, la información de cómo aborda la empresa sus incidencias (Principio 21 PREDH). A continuación, examinaremos someramente cada uno de estos extremos. Con respecto a la i*dentificación y evaluación de los riesgos para los derechos humanos,* esos derechos son, como mínimo, los recogidos en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*[75], el *PIDCP* y el *PIDESC*, la *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo*[76] y los ocho convenios esenciales de la Organización y otras normas internacionales que identifi-

[75] *Vid*. *Universal Declaration of Human Rights*, París, 10 de diciembre de 1948, *https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights*

[76] *Vid*. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, 2022, *https://www.ilo.org/declaration/lang--en/index.htm*

quen grupos específicos vulnerables (por ejemplo, los menores[77]). Con el fin de que las transnacionales de armamento puedan anticipar y suavizar los impactos posibles sobre tales derechos es indispensable que: a) entiendan el contexto, esto es, que visualicen exactamente con qué Estados y/o regiones de un país operan y si esos interlocutores pueden presentar mayores riesgos para los derechos humanos, así como las cuestiones relativas amenazadas por su sector. Entre los recursos en línea que pueden ayudar a las empresas a satisfacer esta labor destacan el sitio web *RSE Risk Check*[78], el Índice de Percepción de la Corrupción[79], o el Índice de Estados Frágiles[80]; b) consulten con las partes interesadas internas y externas para, a partir de esa información, elaborar una lista de los impactos específicos sobre los derechos humanos que podrían experimentar los grupos de interés[81] y; c) tracen un mapa sólido de las operaciones, lo que conlleva examinar todas las actividades relevantes de la sociedad de armamento y los socios comerciales en la red de suministro, las partes anteriores y posteriores de la cadena de valor, incluidos el transporte y los servicios contractuales (como el *catering* y la limpieza), y todas las unidades funcionales (investigación y desarrollo, equipos de materiales, de *marketing* y ventas). Una vez catalogados los riesgos relevantes para los derechos humanos, las empresas armamentistas deben evaluarlos, con el fin de priorizarlos, a luz de su gravedad y de la probabilidad de que se produzcan[82] para, finalmente, integrar los planes de acción (conclusiones) en sus funciones y en su proceso interno empresarial. Por lo que se refiere a la *priorización de los riesgos*, esas multinacionales deben recordar o tener presente que la debida diligencia en materia de derechos humanos se refiere a los riesgos para las personas y no a los riesgos para las empresas y que, aunque en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no existe una jerarquía de derechos, sí se puede dar prioridad en el contexto de las operaciones empresariales a uno sobre otro en función de la gravedad del daño implicado y de las restricciones de los recursos limitados; también, que las compañías deben abordar primero los riesgos de alta prioridad, sin olvidarse de las amenazas de baja consideración; y que la gravedad del impacto de las actuaciones sobre los derechos humanos (fundamentalmente, en nuestro contexto, sobre el derecho a la vida) es el factor más importante para determinar la magnitud y complejidad del proceso de debida diligencia empleado por la persona jurídica. Para un mayor abundamiento, la medición de la gravedad requiere des-

---

[77] *Vid*. *Convención sobre los Derechos del Niño*, 20 de noviembre de 1989, *https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child*

[78] *Vid*. CSR Risk Check World Map, *https://www.mvorisicochecker.nl/en/worldmap*.

[79] *Vid*. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, "Corruption Perceptions Index", *https://www.transparency.org/en/cpi/2022*

[80] *Vid*. THE FUND FOR PEACE, "Fragile States Index", *https://fragilestatesindex.org/*

[81] *Vid*. *Dimensiones de Género de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, A/HRC/41/43, de 23 de mayo de 2019, p. 29.

[82] Cuanto más probable sea que el riesgo provoque un daño, mayor será la medida y más urgente será la adopción de medidas.

glosar tres elementos: uno, la *escala*, que a su vez exige valorar la naturaleza y el contexto del abuso o el tratamiento. Por ejemplo, si el impacto físico implica la pérdida de la vida o el debilitamiento físico *sine die*; la forma de ejecución del abuso; y la condición de la víctima (a partir del género, edad, estado de salud y/o de discapacidad, orientación sexual, condición de minoría o de clase baja, etc.); dos, el *alcance*, esto es, el número de personas afectadas (alto, medio, bajo); y tres, la *irremediabilidad*, es decir, el elemento que mide la capacidad de restaurar los derechos de alguien (alto, medio, bajo). En términos de *integración de las respuestas a los riesgos e impactos sobre los derechos humanos*, para llevar a cabo esta tarea, las empresas de armamento deben incorporar las conclusiones de las evaluaciones de los efectos negativos en todas las funciones y procesos internos pendientes y adoptar las medidas oportunas. Ello implica asignar esa responsabilidad a la unidad apropiada dentro de la compañía y garantizar que los esfuerzos para afrontar los riesgos y los efectos estén avalados por asignaciones presupuestarias, sujetos a medidas de supervisión y cumplimiento, y alineados con los mecanismos internos de toma de decisiones. Además, el formato de los planes de acción dependerá de que la sociedad haya causado, contribuido o esté implicada en cualquier consecuencia adversa sobre los derechos humanos. Esta última situación se puede producir de tres formas: primero, en el caso de que la actividad empresarial sea directamente responsable, por sí misma, del resultado nocivo; segundo, si la multinacional contribuye a un impacto directo sobre los derechos humanos de alguien, pero junto a otras entidades y/o su actividad tiene una incidencia indirecta a través de otras sociedades; y tercero, si la entidad se identifica con una colusión sobre los derechos humanos, cuando el efecto proceda de una persona jurídica con la que la compañía tenga una relación comercial, afectando a sus propias operaciones, productos o servicios. En este supuesto, la empresa debe utilizar su apalancamiento para mitigar cualquier consecuencia negativa residual en la mayor medida posible. Según la *Guía Interpretativa de la Responsabilidad Empresarial de Respetar los Derechos Humanos* de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *se considera que existe apalancamiento cuando la empresa tiene la capacidad de modificar las prácticas ilícitas de una entidad que causa un daño*[83]. En relación al *seguimiento de la eficacia de sus respuestas*, para revisar la reacción de las empresas de armamento a los impactos eventuales identificados sobre los derechos humanos, éstas deben verificar la eficacia de sus esfuerzos con el fin de potenciar sus éxitos y de prevenir o aliviar la repetición continuada de las violaciones y abusos sobre tales derechos. Ese seguimiento debe apoyarse en indicadores

[83] *Vid*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos. Guía para la interpretación*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2012.

cualitativos y cuantitativos apropiados[84] y en la retroalimentación de las fuentes internas y externas, entre las que se incluyen las partes interesadas afectadas. Por último, en pro de la *comunicación empresarial externa de las acciones*, las transnacionales de armamento cuyas actividades o contextos operativos supongan riesgos de graves impactos sobre los derechos humanos tienen el deber de informar oficialmente acerca de cómo los afrontan. Esas comunicaciones deben ser periódicas, accesibles y suficientes para el público al que van dirigidas y no suponer riesgos para las partes interesadas, el personal afectado y/o la confidencialidad comercial. Para que las multinacionales de armamento puedan responder eficazmente a las posibles denuncias de violaciones de los derechos humanos, esas personas jurídicas deben desarrollar y aprovechar los sistemas internos de recopilación de información y de rendición de cuentas existentes. Es más, cuando las sociedades planteen riesgos de colusiones graves sobre los derechos humanos (como es el caso de las compañías armamentistas) deben elaborar informes públicos formales sobre las medidas que estén tomando[85]. Para la confección de esos documentos, las sociedades suelen utilizar normas de elaboración de informes como las que proporciona la *Iniciativa Global de Informes* (GRI)[86].

3.4. La responsabilidad de las sociedades de armamento por su falta de debida diligencia en materia de derechos humanos

Como hemos advertido, las actividades comerciales de las corporaciones de armamento pueden generar impactos negativos en distintas esferas[87]. *Inter alia*, en el campo de los derechos humanos[88]. Se puede afirmar, por lo tanto, que esas entidades fabrican riesgos para el ejercicio de tales derechos y, en particular, para los derechos a la vida e integridad personal. La admisibilidad de esos riesgos, desde un punto de vista jurídico, depende de que las empresas observen ciertos estándares de cuidado a la hora de producir y exportar sus mercancías, cuya exigencia o rigurosidad es más elevada con respecto a los productos peligrosos y, en particular, con relación a las armas. Situados, por

[84] *Vid*. UNITED NATIONS, *Marco para el Informe de los Principios Rectores de las Naciones Unidas*, 2015; *https://www.ungpreporting.org/wp-content/uploads/UNGPRF_SP-Dec2017.pdf*, INSTITUTO NACIONAL DE CONTADORES PÚBLICOS COLOMBIA, *Normas de Presentación de Informe de Sostenibilidad de la GRI, https://incp.org.co/publicaciones/infoincp-publicaciones/estandares-internacionales/niif-normas-internacionales/2016/11/conozca-las-normas-de-la-gri-para-los-informes-de-sostenibilidad/*; INSTITUTO DANÉS DE DERECHOS HUMANOS, "Human Rights Indicators for Business", 2020; ENI, For Human Rights, Report 2020, *https://www.eni.com/assets/documents/eni-report-human-rights.pdf*.

[85] *Vid*. LEES, Sean., *op. cit*., pp. 52-74.

[86] *Vid*. CONTROL UNION, "Certification by Industry", *https://certifications.controlunion.com/es/certification-programs/certification-programs/gri-iniciativa-de-reporte-global*

[87] Por ejemplo, con el gobierno corporativo, los trabajadores y relaciones laborales, el medio ambiente, el cohecho y la corrupción y la divulgación de la información e intereses de los consumidores. *Vid*. OCDE, *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*, 2018, p. 19.

[88] *Vid*. NOLAN, Justine, y FRISHLING, Nana, "Human Rights Due Diligence and the (Over)-Reliance on Social Auditing in Supply Chains", en DEVA, Surya y BIRCHALL, David (eds.) *Research Handbook on Human Rights and Business,* Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2020, p. 109.

consiguiente, en el deber de debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos, una de las obligaciones de las personas jurídicas a ese respecto es su tarea de respetar el Derecho interno de sus respectivos Estados de sede. Llegados a este punto, la condición que subyace a la fabricación y venta de armamento es, generalmente, la obtención por parte de la empresa de una previa autorización estatal que debe evaluar objetivamente los riesgos para los derechos humanos de cada solicitud (*ad hoc*) con arreglo al Derecho nacional y al Derecho Internacional (artículo 7 Tratado sobre Comercio de Armas) que vincule a los Estados afectados. En función de datos y pruebas objetivas, no discriminatorias, verificables, sistemáticas, exactas, fiables y sólidas, ese visto bueno del Estado, motivado y coherente, también debe poner de manifiesto los factores que propician la demanda[89], incluida cualquier amenaza de desvío y de transferencia no regulada de armas. Pues bien, partiendo de todas estas premisas, la cuestión que nos planteábamos *ab initio* reside en resolver si, a la luz del Derecho vigente, las empresas armamentistas deben responder de las violaciones reales o potenciales de los derechos humanos y, en concreto, de los derechos a la vida e integridad personal, cometidas con sus armas desviadas o transferidas ilícitamente tanto dentro de las fronteras del Estado de origen como extraterritorialmente. En su condición de actores de Derecho Internacional, las personas jurídicas son entidades no estatales que, si bien participan con fuerza en las relaciones internacionales, no poseen normalmente ninguna de las prerrogativas asociadas a la subjetividad jurídica internacional, esto es, desde la óptica del Derecho Internacional Público, carecen de legitimación activa[90] y pasiva[91]. Por lo tanto, descartando su responsabilidad internacional, la autoría empresarial se circunscribe, hoy en día, a un marco nacional (civil, mercantil, laboral o penal). Haciendo hincapié en su responsabilidad penal, esa atribución incluso está subordinada a que el Derecho interno del Estado considere a las empresas como sujetos de Derecho Penal[92] y a que sus ilícitos concretos estén tipificados en los respectivos Códigos Penales estatales. A este respecto, huelga decir que las personas jurídicas no han disfrutado tradicionalmente de una voluntad independiente y separada de la de sus dirigentes y representantes que son las personas físicas que sí responden penalmente (o, en general, han respondido) de los hechos ilícitos de las sociedades. En cuanto a la responsabilidad internacional penal de las personas afectadas, especialmente en situaciones de conflicto armado, lo cierto es que, en virtud del artículo 42

[89] *Vid*. CASEY-MASLEN, Stuart, CLAPHAM, Andrew, GIACCA, Gilles, PARKER, Sarah, *op. cit*., pár. 5.17.

[90] La legitimación activa se refiere a la posibilidad de los sujetos de Derecho Internacional de reclamar responsabilidad internacional ante instituciones internacionales.

[91] La legitimación pasiva es la capacidad que tienen los sujetos de Derecho Internacional de ser responsables en el plano internacional en el supuesto de que vulneren sus obligaciones internacionales.

[92] Tal es el caso, por ejemplo, del Derecho español en virtud de la reforma de su Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (vigente desde el 23 de diciembre de 2010). *Vid*. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010, pp. 54811 a 54883.

del *Convenio de La Haya relativo a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre* de 1907[93], los empresarios y los empleados pueden efectivamente ser acusados de la comisión directa de crímenes internacionales, además de las situaciones de complicidad. Los Estados pueden, no obstante, relegar el principio *societas delinquere non potest* a través de su Derecho interno, con el fin de evitar que las empresas se conviertan en tribunas que favorezcan la impunidad. Tal es el caso, por ejemplo, del Derecho español que, en virtud de la reforma de su Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (vigente desde el 23 de diciembre de 2010)[94], considera la responsabilidad penal de las personas jurídicas, declarando que las sociedades son sujetos de Derecho Penal, en la medida en que son sujetos de Derecho independientes de quienes las componen. Desde esta perspectiva, las empresas pueden incumplir, como tales, sus obligaciones y generar responsabilidades en los ámbitos civil, mercantil e incluso laboral. Para ser más exactos, según la referida norma, estas entidades no estatales son responsables de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho, así como de los delitos cometidos, en el ejercicio de sus actividades, por voluntad propia y en su provecho, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus representantes legales o administradores *de facto* o *de iure*, hayan podido realizar la actuación delictiva al no haberse ejercido sobre ellos el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso. A pesar de que el Código Penal español no define lo que se debe entender por "debido control", la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado[95] concibe ese concepto normativo indeterminado como un deber de fiscalización y vigilancia (que incumbe a los gestores de las empresas) del colaborador/es sometido/s a la jerarquía empresarial, cuyo objeto es evitar que realicen conductas lesivas o peligrosas que puedan verificar la comisión de alguno de los delitos tipificados por los que la persona jurídica pueda ser responsable penalmente. Más aún, el hecho de haber ejercido ese debido control a través, por ejemplo, de la implantación de un "plan de prevención de delitos", actúa como una circunstancia atenuante y/o eximente de la responsabilidad criminal de la entidad. Por añadidura, aunque es obvio que las personas jurídicas no pueden ingresar en prisión, no hay que olvidar que sí pueden ser sancionadas de distintos modos. *Inter alia*, por medio de multas; de disolución de las propias empresas; de suspensión de sus actividades, de la clausura de sus locales y establecimientos; de la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; de la inhabilitación para

[93] *Vid. Convención relativa a las leyes y costumbres de la guerra terrestre (H.IV)*, La Haya, 18 de octubre de 1907, *https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/treaty-1907-hague-convention-4-5tdm34.htm*

[94] *Vid*. Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010, pp. 54811 a 54883.

[95] *Vid*. Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley orgánica número 5/2010, Referencia: FIS-C-2011-00001, de 1 de junio de 2011.

obtener subvenciones y ayudas públicas o para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, y/o de su intervención judicial total o parcial. Es más, a título de responsables civiles *ex delicto*, estas entidades no estatales también pueden ser condenadas a reparar, restituir o indemnizar los daños causados por los delitos cometidos, en las mismas condiciones que preveía el Código Penal para las personas físicas antes de su reforma[96]. El Reglamento de la UE de 2020 referido *infra*, incluso propone que se elaboren listas de personas físicas y jurídicas sancionadas, con el fin de evidenciar públicamente quiénes son las empresas irresponsables en materia de derechos humanos. Ciertamente, en el contexto de la Unión Europea, el *Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia 2020-2024* incluye el objetivo de fijar un régimen horizontal global de sanciones para perseguir las violaciones y abusos de los derechos humanos más serios a nivel mundial. De esta forma, tanto la Decisión (PESC) 2020/1999[97] como el Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo[98], ambos de 7 de diciembre de 2020, disponen que cuando las vulneraciones sean perpetradas por personas jurídicas, se inmovilizarán todos los fondos y recursos económicos que posean, tengan y controlen (artículo 3 del Reglamento). De hecho, la UE ya ha impuesto sanciones a empresas en relación con violaciones de derechos humanos, como es el caso del Reglamento (UE) 2021/996 del Consejo, de 21 de junio de 2021, por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 765/2006 relativo a la adopción de medidas restrictivas con respecto a Bielorrusia[99] y, más concretamente, con respecto al apoyo de diversas empresas privadas al régimen del Presidente Lukashenko. En cumplimiento de su obligación de debida diligencia en materia de derechos humanos, las compañías armamentísticas deben garantizar, en consecuencia, que sus actividades dentro del territorio de su Estado de domiciliación y/o jurisdicción[100] que afecten de manera directa y lógicamente previsible al derecho a la vida de personas fuera de su territorio, sean compatibles con el derecho a la vida[101]. La aplicación de esta medida también debe considerar las normas internacionales conexas en materia de responsabilidad empresarial y, en particu-

[96] *Vid*. GARCÍA MARTÍNEZ, María José, "Personas jurídicas y responsabilidad civil", *Revista APD*, Publicaciones Garrigues, 2014, *https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/personas-juridicas-y-responsabilidad-civil*

[97] *Vid*. Consejo de la Unión Europea, Decisión (PESC) 2020/1999 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, DOUE, L 410I de 7 de diciembre de 2020.

[98] *Vid*. Consejo de la Unión Europea, Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, DOUE, L 410I de 7 de diciembre de 2020.

[99] *Vid*. Reglamento (CE) núm. 765/2006 del Consejo, de 18 de mayo de 2006, relativo a la adopción de medidas restrictivas contra el Presidente Lukashenko y determinados funcionarios de Belarús, DOUE L 134 de 20 de mayo de 2006.

[100] *Vid*. GARCÍA MARTÍNEZ, María José, *op. cit*.

[101] *Ibidem*. El deber de proteger el derecho a la vida exige que los Estados Partes adopten medidas especiales de protección para las víctimas de violencia doméstica, violencia de género y trata de personas, incluidas las mujeres y las niñas. *Vid*. Comité de Derechos Humanos, "Observación General núm. 36 (2018) relativa al derecho a la vida", pár. 23.

lar, el Principio 2 de los PREDH y el derecho de las víctimas a obtener un recurso efectivo[102]. A propósito del Principio 2 de los PREDH, en cuya virtud "los Estados deben enunciar claramente que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades", lo cierto es que el actual *corpus* jurídico de los derechos humanos no exige normalmente y tampoco prohíbe, a la luz de una base jurisdiccional reconocida, que los Estados regulen las actividades extraterritoriales de las compañías domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción. Lo que recomiendan algunos órganos de tratados de derechos humanos a los Estados es que formulen propuestas que eviten que las empresas registradas en su territorio y/o bajo su jurisdicción cometan abusos en el extranjero. A decir verdad, existen razones políticas de peso para que los Estados de origen del desvío y tráfico ilícito de armas expongan claramente que las corporaciones tienen que respetar los derechos humanos más allá de sus fronteras y, especialmente, si los Estados tienen participación en esas empresas o les brindan su apoyo. Lo que se pretende, en definitiva, es asegurar que las empresas se comporten de manera previsible, transmitiéndoles mensajes coherentes que preserven, asimismo, la reputación del Estado[103]. Uno de los avances que sugiere la propuesta de Directiva de la Unión Europea señalada *infra* a estos efectos radica en su voluntad de perseguir, en toda su cadena de valor, los daños causados en el extranjero por las empresas matrices y por las subsidiarias, con independencia de su nacionalidad, cuando actúen en el mercado interior de la UE. Por otro lado, además de no existir una obligación estatal de legislar al efecto, los Estados que lo hacen tampoco siguen una conducta uniforme. De esta forma, mientras algunos apuestan por adoptar medidas nacionales con implicaciones extraterritoriales, requiriendo que las empresas matrices informen de las operaciones de toda la compañía a nivel mundial y/o adoptando instrumentos multilaterales no vinculantes, como las *Directrices para las Empresas Multinacionales de la OCDE* o las normas de conducta que exigen las instituciones facultadas para apoyar inversiones en el extranjero, otros planteamientos se centran en actividades legislativas y de ejecución extraterritorial. Tal es el caso, *v. g.*, de los sistemas penales que permiten enjuiciar a los responsables sobre la base de su nacionalidad, con independencia de dónde se haya cometido el delito. El hecho de que las medidas adoptadas por los Estados sean realmente razonables o se perciban como tales depende, por consiguiente, de múltiples factores. Entre ellos, de que sus cimientos se sustenten en acuerdos multilaterales[104]. Este panorama genera un problema crónico en la práctica empresarial, ya que la mayoría de las compañías multinacionales a nivel mundial no

[102] *Vid*. Comité de Derechos Humanos, "Observación General núm. 36 (2018) relativa al derecho a la vida", pár. 22.

[103] *Vid*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Puesta en Práctica del Marco de las Naciones Unidas para "Proteger, Respetar y Remediar"*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2011, p. 4.

[104] *Ibídem,* p. 5.

conocen, no tienen capacidad o no muestran voluntad para aplicar su responsabilidad en materia de derechos humanos. Eso significa que, para cumplir con su deber de proteger tales derechos, los Estados anfitriones de las transnacionales de armamento deben regular, de manera uniforme y coordinada, la debida diligencia empresarial y la divulgación de información, a través de la pluralidad de instrumentos disponibles. Entre ellos, las herramientas y marcos de política, como los planes de acción nacionales[105]; la normativa, administración y sometimiento a la justicia, los incentivos de "diplomacia económica" y contratación pública; la necesidad de practicar con el ejemplo en su papel de sujetos económicos; la prestación de orientación (incluso a las pequeñas y medianas empresas); y/o la promoción de un diálogo multi-actor. En realidad, el *Plan de Acción sobre Derechos Humanos y Democracia 2020-2024* de la Unión Europea subraya, a esos fines, tanto la necesidad de impulsar el desarrollo de Planes Nacionales de Acción entre los Estados miembros y los Estados socios como el deseo de avanzar en la elaboración de estándares de debida diligencia y en *a comprehensive EU framework for the implementation of the Guiding Principles in order to enhance coordination and coherence of actions at EU level*[106]. El artículo 4.1 de la referida propuesta de Directiva de la UE apunta, en la misma dirección, que los Estados deben establecer normas para que las empresas lleven a cabo estrategias de debida diligencia que detecten los riesgos de potenciales amenazas para el ejercicio de los derechos humanos. Lo que no contempla la Directiva es la eventualidad de que una multinacional de armamento cometa violaciones cuyos riesgos no han sido detectados en sus planes de actuación. ¿Deberían, en este caso, los Estados de sede supervisar indirectamente esos programas de cumplimiento a la hora de conceder o denegar las autorizaciones de fabricación y/o exportación de armas? Por fortuna, como toda regla general tiene sus excepciones, últimamente se está produciendo un repunte de legislaciones nacionales que bien obligan a revelar los procesos de derechos humanos que se extienden a través de las operaciones y las cadenas de suministro de las empresas bien crean, en el contexto de la debida diligencia, una obligación de conocer, mostrar e informar sobre los riesgos de tales derechos en todas las actividades y cadenas de suministro de las sociedades. Entre las primeras destacan la *Ley de Transparencia en las Cadenas de Suminis-*

[105] Para una información más pormenorizada sobre los Estados que han adoptado, están adoptando o se han comprometido a desarrollar un Plan Nacional de Acción sobre Conducta Responsable, véase: *https://www.ohchr.org/en/special-procedures/wg-business/national-action-plans-business-and-human-rights*. La Conducta Empresarial Responsable, tal y como la definen las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, abarca la fiscalidad, la protección de los consumidores, el Derecho de la Competencia, la lucha contra la corrupción, las cuestiones medioambientales y los derechos humanos. La cobertura de los derechos humanos se basa en los PREDH.

[106] *Vid*. Comisión Europea y Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, *Derechos Humanos y Democracia en el centro de la Acción Exterior de la UE-Hacia un enfoque más eficaz (Comunicación conjunta)*, COM (2011) 886 Final, Bruselas, 12 de diciembre de 2011, Objetivo 3.5.a)

tro de California (2010)[107], la *Modern Slavery Act* (2015) del Reino Unido[108] y la *Modern Slavery Act* (2018) de Australia[109] y, entre las segundas, la *Ley del Deber de Vigilancia* francesa de 2017[110], la *Ley de Debida Diligencia sobre el Trabajo Infantil* de 2019 de los Países Bajos[111], su debatida *Ley sobre transparencia empresarial y su labor en materia de derechos humanos fundamentales y condiciones de trabajo dignas (Ley de Transparencia)*[112], la *Ley de la Cadena de Suministro* de 2021 de Alemania[113], o la Ley noruega relativa a *la transparencia de las empresas y su labor en materia de derechos humanos fundamentales y condiciones de trabajo dignas (Ley de Transparencia)* de 2021[114]. Esta evolución de la debida diligencia obligatoria empresarial se está reforzando asimismo mediante leyes penales y regímenes de sanciones que castigan a las multinacionales que causan, facilitan o se benefician de las violaciones de los derechos humanos y/o que prohíben la importación o exportación de productos a determinados países por su mala praxis. Algunos ejemplos son la *Ley de Reautorización de la Protección de las Víctimas de la Trata* de Estados Unidos[115], la *Ley de Finanzas Criminales* del Reino Unido[116] y la *Ley Magnitsky* de Estados Unidos de América[117]. Sea como fuere, la responsabilidad jurídica de las empresas es una responsabilidad mediatizada y condicionada. Mediatizada, porque son los Estados quienes deben exigirla en sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, y condicionada, porque esa responsabilidad también depende de que los Estados adopten efectivamente todas las acciones necesarias, incluyendo la adopción de medidas normativas y de otra índole[118]. Por su parte, el 23 de febrero de 2022, la Unión Europea (UE) aprobó la mencionada propuesta de *Directiva*

---

[107] *Vid*. *The California Transparency in Supply Chains Act*, *https://www.oag.ca.gov/SB657*

[108] *Vid*. Modern Slavery Act 2015, UK Public General Acts, 2015 c. 30, *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted*

[109] *Vid*. Modern Slavery Act 2018, Federal Register of Legislation, Australian Government, No. 153, 2018, *https://www.legislation.gov.au/Details/C2018A00153*

[110] *Vid*. Ley núm. 2017-399 de 27 de marzo de 2017, también conocida como "ley sobre el deber de vigilancia de las transnacionales", JORF núm. 0074 del 28 de marzo de2017, https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000034290626

[111] *Vid*. Wet van 24 oktober 2019 n. 401 houdende de invoering van een zorgplicht ter voorkoming van de levering van goederen en diensten die met behulp van kinderarbeid tot stand zijn gekomen (Wet zorgplicht kinderarbeid), Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden, 13 de noviembre de 2019, *https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.html*

[112] *Vid*. Su versión enmendada en: https://www.ropesgray.com/en/insights/alerts/2023/01/an-update-on-proposed-dutch-mandatory-human-rights-due-diligence-legislation-the-november-2022

[113] *Vid*. INITIATIVE LIEFERKETTENGESETZ, FAQ sobre la Ley de las cadenas de suministro de Alemania, 2021, *https://www.initiative-Lieferkettengesetz_FAQ-Espanol.pdf*

https://lieferkettengesetz.de/wp-content/uploads/2021/11/Initiative-Lieferkettengesetz_FAQ-Espanol.pdf

[114] *Vid*. *Act relating to enterprises' transparency and work on fundamental human rights and decent working conditions (Transparency Act), https://www.regjeringen.no/contentassets/c33c3faf340441faa7388331a735f9d9/transparency-act-english-translation.pdf*

[115] *Vid*. IMMIGRATION CENTER FOR WOMEN AND CHILDREN, "Acción diferida para los llegados en la infancia (DACA)", *https://www.es.icwclaw.org/ley-de-proteccion-a-victimas-de-la-trata-y-la-violencia*

[116] *Vid*. Criminal Finances Act 2017, UK Public General Acts, 2017 c. 22, *https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/22/contents/enacted*

[117] *Vid.* "Ley Global Magnitsky", *https://www.do.usembassy.gov/es/tag/ley-global-magnitsky/*

[118] *Vid*. SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., *op. cit*., pp. 136-140.

sobre Diligencia Debida de las Empresas en Materia de Sostenibilidad (por la que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937)[119], cuyos criterios inspiradores de validez internacional son, básicamente, el *Green Deal* (Pacto Verde Europeo aprobado por la Comisión) y los *Objetivos de Desarrollo Sostenible* de la ONU. La clave de este borrador, cuyas enmiendas[120] aceptó el Parlamento Europeo el 1

[119] *Vid.* Propuesta de Directiva al Parlamento Europeo y al Consejo sobre *Diligencia Debida de las Empresas en materia de Sostenibilidad*, *op. cit*. Entre los precedentes normativos de esta Directiva destaca la *Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa* (2020/2129 (INL). Parlamento Europeo.

[120] De las enmiendas aprobadas cabe destacar *inter alia*: i) con respecto al ámbito de aplicación, los criterios para su determinación se siguen basando en el número de empleados y en el volumen de negocios mundial neto de las empresas de la Unión Europea, así como en el volumen de negocios neto generado en territorio común en el caso de las empresas de fuera de la Unión. Sin embargo, en este sentido, las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo proponen modificar el ámbito de aplicación de la directiva sustancialmente, dado que establece que las nuevas obligaciones sean aplicables a las empresas de la Unión Europea con más de 250 empleados y con un volumen de negocios mundial neto superior a 40 millones de euros, de modo que si las sociedades no alcanzan dichos umbrales, la legitimada sea la sociedad matriz última de un grupo de 500 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 150 millones de euros. En cuanto a las empresas no europeas, se prevé que se incluya a aquéllas que tengan una facturación superior a los 150 millones de euros, con al menos 40 millones generados en la Unión Europea. Llegados a este punto, hay que recordar que la propuesta de la Comisión Europea incluía en su ámbito de aplicación únicamente a las empresas de 500 empleados de media y un volumen neto de negocios en todo el mundo de más de 150 millones de euros, o a las que, sin alcanzar los umbrales indicados, tuvieran 250 empleados de media, un volumen neto de negocios en todo el mundo de más de 40 millones de euros y, además, al menos el 50% de este volumen hubiese sido generado en uno o varios de los llamados sectores de gran impacto. Por lo que se refiere a las empresas de terceros países, se incluía a las que tuvieran un volumen de negocios en la Unión Europea superior a los umbrales indicados *supra*; ii) en línea con la posición del Consejo Europeo, hecha pública a finales de 2022, se ha introducido una disposición que permite cumplir algunas obligaciones de diligencia debida a nivel de grupo; iii) se ha eliminado el artículo 26 del texto propuesto por la Comisión Europea, que establecía la responsabilidad de los administradores de poner en marcha y supervisar las medidas de diligencia debida y, en particular, la política de diligencia debida, así como de adaptar la estrategia de la empresa de forma que tengan en cuenta los efectos adversos detectados. Por el momento se ha mantenido el artículo 25, que dispone la obligación de los administradores de tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones en materia de sostenibilidad; y se ha incluido una enmienda en el artículo 15.3 con la finalidad de establecer que los administradores sean responsables del control del deber de establecer un plan para garantizar que su modelo de negocio y su estrategia sean compatibles con la transición a una economía sostenible y con la limitación del calentamiento global a 1,5 °C en consonancia con el Acuerdo de París, así como de las restantes obligaciones establecidas en dicho artículo 15; iv) en cuanto a las medidas a aplicar, se establece la desvinculación como último recurso, esto es, se prevé que, para la prevención, la mitigación, la eliminación o la minimización de los efectos adversos, la terminación de las relaciones mercantiles con el socio comercial de la cadena de valor sea el último recurso, debiendo favorecer la continua colaboración de las partes. Expresamente se dispone que cuando una empresa valore la desvinculación como medida a aplicar debe analizar si su efecto puede ser superior al efecto adverso que la empresa pretende prevenir o mitigar (la llamada "desvinculación responsable"); v) como parte de las obligaciones de transparencia, también se considera la previsión de que las autoridades de control publiquen y actualicen periódicamente la lista de empresas sujetas a la directiva bajo su jurisdicción, con los enlaces para acceder, en su caso, a las declaraciones de diligencia debida de las empresas; vi) asimismo se detallan los criterios para la imposición de sanciones, debiendo tenerse en cuenta los esfuerzos de la empresa por aplicar medidas correctivas, las inversiones realizadas, la colaboración con otras entidades para hacer frente a los efectos adversos, la gravedad y duración de los efectos adversos que se han producido, las sanciones impuestas en otros Estados miembros, etc. El límite máximo de las sanciones pecuniarias no será inferior al 5 % del volumen de negocios mundial neto de la sociedad. *Vid*. "El Parlamento Europeo aprueba su posición sobre la Directiva de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad", 7 de junio de

de junio de 2023, reside en fomentar un comportamiento empresarial sostenible y responsable en todas las cadenas de suministro mundiales. De este modo, las empresas de la UE[121] tendrán que auditar a sus proveedores, a lo largo de toda la cadena de suministro global, incluyendo las relaciones comerciales directas e indirectas, lo que obviamente supone prevenir y mitigar los efectos adversos de sus operaciones en los derechos humanos[122]. Con el fin de sumarse a todas estas iniciativas internas e internacionales y, teniendo en cuenta que en España no existe, por el momento, ningún marco normativo orientado a regular de manera general y obligatoria la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos o ambiental ni, por ende, ninguna norma con rango de ley que regule específicamente las obligaciones de las empresas españolas, o con actividad en España, en materia de respeto de la normativa interna e internacional sobre derechos humanos y ambientales, y que establezca medidas para garantizar, en su caso, el derecho de las víctimas al acceso a la justicia y a la debida reparación, este país ha abierto últimamente una iniciativa sobre un futuro *Anteproyecto de Ley de Protección de los Derechos Humanos y la Sostenibilidad y de la Diligencia Debida de las Actividades Empresariales y Transnacionales* con el objetivo específico de: a) obligar a las empresas españolas a respetar los derechos humanos y medioambientales en las actividades desarrolladas a lo largo de sus cadenas globales de valor; y b) garantizar a las víctimas de abusos empresariales el acceso a la justicia ante los tribunales españoles, independientemente del lugar donde se haya cometido la vulneración, eliminando los obstáculos al ejercicio adecuado de este derecho[123].

4. REFLEXIONES FINALES

Desde la óptica *Empresa y Derechos Humanos* (*Business & Human Rights*, BHR), los Estados y las empresas tienen actualmente competencias separadas pero adicionales en materia de derechos humanos, a la luz del vigente *corpus* jurídico internacional. Por consiguiente, mientras los Estados deben

2023, *https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/parlamento-europeo-aprueba-posicion-directiva-diligencia-debida-empresas-materia*

[121] Esto es, todas las empresas europeas y las organizaciones de otros Estados que actúen en la UE con 500 empleados o más y con un volumen de negocios neto de, al menos, 150 millones de euros. Esto afecta a unas 9.400 empresas. En el caso de los sectores de alto riesgo, los requisitos de la Directiva son exigibles a las empresas con, al menos, 250 empleados y un volumen de negocios de 40 millones de euros. Las personas jurídicas que, en concreto, están cubiertas por la norma son las sociedades anónimas, las sociedades comanditarias por acciones, las sociedades de responsabilidad limitada, las sociedades financieras reguladas y las compañías de seguros.

[122] *Vid*. IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel., "La implementación de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos por la Unión Europea y sus Estados miembros", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, 2019, núm. 1, pp. 279-281.

[123] *Vid.* Consulta Pública previa al Anteproyecto de Ley de Protección de los Derechos Humanos, de la Sostenibilidad y de la Diligencia Debida en las Actividades Empresariales Transnacionales, *https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/participacion.htm*; FERNÁNDEZ LIESA, Carlos, "La debida diligencia de las empresas y los Derechos humanos: Hacia una ley española", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, 2022, núm. 2, pp. 427-455.

proteger esos derechos, las multinacionales tienen que respetarlos, quedando ambos conminados, Estados y sociedades, a garantizar a sus titulares (víctimas) el acceso a un recurso efectivo. La desviación y tráfico ilícito de armas (incluidas las municiones, componentes y piezas) cuya utilización, actual o futura, impacta negativamente en el ejercicio de los derechos humanos y, en particular, en los derechos a la vida e integridad personal, reclama una mayor concienciación estatal y empresarial sobre el valor de esos derechos y una atención normativa creciente que, a nivel internacional e interno, fortalezca legalmente la debida diligencia de las empresas de armamento en materia de derechos humanos en el entorno de todas sus actividades territoriales y extraterritoriales. En el marco de ese *desiderátum* y a la espera de que finalmente nazca un nuevo *Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos* y/o se concrete, en el marco de la UE, la *Directiva sobre Diligencia Debida de las Empresas en Materia de Sostenibilidad*[124], las expectativas se centran, a corto plazo, en los respectivos Derechos nacionales[125], esto es, en la concreción por parte de los Estados de *un sistema completo y adecuado de responsabilidad legal* corporativa (artículo 8.1 del *Proyecto de Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos*), toda vez el deber estatal de proteger esos derechos en virtud del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, más concretamente, con arreglo a los tratados internacionales pertinentes. Entre ellos, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que, como es sabido, es un tratado que, hasta la fecha, ha recibido más ratificaciones que la propia Carta de las Naciones Unidas. En este escenario, el principio *pro homine* permite buscar alternativas jurídicas que compensen, por un lado, la llegada tardía de una normativa internacional obligatoria que regule las obligaciones empresariales en materia de derechos humanos (pensemos, por ejemplo, que han transcurrido casi diez años desde que el Consejo de Derechos Humanos lanzó en 2014 el mandato de elaborar un instrumento internacional jurídicamente vinculante a esos efectos) y, por otro, para evitar que, al compás de esa espera, las empresas de armamento se consoliden como foros de impunidad en materia de derechos humanos, al menos desde una perspectiva internacional. Efectivamente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no exige hoy a los Estados, en el marco de su debida diligencia, que regulen la actividad extraterritorial de las empresas armamentistas domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción. Esa falta de legislación estatal, que no conlleva el incumplimiento de ninguna obligación jurídica internacional en vigor para el Estado ni, por ende, su responsabilidad, sí repercute, sin embargo, en los planes de control de las empresas que,

[124] Cuyo contenido deberá ser transpuesto en los respectivos derechos internos de los Estados miembros de la Unión Europea.

[125] *Vid*. MACCHI, Chiara, "A Treaty on Business and Human Rights: Problems and Prospects", en CERNIC, Jernej Letnar, CARRILLO-SANTARELL, Nicolás, (eds.), *The Future of Business and Human Rights*. *Theoretical and Practical Considerations for UN Treaty*, Intersentia, Cambridge, Antwerp y Portland, 2018, pp. 63-85.

movidas fundamentalmente por sus intereses económicos, pueden obviar su deber autónomo de abordar los impactos de sus operaciones, relaciones comerciales, servicios y productos sobre los derechos humanos más allá de sus "esferas de influencia". Si la *conditio sine qua non* para la fabricación y venta de armamento es, por lo general, la obtención de una previa autorización o permiso del Estado de origen y ese Estado no contempla ni propone medidas para prevenir que las sociedades registradas en su territorio y/o bajo su jurisdicción cometan violaciones y abusos en el extranjero, no es sencillo imaginar que, en la práctica, esas entidades vayan a asumir *motu propio* la tarea de autogestionarse por defecto y, más aún, teniendo en cuenta que no existe una norma internacional de naturaleza vinculante que, afectándoles, así lo prevea. Constituye un lugar común que, más allá de su propia ética, la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos se fundamenta, por ahora, en reglas de *soft-law* que carecen por sí mismas de fuerza jurídica obligatoria, si bien no hay que olvidar que esas normas pueden viajar hacia disposiciones de *hard-law* mediante el cumplimiento voluntario de sus destinatarios y/o a través de su recepción en normas de naturaleza preceptiva. En definitiva, sobre la base de las ideas anteriores, entendemos que para que una empresa de armamento, autorizada por el Estado de origen a fabricar y vender sus armas, pueda ser responsable de los delitos, reales o potenciales, cometidos con ellas también en el extranjero, es necesario: *primo*, que se colme la laguna existente en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con respecto a la debida diligencia estatal, de modo que dicha obligación incluya el deber de los Estados de regular con carácter normativo la actividad territorial y extraterritorial de las empresas de armamento domiciliadas en su territorio y/o bajo su jurisdicción. El objetivo es que los Estados adopten y exijan a las compañías armamentistas el cumplimiento de obligaciones internacionales directas en materia de derechos humanos; *secundo*, que sobre la base anterior y en honor a su función complementaria pero independiente de la de los Estados, las compañías de armamento respondan a su debida diligencia en materia de derechos humanos, dibujando planes de actuación integrales que contemplen especialmente el seguimiento (también *offshore*) de sus actividades comerciales; *tertio*, que al amparo de su Derecho interno, los Estados de origen de las sociedades de armamento denieguen su autorización para fabricar y vender armas a las personas jurídicas que no se impliquen en el control de sus operaciones *ad intra* y *ad extra*. En este sentido, una mayor concienciación legislativa nacional y regional (como la de la Unión Europea) es la que, a la postre, puede impulsar la adopción del esperado *Tratado sobre Empresas y Derechos Humanos* para, desde esta órbita internacional, obligar a su vez a los Estados Partes a involucrarse de manera uniforme en la consolidación de la necesaria debida diligencia empresarial; *cuartus*, que en el marco de su responsabilidad *ad intra*, las personas jurídicas puedan incurrir en responsabilidad penal o en un régimen de efectos "equivalente", a la luz del Derecho interno

de los Estados, sabiendo que las tradiciones jurídicas estatales no siempre aceptan la exigencia de consecuencias penales[126]; y/o *quintus* que, en la línea anterior, las operaciones comerciales emprendidas por las empresas armamentistas, también fuera del Estado de origen, de las que se deriven o puedan derivarse efectos nocivos para los derechos humanos, sean tipificadas en los Códigos Penales nacionales para que puedan ser perseguidas y sancionadas. Por consiguiente, conociendo que el deber de debida diligencia es una obligación de comportamiento, las transnacionales de armamento no incumplirían esa obligación y, por tanto, no incurrirían en responsabilidad interna, si pudiesen demostrar que actuaron de tal modo (incluyendo los supuestos en los que se hubieran producido daños). Sin embargo, la situación no sería la misma si, faltando a su debida diligencia, esas compañías cometiesen un ilícito tipificado de manera independiente. Por ejemplo, si las corporaciones de armamento obtuviesen el permiso o autorización estatal para fabricar y vender sus armas sobre la base de informaciones falsas o si eludieran una prohibición de exportación de rango superior, como es el caso de los embargos decretados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En estos supuestos, las multinacionales armamentistas no actuarían de conformidad con el principio *pacta sunt servanda* sino de mala fe (con sentido delictivo). En resumidas cuentas, con el ánimo de endurecer el ámbito de la responsabilidad empresarial en materia de derechos humanos, lo que quizá convenga hacer, apelando a *Alice Walker*, es observar más de cerca el presente que estamos construyendo si queremos que se parezca al futuro con el que soñamos.

V. ANEXOS

5.1. Cuadro 1. Algunas de las principales empresas de armamento

EMPRESA	NACIONALIDAD	ACTIVIDAD PRINCIPAL
Lockheed Martin	Estados Unidos de América (EE.UU.)	Aviones de guerra, misiles, helicópteros, tecnología espacial
Boeing	EE.UU.	Aviones de combate
Raytheon	EE.UU.	Misiles
Northrop	EE.UU.	Aviones de guerra
General Dynamics	EE.UU.	Aeronaves y tanques
L-3 Communications	EE.UU.	Sistemas de vigilancia y de comunicación

[126] *Vid*. SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., *op. cit*., p. 156.

EMPRESA	NACIONALIDAD	ACTIVIDAD PRINCIPAL
Bae Systems	Reino Unido	Aviones, buques de guerra y municiones
Leonardo	Italia	Helicópteros
Navantia	España	Buques de guerra
Algunas empresas privadas que fabrican armas ligeras y municiones en España		
Instalaza	Situada en Zaragoza (España), esta fábrica produce armas de infantería de un solo uso, bombas y granadas y dispositivos de visión nocturna	
Maxam	Ubicada en Madrid (España), *Maxam* produce todo tipo de explosivos	
Santa Bárbara	*Santa Bárbara* (Alcalá de Guadaira, Sevilla, España) está integrada en el Grupo Europeo de Sistemas Terrestres de la empresa estadounidense *General Dynamics* y fabrica fusiles de asalto, de cañón ligero, lanzadores automáticos de granadas, municiones, ametralladoras, misiles antiaéreos, lanzacohetes y torretas con artillería para carros de combate y vehículos blindados	
MBBDA	*MBBDA* (Madrid, España) produce fundamentalmente misiles	
Sapa Placencia	Recuperada por capital español en 1935, *Sapa Placencia* produce artillería pesada, antiaérea y armas ligeras	
Oto Melara Ibérica	Filial de la sociedad italiana *Oto Melara*, actual *Finmeccanica Defence Systems Division*, su especialidad son los vehículos blindados, las torretas y los cañones.	
Rafael Advanced Defense Systems	Compañía israelí instalada en España en 2010 con la compra de *PAP Tecnos*, esta empresa fabrica misiles anticarros y vehículos	
Expal	Actualmente alemana, *Expal* tiene tres factorías: 1) la fábrica de Javalí Viejo (Murcia, España) que proporciona propulsantes; 2) la de Trubia (Asturias, España) que facilita componentes metálicos (como la vaina o el propio proyectil); y 3) la fábrica de Paramo de Masa (Burgos, España) que hace la integración completa de la munición de 155 mm.	
Fábrica de Armas de Palencia	Adquirida por la empresa noruega *Nammo*, la *Fábrica de Armas de Palencia* es especialista en calibres pequeños y medios, en particular, en la munición de fusil y ametralladora ligera de 5,56 mm que utilizan los fusiles de asalto HK-36 y 416 y las ametralladoras Minimi y HK-MG4.	

EMPRESA	NACIONALIDAD	ACTIVIDAD PRINCIPAL
Fábrica de Municiones de Granada (FMG)	Esta factoría actualmente eslovaca produce cargas especiales explosivas y munición de 105 mm, en concreto, munición perforante de blindaje estabilizada por aletas y con casquillo desechable.	

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por el Instituto Internacional de Estudios para la Paz de Estocolmo (SIPRI) y las Direcciones URL: *https://www.elplural.com/economia/principales-fabricantes-armas-espana-defensa_203024102; https://www.infodefensa.com/texto-diario/mostrar/4480816/tres-empresas-vendidas-paises-europeos-fabrican-espana-bien-buscado-municion*

5.2. Cuadro 2. Principales modos de conversión de las armas legales en ilegales

DE LEGAL A ILEGAL	• Reventa ilegal • Robo del cargamento • Falsificación de la documentación. Por ejemplo, de los certificados de destino final • Soborno a funcionarios de aduanas
CONVERSIÓN	✓ Reactivación de armas inutilizadas
DARKWEB y **CORREO ORDINARIO**	o Oferta de armas en páginas de la *dark web* y posterior envío mediante paquetería ordinaria

Fuente: Elaboración propia a partir del estudio de ALMARAZ SÁNCHEZ, S.I., "Tráfico de armas pequeñas y ligeras: el coste de subestimar la amenaza", *Documento de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, 88/2022, pp. 16-17.

5.3. Cuadro 3. Desvío de armas en las etapas de la cadena de suministro

Las cinco etapas principales de la "cadena de suministro" en las que se puede producir un desvío de armas son:
- o Durante la fabricación
- o Antes de la transferencia (punto de embarque)
- o Durante la transferencia (en tránsito hacia el usuario final autorizado)
- o Durante el almacenamiento después de la entrega (seguridad física y gestión de las existencias)[127]
- o Durante el uso final o la eliminación.

Fuente: Grupo de Trabajo sobre Armas de Fuego. Documento de antecedentes preparado por la Secretaría, *Prevención y lucha contra la fabricación y el tráfico ilícitos de municiones*, CTOC/COP/WG.6/2022/2, de 25 de febrero de 2022, párs. 8 a 13, pp. 1 a 3.

[127] El desvío durante la transferencia y el almacenamiento después de la entrega incluye la retransferencia de las armas a un tercero no autorizado si el exportador original impuso restricciones

5.4. Cuadro 4. Categorías principales de importantes armas convencionales[128]

INSTRUMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL	CATEGORÍAS DE ARMAS CONVENCIONALES
Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas[129]	✓ Carros de combate ✓ Vehículos blindados de combate ✓ Sistemas de artillería de gran calibre ✓ Aviones de combate y vehículos aéreos de combate no tripulados ✓ Helicópteros de ataque ✓ Buques de guerra ✓ Misiles ✓ Lanzamisiles

a esa retransferencia y el Estado que pretende hacerla no las respeta. Por ejemplo, tal sería el caso de un Estado que importa armas con la condición de que sólo puedan ser utilizadas por sus fuerzas armadas, pero posteriormente transfiere esas armas a otro Estado; o el supuesto de que un Estado importador comprometido a utilizar las armas para un determinado uso final, cambie el uso final sin la autorización del Estado exportador original. Por lo tanto, el desvío también incluye los casos en que un Estado importa armas para el uso exclusivo de sus fuerzas armadas, pero las transfiere posteriormente a grupos comunitarios que oficialmente no forman parte de esas fuerzas armadas. *Vid*. Organización de las Naciones Unidas (ONU): Consejo de Derechos Humanos, 3 mayo 2017, A/HRC/35/8, *https://www.refworld.org/es/ref/infortem/unhrc/2017/es/116961*, p. 4.

[128] Las armas convencionales incluyen: las granadas de mano y las minas antipersonal y minas antivehículo manualmente emplazadas; las armas destinadas al mantenimiento del orden que disparan municiones letales y, por ejemplo, los lanzadores antidisturbios y municiones conexas de toda índole, incluidas las bombas de gases lacrimógenos y los proyectiles impulsados mediante cartuchos, las armas de impacto cinético, las armas de electrochoque mediante proyectiles, las armas de energía dirigida, los perdigones y balines disparados con escopeta y los cañones de agua y demás vehículos antidisturbios; y otros tipos de medios de guerra convencionales, tales como los lanzallamas, las armas de energía dirigida y las bayonetas. Las armas no convencionales son aquellas cuya transferencia está prohibida en virtud del Tratado de 1968 sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares, la Convención de 1972 sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción y el Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Toxínicas y sobre su Destrucción, la Convención de 1992 sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas, y sobre su Destrucción y el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares de 2017.

[129] El Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas se estableció en 1991 como una medida fundamental para fomentar la confianza entre los Estados. Ha recibido más de 170 informes de gobiernos, donde se incluye información sobre transferencias (importaciones y exportaciones) de armas bajo siete categorías principales de armas convencionales, y los países pueden además informar sobre las armas pequeñas y ligeras. Los Estados han decidido seguir trabajando para ampliar el alcance del registro y han deliberado sobre diversas opciones a través de los Grupos de Expertos Gubernamentales. Estos grupos se reúnen cada tres años y presentan informes a la Asamblea General. Los Estados también pueden compartir información sobre la legislación nacional relativa a la exportación de armas y sobre otras políticas en las que se basan las decisiones de exportación. *Vid*. UNITED NATIONS REGI*STER OF CONVENTIONAL ARMS, "Categories of major conventional arms", https://www.unroca.org/categories y NACIONE*S UNIDAS. OFICINA DE ASUNTOS DE DESARME, "Registro de Armas Convencionales de las Naciones Unidas", https://disarmament.unoda.org/es/armas-convencionales/registro-de-armas-convencionales-de-las-naciones-unidas/

INSTRUMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL	CATEGORÍAS DE ARMAS CONVENCIONALES
Tratado sobre el Comercio de Armas (2013) (artículo 2, párrafo 1)[130]	Añade: ✓ Armas pequeñas ✓ Armas ligeras Las armas pequeñas y las armas ligeras son la categoría de armas que más se utilizan en las violaciones de derechos humanos en general[131]. Su mera presencia en el hogar o en la comunidad y/o la amenaza explícita o implícita de su uso pueden ser suficientes para que tengan un impacto grave en los derechos humanos[132]. Según la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), entre las armas ligeras y pequeñas destacan las armas portátiles para uso individual o colectivo: fusiles de asalto, carabinas, pistolas, revólveres, pistolas ametralladoras, ametralladoras ligeras y pesadas, obuses, morteros de menos de 100 mm de calibre, lanzacohetes, defensas antitanque y antiaéreas portátiles.

Fuente: Elaboración propia.
MUNICIONES: *https://www.infodefensa.com/texto-diario/mostrar/4480816/tres-empresas-vendidas-paises-europeos-fabrican-espana-bien-buscado-municion*

[130] El texto del Tratado se puede consultar en BOE, núm. 163, de 9 de julio de 2013, pp. 50849 a 50860.

[131] En efecto, las armas pequeñas y ligeras son las que más se emplean para delinquir, son las que causan un mayor porcentaje de muertes (unas 200.000 al año, según la ONU), son las que ocupan la mayoría del volumen del mercado ilícito y son las más difíciles de rastrear y controlar. *Vid*. ALMARAZ SÁNCHEZ, Sergio Iñigo, "Tráfico de armas pequeñas y ligeras: el coste de subestimar la amenaza", *Documento de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos (IEEE)*, vol. 88, 2022, p. 3; ONU. "El uso de las armas pequeñas y ligeras causa 200.000 muertes al año", *Noticias ONU,* febrero de 2020, *https://news.un.org/es/story/2020/02/1469152*. Toda vez que tanto las organizaciones criminales (en adelante OC) como los delincuentes se nutren de este tráfico como medio para actuar, el combate contra este mercado supone asestar un golpe a la operatividad criminal. *Vid*. SAVONA, Ernesto y MANCUSO, Marina (eds.), *Fighting Illicit Firearms Trafficking Routes and Actors at European Level. Final Report of Project FIRE, Transcrime*. Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, 2017, *https://www.transcrime.it/wp-content/uploads/2017/03/FIREFinalReport.pdf*

[132] *Vid*. Organización de las Naciones Unidas (ONU): Consejo de Derechos Humanos, 3 mayo 2017, A/HRC/35/8, *op. cit.,* pár. 14, p. 6; PORRAS DELGADO, Francisco, "El tráfico ilícito de armas de fuego pequeñas y ligeras", *Cuadernos de Estrategia*, núm. 169, 2014, pp. 193-214.

5.5. Cuadro 5. Algunas iniciativas normativas sobre armas de fuego y otras armas convencionales

INSTRUMENTOS JURÍDICAMENTE VINCULANTES RELATIVOS AL CONTROL DE LA DELINCUENCIA

- ✓ **Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (UNTOC)**
  - o Fecha de adopción:15 de noviembre de 2000;
  - o Fecha de entrada en vigor: 29 de septiembre de 2003
  - o Nº Estados Partes [a 26 de mayo de 2023: **191 Estados Partes**]
- ✓ **Protocolo sobre Armas de Fuego** (Protocolo complementario a la UNTOC contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones)
  - o Fecha de adopción: 8 de junio de 2000
  - o Fecha de entrada en vigor: 3 de julio de 2005
  - o Nº Estados Partes [a 26 de mayo de 2023: **122 Estados Partes**]

INSTRUMENTOS JURÍDICAMENTE NO VINCULANTES[133] SOBRE DESARME

- ✓ **Programa de Acción de las Naciones Unidas para Prevenir, Combatir y Eliminar el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras** (2001) (Programa de Acción, POA)
  - o Fecha de adopción: 20 de julio de 2001
  - o Fecha de entrada en vigor: n/a
- ✓ **Instrumento Internacional de Rastreo o Localización**[134]
  - o Fecha de adopción: 8 de diciembre de 2005
  - o Fecha de entrada en vigor: n/a

INSTRUMENTO JURÍDICAMENTE VINCULANTE RELATIVO A LA REGLAMENTACIÓN DEL COMERCIO

- ✓ **Tratado sobre el Comercio de Armas (TCA)**[135]
  - o Fecha de adopción: 2 de abril de 2013
  - o Fecha de entrada en vigor: 24 de diciembre de 2014
  - o Nº de Estados Partes [a 26 de mayo de 2023]: **81 Estados Partes**

OTRAS INICIATIVAS NORMATIVAS

- ✓ **Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas**
  - o Resolución 2370 (2017), sobre la prevención de la adquisición de armas por terroristas
  - o Resolución 1373 (2001) sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacionales causadas por actos terroristas

[133] Estos instrumentos no establecen obligaciones legales, sino que se basan en el cumplimiento voluntario y requieren un compromiso político.

[134] *Vid*. *Proyecto de instrumento internacional que permita a los Estados identificar y rastrear, de forma oportuna y fidedigna, las armas pequeñas y ligeras ilícitas*, *https://www.un.org/spanish/events/smallarms2006/international_instrument.html*

[135] *Vid*. SANDOVAL ROJAS, Oscar, "Un tratado sobre comercio de armas para frenar la proliferación mundial de armamento", Agenda Internacional, Año XV, 2008, núm. 26, pp. 131-156.

- ✓ **Asamblea General de las Naciones Unidas**
  - o Informes del Secretario General de la ONU a la Asamblea General sobre armas pequeñas [desde 2009-hasta la fecha]
- ✓ **Conferencia de Desarme** (1979): «único foro multilateral de negociación sobre desarme de la comunidad internacional»[136].

MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DE CARÁCTER REGIONAL SOBRE ARMAS DE FUEGO Y OTRAS ARMAS CONVENCIONALES

- ✓ **Arreglo de Wassenaar** sobre el Control de las Exportaciones de Armas Convencionales y Productos y Tecnologías Duales (Arreglo de Wassenaar) (1995)

África

- ✓ **Declaración de Bamako** relativa a una posición africana común sobre la proliferación, la circulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras (2000);
- ✓ **Convención de la CEDEAO**. Convención sobre las armas pequeñas y las armas ligeras, sus municiones y otros materiales conexos (2009)[137]
  - o Fecha de adopción: 14 de junio de 2006
  - o Fecha de entrada en vigor: 29 de septiembre de 2009
- ✓ **Protocolo de la SADC**. El Protocolo sobre el control de las armas de fuego, las municiones y otros materiales relacionados en la región de la Comunidad para el Desarrollo del África Austral (Protocolo de la SADC)
  - o Fecha de adopción: 4 de agosto de 2001
  - o Fecha de entrada en vigor: 8 de noviembre de 2004
- ✓ **Protocolo de Nairobi**. El Protocolo de Nairobi para la prevención, el control y la reducción de las armas pequeñas y ligeras en la región de los Grandes Lagos y el Cuerno de África (Protocolo de Nairobi)
  - o Fecha de adopción: 21 de abril de 2004
  - o Fecha de entrada en vigor: 5 de mayo de 2005
- ✓ **Convención de Kinshasa**. La Convención Centroafricana para el Control de las Armas Pequeñas y las Armas Ligeras, sus Municiones y todas las piezas y componentes que puedan utilizarse para su fabricación, reparación y ensamblaje es un instrumento subregional jurídicamente vinculante que abarca la Comunidad Económica de los Estados del África Central (CEEAC)
  - o Fecha de adopción: 2010
  - o Fecha de entrada en vigor: 8 de marzo de 2017

[136] La Conferencia de Desarme se constituyó en 1979 como el «único foro multilateral de negociación sobre desarme de la comunidad internacional», tras el acuerdo alcanzado entre los Estados miembros durante la primera sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas dedicada al desarme.

[137] Sus orígenes están vinculados a la Moratoria sobre la importación, exportación y fabricación de armas ligeras en África Occidental de 1998, limitada en el tiempo y en el compromiso político. El proceso de transformación de la Moratoria en un documento jurídicamente vinculante fue el resultado de los esfuerzos conjuntos de la sociedad civil, las instituciones nacionales y varios actores externos, entre ellos la Unión Europea, Canadá y Suiza. *Vid*. BERKOL, I., "The ECOWAS Convention on Small Arms and Light Weapons: Analysis and recommendations for an action plan", *GRIP*, 2007, *https://archive.grip.org/en/siteweb*/dev_41400cbe.asp.html

América

- ✓ **Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados** (CIFTA)[138]
  - o Fecha de adopción: 4 de noviembre de 1997
  - o Fecha de entrada en vigor: 1 de julio de 1998
- ✓ **Segunda Convención Interamericana sobre Transparencia en las Adquisiciones de Armas Convencionales**, en vigor en 2002, y **Reglamentos Modelo** para detallar y desarrollar más las disposiciones contenidas en la Convención:
  - o Reglamento modelo para el control del tráfico internacional de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones (2003);
  - o Enmiendas a la Reglamentación Modelo para el Control del Movimiento Internacional de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones: Reglamento de Corredores de Seguros (2003);
  - o Directrices para el control y la seguridad de los sistemas portátiles de defensa aérea (MANPADS) (2005);
  - o Ley Modelo sobre Marcación y Rastreo de Armas de Fuego (2007);
  - o Propuesta de Ley Modelo y Comentarios sobre el fortalecimiento de los controles en los puntos de exportación de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (2008);
  - o Proyecto de ley modelo y comentarios sobre las medidas legislativas para tipificar los delitos en relación con la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados (2008);
  - o Legislación modelo y comentarios en relación con el decomiso y la confiscación de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados.
  - o Normas de la Organización de los Estados Americanos sobre Marcaje y Registro de Armas de Fuego con el fin de formular recomendaciones no vinculantes para la aplicación de las disposiciones pertinentes de la Convención

INSTRUMENTOS SUBREGIONALES

- ✓ **Comunidad Andina de Naciones**
  - o Carta Andina para la Paz y la Seguridad y el Control de los Gastos Destinados a la en Defensa Exterior (**Compromiso de Lima**) (2002), jurídicamente vinculante;
  - o **Decisión 552 de la Comunidad Andina** que contiene el Plan Andino para la prevención, combate y erradicación del tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras en todos sus aspectos (2003)
- ✓ **Comunidad Común del Caribe (CARICOM)**
  - o Declaración política de la CARICOM sobre Armas Pequeñas y Ligeras (2011).
- ✓ **Mercado Común del Sur (MERCOSUR)**: varias Decisiones del Consejo. La Decisión de 2004 tiene carácter jurídicamente vinculante:

[138] Se trata del primer instrumento regional jurídicamente vinculante que se centra explícitamente en la regulación de las APAL y sirvió de modelo para la elaboración y adopción del Protocolo sobre armas de fuego.

- o Declaración Presidencial del Cono Sur sobre el Combate contra la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones y Materiales Relacionados (1998);
- o Decisión No. 7/98 del Consejo del Mercado Común (CMC): Mecanismo Conjunto de Registro de Compradores y Vendedores de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados para el MERCOSUR (1998);
- o Decisión CMC No. 15/04: Memorando de Entendimiento para el Intercambio de Información sobre la Fabricación y el Tráfico Ilícito de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y Otros Materiales Relacionados.

✓ **Sistema de la Integración Centroamericana (SICA)**

- o Código de Conducta de los Estados Centroamericanos sobre la Transferencia de Armas, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados (2005)

Estados Árabes

✓ **Consejo de Ministros del Interior Árabes**

- o Ley Modelo árabe sobre armas, municiones, explosivos y materiales peligrosos (2002). La Liga de los Estados Árabes también adoptó el 4 de marzo de 2006 la Resolución 6625 del Consejo Ministerial sobre la coordinación árabe en la lucha contra el tráfico ilícito de armas pequeñas y ligeras

Asia y el Pacífico

✓ **Conferencia de Jefes de Policía del Pacífico Sur** (Nadi, Fiji, 2000)

- o Proyecto de Marco Jurídico para un Enfoque Común del Control de Armas (Marco de Nadi), que fue aprobado por el Comité de Seguridad Regional del Foro

Europa

✓ **Unión Europea**

- o Estrategia de la UE contra la acumulación y el tráfico ilícitos de armas pequeñas y ligeras y de sus municiones (2005) constituye una base para la dimensión exterior de la política de seguridad de la UE
- o Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los elementos de una estrategia de la UE contra las armas de fuego, las armas ligeras y de pequeño calibre y sus municiones «Proteger las armas y proteger a los ciudadanos» (2018)
- o Directiva 91/477/CEE sobre el control de la adquisición y tenencia de armas, modificada en 2008 y 2017
- o Reglamento 258/2012 por el que se aplica el artículo 10 del Protocolo de las Naciones Unidas sobre armas de fuego
- o Reglamento de aplicación 2015/2403 de la Comisión: establece directrices comunes sobre normas y técnicas de desactivación para garantizar que las armas de fuego desactivadas se vuelvan irreversiblemente inutilizables, así como dos Posiciones Comunes del Consejo sobre la definición de normas comunes que regulen el control de las exportaciones de tecnología y equipos militares y del corretaje de armas

✓ **Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE)**

- o Documento de la OSCE sobre armas pequeñas y ligeras (2000): contiene normas, principios y medidas concretos, y representan un compromiso de los Estados participantes de reducir la proliferación excesiva y la acumulación desestabilizadora de armas pequeñas y ligeras.

o Documento de la OSCE sobre Existencias de Munición Convencional (2003): adoptado para hacer frente a los riesgos para la seguridad de las «existencias de munición, material explosivo y detonadores convencionales de carácter excedentario y/o pendientes de destrucción en el área de la OSCE».

Fuente: Elaboración propia a partir de: Oficina de las Naciones Unidas contra la Delincuencia y el Delito (UNODC), *Armas de Fuego 5. Marco Jurídico Internacional relativo a las Armas de Fuego*, Naciones Unidas, Viena, 2020.

5.6. Cuadro 6. Algunas iniciativas legales sobre municiones, piezas y componentes

- **Protocolo contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, sus Piezas y Componentes y Municiones (2001)**[139], que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo sobre Armas de Fuego), artículo 4, párr. 1;
- **Tratado sobre el Comercio de Armas (2013)**[140], artículo 3 (Municiones) y artículo 4 (Partes y Componentes);
- **Convención de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental sobre las Armas Pequeñas y las Armas Ligeras, sus Municiones y otros Materiales Conexos (2006)**[141];
- **Convención de África Central para el Control de las Armas Pequeñas y las Armas Ligeras, sus Municiones y todas las Piezas y Componentes que Puedan Servir para su Fabricación, Reparación y Ensamblaje (2010);**
- **Protocolo sobre el Control de las Armas de Fuego, las Municiones y otros Materiales relacionados en la Región de la Comunidad del África Meridional para el Desarrollo**;
- **Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos y otros Materiales Relacionados (1997)**[142].

Fuente: Elaboración propia

[139] *Vid*. BOE, núm. 71, de 23 de marzo de 2007, pp. 12645 a 12650.

[140] *Vid*. BOE, núm. 163, de 9 de julio de 2013, pp. 50849 a 50860. Para un comentario detallado sobre este tratado, se pueden consultar los trabajos de ALCALDE VILLACAMPA, Javier, "El Tratado sobre Comercio de Armas….un poco más cerca?", *Análisis del Real Instituto Elcano* (ARI), núm. 122, 2006, pp. 1-6; ARMADANS, Jordi, "El Tratado sobre Comercio de Armas (TCA) ya es una realidad", *Tiempo de Paz*, núm. 108, 2013, pp. 56-60; Comité Internacional de la Cruz Roja, *Tratado sobre Comercio de Armas 2013*, marzo 2021, 5 pp.; RUBIO DAMIÁN, Francisco, "Tratado sobre Comercio de Armas", *Revista Ejército*, nº 869, septiembre 2013, pp. 32-39; SANDOVAL ROJAS, Oscar, "Un Tratado sobre Comercio de Armas para frenar la proliferación mundial de armamento", *Agenda Internacional*, vol. 15, nº 26, 2008, pp. 131-156; GONZÁLEZ ALONSO, Luis Norberto, "El apoyo de la Unión Europea al Tratado sobre Comercio de Armas. Una apuesta concreta por el multilateralismo eficaz", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 22, 2010.

[141] *Vid*. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Tráfico Ilícito de Armas Pequeñas y Ligeras en Todos sus Aspectos, Nueva York, 9 a 20 de julio de 2001 (A/CONF.192/15 y Corr.1).

[142] *Vid*. *CIFTA: Convención Interamericana contra la Fabricación y el Tráfico Ilícitos de Armas de Fuego, Municiones, Explosivos, y Otros Materiales Relacionados*, *https://www.oas.org/es/sms/dps/prog-cifta.asp*

ANÁLISIS Y REFLEXIONES SOBRE LA ¿RESOLUCIÓN? DE LA CONTROVERSIA SOBRE EL ESTATUS Y EL USO DE LAS AGUAS DEL SILALA POR LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

ANALYSIS AND REFLECTIONS ON THE RESOLUTION(?) OF THE DISPUTE OVER THE STATUS AND USE OF THE SILALA WATERS BY THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Laura Movilla Pateiro*

Resumen: Este artículo ofrece un análisis de la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso sobre el estatus y el uso de las aguas del Silala entre Chile y Bolivia. Se examinan los antecedentes de la controversia y la contribución de la sentencia al derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales, incluyendo el tratamiento que hace del concepto de curso de agua internacional y de las particularidades del Silala, y la clarificación —por primera vez— del estatus de las obligaciones de notificación y consulta. Se analiza también la argumentación seguida por la Corte para declarar sin objeto buena parte de las peticiones de las Partes como consecuencia de la consideración de que se había producido una convergencia entre sus posiciones, cuestiones que podrían echarse en falta en la sentencia, así como su contribución a la articulación práctica de la intervención de los expertos de las Partes en controversias con un importante contenido científico y técnico.

Palabras clave: derecho de los cursos de agua internacionales, Silala, derecho internacional consuetudinario, Corte Internacional de Justicia, expertos, peticiones sin objeto

Abstract: This article provides an analysis of the decision of the International Court of Justice in the case concerning the status and use of the waters of the Silala between Chile and Bolivia. It examines the background of the dispute and the contribution of the judgment to the customary law of international watercourses, including its treatment of the concept of international watercourse and the particularities of the Silala, and the clarification — for the first time — of the status of the notification and consultation obligations. It also analyses the argumentation followed by the Court in declaring a good part of the Parties' petitions without object as a consequence of the consideration that there was a convergence between their positions, issues that could have been overlooked in the judgment, as well as its contribution to the practical articulation of the intervention of the Parties' experts in disputes with an important scientific and technical content.

Keywords: law of international watercourses, Silala, international consuetudinary law, International Court of Justice, experts, claims without object

* Profesora contratada doctora (acreditada a titular) de Derecho Internacional Público, Universidade de Vigo (lauramovilla@uvigo.es). La autora formó parte del equipo jurídico del Estado Plurinacional de Bolivia en el caso sobre el estatus y el uso de las aguas del Silala ante la Corte Internacional de Justicia. Nada de lo escrito en este artículo debe atribuirse en modo alguno al Estado Plurinacional de Bolivia, y sólo representa la posición y opinión a título personal de la autora. Todas las páginas webs mencionadas en este artículo han sido consultadas el 1 de noviembre de 2023.

SUMARIO: 1. CONTEXTO DE LA CONTROVERSIA SOBRE EL ESTATUS Y EL USO DE LAS AGUAS DEL SILALA ENTRE CHILE Y BOLIVIA. 1.1. Antecedentes del litigio. 1.2. Panorámica del procedimiento ante la Corte. 2. LA CIJ, LAS CONTROVERSIAS EN TORNO A CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES Y EL DERECHO CONSUETUDINARIO. 2.1. Jurisprudencia previa de la CIJ sobre cursos de agua internacionales. 2.2. El derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales. 3. CONTRIBUCIÓN DE LA SENTENCIA AL DERECHO CONSUETUDINARIO DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES. 3.1. Reafirmación de las principales normas sustantivas del derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales. 3.2. El concepto de curso de agua internacional y las particularidades del Silala. *3.2.1. El concepto de curso de agua internacional y el carácter consuetudinario de su definición en la Convención de 1997. 3.2.2. La cuestión de la "artificialidad" del Silala y el estatus jurídico internacional de los canales*. *3.2.3. Las reconvenciones de Bolivia*. 3.3. Cooperación, obligaciones procedimentales y clarificación de las obligaciones de notificación y consulta. *3.3.1. El alcance de las obligaciones de notificación y consulta*. *3.3.2. Ausencia de incumplimiento de las obligaciones procedimentales por Bolivia e invitación a la Partes a realizar consultas de forma continuada*. 4. ¿UNA SOLUCIÓN SATISFACTORIA DE LA CONTROVERSIA?. 4.1. La ausencia de una sentencia declarativa. 4.2. Cuestiones ausentes. 4.3. Contribución a la consolidación de la articulación práctica de la intervención de los expertos de las Partes en controversias científicas y técnicas. 5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. CONTEXTO DE LA CONTROVERSIA SOBRE EL ESTATUS Y EL USO DE LAS AGUAS DEL SILALA ENTRE CHILE Y BOLIVIA

1.1. Antecedentes del litigio

El Silala es un pequeño curso de agua situado en la frontera chileno-boliviana, en un área árida que bordea el Desierto de Atacama. Surge en territorio boliviano, en afloramientos de manantiales subterráneos en humedales de gran altura, conocidos como "bofedales", situados cerca de la frontera con Chile, en el departamento boliviano de Potosí. Al menos en territorio boliviano, muchos de los manantiales de aguas subterráneas que afloran a la superficie han sido drenados a través de pequeñas canalizaciones artificiales hacia dos canales de mayor tamaño, que confluyen a su vez en otro canal principal cerca de la frontera, y la atraviesan hacia territorio chileno[1]. Los estudios técnicos realizados durante este procedimiento por ambos Estados habrían confirmado que, independientemente de esas obras de canalización y drenaje, el flujo del Silala, compuesto tanto de aguas superficiales como subterráneas, atravesaría igualmente la frontera hacia territorio chileno[2]. Se trata de un área deshabitada, a excepción de un pequeño puesto militar en territorio boliviano. Una vez atravesada esa frontera, el Silala sigue fluyendo en la superficie por la región chilena de Antofagasta hasta descargar sus aguas en el río San Pedro —un afluente del también chileno río Loa— situado a unos 6 kilómetros de la frontera entre Chile y Bolivia[3].

[1] ICJ, *Dispute over the status and use of the waters of the Silala (Chile v. Bolivia), Judgement, 1 December 2022, General List No. 162*, párr. 28.

[2] *Ibidem*, párr. 94.

[3] *Ibidem*, párr. 28.

Las obras de canalización y drenaje de los manantiales del Silala en territorio boliviano tienen su origen en una concesión sobre aguas del Silala que la prefectura del departamento boliviano de Potosí otorgó en 1908 a la compañía ferroviaria —entonces inglesa, hoy chilena— Ferrocarril de Antofagasta a Bolivia (FCAB), que operaba en Chile, para alimentar sus máquinas de vapor. Sin embargo, cuando esas máquinas fueron reemplazadas por motores diésel, el agua obtenida a través de esa infraestructura se habría desviado para otros usos no incluidos en la concesión, como la minería o servicios sanitarios, por los que Bolivia ha reclamado repetidas veces una compensación económica referida como "deuda histórica"[4]. El incumplimiento de las condiciones de la concesión motivó su terminación por parte de Bolivia en 1997[5].

En 2007, el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) había calificado ya a la cuenca del Silala como una de las más hidropolíticamente vulnerables del mundo debido a la situación diplomática entre ambos países, la falta de un tratado o de una estructura de gestión sobre el mismo, el contexto histórico, y la falta de acuerdo entre ambos Estados incluso sobre si la cuenca era internacional o no[6]. Debe subrayarse en este sentido la existencia de una profunda historia de tensiones entre los dos Estados[7], en la que destaca la reivindicación de un acceso soberano al Océano Pacífico por Bolivia, tras haber perdido a favor de Chile su territorio costero en la Guerra del Pacífico que enfrentó a Chile contra Bolivia y Perú entre 1879 y 1884. Esta cuestión también fue sometida a la Corte Internacional de Justicia (CIJ), a iniciativa de Bolivia y con resultado desfavorable para ese país en 2018[8]. A todo ella hay que sumarle el hecho de que el desierto de Atacama es la segunda zona más árida del planeta, y un contexto de crecientes presiones y tensiones en torno a los recursos hídricos[9] en el que, al ritmo actual, se prevé que el mundo no logrará los objetivos de la Decenio Internacional para la Acción "Agua para el Desarrollo Sostenible" 2018-2028, ni los Objetivos de Desarrollo Sostenible y metas relacionados con el agua para 2030[10]. No es la

[4] PNUMA, *Vulnerabilidad y resistencia hidropolíticas en aguas internacionales: América Latina y el Caribe*, UNEP Publications, Nairobi, 2007, p. 64.

[5] ICJ, *Dipute… op. cit.*, párr. 31.

[6] PNUMA, *op. cit*., p. 72.

[7] ROSSI, Christopher, "The Transboundary Dispute over the Waters of the Silala/Siloli: Legal Vandalism and Goffmanian Metaphor", *Stanford Journal of International Law*, vol. 53, issue 1, 2017, pp. 64-66.

[8] ICJ, *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgment, ICJ Reports 2018*, p. 507. Véase, entre otros: REMIRO BROTÓNS, Antonio, "Comentarios a la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1 de octubre de 2018 en el caso de la "Obligación de negociar un acceso (soberano) al océano Pacífico (Bolivia c. Chile)", *REDI*, vol. 73, núm. 2, 2021, pp. 445-463.

[9] LLANOS MANSILLA, Hugo, "El caso del río Silala o Siloli. Diferendo chileno-boliviano", *Anuario Hispano-Luso-Americano de derecho internacional*, núm. 21, 2013, pp. 339-365.

[10] Entre otros: *United Nations Conference on the Midterm Comprehensive review of the implementation of the objectives of the International Decade for Action "Water for sustainable Development", 2018–2028. Summary of proceedings by the president of the general Assembly*, March 2023, disponible en: https://www.un.org/pga/77/wp-content/uploads/sites/105/2023/05/PGA77-Summary-for-Water-Conference-2023.pdf.

primera vez tampoco que un curso de agua internacional genera tensiones entre estos dos Estados, que comparten al menos quince, siendo Bolivia Estado de aguas arriba —como en el caso del Silala— en algunos de ellos, y en otros, Chile[11]. Fue precisamente el desvío del río Lauca por Chile en su territorio —Estado de aguas arriba en relación con ese curso de agua internacional— lo que ocasionó que ambos Estados rompiesen relaciones diplomáticas ya en 1962, situación que se mantiene en la actualidad[12].

Las dos Partes intentaron alcanzar un acuerdo bilateral sobre la "gestión racional y sostenible de las aguas del Silala" en los años anteriores a 2010. Durante ese periodo, se creó un Grupo de Trabajo bilateral sobre la Cuestión del Silala para llevar a cabo estudios técnicos y científicos conjuntos con el fin de determinar la naturaleza, el origen y el caudal de las aguas del Silala. En 2009 se elaboraron incluso dos proyectos de acuerdo que no llegaron a firmarse[13]. Tampoco tuvo recorrido una propuesta de acuerdo hecha por Chile en 2019, durante el desarrollo de la fase escrita del proceso ante la CIJ[14].

Posteriormente, en 2016, el entonces presidente de Bolivia, Evo Morales, realizó varias declaraciones en las que acusaba a Chile de explotar ilegalmente las aguas del Silala sin compensar a Bolivia, afirmando que el Silala no era un río internacional, y expresando su intención de llevar el litigio ante la CIJ[15]. Fue finalmente Chile, quien el 6 de junio de 2016 solicitó la incoación de un procedimiento sobre el estatus y el uso de las aguas del Silala contra Bolivia ante la CIJ[16].

1.2. Panorámica del procedimiento ante la Corte

Resumidamente, Chile solicitaba a la Corte que declarase que el Silala era un curso de agua internacional sujeto al derecho internacional consuetudinario, que el uso que estaba haciendo del mismo resultaba conforme a dicho derecho consuetudinario, así como que Bolivia había incumplido sus obligaciones de notificación y consulta respecto a varias actividades llevadas a cabo en su entorno. La fase escrita del procedimiento se desarrolló entre 2017 y 2019 con tres rondas de intercambio de escritos entre las Partes, inclu-

[11] DEL CASTILLO LABORDE, Lilian, "A panoptic view of international water law in Latin America", en MCCAFFREY, Stephen C., LEB, Christina, y DENOON, Riley T., *Research Handbook on International Water Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, p. 494.

[12] *Ibidem*. Sí mantienen relaciones consulares.

[13] ICJ, *Dispute… op. cit.*, párr. 36.

[14] *Ibidem*, párr. 38.

[15] *Ibidem*, párr. 38.

[16] *Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia). Application instituting proceeding filed in the Registry of the Court on 6 June 2016, 2016, General List No. 162. Véase:* FUENTES, Ximena, y KLEIN KRANENBERG, Johanna, "Chile's Decision to Bring the Silala Case Before the International Court of Justice", *Wyoming Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2023, pp. 39-42.

yendo demandas reconvencionales de Bolivia[17]. Las audiencias orales transcurrieron entre el 1 y el 14 de abril de 2022, y la Corte dictó sentencia el 1 de diciembre de ese mismo año.

Chile siempre había considerado al Silala como un curso de agua internacional. Por su parte, Bolivia inició el proceso manteniendo que se trataba de manantiales domésticos cuyas aguas se desviaban aguas abajo hacia Chile mediante los canales y obras de drenaje artificiales. Sin embargo, los estudios científicos encargados por Bolivia durante el desarrollo del proceso judicial revelaron que las aguas del Silala habrían atravesado superficialmente la frontera hacia Chile incluso sin dichas obras de canalización y drenaje, aunque en menor cantidad. De este modo, las posiciones de las dos Partes acabaron convergiendo sobre gran parte de los puntos en disputa al inicio de la controversia. Al final de las audiencias orales, los principales desacuerdos que quedaban entre ellas versaban, sobre todo, por un lado, sobre el impacto de la infraestructura artificial sobre los caudales superficiales del Silala que atravesaban la frontera, mínimo para Chile y significativo para Bolivia. Por otro, sobre el supuesto incumplimiento por parte de Bolivia de las obligaciones procedimentales de notificación y consulta respecto de medidas que puedan tener un efecto adverso sobre los recursos hídricos compartidos, mantenido por Chile y negado por Bolivia.

Los petitorios finales de Chile fueron prácticamente idénticos a los manifestados en la incoación del procedimiento. Pedía a la Corte que declarase que: a) el Silala era un curso de agua internacional regido por el derecho consuetudinario; b) Chile tenía derecho a la utilización equitativa y razonable de sus aguas; c) Chile tenía derecho a su uso actual de esas aguas; d) Bolivia tenía la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para prevenir y contralar contaminación y cualquier otro tipo de daños derivados de sus actividades en el área del Silala; y e) que Bolivia había incumplido su obligación de consulta y notificación en relación con algunas medidas que había proyectado en ese área[18]. En respuesta a los mismos, Bolivia, subrayó que el caudal superficial del Silala había sido aumentado artificialmente a través de las obras de canalización y drenaje, que *ambos* países tenían esos derechos y obligaciones reconocidos por el derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales, y negó haber incumplido obligación procedimental alguna[19].

A su vez, a través de la formulación final de sus reconvenciones, Bolivia solicitaba que la Corte declarase que: a) Bolivia tenía soberanía sobre los

[17] La Memoria de Chile fue presentada el 3 de julio de 2017; la Demanda Reconvencional de Bolivia, el 3 de septiembre de 2018; la Réplica de Chile, el 15 de febrero de 2019; la Dúplica de Bolivia, el 15 de mayo de 2019; y los Alegatos Adicionales de Chile, autorizados por la Corte en relación exclusivamente con las reconvenciones bolivianas, el 16 de septiembre de 2019. Toda la documentación del procedimiento se encuentra accesible en: https://www.icj-cij.org/case/162.

[18] ICJ, *Dispute… op. cit*., p. 15.

[19] *Ibidem*, p. 16 (énfasis añadido).

canales artificiales y mecanismos de drenaje del Silala que se encuentran en su territorio y derecho a decidir si los mantenía y cómo; b) Bolivia tenía soberanía sobre el caudal artificial de las aguas del Silala que se construyan, mejoren o produzcan en su territorio y Chile no tenía ningún derecho adquirido sobre ese caudal artificial; y que c) cualquier solicitud que Chile hiciese a Bolivia para la entrega del caudal mejorado del Silala, así como las condiciones y modalidades de la misma, incluyendo la compensación a pagar por dicha entrega, estará sujeta a la celebración de un acuerdo con Bolivia[20]. Estas reconvenciones eran rechazadas por Chile[21].

La decisión de la Corte fue bastante breve. Ante la ausencia de un tratado entre las Partes sobre el Silala, el caso se decidió con base en el derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales. Respecto a las demandas de Chile, la Corte reconoció el acuerdo entre las partes alcanzado durante el procedimiento sobre los cuatro primeros petitorios, por lo que dictaminó que carecían de objeto y declinó emitir una decisión. Sin embargo, la Corte rechazó por unanimidad el quinto petitorio chileno, el supuesto incumplimiento por parte de Bolivia de sus obligaciones de notificar y consultar respecto a medidas que puedan tener un efecto adverso sobre los recursos hídricos compartidos. La Corte sí se pronunció sobre el fondo de esa demanda chilena al entender que existía un desacuerdo tanto de hecho como de derecho entre las Partes[22]. Por su parte, las reconvenciones de Bolivia tuvieron un tuvieron un destino similar al de los petitorios de Chile. La Corte dictaminó que las Partes también habían llegado a un acuerdo durante el procedimiento sobre las dos primeras, haciéndose en consecuencia quedado también sin objeto. Rechazó también por unanimidad la tercera, en este caso, por considerar que se refería a un escenario futuro hipotético y no una disputa real y actual entre las Partes. Se emitieron también dos declaraciones y un voto particular, que, como veremos, criticaron principalmente una de las cuestiones que ha resultado más polémicas en relación con esta sentencia: la decisión de la Corte de declarar la mayoría de las pretensiones de las Partes carentes de objeto debido a la convergencia de sus posiciones durante el proceso, en lugar de emitir una sentencia declarativa.

[20] *Ibidem*, p. 16.

[21] *Ibidem*, p. 15. En relación con la primera de ellas, en concreto, Chile solicitaba que la Corte declarase que "*[T]o the extent that Bolivia claims sovereignty over the channels and drainage mechanisms in the Silala River system that are located in its territory and the right to decide whether to maintain them, the Court lacks jurisdiction over Bolivia's Counter-Claim (a) or, alternatively, Bolivia's Counter-Claim (a) is moot; to the extent that Bolivia claims that it has the right to dismantle the channels in its territory without fully complying with its obligations under customary international law, Bolivia's Counter-Claim (a) is rejected*".

[22] *Ibidem*, párr. 89.

2. LA CIJ, LAS CONTROVERSIAS EN TORNO A CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES Y EL DERECHO CONSUETUDINARIO

Al no existir un tratado entre las partes sobre el Silala ni ser ninguno de los dos Estados parte de alguna de las dos convenciones existentes con vocación de universalidad sobre recursos hídricos compartidos, tanto los argumentos de las Partes como la decisión de la Corte se basaron en el derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales. La Corte hizo así un recorrido por este derecho consuetudinario, recurriendo en gran medida a su jurisprudencia anterior en este ámbito.

2.1. Jurisprudencia previa de la CIJ sobre cursos de agua internacionales

Desde su creación, tanto la extinta Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), como la CIJ han recibido controversias en torno a cursos de agua internacionales, que también han sido sometidas a arbitrajes internacionales[23]. La amplia y general competencia *ratione materiae* de la CIJ[24], parece adecuarse especialmente al carácter multidisciplinar que suelen tener las controversias sobre cursos de agua internacionales[25]. Del análisis de su jurisprudencia en este ámbito puede inferirse, en primer lugar, un cierto aumento del número de casos que llegan a esta instancia judicial en los últimos años. De hecho, si examinamos los casos sobre cuestiones relacionadas con el medio ambiente que se han sometido a la Corte[26], gran parte de ellas han estado relacionados con recursos hídricos[27]. Al mismo tiempo, se observa una

[23] Entre otras, véanse las siguientes decisiones arbitrales: *Award regarding the Border between Costa Rica and Nicaragua, 22 March 1888,* vol. XXVIII, pp. 189–236; *Helmand River Delta Case, Arbitral Awards of 19 August 1872 and 10 April 1905 Ruling concerning the disagreement between Ecuador and Peru over the Zamora-Santiago sector, 14 July 1945*, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXVIII, pp. 413–431; *Lac Lanoux (Espagne, France), 16 novembre 1957*, U.N., *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pp.281–317; o, en el contexto de la Corte Permanente de Arbitraje: *Affaire concernant l' apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 Septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution para les chlorures du 3 Décembre 1976. Sentence arbitrale du 12 Mars 2004*; *Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan vs. India). Partial Award*, February 18, 2013, y *Final Award*, December 20, 2013; o el posterior y todavía pendiente arbitraje iniciado también por Paquistán contra la India en el marco del Tratado de las Aguas del Indo en 2016 (documentación accesible en: https://pca-cpa.org/es/cases/284/).

[24] Art. 36 del Estatuto de la CIJ.

[25] GILES-CARNERO, Rosa María, "La Corte Internacional de Justicia frente a las controversias internacionales de carácter medioambiental", VÁZQUEZ GÓMEZ, Eva María, *et al*. (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 159-167, p. 166.

[26] Véase, entre otros: BODANSKY, Daniel, "International Environmental Law", en ESPÓSITO, Carlos, y PARLETT, Kate, *The Cambridge Companion to the International Court of Justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2023, pp. 389-410; o COULON, Anne, "The International Court of Justice and the protection of the environment", en SOBENES, Edgardo, *et al*. (eds.), *The Environment Through the Lens of International Courts and Tribunals*, Springer, The Hague, 2022, pp. 37-70.

[27] Como ha apuntado R. M. Fernández Egea, probablemente se deba a que se corresponden con disputas transfronterizas (FERNÁNDEZ EGEA, Rosa María, "La protección medioambiental en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: ¿un reto irresoluble?", en TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad (dir.), *Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justica. Los desafíos de*

evolución desde unos primeros casos referidos a cuestiones relativas a la navegación[28] y transfronterizas[29], a otros casos más recientes, relacionados con usos distintos de la navegación y en los que existen implicaciones ambientales y creciente complejidad científica y técnica[30].

Esta jurisprudencia se ha referido a algunas cuestiones básicas del derecho de los cursos de agua internacionales, como la existencia de una comunidad de intereses entre los Estados que comparten un curso de agua internacional, o a las obligaciones de utilización equitativa y razonable, prevención de daños sensibles transfronterizos, y de cooperación[31]. Al mismo tiempo, el derecho de los cursos de agua internacionales no ha constituido un elemento central a la hora de adoptar la decisión sobre el fondo de estos asuntos, sino que la mayoría se han dirimido en el ámbito del derecho de los tratados y de la responsabilidad internacional[32]. La contribución de estos casos parece haber sido más relevante, incluso, en el ámbito del derecho internacional medio ambiente en general que en el de los cursos de agua internacionales en particular. Ello aun cuando estas sentencias también han sido consideradas en muchos casos como decepcionantes en relación en relación la oportunidad que se le presentaba a la CIJ para asentar algunos principios medioambientales[33], y la contribución de la jurisprudencia en general de la CIJ al desarrollo del derecho internacional

la Corte Internacional de Justicia y las sinergias entre la Corte y otros órganos jurisdiccionales, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 108).

[28] *The Oscar Chinn Case (Britain v. Belgium), Judgment of December 12th, 1934,* PCIJ Series A/B, Fascicule núm. 63; *Case Relating to the Territorial Jurisdiction of the International Commission of the Oder River, Judgment of September 10th, 1929,* PCIJ Series A, núm. 23; *Case Relating to the Jurisdiction of the European Commission of the Danube Between Galatz and Braila, Advisory Opinion, December 8th, 1927,* PCIJ Series B, núm. 14; o ICJ, *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment,* ICJ Reports 2009, p. 213.

[29] CIJ, *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), Judgment*, *ICJ. Report 1999*, p. 1045; CIJ, *Frontier Dispute (Benin/Niger), Judgment, ICJ Reports 2005*, p. 90; ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) and Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica), Judgment*, *ICJ Reports 2015*, p. 665; o ICJ, *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua) and Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, ICJ Reports 2018,* p. 139.

[30] PCIJ, *Diversion of water from the Meuse (Netherlands v. Belgium), Judgment of June 28th, 1937, PCIJ Series A/B, Fascicule núm. 70*; ICJ, *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment*, ICJ Reports 1997, p. 7; ICJ, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment*, *ICJ Reports 2010*, p. 14; ICJ, *Certain Activities…*, *op. cit.*; o ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Compensation*, *Judgment*, *ICJ Reports 2018*, p. 15.

[31] Véase, en detalle, *infra*, apartados 3.1 y 3.3.

[32] Lo mismo ocurre con las diputas ambientales en sentido amplio. Véanse, entre otros, JUSTE RUIZ, José, "The International Court of Justice and International Environmental Law", en BOSCHIERO, Nerina, *et al.* (eds.), *International Courts and The Development of the Development of International Law: Essays in honour of Tullio Treves*, Asser Press, La Haya, 2013, p. 399; o FITZMAURICE, Malgosia, "The International Court of Justice and International Environmental Law", en TAMS, Christian J., y SLOAN, James (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 374.

[33] Entre otros: Juste RUIZ, José, y BOU FRANCH, Valentín, "El caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay: Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de abril 2010", *REEI*, núm. 21, 2011, p. 3.

del medio ambiente, bastante modesta[34]. Por consiguiente, las reflexiones en la doctrina van desde quienes han señalado que la CIJ no ha hecho aportaciones relevantes al derecho de los usos de los cursos de agua internacionales distintos de la navegación[35], a quién destaca cómo su jurisprudencia ha servido al menos para confirmar los principios fundamentales de este sector del ordenamiento jurídico internacional[36]. La sentencia sobre el caso del Silala, basada por primera vez exclusivamente en el derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales para los usos distintos de la navegación fluvial, despertaba grandes expectativas sobre su aportación a su clarificación y consolidación.

2.2. El derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales

Como ya se ha adelantado, ninguno de los dos Estados es parte de ninguna de las convenciones globales existentes en la actualidad sobre la materia: la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 1997 (Convención de 1997)[37], o el Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, de 1992, de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (Convenio del agua de la CEPE)[38]. Aunque el Convenio del agua de la CEPE —originalmente de carácter regional y abierto en 2013 a su ratificación por cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas—, cuenta con un mayor número de Partes —cincuenta y dos[39]— y ha tenido un gran éxito en su aplicación, es el

[34] Entre otros: BODANSKY, Daniel., *op. cit*., p. 409.

[35] Véase, CERVELL HORTAL, María José, "La CIJ y los ríos internacionales, un desencuentro que no debería ser definitivo", en GUTIÉRREZ ESPADA, Cesáreo, *et al.* (coords.), *El agua como factor de cooperación y de conflicto en las relaciones internacionales contemporáneas*, Instituto Euromediterráneo del Agua, Murcia, 2009, p. 173.

[36] MCCAFFREY, Stephen C., *The law of… op. cit*., p. 301, o BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, "Dispute Settlement Procedures and Fresh Water: Multiplicity and Diversity at Stake", en BOSCHIERO, Nerina, *et al.* (eds.), *International Courts and The Development of the Development of International Law: Essays in honour of Tullio Treves*, Asser Press, La Haya, 2013, pp.109-120.

[37] *BOE* núm. 161, de 3 de julio de 2014, pp. 50889-50905.

[38] *BOE* núm. 81, de 4 de abril de 2000, pp. 13849-13857.

[39] El Convenio del agua de la CEPE fue adoptado y quedó abierto a su firma por los Estados miembros de esta comisión en Helsinki en 1992. Entró en vigor en 1996 y, desde entonces, ha fomentado la cooperación e influenciado la adopción de numerosos tratados particulares sobre cuencas europeas (Véase: CEPE, *La Convención del Agua: 30 años de impacto y de logros sobre el terreno, Naciones Unidas*, Ginebra, 2022, accesible en: https://unece.org/sites/default/files/2023-02/ECE_MP.WAT_69_SPA_web.pdf). Se abrió globalmente en 2013 a través de la Decisión III/1, *Amendment to the Water Convention*, ECOSOC, EC/MP.WAT/12, January 2004. Once Estados se han adherido a él desde entonces (en su mayoría africanos, además de Panamá e Iraq) y su número de Partes ha ido aumentado y acelerándose recientemente (cinco Estados la han ratificado a lo largo de 2023). Sus cincuenta dos Partes actuales son: Albania, Alemania, Antigua República Democrática de Macedonia, Austria, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Camerún, Croacia, Chad, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, República Checa, Finlandia, Francia, Gambia, Ghana, Guinea-Bisáu, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Iraq, Kazajistán, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Moldavia, Montenegro, Namibia, Nigeria, Noruega, Panamá, Polonia, Portugal, Rumanía, Rusia, Senegal, Serbia, Suecia, Suiza, Togo, Turkmenistán, Ucrania, Unión Europea, y Uzbekistán. Cuenta con dos protocolos:

contenido de la Convención de 1997 el que se utilizada generalmente como referente para la identificación del derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales[40].

La Convención de 1997 tiene su origen en los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre este tema, que la Asamblea General le había encargado en 1970[41] y que se iniciaron en 1974[42]. Tras casi dos décadas de trabajos y tensas y controvertidas negociaciones, la CDI adoptó en 1991 un proyecto de artículos en su primera lectura. Tras algunas modificaciones realizadas como consecuencia de los comentarios y observaciones realizadas por los Estados, la CDI adoptó en 1994 definitivamente en segunda lectura un proyecto de treinta y tres artículos. Finalmente y sobre la base de este proyecto de artículos, la Asamblea General adoptó la Convención el 21 de mayo de 1997 por 103 votos a favor, 3 en contra y 27 abstenciones[43]. Hubo que esperar hasta

uno sobre agua y salud, adoptado en 1999 y en vigor desde 2005; y otro sobre responsabilidad civil, de 2003, y que no se encuentra todavía en vigor. A pesar de las diferencias que existen entre este Convenio y la Convención de 1997, parece existir un consenso bastante generalizado respecto a que su contenido no resultaría contradictorio sino complementario y a que la principal diferencia entre ambas se encuentra, sobre todo, en el grado en el que una y otra detallan distintos aspectos (entre otros: TANZI, Attila, *The relationship between the 1992 UN/ECE Convention on the protection and use of transboundary watercourses and international lakes and the 1997 UN Convention on the law of the non-navigational uses of international watercourses. Report of the UN/ECE Task Force on Legal and Administrative Aspects*, Geneva, February 2000). Diecinueve Estados son ya parte de ambas convenciones —Alemania, Chad, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gambia, Ghana, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Luxemburgo, Montenegro, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia y Uzbekistán— y se aboga por su ratificación conjunta desde distintos foros (Véase, entre otros: UN-WATER, *The United Nations global water conventions: Fostering sustainable development and peace*, Geneva, 2020).

[40] Debe señalarse también el trabajo codificador en materia de aguas transfronterizas llevado a cabo por asociaciones académicas de prestigio como el *Institut de Droit International* (IDI) o la *International Law Association* (ILA) (Véase en detalle, entre otros: MOVILLA PATEIRO, Laura, *La dimensión normativa de la gobernanza internacional del agua dulce*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 335-345). Destacan en especial las Reglas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales, adoptadas por la ILA en 1966 (ILA, *Report of the fifty-second conference*, Helsinki, 1966, p. 477), y, por tanto, anteriores a la codificación llevada a cabo por la propio CDI, y que han tenido un considerable impacto en la práctica estatal, si bien no han sido referidas por la jurisprudencia internacional (Véase, entre otros: BOGDANOVIĆ, Slavko, *The International Law Association Helsinki Rules. Contribution to international water law*, Brill, Leiden, 2019).

[41] Resolución 2669 (XXV), de la Asamblea General, relativa al desarrollo progresivo y codificación de las normas de derecho internacional sobre los cursos de agua internacionales, de 8 de diciembre de 1970, A/RES/2669/XXV. Para ello, la Asamblea General tuvo en cuenta un informe sobre los problemas jurídicos que presentaba el uso y aprovechamiento de los ríos internacionales que este mismo órgano le había pedido al Secretario General en 1959, con objeto de examinar si esta materia podía ser objeto de codificación, y que fue presentado en 1963 (documento A/5409, incluido en el *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1974, vol. II, Segunda Parte, p. 37).

[42] Comenzaron con Richard D. Kearney como Relator Especial, al que siguieron en los años siguientes Stephen Schwebel, Jens Evensen, Stephen C. McCaffrey y Robert Rosenstock.

[43] Resolución 51/229, de la Asamblea General, de 8 de julio de 1997, A/RES/51/229. Véanse, en detalle sobre esta convención y entre otros: CASTILLO DAUDÍ, Mireya, "La protección y preservación de los cursos de agua internacionales: el Convenio sobre el Derecho de los Cursos de Agua Internacionales para Fines Distintos de la Navegación, de 21 de Mayo de 1997", *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 15, 1999, pp. 115-158; REY CARO, Ernesto José, "El derecho de los cursos de agua internacionales", CARDONA LLORESS, Jorge (dir.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 7, 2003, pp. 505-644; PIGRAU SOLÉ, Antoni, *Generalidad y particularismo en el derecho de los cursos de*

el 17 de agosto de 2014 para que entrase en vigor, tras alcanzar su trigésimo quinta ratificación[44]. Solo tres Estados más han accedido a ella desde entonces, de modo que cuenta solo con treinta y ocho Estados parte en la actualidad[45].

Aunque su número de Estados parte no es todavía demasiado relevante[46], se considera que esta convención ha hecho, al menos, cristalizar el carácter consuetudinario de muchas de sus disposiciones y, en especial, de los "principios generales" contenidos en su Parte III, al haberlas recogido en un momento en ya existían o estaban en una fase muy avanzada de su formación[47]. Se ha entendido así en la doctrina y en la jurisprudencia internacional que ostentan la categoría de derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales, al menos, las obligaciones de llevar a cabo una utilización equitativa y razonable, la prohibición de causar daños sensibles, la obligación general de cooperar, la notificación de las medidas proyectadas, y la evaluación del impacto ambiental[48]. Asimismo, en los últimos años, se habrían ido reforzando también, por influencia del desarrollo del derecho internacional del medio ambiente, las obligaciones de protección, preservación

agua internacionales. Reflexiones en torno al proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional, Bosch, Barcelona, 1994; CALFLISH, Lucius, "La Convention du 21 de mai 1997 sur l'utilisation des cours d'eau internationaux á des fins autres que la navigation", *AFDI*, vol. 43, 1997, pp. 751-798; MCCAFFREY, Stephen C., *The law of international watercourses*, Oxford University Press, Oxford, 2019, third edition, pp. 409-567; o TANZI, Attila, y ARCARI, Maurizio, *The United Nations convention on the Law of International Watercourses*, Kluwer International Law, 2001. El proyecto de artículos sobre el derecho de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación fluvial no ha sido el único producto que la CDI ha producido en este ámbito. En 1994 adoptó también una resolución sobre las "aguas subterráneas confinadas transfronterizas" (CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1994, vol. II, 2ª Parte, p. 144); y en 2002 se iniciaron nuevos trabajos que dio lugar en 2008 al Proyecto de artículos sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (anexo a la Resolución 63/124 de la Asamblea General de 11 de diciembre de 2008, A/RES/63/124).

[44] Véase, entre otros: SALMAN, M. A. Salman, "The United Nations Watercourses Convention Ten Years Later: Why Has its Entry into Force Proven Difficult?", *Water International,* vol. 32, issue 1, pp. 1-15; MOVILLA PATEIRO, Laura, "La entrada en vigor de la Convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación", *REDI*, vol. 66, núm.2, 2014, pp. 312-316.

[45] Alemania, Benín, Burkina Faso, Chad, Costa de Marfil, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Gambia, Ghana, Grecia, Guinea-Bissau, Holanda, Hungría, Iraq, Irlanda, Italia, Jordania, Líbano, Libia, Luxemburgo, Marruecos, Montenegro, Namibia, Níger, Nigeria, Noruega, Palestina, Portugal, Qatar, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Siria, Túnez, Vietnam, y Uzbekistán. Otros tres Estados —Paraguay, Venezuela y Yemen— también la han firmado pero no ratificado todavía.

[46] Véase un análisis detallado de las posturas de los Estados durante el proceso de elaboración de la Convención, su votación en la Asamblea General, y su ratificación en: ECKSTEIN, Gabriel, "The Status of the UN Watercourses Convention: Does it still hold water?", *International Journal of Water Resources Development*, vol. 36, issues 2-3, 2020, pp. 429-461.

[47] Entre otros: AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La regulación internacional del agua dulce. Práctica española*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p. 127, o MCCAFFREY, Stephen C., "The UN Convention on the Law of the non-navigational uses of international watercourses: prospects and pitfalls", en SALMAN, M. A. Salman, y BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence (eds.), *International Watercourses. Enhancing cooperation and managing conflict. Proceedings of a World Bank Seminar*, World Bank Technical Paper, núm. 414, 1998, p. 27.

[48] Entre otros: MCCAFFREY, Stephen C., "The customary law of international watercourses", en TIGNINO, Mara, y BRÉTHAUT, Christian (eds.), *Research Handbook on Freshwater Law and International Relations*, Edwar Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, pp. 147-174.

y uso sostenible de los cursos de agua internacionales, tanto en el marco de las citadas normas consuetudinarias, como de forma autónoma[49].

Todas ellas se encuentran estrechamente interconectadas y se sustentan mutuamente, por lo que no es posible concebir una sin las otras en la actual configuración del derecho de los cursos de agua internacionales[50]. Algunas de ellas, como la utilización equitativa y razonable o la prohibición de causar daños sensibles tienen un carácter más sustantivo; mientras que otras, como la notificación de medidas proyectadas o la evaluación previa del impacto ambiental suelen calificarse de obligaciones procedimentales. Las obligaciones procedimentales resultan instrumentales en relación con las sustantivas, si bien también crean obligaciones en sí mismas, tal y como ha indicado la CIJ en el caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay entre Argentina y Uruguay[51]. Jurisprudencia reciente de la CIJ anterior al caso del Silala también sugeriría que la infracción de las obligaciones procedimentales no resulta excesivamente seria si no se produce un daño transfronterizo real[52].

3. CONTRIBUCIÓN DE LA SENTENCIA AL DERECHO CONSUETUDINARIO DE LOS CURSOS DE AGUA INTERNACIONALES

Una de las principales aportaciones que hace la sentencia del Silala es la de ofrecer un recorrido por el derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales "ya establecido". Al hilo de este examen, la Corte aborda también el concepto de curso de agua internacional y aclara, por primera vez en su jurisprudencia, la naturaleza consuetudinaria de las disposiciones de la Convención relacionadas con la notificación y consulta sobre medidas proyectadas.

3.1. Reafirmación de las principales normas sustantivas del derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales

La sentencia en el caso del Silala va a confirmar, en primer lugar, el carácter consolidado de las obligaciones sustantivas relativas a la utilización

[49] Se encuentran recogidas de forma especial en la Parte IV de la Convención de 1997, dedicada a "Protección, preservación y gestión". Véase, entre otros: UNEP, *The Greening of Water Law: Managing Freshwater Resources for People and the Environment*, UN Environmental Programme, 2010, o MOVILLA PATEIRO, Laura, "La progresiva ecologización del derecho internacional de los cursos de agua. Manifestaciones convencionales, jurisprudenciales y consuetudinarias", *Revista Catalana De Dret Ambiental*, vol. 13, núm. 2, 2022.

[50] Véase, entre otros: MCCAFFREY, Stephen C., "Intertwined general principles", en MCCAFFREY, Stephen C., LEB, Cristina, DENOON, Riley, T. (eds.), *Research Handbook on International Water Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, pp. 83-94; o MCINTYRE, Owen, "The contribution of procedural rules to the environmental protection of transboundary rivers in light of recent ICJ case law", en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence, LEB, Christina, TIGNINO, Mara (eds.), *International Water Law. The Multiple Challenges*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, pp. 239-265.

[51] ICJ, *Pulp Mills… op. cit*., párr. 79.

[52] *Ibidem*, párr. 177; ICJ, *Certain Activities …op. cit*., párr. 224; o MCINTYRE, Owen, *op. cit*., p. 240.

equitativa y razonable y la prohibición de causar daños sensibles[53]. La utilización equitativa y razonable tiene su origen en el principio del reparto equitativo utilizado desde principios del siglo veinte por tribunales federales de Estados Unidos y Europa. A medida que aumentó la explotación y se diversificaron los usos de los cursos de agua internacionales, esta norma fue ganando reconocimiento universalmente[54], hasta convertirse para buena parte de la doctrina en la piedra angular del derecho de los cursos de agua internacionales[55]. El propio comentario de la CDI al proyecto de artículos que dio lugar a la Convención de 1997 la califica de "firmemente arraigada"[56], y recoge evidencias del gran apoyo que ha recibido en la práctica estatal[57]. En la Convención se configuró en su art. 5 abarcando tanto la utilización como la participación —esta última, menos presente en la práctica convencional de los Estados[58]— equitativas y razonables[59]. La Sentencia de la CIJ en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros* había calificado ya esa participación de "derecho básico"[60], y reproducido literalmente el apartado 2 de ese artículo[61], en un momento en el que la Convención de 1997 se acaba de adoptar y todavía no había entrado en vigor.

La sentencia del caso del Silala cita ese anterior pronunciamiento y recuerda que implica tanto un derecho como una obligación para todos los Estados ribereños de cursos de agua internacionales, de modo que tienen derecho a una distribución equitativa y razonable de sus recursos, y están obligados a no sobrepasar ese derecho privando a otros Estados ribereños de su derecho a una utilización y participación equitativas y razonables[62]. Recuerda asimismo la necesidad recogida en la sentencia sobre las plantas de

---

[53] Véase, en detalle sobre estas dos obligaciones: MOVILLA PATEIRO, Laura, *La dimensión…*, *op. cit*., pp. 139-155.

[54] WOUTERS, Patricia, "The International Law of Watercourses: New Dimensions", *Collected courses of the Xiamen Academy of International Law*, vol. 3, 2010, pp. 375-378.

[55] Entre otros: MCCAFFREY, Stephen C., *The law of … op. cit*., p. 465; o BOURNE, Charles B., "The Primacy of the Principle of Equitable Utilization in the 1997 Watercourses Convention", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 35, 1998, pp. 215-232; o RIEU-CLARKE, Alistair, MOYNIHAN, Ruby, MAGSIG, y Bjoern-Oliver, *UN Watercourses convention. User´s guide*, IHP-HELP Centre for water Law, Policy and Science, University of Dundee, 2012, p. 100.

[56] CDI, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, 1994, vol. II, 2ª parte, p. 103.

[57] *Ibidem*, pp. 105-107.

[58] AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., *La regulación… op. cit*., p.142.

[59] En concreto, el art. 5 establece que: "1. Los Estados del curso de agua utilizarán en sus territorios respectivos un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. En particular, los Estados del curso de agua utilizarán y aprovecharán un curso de agua internacional con el propósito de lograr la utilización óptima y sostenible y el disfrute máximo compatibles con la protección adecuada del curso de agua, teniendo en cuenta los intereses de los Estados del curso de agua de que se trate. 2. Los Estados del curso de agua participarán en el uso, aprovechamiento y protección de un curso de agua internacional de manera equitativa y razonable. Esa participación incluye tanto el derecho de utilizar el curso de agua como la obligación de cooperar en su protección y aprovechamiento, conforme a lo dispuesto en la presente Convención".

[60] ICJ, *Gabčíkovo … op. cit.*, párr. 78.

[61] *Ibidem*, párr. 147.

[62] ICJ, *Dipute …*, párr. 97. La CIJ coincide así con el comentario de la CDI a ese art. 5 (CDI, *Anuario…*, *op. cit*., p. 103).

celulosa sobre el río Uruguay de conciliar los diversos intereses de los Estados ribereños en un contexto transfronterizo y, en particular, en el uso de un recurso natural compartido[63].

El art. 6 de la Convención completa este régimen jurídico proporcionando un listado de factores y circunstancias pertinentes, no exhaustivo, que puede tenerse en cuenta a la hora de determinar la utilización equitativa y razonable de un curso de agua internacional[64]. La determinación de esta utilización constituye así un proceso flexible y dinámico que deberá reexaminarse a medida que vayan cambiando los factores pertinentes, y que permite adaptarse a las circunstancias físicas, económicas, sociales y políticas de cada curso de agua internacional[65]. Como ha señalado la sentencia del Silala, no debe aplicarse de manera abstracta o estática, sino comparando las situaciones de los Estados interesados y su utilización del curso de agua en un momento dado[66]. Además y como examinaremos con más profundidad al referirnos al concepto de curso de agua internacional en el marco de esta disputa, la sentencia consideró que las características particulares de cada curso de agua internacional —y, en particular, en este caso, la existencia de las obras de canalización y drenaje— forman parte de los factores y circunstancias pertinentes que deben tenerse en cuenta de conformidad con el art. 6 de la Convención de 1997[67].

Respecto a la obligación de no causar daños sensibles, el art. 7.1. de la misma Convención indica que los Estados de un curso de agua internacional, al utilizarlo en sus territorios, adoptarán todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua[68]. Se configura, por lo tanto, como una obligación de debida diligencia, es decir,

---

[63] ICJ, *Dispute … op. cit*., párr. 97.

[64] Entre ellos se encuentran: a) los factores geográficos, hidrográficos, hidrológicos, climáticos, ecológicos y otros factores naturales; b) las necesidades económicas y sociales de los Estados del curso de agua de que se trate; c) la población que depende del curso de agua en cada Estado del curso de agua; d) los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua; e) los usos actuales y potenciales del curso de agua; f) la conservación, la protección, el aprovechamiento y la economía en la utilización de los recursos hídricos del curso de agua y el costo de las medidas adoptadas al efecto; y g) la existencia de alternativas, de valor comparable, respecto del uso particular actual o previsto (art. 6.1). El apartado 3 del mismo artículo completa esta regulación estableciendo que "[E]l peso que se asigne a cada factor dependerá de su importancia en comparación con la de otros factores pertinentes. Para determinar qué constituye una utilización equitativa y razonable, se examinarán conjuntamente todos los factores pertinentes y se llegará a una conclusión sobre la base del conjunto de esos factores". Además, de conformidad con el art. 10, salvo acuerdo o costumbre en contrario, ningún uso de un curso de agua internacional tiene en sí prioridad sobre otros usos y, en caso de conflicto entre varios de ellos, éste se resolverá sobre la base de los arts. 5 a 7 —referidos a la utilización equitativa y la prohibición de causar daños sensibles—, teniendo especialmente en cuenta la satisfacción de las necesidades humanas vitales.

[65] MCCAFFREY, Stephen C., *The law of … op. cit*., pp. 462-466, o DELLAPENNA, Joseph W., "The Dispute over the Status and Use of the Silala River (Chile v. Bolivia): The International Court of Justice again declines to apply International Water Law", *Wyoming Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2023, p. 93.

[66] ICJ, *Dispute …op. cit*., párr. 98.

[67] *Ibidem*, párr. 95.

[68] Art. 7.1.

como una obligación de conducta y no de resultado[69]. El umbral que desencadena esta obligación es el riesgo de que se produzca un daño sensible, es decir, un deterioro real, algún tipo de impacto perjudicial sobre el medio ambiente o el desarrollo socioeconómico del estado perjudicado, que sea más que meramente perceptible o trivial, pero que puede ser inferior a severo o sustancial[70].

La sentencia recuerda cómo se trata de una plasmación en el ámbito concreto del derecho de los cursos de agua internacionales de la obligación básica que los Estados tienen bajo el derecho internacional general de no permitir que su territorio sea utilizado para actos contrarios a los derechos de otros Estados, y que se vuelve todavía más relevante en el contexto de recursos compartidos[71]. Refleja así en este ámbito concreto uno de los principios fundamentales del derecho internacional del medio ambiente, formulado, entre otros, en el emblemático Principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el medio humano, de 1972[72]. Se encuentra también ampliamente reconocido por la jurisprudencia internacional[73], de entre la que la Corte se refiere expresamente a las relativas al caso del Canal de Corfú, las plantas de celulosa sobre el río Uruguay, al caso acumulado resuelto en 2015 sobre las controversias en torno al río San Juan entre Costa Rica y Nicaragua, y a su Opinión consultiva sobre la legalidad del uso de armas nucleares[74].

La relación y prioridad en caso de conflicto entre las obligación de utilización equitativa y razonable y la prohibición de causar daños sensibles han sido algunas de las cuestiones más controvertidas en la configuración del régimen jurídico de los cursos de agua internacionales. Sobre todo, por la consideración tradicional —y no completamente acertada— de que la primera de ellas beneficia a los Estados de aguas arriba, y la segunda a los Estados de aguas abajo[75]. Del articulado de la Convención de 1997 parece desprenderse

---

[69] CDI, *Anuario …*, p. 110; o ICJ, *Pulp Mills… op. cit*., párr. 187. El comentario de la CDI recuerda en este sentido como ello "implica que únicamente puede considerarse que un Estado del curso de agua cuyo uso causa un daño sensible ha incumplido su obligación de ejercer diligencia debida cuando, de manera intencionada o negligente, ha causado el hecho que había que evitar o, de manera intencionada o negligente, no ha impedido que otros en su territorio causen ese hecho o no haya hecho lo necesario para disminuir los efectos (CDI, *Anuario… op. cit*.).

[70] Entre otros: RIEU-CLARKE, Alistair, MOYNIHAN, Ruby, y MAGSIG, Bjoern-Oliver, *op. cit*., p. 120.

[71] ICJ, *Dispute…* párr. 99.

[72] *Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Estocolmo, 5 a 16 de junio de 1972, A/CONF.48/14/Rev.l.

[73] Entre otros, los laudos arbitrales: *Trail smelter case (United States of America, Canada), 16 April 1938 and 11 March 1941,* UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. III, pp. 1905-1982; *Lac Lanoux (Espagne, France)*, 16 novembre 1957, UN, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XII, pp. 281-317.

[74] ICJ, *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania), Merits, Judgment*, ICJ Reports 1949, p. 22; ICJ, *Pulp Mills… op. cit*., párr. 101; ICJ, *Certain Activities … op. cit*., párr. 104; e ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, *ICJ Reports* 1996 (I), p. 242, párr. 29.

[75] Véase: SALMAN, M. A. Salman, "Downstream riparians can also harm upstream riparians: the concept of foreclosure of future uses", *Water International*, vol. 35, issue 4, 2010, pp. 350-364.

una prioridad de la utilización equitativa y razonable[76]. La mayor parte de la doctrina ha secundado tradicionalmente también su prioridad, mientras que menos autores se refieren a una aplicación conjunta, convergente o harmonizada[77], o, incluso, a la prioridad de la prohibición de causar daños sensibles, aunque esta última parece ganar adeptos más recientemente por influencia de la creciente consideración de cuestiones relativas a daños ambientales en las disputas relacionadas con cursos de aguas internacionales[78]. La CIJ habría enviado mensajes ambiguos, o, incluso contradictorios, sobre la relación entre estos dos principios en su jurisprudencia anterior[79]. En el caso del Silala, aunque se refiere en primer lugar a la utilización equitativa y razonable —siguiendo también el orden en el fueron invocadas las normas consuetudinarias en este ámbito por Chile—, parece considerar ambas obligaciones en pie de igualdad al limitarse a afirmar que las Partes tienen derecho a un uso equitativo y razonable de las aguas del Silala como curso de agua internacional y están obligadas, al utilizarlo, a tomar todas las medidas apropiadas para evitar causar daños significativos a la otra Parte"[80].

---

[76] Por un lado, el art. 7.2, que aborda lo que ocurre cuando, a pesar de haber tomado todas las medidas apropiadas para impedir que se causen daños sensibles a otros Estados del curso de agua, estos se producen igualmente, señala que, a falta de acuerdo con respecto al uso que haya causado los daños sensibles, el Estado que lo haya causado deberá adoptar todas las medidas apropiadas, teniendo debidamente en cuenta lo dispuesto en los arts. 5 y 6 —referido a la utilización equitativa y razonable— y en consulta con el Estado afectado, para eliminar o mitigar esos daños y, cuando proceda, examinar la cuestión de la indemnización. Por otro, en el listado de ejemplos de factores pertinentes para determinar la utilización equitativa y razonable del art. 6 se incluyen "los efectos que el uso o los usos del curso de agua en uno de los Estados del curso de agua produzcan en otros Estados del curso de agua" y "los usos actuales y potenciales del curso de agua" (art. 6.1, apartados d y e).

[77] Entre otros: ARCARI, Maurizio, "Le droit interétatique de l'eau: les principes matériels de la convention de New York (21 Mai 1997)", en JEANCLOS, Yves (dir.), *Actes du Colloque de Strasbourg. Les politiques de l'eau au XXIe siècle*, Tome 2, Cirpes, Paris, 2002, pp. 29-30, o TANZI, Attila, "The inter-relationship between no harm, equitable and reasonable utilisation and cooperation under international water law", *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 20, 2020, pp. 619–629.

[78] Entre otros: MESHEL, Tamar, "Swimming Against the Current: Revisiting the Principles of International Water Law in the Resolution of Fresh Water Disputes", *Harvard International Law Journal*, vol. 61, núm. 1, 2020, pp. 135-184. Sobre este debate, véase también: MOVILLA PATEIRO, Laura, "La progresiva… *op. cit*.

[79] ECKSTEIN, Gabriel, "The Status…*op. cit*., p. 9. En su sentencia sobre el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, la Corte se refirió repetidas veces a la participación equitativa y razonable y obvió cualquier mención a la prohibición de causar daños sensibles (ICJ, *Gabčíkovo …op. cit*.). En casos relativos a contaminación, daños a los ecosistemas acuáticos, y cuestiones similares, la CIJ se habría pronunciado con rotundidad, como es el caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay (ICJ, *Pulp Mills… op. cit*, párr. 101) y de la Carretera sobre el Rio San Juan (ICJ, *Certain Activities … op. cit*., párr. 104) sobre la existencia de una obligación de debida diligencia de prevenir el daño bajo el derecho internacional consuetudinario. En este sentido S. C. McCaffrey ha señalado que resulta más probable que los conflictos entre estas dos normas consuetudinarias se produzcan en cuestiones relacionadas con la asignación de cantidades de agua (MCCAFFREY, Stephen C., "The customary law… *op. cit*., p. 163). Desde la doctrina también se ha apuntado que los casos que se han resuelto aplicando solo la prohibición de causar daños sensibles, o esta prohibición juntamente con la utilización equitativa y razonable habrían demostrado solucionar de forma más eficaz las controversias que los casos en los que solo se empleó la utilización equitativa y razonable (MESHEL, Tamar, "Swimming… *op. cit*.).

[80] ICJ, *Dispute…*, párr. 97, *in fine*.

3.2. El concepto de curso de agua internacional y las particularidades del Silala

Como adelantábamos, ambas partes estuvieron de acuerdo finalmente sobre el carácter de curso de agua internacional del Silala, una cuestión clave de la que también dependía la aplicación del derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales a este recurso[81]. Chile siempre lo había considerado así, mientras que la postura boliviana evolucionó durante el desarrollo del procedimiento como consecuencia de la realización de estudios científicos y técnicos que confirmaron su naturaleza transfronteriza, incluso en ausencia de las obras de canalización y drenaje.

Durante la fase escrita, Bolivia había mantenido en su demanda reconvencional que las aguas de los manantiales del Silala formaban parte de un curso de agua aumentado artificialmente y que las normas internacionales consuetudinarias sobre el uso de los cursos de agua internacionales no se aplicaban a las aguas del Silala que fluían artificialmente[82]. Posteriormente, en su dúplica se centró en señalar el carácter mejorado y acelerado del flujo superficial del Silala como consecuencia de las estructuras artificiales[83] y las consecuencias jurídicas que suponían, materializadas principalmente en sus reconvenciones. Durante la fase oral del procedimiento, Bolivia coincidió con Chile en calificar al Silala como un curso de agua internacional bajo el derecho internacional consuetudinario. No obstante, consideraba que las características únicas del Silala, —incluida la mejora artificial de su caudal superficial que atravesaba la frontera— debían ser tenidas en cuenta a la hora de aplicar el derecho internacional consuetudinario[84].

Además, existían discrepancias entre las Partes sobre el impacto que la estructura artificial tenía sobre la cantidad de caudal superficial. Para Chile, para quien la utilidad de esas construcciones artificiales era principalmente sanitaria —evitar la cría de insectos y la contaminación del agua potable—, el impacto de estas obras era mínimo: un aumento del flujo superficial que atravesaba la frontera de apenas el 2-3%[85]. Para Bolivia, en cambio, su objeto era extraer artificialmente el agua de los manantiales y bofedales circundantes, y a través de ellas el flujo superficial había aumentado entre un 11 y un 33%[86]. Con base en ese aumento o mejora del caudal que Chile recibía como consecuencia de la existencia de esas obras de canalización y drenaje, Bolivia formuló sus reconvenciones.

---

[81] *Ibidem*, párr. 92.
[82] *Ibidem*, p. 13
[83] *Ibidem*, p. 14.
[84] *Ibidem*, párrs. 56-57.
[85] *Written Statement of the Experts of the Republic of Chile*, 14 January 2022, accesible en https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220114-OTH-01-00-EN.pdf, p. 27.
[86] *Summary of DHI's Scientific Findings Regarding the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia). Written Statement by DHI*, 10-01-2022, accesible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220110-OTH-01-00-EN.pdf, párr. 54.

3.2.1. El concepto de curso de agua internacional y el carácter consuetudinario de su definición en la Convención de 1997

Se trataba de la primera vez que se pedía a la Corte que decidiese sobre el estatus de un curso de agua internacional, por lo que se generaron expectativas sobre un posible pronunciamiento sobre el propio concepto de curso de agua internacional, que nunca había hecho con anterioridad y que podría abarcar, incluso, una clarificación sobre el ámbito de aplicación de este sector del ordenamiento jurídico internacional[87]. Tampoco se había pronunciado con anterioridad sobre la naturaleza o el régimen jurídico aplicable a las obras de canalización y drenaje o a canales presentes en cursos de agua internacionales.

Durante el desarrollo de las audiencias orales, el impacto de las obras de canalización y drenaje despertó el interés de algunos de los jueces de la Corte, que plantearon varias preguntas a los expertos de las Partes sobre la variación del flujo artificial en el caso de que se eliminasen los canales y restaurasen los humedales, así como sobre la variabilidad estacional de dicho flujo[88]. Sin embargo, debido a la convergencia de las Partes sobre el carácter de curso de agua internacional del Silala y la aplicabilidad del derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales al mismo, la Corte no vio la necesidad de pronunciarse sobre el petitorio a) de Chile[89], y con ello, de explorar el concepto de curso de agua internacional[90].

Chile mantenía en todo caso el carácter consuetudinario de la definición contenida en el art. 2 a) de la Convención de 1997, que entiende por curso de agua "un sistema de aguas de superficie y subterráneas que, en virtud de su relación física, constituyen un conjunto unitario y normalmente fluyen a una desembocadura común"[91]; y, por curso de agua internacional, "un curso de agua algunas de cuyas partes se encuentran en Estados distintos"[92].

Debe tenerse en cuenta que esta definición fue una de las cuestiones más controvertidas durante los trabajos en el seno de la CDI, junto a la relación

---

[87] Entre otros: MESHEL, Tamar, "What's in a name? The Silala waters and the applicability of international watercourse law", *Questions of International Law,* Zoom-in, 39, 2017, p. 5.

[88] Las preguntas fueron realizadas por la presidenta de la Corte, el juez Iwasawa y el juez Tomka, a los expertos chilenos (ICJ, *Public sitting held on Thursday 7 April 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia), Verbatim Record,* International Court of Justice, The Hague*, CR 2022/10, Year 2022,* accesible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220407-ORA-01-00-BI.pdf, pp. 50-54); y por el juez Tomka y la presidenta Donoghue, a los expertos bolivianos (ICJ, *Public sitting held on Friday 8 April 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, *Verbatim Record*, International Court of Justice*,* The Hague, CR 2022/11, Year 2022, accesible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220408-ORA-01-00-BI.pdf, pp. 50-55).

[89] ICJ, *Dispute…op. cit*., párr. 59.

[90] Véase, DELLAPENNA, Joseph W., *op. cit*., p. 75.

[91] Art. 2. a).

[92] Art. 2. b).

de la Convención con tratados anteriores, la relación entre los principios de la utilización equitativa y razonable y la prohibición de causar daños, y el mecanismo de solución de controversias[93]. Su configuración despertó grandes debates y resultaba de gran relevancia, pues determinaría el alcance final del texto. Entre otras, se encontraba presente la tensión entre Estados de aguas arriba y Estados de aguas abajo, pues los primeros abogaban por que el texto se aplicase de forma restrictiva, es decir, a los ríos internacionales; mientras que los segundos defendían una concepción amplia del objeto del texto, representada por la noción de cuenca internacional. También resultó controvertida la inclusión de las aguas subterráneas conectadas con las aguas superficiales[94].

Lo cierto es que conceptos como los de río internacional, cuenca de drenaje, curso de agua, aguas transfronterizas, o recursos hídricos compartidos son usados habitualmente en la práctica estatal indistintamente y sin hacer claras distinciones entre ellos[95]. No parece existir así una noción consuetudinaria general o universal de lo que se consideran recursos hídricos compartidos entre dos o más Estados[96]. Lo que sí resulta patente es, independiente de su denominación concreta, una tendencia hacia una expansión del objeto y ámbito de aplicación de este sector del ordenamiento jurídico internacional. Se ha pasado así de un concepto estricto de rio internacional, a nociones más amplias y predominantes en la actualidad como la de cuenca internacional y curso de agua internacional, que abarcan también a los afluentes y las aguas subterráneas relacionadas, al elemento terrestre habitualmente también en el concepto de cuenca, y cada vez más, también a los ecosistemas relacionados[97], u otras características, como las sociales[98]. Esta evolución es consecuencia tanto de un mejor conocimiento del funcionamiento de los sistemas hídricos, como de una mayor preocupación por la calidad del agua y cuestiones ambientales[99].

---

[93] Véase, entre otros: SALMAN, M. A. Salman, "The United Nations… *op. cit*., pp. 8-12.

[94] MOVILLA PATEIRO, Laura, *El Derecho Internacional del Agua: los acuíferos transfronterizos*, Bosch Editor, Barcelona, 2014, pp. 82-91.

[95] KONG, Lingjie, "The Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala case and the customary rules on the definition of international watercourse", *RECIEL*, 2020, vol. 29, issue 3, p. 324. Como ha señalado A. Sereno Rosado, "no es posible buscar un orden lógico ni cronológico entre todos estos conceptos, que aparecen y reaparecen de modo intermitente en las diferentes fuentes del derecho" (SERENO ROSADO, Amparo, *Ríos que nos separan, aguas que nos unen, análisis jurídico de los Convenios Hispano-Lusos sobre aguas internacionales*, Lex Nova, 2011, p. 23). Véase también: SALINAS ALCEGA, Sergio, "La cuenca hidrográfica en la convención sobre el derecho de los usos de los cursos de agua internacionales para fines distintos de la navegación, de 21 de mayo de 1997", en EMBID IRUJO, Antonio, KÖLLING, Mario, *Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de Gestión del Agua en Países Federales y Semejantes a los Federales*, Zaragoza, 9-11 de julio de 2008, Aranzadi, Madrid, 2009, p. 572.

[96] AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., "Las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas", en FERNÁNDEZ PRIETO, Marta, *Derecho y agua en el Horizonte 2030*, Aranzadi, 2023, p. 426.

[97] MOVILLA PATEIRO, Laura, *La dimensión… op. cit*., p. 28.

[98] KONG, Lingjie, *op. cit*., p. 324.

[99] AURA Y LARIOS DE MEDRANO, Adela M., "Las cuencas…*op. cit*., pp. 429-430.

En todo caso, y aunque la práctica convencional todavía resulta muy variada, al ser la noción de curso de agua internacional la contenida en la Convención del 1997, parece emplearse por defecto, al menos a nivel doctrinal, en el estudio de este ámbito, y da nombre, incluso, a la forma habitual de referirse a este sector del ordenamiento jurídico internacional como el derecho de los cursos de agua internacionales[100].

En la sentencia, la Corte no estimó necesario que Bolivia reconociese expresamente el carácter consuetudinario de la definición del art. 2 para considerar que estaba de acuerdo con Chile en el estatus jurídico del Silala como curso de agua internacional[101]. De hecho, afirmó expresamente que no cabía duda de que lo era y, como tal, estaba sujeto en su totalidad al derecho internacional consuetudinario, algo sobre lo que las Partes también estaban de acuerdo[102]. Sin embargo, la Corte en ningún momento parece reconocer tampoco explícitamente el carácter consuetudinario de la definición incluida en la Convención de 1997. Se limitó a dar una definición genérica conforme a su anterior jurisprudencia y la de su antecesora, la CPJI, como "un recurso compartido sobre el que los Estados ribereños tienen un derecho común"[103]. Recordó a continuación la que considera la base de ese derecho común: la noción de "comunidad de intereses" existente entre los Estados ribereños, referida por la CPJI en el caso de la jurisdicción sobre el río Oder en relación con usos para la navegación, y por la propia CIJ en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, en relación con otros usos. Consideró además que esa noción se ha visto fortalecida por el desarrollo modero del derecho internacional, como lo evidenciaba la adopción de la propia Convención de 1997[104].

3.2.2. La cuestión de la "artificialidad" del Silala y el estatus jurídico internacional de los canales

De conformidad con el comentario de la CDI, con la citada definición de curso de agua internacional:

> "se hace referencia a un sistema hidrológico integrado por varios componentes diferentes a través de los cuales fluyen las aguas tanto de superficie como subterráneas. Esos componentes abarcan ríos, lagos, acuíferos, glaciares, embalses y *canales*. En la medida en que están interrelacionados, esos componentes forman parte de un curso de agua. Ésta es la idea que se expresa en la oración «aguas... que, en virtud de su relación física, constituyen

[100] Como afirma S. C. McCaffrey: "[B]ecause of the constant interaction between the ILC and the General Assembly, the terms 'watercourse' and 'watercourse system' are now well known to governments, which accepted them in the UN Convention. Despite their imperfections, theses expressions therefore seem to be the logical ones to use in the field". MCCAFFREY, Stephen C., *The law of....op. cit.,* p.43.

[101] ICJ, *Dispute…op. cit*., párr. 53.

[102] *Ibidem*, párr. 94.

[103] *Ibidem*, párr. 96.

[104] *Ibidem*.

> un conjunto unitario». Así, parte de las aguas de un caudal pueden infiltrarse por debajo de su lecho, extendiéndose más allá de las riberas del caudal, para volver a emerger en él, fluir a un lago que desagua en un río, ser desviadas por un *canal* hacia un embalse, etc."[105].

No se dan más detalles en ese comentario sobre el significado de "canal", cuya mención resultó, en todo caso, controvertida, al considerar algunos miembros de la CDI que el proyecto se había elaborado sobre la base de que un curso de agua era un fenómeno natural[106]. Tampoco parece ser una cuestión pacífica en la doctrina[107], desde la que se ha apuntado como, más allá del ámbito específico de la navegación fluvial[108], no parece poder encontrarse una práctica estatal uniforme y extendida que pueda haber dado lugar a una norma consuetudinaria que incluya o excluya inequívocamente a los canales artificiales y obras del concepto de curso de agua internacional[109].

La Corte parece haber evitado también pronunciarse sobre el derecho aplicable a cursos de agua internacionales fuertemente canalizados. Sí va a considerar que las modificaciones que aumentan el caudal superficial de un curso de agua no influyen en su caracterización como curso de agua inter-

---

[105] CDI, *Anuario … op. cit*., p. 96. Énfasis añadido.

[106] *Ibidem*, pp. 96-97. El término "canales" también es referido en el comentario al art. 25 de la Convención de 1997 (CDI, *Anuario… op. cit*., p. 135) como uno de los medios para la regulación de un curso de agua internacionales. La "regulación" es definida como "la utilización de obras hidráulicas o cualquier otra medida estable para alterar, modificar o controlar de otro modo el caudal de las aguas de un curso de agua internacional" (art. 25. 3). Chile recurrió en su réplica a este artículo para negar las implicaciones del flujo artificialmente mejorado argumentadas por Bolivia (*Reply of the Republic of Chile. Reply and expert reports*, vol. 1 of 3, 15 February 2019, accesible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20190215-WRI-01-00-EN.pdf, párrs. 2.28-2.20). Bolivia respondió señalando en su dúplica la falta de evidencias sobre su carácter consuetudinario, así como que los ejemplos citados por Chile en ese contexto estaban relacionados con la navegación, la gestión de inundaciones, hacer los flujos existentes más eficientes, o proporcionar agua para varios usos, y no —como en el contexto del Silala—, para aumentar el flujo del agua (*Rejoinder of The Plurinational State of Bolivia*, Vol. 1 of 6, 15 may 2019, accesible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20190515-WRI-01-00-EN.pdf, párr. 72). No se indica expresamente en ese artículo que esas obras se consideren parte del curso de agua internacional, y la sentencia de la Corte tampoco exploró esta disposición.

[107] Véanse, entre otros, ECKSTEIN, Gabriel, and MULLIGAN, Brendan, M., "The Silala/Siloli Watershed: Dispute over the Most Vulnerable Basin in South America", *Water Resources Development,* vol. 27, No. 3, 2011, pp. 595-606.

[108] Véanse, entre otros ejemplos de referencias a "canales" que implican mejoras en el ámbito de la navegación fluvial —no aplicables al Silala—: el art. 331, párr. 2 del Tratado de Versalles de 1919; el art. 1.d del Estatuto del régimen de las vías navegables de interés internacional (Convención sobre el régimen de las vías navegables de interés internacional, hecha en Barcelona en 1921); el art. XII de las Reglas de Helsinki sobre el uso de las aguas de los ríos internacionales de la ILA, de 1966; el art. 43 de las Reglas de Berlín sobre los recursos hídricos de la ILA, de 2004; el Informe sobre el mantenimiento y mejora de las vías navegables que separan o atraviesan varios Estados del Comité sobre Recursos Hídricos Internacionales de la ILA, de 1974/5 (ILA, *Report of the fifty-sixth conference*, New Delhi, 1974/75 (*Resolution of approval*, pp. xxii-xiv; *Report of the Committee on the International Water Resources Law*, *Part II-Maintenance and Improvement of Naturally Navigable Waterways Separating or Traversing Several States*, pp. 117-128; Rapporteur: Dr. Henri Zurbrügg), o la sentencia *The Diversion of Water from the Meuse, Judgement of 28 June 1937*, Permanent Court of International Justice, Series A/B, No. 70, Series C, No. 81.

[109] KONG, Lingjie, *op. cit*., p. 335, y MESHEL, Tamar, "What's in a name… *op. cit*.

nacional[110]. No obstante, ello no impediría, como mantenía Bolivia, que las características particulares de cada curso de agua internacional puedan ser tomadas en consideración al aplicar los principios consuetudinarios. En concreto, la Corte señaló que esas características particulares formaban parte de los factores y circunstancias pertinentes que deben tenerse en cuenta de conformidad con el art. 6 de la Convención de 1997 y el derecho internacional consuetudinario para la determinación de la utilización equitativa y razonable, de los que ese artículo proporciona una lista no exhaustiva[111].

3.2.3. Las reconvenciones de Bolivia

La primera de las reconvenciones de Bolivia pedía a la Corte que declarase que tenía soberanía sobre los canales artificiales y mecanismos de drenaje del Silala que se encontraban en su territorio, y derecho a decidir si los mantenía y cómo. Al respecto, la Corte consideró que Chile había aceptado durante el procedimiento los siguientes puntos presentados por Bolivia: su soberanía sobre los canales y mecanismos de drenaje, su derecho soberano a desmantelarlos, su derecho soberano a restaurar los humedales, y que esos derechos deben ser ejercidos de conformidad con las obligaciones consuetudinarias aplicables en relación con el daño transfronterizo significativo. Por lo tanto, ya no existía un desacuerdo entre las partes en torno a esos puntos[112]. La Corte reconoció al mismo tiempo que era posible que en el futuro las Partes expresasen opiniones divergentes sobre las obligaciones aplicables en caso de desmantelamiento de las infraestructuras, pero ello no alteraría en todo caso la aceptación por parte de Chile del derecho de Bolivia a decidir mantenerlas o desmantelarlas[113].

A través de su segunda reconvención, íntimamente relacionada con la anterior, Bolivia reclamaba el reconocimiento de su soberanía sobre el caudal artificial de las aguas del Silala que se construyesen, mejorasen o produjesen en su territorio. Su corolario evolucionó ligeramente durante el procedimiento, de la afirmación de que Chile no tenía derecho sobre ese flujo artificial en su demanda reconvencional, a la de que no tenía ningún derecho adquirido sobre el mismo en su dúplica y en los petitorios finales[114]. Aquí, la Corte consideró que, dado que Chile había aceptado plenamente la primera reconvención, también lo había hecho con esta, derivada de aquella[115]. Puntualizó, sin embargo, que

[110] ICJ, *Dispute… op. cit*., párr. 94.
[111] Véase, *supra*, nota 64.
[112] ICJ, *Dispute… op. cit.*, párr. 146.
[113] *Ibidem*, párr. 146, *in fine*.
[114] *Ibidem*, p. 14-16.
[115] En concreto, la Corte hace el siguiente razonamiento: "*[T]he Court observes that the meaning ascribed by Bolivia to the term "sovereignty" is no different in substance from the "sovereign right" that Chile recognizes Bolivia to have over the infrastructure installed in Bolivian territory. Bolivia stated that when it refers to its "sovereignty" over the "enhanced flow", it means that its right over the channel works and its right to dismantle them, which Chile does not dispute, allow it to decide whether the flow generated*

esta reconvención, tal y como se presentó en las alegaciones finales de Bolivia, se basaba en la premisa de que Chile estaba reclamando un "derecho adquirido" sobre el flujo actual de agua que atraviesa la frontera, algo que Chile había negado claramente durante el procedimiento. Ello, unido a su reconocimiento de que Bolivia tenía un derecho soberano de desmantelar la infraestructura y de que cualquier reducción resultante en el caudal de las aguas del Silala hacia Chile no constituiría en sí misma una violación por parte de Bolivia del derecho internacional consuetudinario, hizo concluir a la Corte que tampoco existía un desacuerdo entre las Partes sobre este punto[116].

En virtud de su tercera reconvención, Bolivia solicitaba a la Corte que declarase que cualquier solicitud que Chile hiciese a Bolivia de entrega del caudal mejorado del Silala (en sus demanda reconvencional y dúplica había hecho referencia, en cambio, a "cualquier entrega" y a "las aguas que fluían artificialmente" [117]), así como sus condiciones y modalidades, incluyendo una posible compensación económica, estaba sujeta a la celebración de un acuerdo con Bolivia[118]. Se refería a una situación en la que Bolivia decidiese desmantelar las obras de canalización y drenaje situadas en su territorio, y Chile indicase que preferiría que se mantuviesen para seguir recibiendo el caudal superficial mejorado producido por ellas[119]. Su rechazo por la Corte no se produjo por razones sustantivas, sino por considerar que se refería —como también había alegado Chile[120]— a un escenario hipotético, cuando la Corte, como ya había reiterado en jurisprudencia anterior[121], solo puede pronunciarse en relación con casos concretos en los que exista en el momento del procedimiento un litigio real entre las Partes[122].

---

by those works will be maintained or whether it will cease as a result of the works being dismantled. According to Bolivia, the right that it claims is not an autonomous one but rather stems from its recognized right to maintain or dismantle all the installations in its territory. In this regard, the Court notes Chile's statement that Bolivia's right over the infrastructure was "wholly uncontroversial" and that Chile did not object to it" (*ibidem* párr. 153).

[116] *Ibidem*, párr. 154.

[117] *Ibidem*, p. 14-15.

[118] *Ibidem*, p. 16.

[119] *Ibidem*, párr. 157.

[120] *Ibidem*, párr. 159.

[121] *Ibidem*, parr. 48. Específicamente, la Corte hizo referencia a sus siguientes casos previos: *Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections*, *Judgment*, *ICJ Reports 1963*, pp. 33-34; *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia), Preliminary Objections, Judgment*, *ICJ Reports 2016* (I), p. 138, párr. 123; y *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland), Merits, Judgment*, *ICJ Reports 1974*, p. 32, párr. 73.

[122] ICJ, *Dispute… op. cit.*, párrs. 160-162. Nótese, además, que la cuestión de las preguntas hipotéticas ya había salido a relucir durante la fase oral, pero, en ese caso, en relación con la respuesta de Chile a la primera reconvención de Bolivia, solicitando a la Corte que la rechazase en caso de que Bolivia no cumpliese con sus obligaciones en virtud del derecho internacional. A propósito de esta argumentación, el Juez Tomka preguntó a Chile si la Corte podía rechazar dicha reconvención con sujeción a una condición de una conducta futura de Bolivia, y si no estaría la Corte decidiendo sobre la base de un escenario hipotético o de una hipótesis de futuro (ICJ, *Public sitting held on Thursday 14 April 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia)*, *Verbatim Record,* International Court of

3.3. Cooperación, obligaciones procedimentales y clarificación de las obligaciones de notificación y consulta

La obligación general de cooperación aparece consagrada en el art. 8 de la Convención de 1997[123]. Llama la atención que la sentencia se refiriese a ella y no solo a sus corolarios claramente procedimentales —el intercambio de datos e información, la notificación de medidas proyectadas, o la evaluación previa del impacto ambiental—, como obligación procedimental, cuando la cooperación puede entenderse también como una norma sustantiva e, incluso, como la base de todo el régimen jurídico de los cursos de agua internacionales en sí mismo y subyacente, en consecuencia, a todas las demás normas en este ámbito[124], tanto sustantivas como procedimentales. La Corte considera así que las obligaciones de utilización equitativa y razonable y prohibición de daños sensibles van acompañadas y complementadas por obligaciones procesales más estrictas y específicas, que facilitan su implementación[125]. Recuerda a continuación su afirmación en el caso de las plantas de celulosa sobre el río Uruguay sobre cómo mediante la cooperación, los Estados interesados pueden gestionar conjuntamente los riesgos de daños al medio ambiente creados por los planes iniciados por uno u otro de ellos, a fin de prevenir los daños en cuestión, mediante la implementación tanto de las obligaciones procedimentales como sustantivas[126]. En consecuencia, la Corte consideró que las obligaciones de cooperar, notificar y consultar son un complemento importante de las obligaciones sustantivas de los Estados ribereños, especialmente cuando, en casos como el del Silala, el recurso compartido sólo puede protegerse a través de una estrecha y continua cooperación entre ellos[127].

Al respecto, Chile mantenía en su petitorio e) que Bolivia tenía la obligación de cooperar y notificar oportunamente a Chile de las medidas previstas que pudiesen tener un efecto adverso sobre los recursos hídricos compartidos, intercambiar datos e información, y llevar a cabo, cuando proceda, una evaluación de impacto ambiental, a fin de que Chile pudiese evaluar los posi-

---

Justice, The Hague, *CR 2022/14, Year 2022*, accessible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220414-ORA-01-00-BI.pdf, p. 26).

[123] Se recoge en los siguientes términos: "1. Los Estados del curso de agua cooperarán sobre la base de los principios de la igualdad soberana, la integridad territorial, el provecho mutuo y la buena fe a fin de lograr una utilización óptima y una protección adecuada de un curso de agua internacional. 2. Los Estados del curso de agua, al determinar las modalidades de esa cooperación, podrán considerar la posibilidad de establecer las comisiones o los mecanismos conjuntos que consideren útiles para facilitar la cooperación en relación con las medidas y los procedimientos en la materia, teniendo en cuenta la experiencia adquirida mediante, la cooperación en las comisiones y los mecanismos conjuntos existentes en diversas regiones". Véase en detalle sobre esta obligación, entre otros: MOVILLA PATEIRO, Laura, *La dimensión…*, *op. cit*., pp. 156-161; y MOVILLA PATEIRO, Laura, *El Derecho… op. cit*., pp. 369-465.

[124] MCCAFFREY, Stephen, C., "The customary law … *op. cit*., pp. 147-174.

[125] ICJ, *Dispute…*, *op. cit*., párr. 100.

[126] *Ibidem*.

[127] *Ibidem*, párr. 101.

bles efectos de las medidas proyectadas. Consideraba además que Bolivia había incumplido su obligación de notificar y consultar a Chile respecto de actividades que podrían afectar las aguas del Silala o su utilización por Chile[128]. Bolivia contestó señalando que tanto ella como Chile tenían la obligación de cooperar, notificar y consultar al otro Estado en relación con actividades que puedan tener un riesgo de daño transfronterizo significativo cuando así lo confirme una evaluación de impacto ambiental. Defendía asimismo no haber incumplido ninguna obligación[129].

La Corte constató, en consecuencia, que existía un desacuerdo, de hecho y de derecho, entre las Partes: sobre el alcance de la obligación de notificación y consulta en el derecho internacional consuetudinario de los cursos de agua internacionales, y sobre el supuesto incumplimiento de dicha obligación por Bolivia[130].

3.3.1. El alcance de las obligaciones de notificación y consulta

La Parte III de la Convención de 1997 prevé un régimen jurídico para las medidas proyectas con el fin de ayudar a los Estados a mantener un equilibrio equitativo entre sus respectivos usos del curso de agua internacional, evitar controversias derivadas de nuevos usos[131] y contribuir a la prevención de daños transfronterizos. De conformidad con el art. 12: "[E]l Estado del curso de agua, antes de ejecutar o permitir la ejecución de las medidas proyectadas que puedan causar un efecto perjudicial sensible a otros Estados del curso de agua, lo notificará oportunamente a esos Estados"[132]. El comentario de la CDI al proyecto de esta disposición aclara que el umbral de este estándar —el riesgo de un *efecto perjudicial sensible*— es menor que el del daño sensible referido en el art. 7 de la Convención[133]. El carácter consuetudinario de la obligación contenida en el art. 12 vendría avalado por su presencia habitual en decisiones de tribunales y cortes internacionales, declaraciones y resoluciones adoptadas por organizaciones intergubernamentales, conferencias y reuniones, y estudios realizados por organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, de los que se recogen ejemplos[134].

Con anterioridad, el art.11 está dedicado a la información sobre las medidas proyectadas sobre un curso de agua internacional, estableciendo que los

[128] *Ibidem*, p.15.
[129] *Ibidem*, p.16.
[130] *Ibidem*, párr. 102.
[131] CDI, *Anuario …*, p. 119.
[132] Los siguientes artículos (13 a 19) de la Parte III establecen un procedimiento detallado a seguir, incluyendo disposiciones sobre el plazo para responder a la notificación, las obligaciones del Estado notificante durante el plazo para responder, la respuesta a la notificación, la falta de esta, consultas y negociaciones sobre las medias proyectadas, procedimientos aplicables a la falta de notificación, y la ejecución urgente de medidas proyectadas.
[133] CDI, *Anuario… op. cit*., p. 119.
[134] Véase, en detalle: *ibidem*, pp. 119-121.

Estados intercambiarán información y se consultarán y, si es necesario, negociarán, acerca de sus posibles efectos. Según su comentario, se trata de un puente entre la Parte II, que incluye en su art. 9 la obligación de intercambio regular de datos e información, y la Parte III, dedicada a las medidas proyectadas. Los posibles efectos a los que se refieren el art. 11 incluyen todos los potenciales de las medidas planificadas, ya sean perjudiciales o beneficiosos, evitando así los problemas inherentes a las evaluaciones unilaterales de la naturaleza real de dichos efectos[135]. Por lo tanto, el umbral que desencadenaría la exigencia de esta obligación sería muchísimo menor que el del art. 12.

Para Chile, tanto el art. 11 como el 12 reflejaban derecho internacional consuetudinario[136]. Sin embargo, para Bolivia, solo lo hacía el art. 12[137], cuyo umbral de desencadenamiento exigiría en todo caso que la actividad en cuestión pudiese tener un efecto negativo, e invocó la jurisprudencia anterior de la CIJ al respecto[138]. La Corte concordó con la interpretación de estos artículos por parte de Bolivia y rechazó, en consecuencia, el petitorio chileno.

La Corte consideró así que, a diferencia de los comentarios a otras disposiciones del proyecto de artículos, incluidos los del art.12, los del art. 11 no hacían referencia a ninguna práctica estatal o autoridad judicial que sugiriese su carácter consuetudinario, por lo que para la CDI esta disposición no tendría tal estatus. A falta de una práctica general u *opinio iuris* que apoyase esa afirmación, la CIJ no pudo concluir tampoco su carácter consuetudinario y no estimó necesario abordar su interpretación[139]. Algunos autores han cuestionado ya que la Corte hubiese apoyado esta conclusión únicamente en el comentario de la CDI a este artículo, del año 1994, y que no hubiese hecho un análisis de la práctica posterior, sobre la que han apuntado que se han producido desarrollos significativos[140].

En relación con el art. 12, la Corte afirmó que su contenido se corresponde en gran medida con su propia jurisprudencia sobre las obligaciones procedimentales que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario en materia de daños transfronterizos, incluida la gestión de recursos compartidos. Recordó así como había confirmado la existencia de una obligación de notificar y consultar a otros Estados ribereños afectados cuando existe un riesgo de daño transfronterizo sensible en su sentencia so-

---

[135] *Ibidem*, p. 118. De conformidad con el mismo comentario, las "medidas" deben entenderse también en sentido amplio, abarcando tanto los nuevos proyectos o programas de mayor o menor importancia como las modificaciones de los usos existentes del curso de agua internacional (*ibidem*).

[136] ICJ, *Dispute …op. cit*., párrs. 103-105.

[137] *Ibidem*, párrs. 106-107.

[138] *Ibidem*, párr. 108.

[139] *Ibidem*, párrs. 111-112.

[140] KEBEBEW, Tadesse M., "Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v Bolivia): Is the International Court of Justice falling short?", *RECIEL*, vol. 32, issue 2, 2023, p. 374. Véanse ejemplos de esa práctica en: MESHEL, Tamar, "The Silala Judgment and the Duty to Cooperate in Customary International Water Law", *Wyoming Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2023, pp. 51-71.

bre los casos acumulados en torno al río San Juan entre Costa Rica y Nicaragua, de 2015. En ella había especificado ya los pasos y el enfoque que debe adoptar un Estado que proyecta emprender una actividad sobre o en torno a un recurso compartido que pueda tener un efecto transfronterizo significativo. En primer lugar, debe hacer una evaluación preliminar sobre si existe un riesgo de daño sensible. Si dicha evaluación preliminar indica que existe tal riesgo, el Estado está obligado a realizar una evaluación de impacto ambiental. Si la evaluación de impacto confirma que existe un riesgo de daño transfronterizo significativo, se activa la obligación de notificar y consultar[141]. Esta secuencia procedimental ha sido referida en la doctrina como la "matriz consuetudinaria de las normas internacionales de protección ambiental"[142].

[141] ICJ, *Certain activities… op.cit*., párr. 104. Esta consideración del surgimiento de la obligación de notificación y consulta únicamente tras una evaluación previa del impacto ambiental positiva, generó, sin embargo, cierta controversia. Véase, entre otros: TANAKA, Yoshifumi, "Costa Rica v. Nicaragua and Nicaragua v. Costa Rica: Some Reflections on the Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment", *RECIEL*, vol. 26, issue 1, 2017, pp. 95 y 97; o la Opinión separada en ese caso de la jueza Donoghue (ICJ, *Certain activities… op. cit*., *Separate Opinion of Judge Donoghue*, párrs. 20-24). Sobre esta cuestión, el art. 12 de la Convención del 1997 se limita a establecer que la notificación de las medidas proyectas "irá acompañada de los datos técnicos y la información disponibles, incluidos los resultados de una evaluación de los efectos ambientales, para que los Estados a los que se haga la notificación puedan evaluar los posibles efectos de las medidas proyectadas".

[142] VIÑUALES, Jorge, E., "La protección ambiental en el Derecho consuetudinario internacional", *REDI*, vol. 69, núm. 2, 2017, p. 73. Para este autor, "[E]ste párrafo es particularmente útil porque al mismo tiempo: i) identifica las normas a las que se les reconoce valor consuetudinario (la exigencia de diligencia debida de modo amplio así como en el marco del principio de prevención, y sus expresiones procedimentales, a saber la obligación de cooperación de buena fe, en particular por medio de la notificación y la consulta, y la exigencia de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental), y ii) se refiere a los precedentes jurisprudenciales en los que la base consuetudinaria ha sido reconocida con anterioridad, en particular la decisión de la CIJ en el caso de las plantas de celulosa en el río Uruguay, entre Argentina y Uruguay, decisión que, a su vez, se refiere a diversas decisiones anteriores, prueba de las raíces profundas de las normas identificadas" (*ibidem*). En el caso de las plantas de celulosa, la CIJ había sostenido, aplicando un criterio evolutivo, que la obligación de proteger y preservar del art. 41 del Estatuto sobre el río Uruguay debía interpretarse "de acuerdo con la práctica, que en años recientes ha ganado mucha aceptación entre los Estados que puede ser considerada como un requisito bajo el derecho internacional general de emprender un estudio de impacto ambiental donde hay un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto ambiental en un contexto transfronterizo, en particular, en un recurso compartido" (ICJ, *Pulp Mills… op. cit*., párr. 204 (véase también: ICJ, *Gabčíkovo …op. cit*., *Separate Opinion of Vice-President Weeramantry*, pp. 111-113). Además, la Corte consideró que no sólo debe realizarse tal estudio antes de la puesta en funcionamiento de un proyecto, sino también a lo largo de su vida, llevándose a cabo un control continuo de sus efectos en el medio ambiente (ICJ, *Pulp Mills… op. cit*., párr. 205). Por otra parte, la CIJ no especificó el alcance y contenido de esta evaluación, estimando que correspondía a cada Estado determinarlo en su legislación nacional, teniendo en consideración la naturaleza y magnitud del desarrollo propuesto y su posible impacto adverso sobre el medio ambiente, además de la necesidad de ejercitar la diligencia debida durante la realización de ese estudio (*ibidem*). En la sentencia sobre los casos en torno al río San Juan entre Costa Rica y Nicaragua, de 2015, la CIJ, además de indicar la secuencia procedimental mencionada, extendió esta obligación a cualquier actividad que pueda ocasionar un impacto significativo adverso en un contexto transfronterizo (ICJ, *Certain activities … op. cit*., párr. 104); matizó que su contenido debía determinarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso (*ibidem*, párr. 104); y que una excepción por razones de emergencia en el derecho interno no afectaba a la obligación internacional de los Estados de llevar a cabo esa evaluación (*ibidem*, párr. 158).

Por lo tanto, la Corte coincidió con los argumentos de Bolivia y observó que, aunque los requisitos de notificación y consulta establecidos en su jurisprudencia y en el art. 12 de la Convención de 1997 no están redactados en idénticos términos —el art.12 se refiere a un *efecto perjudicial* sensible, y su jurisprudencia, a un *daño* sensible—, ambas formulaciones sugieren que el umbral para la aplicación de la obligación de notificar y consultar se alcanza cuando las medidas previstas o ejecutadas pueden producir efectos nocivos de cierta magnitud[143]. La Corte interpretó así que el art. 12 no reflejaría de este modo una norma de derecho internacional consuetudinario más rigurosa que la obligación general de notificar y consultar contenida en su propia jurisprudencia[144]. En consecuencia, confirmó que el umbral que desencadena la obligación de notificación y consulta es la existencia una actividad proyectada que plantee un riesgo de daño sensible para el otro Estado[145].

3.3.2. Ausencia de incumplimiento de las obligaciones procedimentales por Bolivia e invitación a la Partes a realizar consultas de forma continuada

La Corte examinó a continuación los hechos del caso para comprobar si se había alcanzado este umbral de riesgo de un daño sensible en el marco de las actividades en relación con las cuales Chile consideraba que Bolivia había incumplido su obligación de notificación y consulta.

Concluyó que Chile no había demostrado o ni siquiera, alegado, ningún perjuicio derivado de esas actividades y, menos aún, un daño transfronterizo significativo. Chile tampoco rebatió los detalles fáticos proporcionados por Bolivia durante el procedimiento en relación con esas actividades. Estos detalles revelaron: a) que no se llegaron a tomar medidas para permitir a la empresa privada boliviana DUCTEC, a la que se había otorgado una concesión en 1999 para comercializar el agua, las utilizase; b) tampoco se implementaron los proyectos de piscifactoría, presa, y planta de embotellamiento anunciados en prensa por Bolivia en 2012; c) que las viviendas construidas en las inmediaciones del Silala nunca habían sido habitadas; y d) que, aunque un puesto militar sí se puso en funcionamiento, se tomaron las medidas necesarias para evitar la contaminación de las aguas[146]. Por todo ello, la Corte consideró que Bolivia no había incumplido la obligación de notificar y consultar, y rechazó, por unanimidad, este petitorio chileno[147].

Además, la Corte tomó nota de la voluntad expresada por Bolivia de continuar cooperando con Chile para garantizar la utilización equitativa y razo-

[143] ICJ, *Dispute… op. cit.*, párr. 116.
[144] *Ibidem*, párr. 117.
[145] *Ibidem*, párr. 118.
[146] *Ibidem*, párr. 127.
[147] *Ibidem*, párr. 128.

nable del Silala y sus aguas de ambos, e invitó a las Partes a tener presente la necesidad de llevar a cabo consultas de forma continuada, con un espíritu de cooperación, a fin de garantizar el respeto de sus respectivos derechos y la protección y preservación del Silala y su medio ambiente[148].

Algunas de las primeras reacciones a esta sentencia en el ámbito doctrinal han sido diversas en relación con la consideración de esta interpretación de las obligaciones procedimentales, yendo desde la consideración de que con este llamamiento la Corte está incentivando la cooperación, el principio de buena vecindad y la noción de comunidad de intereses[149]; pasando por quienes no la consideran suficiente[150]; hasta los que consideran que constituye un paso atrás[151], susceptible de promover incluso conductas unilaterales por parte de los Estados de los cursos de agua internacionales[152].

En nuestra opinión, el llamamiento a la realización de consultas continuas y a la cooperación entre las Partes —aunque realizado *obiter dicta* y no en la parte dispositiva de la sentencia— contrarresta la interpretación que la Corte hace de la ausencia de carácter consuetudinario del art. 11, y se acerca a la visión habitual en la doctrina de que la finalidad de las normas relativas a las medidas proyectadas de la Convención de 1997 no es sólo informar a los Estados potencialmente afectados del riesgo de efectos adversos significativos, sino facilitar un proceso más amplio de consultas o negociaciones para dar cabida a los intereses legítimos de los Estados notificados, y/o mejorar los planes para aumentar potencialmente los beneficios mutuos[153]. En todo caso, se hace necesario diferenciar lo que sería deseable desde una perspectiva de *lege ferenda* y lo que efectivamente se pueda considerar una práctica consuetudinaria consolidada, tanto en relación con el art. 11 como el 9 de la Convención de 1997, que contiene la obligación de intercambio regular de datos e información —en general, y no solo en el contexto de medidas proyectadas— entre los Estados de un curso de agua internacional[154]. Aun-

[148] *Ibidem*, párr. 129.

[149] SANGBANA, Komlan, "Dispute Over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bol.) (I.C.J.)", *International Legal Materials*, vol. 62, issue 5, 2023, p. 3.

[150] DELLAPENNA, Joseph W., *op. cit*., p.129; o ROSENBLUM, Zoe H., y WOLF, Aaron T., "Implications of Chile v. Bolivia for Transboundary Wetlands", *Wyoming Law Review*, vol. 23, núm. 2, 2023, p. 125.

[151] MESHEL, Tamar, "The Silala Judgment … *op. cit*., p. 54.

[152] KEBEBEW, Tadesse M., *op. cit*., p. 374.

[153] LEB, Christina, *Data Innovations for Transboundary Freshwater Resources Management: Are Obligations Related to Information Exchange Still Needed?*, Brill, Leiden, 2020, p. 48. Nótese que la Convención de 1997 también hace referencia en su art. 6.2 a la celebración de "consultas con un espíritu de cooperación" entre los Estados de un curso de agua internacional en relación con la aplicación de las disposiciones relativas a la utilización equitativa y razonable y su determinación a través de la consideración de todos los factores y circunstancias pertinentes. Véase también la referencia a consultas entre las Partes que se hace en sus arts. 3, 4, 7, 21, 24, 26 o 30.

[154] El art. 9 dispone en concreto que "1. De conformidad con el artículo 8, los Estados del curso de agua intercambiarán regularmente los datos y la información que estén fácilmente disponibles sobre el estado del curso de agua, en particular los de carácter hidrológico, meteorológico, hidrogeológico y ecológico y los relativos a la calidad del agua, así como las previsiones correspondientes. 2. El Estado

que se promueve este intercambio, entre otros, los datos recopilados hasta el momento sobre el indicador 6.5.1 de los ODS, que mide el proporción de la superficie de cuencas transfronterizas con un arreglo operacional para la cooperación en la esfera del agua"[155] sugieren que, incluso cuando hay acuerdos entre las Partes-y en este caso, como hemos visto, no existe ninguno entre Chile y Bolivia— el intercambio de datos entre Estados que comparten cursos de agua internacionales sigue siendo escaso[156].

4. ¿UNA SOLUCIÓN SATISFACTORIA DE LA CONTROVERSIA?

Podría considerarse que la sentencia del caso del Silala ha sido bastante salomónica si se tiene en cuenta que las peticiones de ambas Partes sufrieron un sino similar: de las cinco demandas de Chile, la Corte declaró sin objeto las cuatro primeras y rechazó la quinta; y de las tres reconvenciones bolivianas, declaró sin objeto la dos primeras y rechazó la tercera. Al mismo tiempo, el hecho de que la Corte haya considerado que las posiciones de las Partes han convergido durante el procedimiento en muchos de los puntos, puede entenderse como una victoria para la parte demandante. No obstante, no debe olvidarse que el demandante en este procedimiento era Chile, por lo

---

del curso de agua al que otro Estado del curso de agua le pida que proporcione datos e información que no estén fácilmente disponibles hará lo posible por atender esta petición, pero podrá exigir que el Estado solicitante pague los costos razonables de la recopilación, y en su caso, el procesamiento de esos datos o información. 3. Los Estados del curso de agua harán lo posible por reunir y, en su caso, procesar los datos y la información de manera que se facilite su utilización por los Estados del curso de agua a los que sean comunicados". El intercambio regular de datos e información y el monitoreo continuo tiene una mayor relevancia práctica, si cabe, en el ámbito concreto de la gestión de acuíferos transfronterizos, dada la falta de conocimiento en muchos casos sobre las características que los Estados del acuífero tienen sobre el mismo y a su compleja naturaleza y fragilidad. Posiblemente se trate también de una de las pocas obligaciones sobre la que podría indicarse su emergente carácter consuetudinario, atendiendo a la todavía poca práctica estatal en la gestión conjunta de acuíferos transfronterizos, mucho menos desarrollada que las aguas superficiales. Véanse los arts. 8 y 13 del proyecto de artículos de la CDI sobre el derecho de los acuíferos transfronterizos (A/RES/63/124); ECKSTEIN, Gabriel, *The International Law of Transboundary Groundwater Resources*, Earthscan, 2017, pp. 125-128; SINDICO, Francesco, *International Law and Transboundary Aquifers*, Edward Elgar Publishing, 2020, pp. 91-94 y 128-130; o MOVILLA PATEIRO, Laura, *La dimensión…*, pp. 179-180.

[155] Lo hace en el contexto de la meta 6.5 "[D]e aquí a 2030, implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda" (véanse las resoluciones de la Asamblea General 70/1 "Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", de 25 de septiembre de 2015, A/RES/70/1, y 71/313 "Labor de la Comisión de Estadística en relación con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible", de 6 de julio de 2017, A/RES/71/313). Un "arreglo" se define como cualquier "tratado o cualquier otro tipo de acuerdo o instrumento", y se establecen como requisitos para poder calificarlo como "operativo" los siguientes, que deben darse de forma concurrente: 1) la existencia de un órgano o mecanismo conjunto; 2) la celebración de reuniones con una frecuencia mínima anual entre los países ribereños; 3) el establecimiento de un plan de gestión conjunta o coordinada del agua o que se hayan definido objetivos conjuntos; y 4) el intercambio de datos e información con una frecuencia mínima anual.

[156] Véanse: NACIONES UNIDAS y UNESCO, *Avances en la cooperación en materia de aguas transfronterizas. Valores de referencia mundiales para el indicador 6.5.2 de los ODS*, 2018; y NACIONES UNIDAS y UNESCO, *Avances en la cooperación en materia de aguas transfronterizas. Situación Mundial del Indicador 6.5.2 de los ODS y necesidades de aceleración* 2021.

que era quien "más tendría que perder"; así como que dentro de los petitorios finales de las Partes, precisamente el único que se refería a una acusación de quebrantamiento de obligaciones por la otra Parte, la supuesta violación por Bolivia de sus obligaciones de notificación y consulta en relación con actividades que pudiesen ocasionar una daño significativo al curso de agua internacional, fue desestimada por la Corte por unanimidad.

En cualquier caso, llama considerablemente la atención que la Corte declarase la mayor parte de las pretensiones de las Partes carentes de objeto debido a la convergencia de sus posiciones durante el proceso, en lugar de emitir una sentencia declarativa, que era lo que ellas solicitaban. Es decir, la Corte ha "decidido sin decidir"[157] en relación con la mayor parte de los puntos de la controversia. También puede señalarse la ausencia en la decisión de la Corte de algunas cuestiones, sobre todo ambientales, sobre las que, dadas las circunstancias que rodeaban el caso, cabría quizá esperar algún tipo de pronunciamiento. Por su parte, aunque la dimensión científica y técnica de la controversia tampoco aparece reflejada en la sentencia, el desarrollo procedimental del caso sí ha permitido a la Corte consolidar la articulación práctica que venía haciendo en casos similares sobre la intervención de los expertos de las Partes.

4.1. La ausencia de una sentencia declarativa

Después de no encontrar ningún obstáculo a su jurisdicción en virtud del art. XXXI del Pacto de Bogotá de 1948, la Corte comenzó observando que algunas de las posiciones de las Partes habían evolucionado durante el procedimiento y que ambas mantenían que algunas demandas y contrademandas de la otra no tenían objeto o se referían a cuestiones hipotéticas[158]. A continuación, procedió a examinar por ella misma si y hasta qué punto las alegaciones finales continuaban reflejando una disputa entre las ellas o, si, por el contrario, se habían quedado sin objeto debido a la convergencia de posiciones o acuerdo entre las Partes, o por otra razón[159].

Siguiendo con este razonamiento, la Corte describió en los párrafos 46 y 48 de la sentencia las bases jurisdicciones sobre las que iba a examinar cada una de las demandas y reconvenciones, y resolver el caso: a) dado que el papel de la Corte consiste en resolver disputas existentes, la parte dispositiva de la sentencia no debería, en principio, recoger los puntos en los que la Corte consideraba que las Partes están de acuerdo[160]; b) las declaraciones hechas

[157] ZUBIETA MARISCAL, Franz J., "La sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 1 de diciembre de 2022 en el caso "sobre el estatus y el uso de las aguas del Silala" (Chile C. bolivia): la evidencia científica en la catarsis del conflicto", en RUBIO FERNÁNDEZ, Eva María, y GARCÍA CASAS, María (coords.), "Crónica de Derecho Internacional Público", *REEI*, núm. 45, 2023, pp. 3-7.

[158] ICJ, *Dispute …op. cit*., párrs. 21, 40 y 53.

[159] *Ibidem*, párrs. 42-44.

[160] *Ibidem*, párr. 46.

por las Partes ante la Corte deben presumirse hechas de buena fe[161]; c) si la Corte llega a la conclusión de que las Partes han llegado a un acuerdo sobre una demanda o contrademanda, tomará nota de ello en la sentencia y concluirá que han quedado sin objeto. En ese caso, no será pertinente una sentencia declaratoria[162]; d) la Corte debe pronunciarse sobre una controversia real entre las partes que implique un conflicto de intereses jurídicos entre las Partes[163]; así como que e) no le corresponde a la Corte pronunciarse sobre el derecho aplicable a situaciones hipotéticas[164]. Centrándonos en la decisión de dejar sin objeto buena parte de los petitorios de los dos Estados debido a la convergencia de sus posiciones, esta fue adoptada en la mayoría de los casos por quince votos a favor y uno en contra —la de la jueza Charlesworth—, con una excepción: la decisión sobre la demanda d) de Chile —que entendía que las Partes habían convergido sobre la existencia de la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir que se produjese un daño transfronterizo significativo— tuvo otro voto en contra, el del juez Robinson[165].

Puede resultar debatible hasta qué punto hubo convergencia entre la voluntad de las Partes. La propia Corte reconoció que cada una de ellas sostenía que ciertas alegaciones de la otra, aunque reflejaban puntos de convergencia entre ellas, seguían siendo vagas, ambiguas o condicionales, y, por lo tanto, no podía considerarse que expresen un acuerdo entre ellas[166]. En consecuencia, ambas solicitaron a la Corte que dictase una sentencia declarativa que proporcionase seguridad jurídica en sus relaciones mutuas[167].

Aun aceptando la convergencia de las posturas entre las Partes, la no adopción de una sentencia declarativa en relación con estos petitorios ha sido objeto de crítica por las dos declaraciones y el voto particular que acompañaron la decisión, y de comentario por la doctrina ya en algunas de las primeras reacciones a la sentencia en blogs jurídicos[168]. Destaca así que la Corte no se haya pronunciado sobre el fondo de los petitorios que declaró sin objeto, es decir, que no haya dejado constancia de los acuerdos o convergencias en la

[161] *Ibidem*.
[162] *Ibidem*.
[163] *Ibidem*, párr. 48.
[164] *Ibidem*, párr. 48.
[165] *Ibidem*, p. 46.
[166] *Ibidem*, párrs. 40 y 44.
[167] *Ibidem*, párr. 44.
[168] Entre ellos: "The Silala Case: Was Justice Served?", Written by Benjamin Salas Kantor and Elisa Zavala, *EJIL:talk!*, December 9, 2022, accesible en: https://www.ejiltalk.org/the-silala-case-was-justice-served/; "How to make a dispute disappear? Lessons in illusionism by the International Court of Justice in the Silala case", Amael Notini Moreira Bahia, 12/07/2022, International Law Association Brazil, accesible en: http://ila-brasil.org.br/blog/how-to-make-a-dispute-disappear-lessons-in-illusionism-by-the-international-court-of-justice-in-the-silala-case/; o "Preliminary Reflections on the ICJ Decision in the Dispute between Chile and Bolivia Over the Status and Use of the Waters of the Silala", Written by Francesco Sindico, Laura Movilla Pateiro and Gabriel Eckstein, *EJIL:talk!*, December 8, 2022, accesible, en https://www.ejiltalk.org/preliminary-reflections-on-the-icj-decision-in-the-dispute-between-chile-and-bolivia-over-the-status-and-use-of-the-waters-of-the-silala/.

parte dispositiva de la sentencia, algo que habría dado, probablemente, más seguridad jurídica al futuro de las relaciones de las Partes[169].

Si examinamos las dos declaraciones y el voto particular observamos como en su breve declaración, el juez Tomka puso de relieve también el hecho de que la sentencia "*decides almost nothing*"[170] y se planteó incluso su utilidad[171]. Subrayó, sin embargo, que la Corte debía, como ha hecho en este caso, dar un peso decisivo a la formulación de los petitorios de las Partes en las alegaciones finales[172].

Por su parte, la jueza Charlesworth expresó en su declaración como, desde su punto de vista, la Corte, en vez de resolver la disputa, se centró en analizar si todavía existía una[173]. Señaló además que el razonamiento sobre la convergencia entre los argumentos de las Partes no tenía base en la jurisprudencia anterior de la Corte y que se había subestimado el valor de una sentencia declaratoria[174]. Enfatizó el valor de los pronunciamientos declarativos de la Corte para ayudar a estabilizar las relaciones jurídicas entre ellas[175]. Criticó así la metodología de las "*disappearing disputes*" empleada en la sentencia, que parecía olvidar que la misión de la Corte es, precisamente, decidir diputas[176], introduciendo, en su opinión, un innecesario nivel de complejidad e incertidumbre en el propio concepto de "disputa"[177]. Consideró además que el razonamiento mayoritario seguido por la Corte, presumiendo la buena fe de las Partes al realizar declaraciones ante ella, no implicaba necesariamente que los Estados tengan la intención de vincularse por las mismas[178].

A su vez, en su opinión separada, el juez *ad hoc* Simma, nombrado por Chile, se declaró también sorprendido por el hecho de que la sentencia no decidiese casi nada[179] y enfatizó los cambios de postura de Bolivia durante el procedimiento, que interpretó como una aceptación de la Parte demandada de la validez de los planteamientos del caso por la Parte demandante, así como una renuncia a la mayoría de sus pretensiones iniciales[180]. Consideró asimismo que una convergencia en la postura de los Estados no es un acuer-

[169] SANGBANA, Komlan, *op. cit*., p. 3.
[170] ICJ, *Dispute… op. cit.*, *Declaration of Judge Tomka*, párr. 1.
[171] *Ibidem*, párr. 4.
[172] ICJ, *Dispute… op. cit. Declaration of Judge Charlesworth*, párr. 3.
[173] *Ibidem*, párr. 2.
[174] *Ibidem,* párr. 3.
[175] Véanse, especialmente, *ibidem*, párrs. 3, 19 y 23.
[176] *Ibidem*, párr. 8.
[177] *Ibidem*, párr. 9.
[178] *Ibidem*, párr. 15.
[179] *Ibidem*. *Separate Opinion of Judge Ad Hoc Simma*, párr. 2. Finaliza su Opinión Separada con una expresión muy gráfica en este sentido: "[R]eflecting *on the Court's deliberative process, the then President of the Permanent Court of International Justice, Max Huber, once compared the Court's decisions to "ships which are intended to be launched on the high seas of international criticism". It is a pity that today the Court chose to launch an empty vessel*" (*ibidem*, párr. 20).
[180] *Ibidem*, párr. 6.

do, ya que podía seguir existiendo un desacuerdo sobre la solución a la controversia. Por ello defendió también que hubiese sido necesaria igualmente una declaración sobre la situación jurídica[181].

Lo cierto es que las Partes no se lo pusieron fácil a la Corte. A la evolución de algunos de la formulación de algunos de los petitorios hay que añadir que, pese a que reconocieron coincidir en muchos petitorios, se reprochaban también mutuamente al mismo tiempo la ambigüedad o la condicionalidad de las posiciones de la otra Parte, persistiendo desacuerdos entre ellas. Al mismo tiempo, sin embargo, ambas mantuvieron sus petitorios al final de las audiencias orales, aunque es posible observar de su simple lectura que —salvo en relación, sobre todo, con el petitorio e) de Chile y la mayoría de las reconvenciones de Bolivia— existían grandes similitudes entre ellos[182].

4.2. Cuestiones ausentes

Puede llamar la atención también que la sentencia no haya incidido algo más en consideraciones ambientales. Más allá de las cuestiones ya examinadas en relación con las obligaciones de no causar daños sensibles transfronterizos, notificación y consulta, y de realización de una evaluación de impacto ambiental, la protección del medio ambiente está bastante ausente en la decisión de la Corte. La única referencia expresa a este se hace en el contexto del llamamiento que se hace a las Partes a tener presente la necesidad de llevar a cabo consultas de forma continuada, con un espíritu de cooperación, a fin de garantizar el respeto de sus respectivos derechos y la protección y preservación del Silala y *su medio ambiente*[183]. En relación con los humedales en particular, la sentencia se limita reconocer el derecho soberano de Bolivia —también reconocido por Chile— a desmantelar las obras de canalización y drenaje, y restaurar los humedales[184].

La Corte ha dejado pasar así la oportunidad de incidir más en la obligación de protección y preservación del medio ambiente de la zona en general y, más en conceto, sobre el régimen jurídico aplicable a los humedales del área del Silala —designados "humedales de importancia internacional" bajo la Convención relativa a los humedales de importancia Internacional, especialmente como hábitat de aves acuáticas, firmada en Ramsar el 2 de febrero de 1971, y su interacción con el derecho de los cursos de agua internacionales. Si bien es cierto que su protección tampoco era una parte fundamental de la formulación de los petitorios finales de las Partes, durante el procedimiento esta cuestión sí estuvo muy presente en los informes de los expertos de las Partes y en las intervenciones de sus abogados, sobre todo de Bolivia, que

[181] Véanse, especialmente, párrs 9, 18 y 20.
[182] ICJ, *Dispute…op. cit.*, pp. 15-16.
[183] *Ibidem*, párr. 129. Énfasis añadido.
[184] *Ibidem*, párrs. 75 y 145.

describieron con detalle la degradación que los humedales de la zona habían sufrido como consecuencia de las obras de canalización y drenaje[185].

No obstante, no debe olvidarse que algunas de las contribuciones más relevantes en materia ambiental en sentencias anteriores de la Corte se produjeron en el contexto de interpretaciones evolutivas de los tratados sobre cursos de agua internacionales que existían entre las Partes de la controversia, a la luz de los desarrollos producidos con posterioridad en el derecho internacional del medio ambiente[186], tratado que no existía en el caso del Silala.

Otro aspecto que puede echarse en falta en la sentencia es alguna mención más específica a las aguas subterráneas o acuíferos transfronterizos de la zona del Silala —sobre todo, una vez determinado que el flujo del Silala está compuesto por aguas superficiales y subterráneas[187]— y a las particularidades de régimen jurídico de ese recurso más allá de su inclusión dentro del concepto de curso de agua internacional, que se encuentra mucho menos desarrollado que el de las aguas superficiales[188].

Probablemente, también hubiese resultado útil para el futuro de las relaciones entre las Partes que la Corte hubiese profundizado más en algunas cuestiones de fondo sobre las que pasó bastante de puntillas como consecuencia de la declaración de muchos de los petitorios sin objeto, y por tanto, sin necesidad de pronunciarse sobre ellos: la cuestión de los derechos adquiridos en relación con los usos existentes del Silala, o el régimen jurídico aplicable al posible desmantelamiento de las obras de canalización y drenaje.

4.3. Contribución a la consolidación de la articulación práctica de la intervención de los expertos de las Partes en controversias científicas y técnicas

Las diferencias iniciales en los planteamientos de las Partes sobre la naturaleza misma del Silala, la gran cantidad de estudios técnicos realizados por ellas durante el desarrollo del procedimiento, y el hecho de que sus expertos fuesen convocados por la Corte para ser sometidos a interrogatorios y contrainterrogatorios en la fase oral, hacían presagiar una gran relevancia de la ciencia en la decisión sobre el fondo del asunto y despertaron interés por cómo la Corte lidiaría con ella. Sin embargo, al haber concluido la Corte que existía una convergencia de las posiciones de las Partes, incluidas las de sus expertos, en torno a la caracterización del Silala como curso de agua internacional, no vio la necesidad de pronunciarse sobre ese petitorio, que

[185] Véase, especialmente: ICJ, *Public sitting held on Monday 4 April 2022, at 3 p.m., … op. cit.,* pp. 17-32.

[186] En detalle: MOVILLA PATEIRO, Laura, "La progresiva… *op. cit*., pp. 11-17.

[187] *Ibidem*, párrs. 17 y 32.

[188] Véase, entre otros: MOVILLA PATEIRO, Laura, *El Derecho Internacional... op. cit.*; ECKSTEIN, Gabriel, *The International Law … op. cit.*; o SINDICO, Francesco, *International Law …op.cit.*

habría quedado así sin objeto, y, por lo tanto, no entró a valorar tampoco la abundante información científica y técnica que presentaron las Partes. Ello, aunque los dos Estados y sus expertos discrepasen sobre el efecto de las obras de la canalización y drenaje sobre el aumento del flujo superficial que atravesaba la frontera, cuestión que se recondujo a la consideración de que esas especiales características del Silala eran uno de los factores que debían tenerse en cuenta en cuenta a la hora de determinar su utilización equitativa y razonable.

A pesar de que, paradójicamente, la ciencia ha estado ausente en la sentencia, la Corte ha consolidado con este caso la articulación de la práctica de la prueba durante el procedimiento en relación con cuestiones científicas y técnicas que había ido esbozando en procedimientos anteriores[189]. Casos en torno a recursos hídricos u otras cuestiones ambientales han dejado patente en los últimos años el creciente grado de complejidad científica y técnica de las controversias sobre las que se está teniendo que pronunciar la Corte y se ha suscitado, incluso, un debate sobre su capacidad para lidiar con ellas, tanto en la doctrina como entre sus propios miembros[190]. Ante la ausencia de reglas específica para juzgar controversias de este tipo, entre las herramientas más pertinentes que tienen a su disposición la CIJ y las Partes para presentar y valorar en el procedimiento las cuestiones técnicas y científicas se encuentra la figura del experto[191].

Las Partes pueden recurrir a expertos en los momentos iniciales del procedimiento y para preparar la fase escrita. En la fase oral pueden intervenir como consejeros[192] o comparecer como testigos o peritos[193]. Solo en el segundo caso los expertos pueden ser objeto de interrogatorio por la parte contraria[194]. No obstante, más allá de esta indicación, ni el Estatuto ni el Reglamen-

[189] Entre otros: DEVANEY, James G., "The role of science and expert evidence in the ICJ's Silala judgment: How Bolivia's incoherent claims ran up against reality", *Questions of International Law*, Zoom-out, 98, 2023, pp. 5-19.

[190] Entre otros: GARCÍA RICO, Elena del Mar, GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, y TORRES CAZORLA, María Isabel, "La práctica reciente de la Corte Internacional de Justicia en controversias jurídicas con un componente científico: un análisis crítico", en VÁZQUEZ GÓMEZ, Eva María, ADAM MUÑOZ, María Dolores, y CORNAGO PIRETO, Noé (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 101-112; GILES-CARNERO, Rosa M., *op. cit.*, pp. 159-167; SANDS, Philippe, "Water and international law: science and evidence in international litigation", *Environmental law and management*, vol. 22, issue 4, 2010, pp. 151-161; o MOVILLA PATEIRO, L., *La dimensión… op. cit*., pp. 314-318.

[191] Otra posibilidad, no utilizada nunca hasta la fecha por la CIJ, ni en casos en torno a recursos hídricos ni otros, es la de recurrir al nombramiento asesores, quienes de conformidad con el art. 30 del Estatuto de la Corte y los art. 9 y 21 de su Reglamento, tomarían asiento en ella y participarían en las deliberaciones, pero no tendrían derecho a voto. Véase: MBENGUE, Makane Moise, and DAS, Rukmini, *Use of Experts in International Freshwater Disputes. A Critical Assessment*, Brill, 2019, p. 80.

[192] Art. 43 del Estatuto de la CIJ. Véase también el art. 57 del Reglamento de la CIJ.

[193] Art. 63 del Reglamento de la CIJ.

[194] Arts. 64 y 65 del Reglamento de la CIJ.

to de la CIJ detallan cómo debe ser su intervención[195], por lo que la práctica no ha sido ni predecible ni uniforme[196], sino que la CIJ le ha ido dando forma a media que las partes han ido recurriendo a ellos, haciendo un esfuerzo por estructurar su intervención en los casos más recientes.

Si examinamos los casos en torno a recursos hídricos sustanciados ante la CIJ con anterioridad al del Silala, en los relativos a las presas *Gabčíkovo-Nagymaros*, a las plantas de celulosa sobre el río Uruguay, y a ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza y la construcción de una carretera por Costa Rica a lo largo del río San Juan, las Partes presentaron también abundantes pruebas de carácter científico y técnico y recurrieron al uso de expertos. En los dos primeros casos, presentaron a los expertos como asesores u abogados en vez de como testigos o peritos, por lo que no fueron objeto de interrogatorio en el proceso, ni tuvieron que hacer la declaración de decir la verdad prevista en el art. 64 del Reglamento de la Corte. La propia CIJ observó en la sentencia sobre las plantas de celulosa que "aquellas personas que prestan testimonio ante la Corte sobre la base de su conocimiento científico o técnico en razón de su experiencia profesional, deberían testificar ante la Corte como peritos, como testigos o en algunos casos, en ambas modalidades, en lugar de hacerlo como consejeros (de una de las Partes) para que puedan ser objeto de preguntas por la otra parte y por la propia Corte"[197], una práctica que se ha arraigado desde entonces[198]. En otras controversias de corte ambiental sustanciadas ante la CIJ, como el caso *Whaling*, de 2014, las Partes presentaron también a expertos como testigos, que fueron interrogados en primer lugar por el Estado que los proponía[199]. Con posterioridad, en los casos acumulados entre Costa Rica y Nicaragua en torno al río San Juan, de 2015, se confirmó la práctica de que los expertos presentasen por escrito con anterioridad el testimonio que iban a dar en la fase oral[200].

En el caso del Silala, tanto Chile como Bolivia acompañaron sus escritos con muy extensos informes de sus expertos, centrados, sobre todo, en las características hidrogeológicas de la zona del Silala y el impacto de las obras de canalización y drenaje[201]. La Corte solicitó a las Partes que sus expertos pre-

---

[195] Véase: PARSEGHIAN, Cicely O., y GUTHRIE, Benjamin K., "The Role of Scientific and Technical Experts", en MCCAFFREY, Stephen. C., LEB, Christina, y DENOON, Riley T. (eds.), *Research Handbook on International Water Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, p. 328.

[196] MBENGUE, Makane Moise, "Scientific Fact-finding at the International Court of Justice: An Appraisal in the Aftermath of the Whaling Case", *Leiden Journal of International Law,* vol. 29, issue 2, p. 549.

[197] ICJ, *Pulp Mills … op. cit*., párr. 167.

[198] MBENGUE, Makane Moise, and DAS, Rukmini, *op. cit*., p. 33.

[199] ICJ, *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment,* ICJ Reports 2014*,* p. 226.

[200] ICJ, *Certain activities… op. cit*.

[201] Motivado o no precisamente por el gran volumen de los informes técnicos presentados por las Partes en este procedimiento, lo cierto es que durante el transcurso de este la Corte enmendó en sus instrucciones prácticas para limitar a 750 el número de páginas de los anexos adjuntados por las Partes a sus escritos procesales, salvo que la Corte decida, a instancia de Parte, que, en las circunstancias

sentasen una declaración escrita que contuviese un resumen sobre los aspectos de sus estudios más relevantes en relación con los puntos de desacuerdo entre las partes[202]. Durante la fase oral y siguiendo las instrucciones de la Corte, cada una de las Partes pidió a sus expertos que confirmasen su declaración escrita, lo cual sirvió como su interrogatorio. A continuación, fueron objeto de contrainterrogatorio por la otra Parte, seguido de un nuevo interrogatorio por el Estado que los proponía, limitado a las cuestiones planteadas en el contrainterrogatorio[203]. Finalmente, recibieron preguntas directas por parte de algunos jueces[204].

Debe tenerse en cuenta en todo caso que CIJ no tiene mucha práctica en el interrogatorio de peritos y expertos en general, ya que los casos en los que la comprobación de los hechos es fundamental siguen siendo una minoría dentro del conjunto de casos de los que se ocupa[205]. Sin embargo, puede valorarse positivamente la progresiva articulación práctica que ha ido desarrollando en los últimos años en torno a su intervención en procedimientos en los que se sustancian cuestiones de alto contenido científico o técnico[206].

Respecto a la valoración por parte de los CIJ de los elementos presentados por los expertos de las Partes, en el caso *Gabčíkovo-Nagymaros*, no estimó necesario hacerlo, algo que ha sido criticado por la doctrina[207]. En cambio, sí llevó a cabo una visita al escenario de la controversia, donde expertos de ambas Partes realizaron presentaciones[208]. En el caso de las plantas de celulosa, las aportaciones científicas de las Partes resultaron especialmente contradictorias entre sí, y varios jueces criticaron en sus opiniones separadas y disidentes que la CIJ no hubiese hecho uso ella misma de la posibilidad de nombrar a un experto[209]. La posibilidad de que la Corte nombre a sus propios

---

particulares del asunto, está justificado un número superior a dicho límite (*Instrucción práctica III. Modificación promulgada el 30 de enero de 2009. Nueva modificación, por la que se establece el límite de páginas, promulgada el 20 de enero de 2021, aplicable a los procedimientos incoados después de esa fecha*, accesible en: https://www.icj-cij.org/practice-directions).

[202] Véase, *infra*, notas 85 y 86.

[203] El procedimiento seguido aparece explicado en: ICJ, *Public sitting held on Thursday 7 April 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia), Verbatim Record*, International Court of Justice, The Hague, CR 2022/10, Year 2022, accesible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220407-ORA-01-00-BI.pdf, p. 10.

[204] Véase, *supra*, nota 88.

[205] QUINTANA, Juan José, "Cuestiones de procedimiento en los casos Costra Rica c. Nicaragua y Nicaragua c. Costa Rica" ante la Corte Internacional de Justicia", *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, vol. 10, 2017, p. 146.

[206] Véase también: KEBEBEW, Tadesse M., *op. cit*., p. 373.

[207] Entre otros: STEC, Stephen, y ECKSTEIN, Gabriel, "Of solemn oaths and obligations, the environmental impact of the ICJ's decision in the Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project", *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 8, 1997, pp. 43 y 46.

[208] Véase en detalle sobre las cuestiones científicas en este procedimiento: MBENGUE, Makane Moise, and DAS, Rukmini, *op. cit*., pp. 18-21.

[209] Véase: ICJ, *Pulp Mills… op. cit*., *Joint dissenting opinion Judges Al-Khasawneh and Simma*, p.109; *Separate Opinion of Judge Greenwood; Declaration of Judge Yusuf*, pp. 216-220, y *Dissenting opinion Judge ad hoc Vinuesa,* p. 291. Véase también: CITTADINO Federica, "Science *novit curia*? Damage

expertos se encuentra prevista en el art. 50 de su Estatuto. Sin embargo, la CIJ apenas ha hecho uso de ella[210], y en todo caso, no todavía en relación con controversias en torno a recursos hídricos.

En el caso del Silala, la Corte no hizo una visita sobre el terreno, si bien debe tenerse en cuenta también su localización remota y que las Partes presentaron abundante información científica y técnica sobre la zona, incluyendo abundantes fotos y mapas y, en el caso, de Bolivia, también una perspectiva aérea de la zona a través de una grabación hecha por un dron, que también fue reproducida en parte ante la Corte durante las audiencias orales[211].

Por otro lado, en el contexto del caso de las plantas de celulosa se había criticado también a nivel doctrinal algo que parece ser cada vez más habitual en la práctica de la CIJ: el recurso a la opinión de expertos no nombrados formalmente, conocidos como *experts fantômes*, que dan su opinión a algunos de sus jueces que lo solicitan o a su conjunto, normalmente durante sus deliberaciones, y cuya identidad y conclusiones no resultan públicas[212]. En el caso sobre la compensación sobre ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza[213] —en el que fue objeto de crítica que la propia Corte no hubiese recurrido al nombramiento de un experto en un caso en el que la determinación de la compensación necesitaba de una evaluación muy técnica y compleja[214]—, también se especuló con la posibilidad de que hubiese recurrido a *experts fantômes*, a la vista de la novedosa metodología utilizada por la CIJ[215]. No obstante, nada parece indicar que la Corte haya recurrido a ellos en el caso del Silala, teniendo en cuenta la ausencia de consideración de los aspectos científicos y técnicos del caso en la sentencia.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Si intentamos valorar esta sentencia desde la óptica de los medios de resolución de controversias sobre los usos de los cursos de agua internacionales

---

evaluation methods and the role of experts in the Costa Rica v Nicaragua case", *Questions of International Law*, Zoom-in, 57, 2019, p. 48.

[210] Véanse: ICJ, *Corfu Channel case, Order of November 19th, 1949*, *ICJ Reports 1949*, p. 237; o ICJ, *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Order of 16 June 2016*, ICJ Reports 2016, p. 240.

[211] Véase: ICJ, *Public sitting held on Monday 4 April 2022, at 3 p.m., at the Peace Palace, President Donoghue presiding, in the case concerning the Dispute over the Status and Use of the Waters of the Silala (Chile v. Bolivia), Verbatim Record,* International Court of Justice, The Hague, CR 2022/7, Year 2022, accesible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/162/162-20220404-ORA-01-00-BI.pdf, pp. 24-26; y *Rejoinder… op. cit*., Annex 30.

[212] PARSEGHIAN, Cicely O., y GUTHRIE, Benjamin K., *op. cit.*, pp. 306-307.

[213] ICJ, *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua), Compensation, Judgment*, ICJ Reports 2018, p. 15.

[214] FASOLI, Elena, "The ICJ and the compensation for environmental damage in the Costa Rica/Nicaragua case: Does the application of equitable principles offset independent technical expertise?", *Questions of International Law*, Zoom-in, 57, 2019, pp. 3-4; o CITTADINO, Federica, *op. cit*.

[215] MBENGUE, Makane Moise, and DAS, Rukmini, *op. cit.*, p. 40.

para fines distintos de la navegación fluvial, en un contexto en que las relaciones entre las Partes no favorecían el recurso a medios políticos o diplomáticos, el procedimiento ante la Corte, aún "decidiendo casi nada" puede verse como un medio que ha tenido, al menos, una doble utilidad. Por un lado, ha incentivado la realización de detallados estudios técnicos sobre la zona —fundamentales para una cooperación transfronteriza eficiente sobre recursos hídricos compartidos— que no se habían realizado con anterioridad por las Partes. Por otro, el intercambio de escritos procesales durante la fase escrita y de alegaciones durante la fase oral ha sido el canal a través del cual las Partes han conseguido converger en sus posturas, totalmente antagónicas antes del procedimiento[216]. Una convergencia que se ha producido usando como lenguaje y parámetro el derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales.

Debe tenerse en cuenta también el carácter flexible de las normas consuetudinarias de los cursos de agua internacionales, y, en especial, de la utilización equitativa y razonable. Se trata de una característica que resulta intrínseca a normas susceptibles de ser aplicadas a cualquier curso de agua internacional del planeta y, por lo tanto, adaptables a diferentes circunstancias hidrogeológicas, climáticas, políticas, económicas, culturales, u otras. El carácter abstracto de estas normas hace imprescindible la negociación y cooperación entre los Estados de cada curso de agua para su concreción e implementación práctica teniendo en cuenta las particularidades que rodean ese curso de agua internacional. De ahí la llamada que se hace en la sentencia a la realización de consultas continuas y a la cooperación entre las Partes con este fin. De hecho, sentencias anteriores de la CIJ sobre cursos de agua internacionales, como las relativas al caso *Gabcíkovo-Nagymaros*[217] o a las plantas de celulosa sobre el río Uruguay[218], hicieron llamamientos similares a la cooperación entre las Partes.

---

[216] Véase, en este mismo sentido, a F. J. Zubieta Mariscal, quién considera que "[L]a sentencia del caso Silala se constituye en un caso emblemático sobre el rol crucial del arreglo judicial y la generación de evidencia científica en la evolución de posiciones contradictorias que dan lugar a concesiones recíprocas y posibilitan acuerdos futuros. Una suerte de catarsis del conflicto en la que Chile y Bolivia, gracias a la realización de estudios científicos a profundidad, pudieron entender cuestiones fácticas esenciales de un sistema hídrico complejo y lograron un sinceramiento en sus alegatos escritos y orales que les permitió flexibilizar posiciones tradicionales sin renunciar a la protección de sus intereses". ZUBIETA MARISCAL, Franz J., *op. cit.*, p. 6.

[217] ICJ, *Gabcíkovo… op. cit*., párrs. 125-154. Téngase en cuenta que, siguiendo las indicaciones de la sentencia, Hungría y Eslovaquia celebraron un acuerdo para aplicarla. Sin embargo, Eslovaquia presentó en septiembre de 1998 un nuevo escrito ante la Corte solicitando la celebración de un nuevo procedimiento, al considerar que Hungría era reacia a llevar a la práctica tal acuerdo (ICJ, *Press Release 1998/28: Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Slovakia requests an additional Judgment*, 3 September 1998). Las partes reanudaron entonces las negociaciones y Eslovaquia solicitó en 2017 la discontinuación de ese segundo procedimiento, confirmada por la Corte (ICJ, *Press release 2017/31: Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia). The Court places on record the discontinuance by Slovakia of the procedure begun by means of its Request for an additional judgment*, 21 July 2017). Documentación accesible en https://www.icj-cij.org/case/92.

[218] CIJ, *Pulp Mills…op. cit*., en especial: párrs. 75, 77, 81, 93 y 266.

En definitiva, aunque una sentencia declarativa hubiese sido probablemente más útil, la Corte ha hecho a las Partes una clara interpelación a cooperar y consultarse en la aplicación del derecho consuetudinario de los cursos de agua internacionales teniendo en cuenta las particularidades del Silala, y confirmado el derecho de Bolivia a, en su caso, desmantelar las obras de canalización y drenaje situadas en su territorio. Corresponde ahora a las Partes, por tanto, su implementación.

LA SOLICITUD DE ASISTENCIA MILITAR O INTERVENCIÓN POR INVITACIÓN: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA PRÁCTICA ANTITERRORISTA

THE REQUEST FOR MILITARY ASSISTANCE OR INTERVENTION BY INVITATION: AN APPROACH FROM COUNTER-TERRORIST PRACTICE

Aritz Obregón Fernández*

Resumen: Si bien el derecho a la legítima defensa suele ocupar la atención cuando se aborda el uso de la fuerza, la práctica internacional evidencia que algunos Estados, ante amenazas internas graves, especialmente cuando grupos terroristas se hacen con el control de parte del territorio, han recurrido a la intervención por invitación o solicitud de asistencia militar. Esto es, han solicitado el auxilio militar de otros Estados u Organizaciones internacionales con el fin de combatir la amenaza existente. En este trabajo realizamos una aproximación a esta prerrogativa estatal, apoyándonos en la práctica antiterrorista de la última década. De esta manera, analizamos su encaje jurídico y alcance, identificamos el consentimiento como un aspecto central de esta institución y examinamos sus elementos constitutivos. Asimismo, estudiamos qué actores están legitimados para solicitar una intervención de este tipo, especialmente en contextos en los que existe un control territorial relativo, así como los límites y riesgos que representa.

Palabras clave: Solicitud de asistencia militar, intervención por invitación, consentimiento, uso de la fuerza, terrorismo internacional

Abstract: Although the right to self-defence is usually the focal point of attention when dealing with the use of force, international practice shows that some states, faced with serious internal threats, like terrorist groups taking control of part of their territory, have resorted to intervention by invitation or request for military assistance. In other words, they have requested military assistance from other states or international organisations in order to combat the existing threat. In this paper, we take a closer look at this state prerogative, based on the counter-terrorism practice of the last decade. In this way, we analyse its legal status and scope, identify consent as a central aspect of this institution, and examine its constituent elements. We also examine which actors are legitimised to request such an intervention, especially in contexts where there is relative territorial control, as well as the limits and risks it represents.

Keywords: Request for military assistance, intervention by invitation, consent, use of force, international terrorism

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ASPECTOS BÁSICOS DE LA INTERVENCIÓN POR INVITACIÓN O SOLICITUD DE ASISTENCIA MILITAR. 2.1. Fundamento jurídico. 2.2. Debate terminológico. 2.3. Contenido de la asistencia militar. 3. EL CONSENTIMIENTO DE LA ASISTENCIA MILITAR Y SUS FORMAS. 4. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR O CON-

* Doctor en derecho internacional e investigador postdoctoral de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (aritzobregon@gmail.com / aritz.obregon@ehu.eus). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 20 de octubre de 2023.

SENTIR UNA ASISTENCIA MILITAR. 4.1. Solicitud de Gobiernos de Estados que no controlan efectivamente su territorio. 4.2. Solicitud de actores no estatales que controlan parte del territorio del Estado. 5. LÍMITES Y RIESGOS DE LAS ASISTENCIAS MILITARES. 6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Un análisis somero de la práctica internacional evidencia que es habitual que los Estados lleguen a acuerdos internacionales para permitir la presencia de fuerzas militares extranjeras en sus territorios con el fin de afrontar amenazas de carácter interno o por otras razones, como el establecimiento de bases militares.

De hecho, en las últimas décadas los Estados han recurrido cada vez con más frecuencia a esta institución, especialmente para emprender operaciones militares contra grupos terroristas. Ejemplos sobresalientes recientes de estas prácticas han sido la intervención francesa en Malí (2012-2022), las acciones de la Coalición Global contra el *Dáesh* en Iraq por la invitación del Gobierno iraquí (2014-2021), la colaboración de Irán con el Gobierno iraquí (2014-actualidad) y la asistencia rusa e iraní al Gobierno sirio (2015-actualidad), la entrada de fuerzas militares de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) en Gambia para garantizar un traspaso de poder democrático (2017) o el despliegue de la Misión de la Comunidad de Desarrollo de África Meridional para combatir a la insurgencia terrorista en la provincia mozambiqueña de Cabo Delgado (2021-2024). Junto con estas intervenciones por invitación destacan los ataques con drones y operaciones de fuerzas especiales llevados a cabo por Estados Unidos en países como Libia, Pakistán, Yemen o Somalia y la asistencia antiterrorista prestada a numerosos países.

En este sentido, la diversa y desigual práctica[1] de los Estados y su utilización creciente, con especial énfasis como un instrumento para combatir las redes terroristas en sus propios santuarios o grupos terroristas con base territorial, ya sean estos independientes o cuenten con respaldo estatal, ha provocado que en los últimos años la doctrina extranjera más solvente haya prestado atención a la cuestión, examinando sus elementos más conflictivos, identificando los problemas jurídicos que podrían comprometer algunos principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional y, en general, tratando de construir un marco jurídico sólido unificado para esta institución, un objetivo aún no alcanzado. De hecho, todavía existen debates sobre su encaje jurídico y la manera en la que puede implementarse para que sea acorde al derecho internacional; reflejo de ello es que la International Law Association (ILA) en 2018, tras el informe y resolución del Institut de

[1] HARTWIG, Matthias, "Who Is the Host? — Invasion by Invitation", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 79, 2019, núm. 3, pp. 703-706, p. 705.

Droit International (IDI) de 2009 y 2011, respectivamente, decidiera tomar el testigo del IDI y ocuparse de la cuestión, creando un grupo de trabajo que hoy por hoy sigue desarrollando su labor[2].

Por consiguiente, teniendo presente lo señalado, nos proponemos contribuir a este proceso de creación de un marco jurídico sólido para la solicitud de la asistencia militar realizando una aproximación a esta institución, apoyándonos en las novaciones y reflexiones surgidas en torno a la práctica antiterrorista de la última década. En este sentido, además de analizar los elementos constitutivos de esta prerrogativa estatal, abordamos uno de sus aspectos más discutidos: la legitimación para solicitar una asistencia militar de un Gobierno que no controla parte de su territorio y de actores no estatales que han consolidado un control relativo del mismo.

A fin de lograr este objetivo, utilizamos una metodología jurídica tradicional que observe las fuentes propias del derecho internacional, la jurisprudencia internacional y las posiciones de la doctrina más cualificada en este ámbito. En la medida en la que se trata de una institución jurídica desarrollada fundamentalmente a través de la práctica antiterrorista, a lo largo del texto damos a este aspecto la relevancia que le corresponde.

Asimismo, a tenor del objetivo propuesto, el presente estudio está dividido en cinco apartados. En el primero abordamos aspectos básicos de la institución, como son su fundamento jurídico, los objetivos que suele presentar y el debate terminológico existente en torno a ella. En el segundo apartado nos centramos en las formas de consentimiento de la intervención, determinando sus elementos fundamentales y la forma que suelen adoptar los acuerdos de intervención por invitación. En el tercero analizamos qué actores están legitimados para solicitar o consentir una asistencia militar, examinando la centralidad del criterio del control efectivo. Finalmente, en el cuarto apartado identificamos los límites de los acuerdos de intervención por invitación, así como los riesgos más habituales en la práctica.

2. ASPECTOS BÁSICOS DE LA INTERVENCIÓN POR INVITACIÓN O SOLICITUD DE ASISTENCIA MILITAR

2.1. Fundamento jurídico

El debate sobre el fundamento jurídico de esta institución es de *larga data*, esencialmente doctrinal y abarca una multitud de posiciones que van desde

[2] IDI, *Present Problems of the Use of force in International Law. Sub-group: Intervention by Invitation, by Gerhard Hafner*, Nápoles, 2009; Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011; ILA, *Use of force, military assistance on request: proposal for an ILA Committee*, 2018; ILA, *Use of force, military assistance on request: background information to the proposal for an ILA Committee*, 2018 e ILA, *Use of force, military assistance on request: interim report*, 2022. Estos informes de la ILA están impulsados por Claus Kreβ, Vera Rusinova, James A. Green y Tom Ruys.

la consideración de la solicitud de asistencia militar o intervención por invitación como una excepción a la amenaza o uso de la fuerza a una prerrogativa soberana, pasando por conformarse como una circunstancia que excluye la ilicitud, entre otras[3]. Por nuestra parte, partiendo de la consideración clásica y generalmente aceptada de que la prohibición de amenaza o uso de la fuerza cuenta con dos únicas excepciones —el derecho a la legítima defensa y la autorización del uso de la fuerza por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (NNUU)—, de los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y de nuestro análisis de la práctica estatal entendemos que se trata de una prerrogativa de cada Estado derivada de su soberanía[4]. Esto es, los Estados, en virtud de su soberanía, pueden decidir libremente consentir la presencia de una fuerza militar de otro Estado u Organización internacional en su territorio para un fin determinado.

En esta línea, no solo existe un debate sobre su base jurídica, sino sobre la propia aplicabilidad de la institución. Así, nos encontramos con una minoría de la doctrina que rechaza la intervención por invitación, entre otras razones, porque podría suponer una internacionalización del conflicto interno debido a la asistencia militar de otros Estados[5]. No obstante, más allá de casos específicos vinculados con conflictos internacionalizados y guerras civiles, no creemos que exista base para esas posiciones. El análisis del ordenamiento jurídico internacional evidencia que está reconocida y respaldada por el dere-

[3] Exponente de esta posición en la doctrina española y pionera en este ámbito concreto del uso de la fuerza es la obra del profesor Díaz Barrado: DÍAZ BARRADO, Cástor, *El consentimiento, causa de exclusión de la ilicitud del uso de la fuerza en Derecho internacional*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1989, pp. 49-78. Sobre esta cuestión, entre otros, véase: BUCHAN, Russell y TSAGOURIAS, Nicholas, "Intervention by invitation and the scope of state consent", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 10, 2023, núm 2, pp. 256-257; BUTCHARD, Patrick M., "Territorial integrity, political independence, and consent: the limitations of military assistance on request under the prohibition of force", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 7, 2020, núm. 1, pp. 38-57 y 66-71; BYRNE, Max, "Intervention by (secret) invitation: searching for a requirement of publicity in the international law on the use of force with consent", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 7, 2020, núm. 1, pp. 74-101, p. 79 y VISSER, Laura, "May the Force Be with You: The Legal Classification of Intervention by Invitation", *Netherlands International Law Review*, vol. 66, 2019, pp. 31-42.

[4] VISSER, Laura, "Intervention by invitation and collective self-defence: two sides of the same coin?", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 7, 2020, núm. 2, pp. 292-316, p. 294; ILA, *Final Report on Aggression and the Use of Force*, Sídney, 2018, p. 18; SHAYGAN, Farideh, "Intervention by Invitation as a tool of New Colonialism", en CRAWFORD, James (ed.) *et al.*, *The International Legal Order: Current Needs and Possible Responses. Essays in Honour of Djamchid Momtaz*, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2017, pp. 766-782, pp. 770-771; NUSSBERGER, Benjamin, "Military strikes in Yemen in 2015: intervention by invitation and self-defence in the course of Yemen's 'model transitional process'", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 4, 2017, núm. 1, pp. 110-160, p. 122; RUYS, Tom y FERRO, Luca, "Weathering the Storm: Legality and Legal Implication of the Saudi-Led Military *Intervention in Yemen", International & Comparative Law Quarterly*, vol. 65, 2016, núm. 1, pp. 61-98, p. 79; POZO SERRANO, Pilar, "El uso de la fuerza contra el Estado Islámico en Irak y Siria: problemas de fundamentación jurídica", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 32, 2016, pp. 141-188, p. 153; VACAS FERNÁNDEZ, Félix, *El régimen jurídico del uso de la fuerza por parte de las operaciones de mantenimiento de la paz*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 67; IDI, *op. cit.*, párr. 75, p. 396; ILA, *Use of force, military assistance on request: background…*, *op. cit.*, p. 3; ILA, *Use of force, military assistance on request: interim…*, *op. cit.*, p. 4 y HARTWIG, Matthias, *op. cit.*, p. 703.

[5] IDI, *op. cit.*, párr. 9, p. 367.

cho internacional convencional general, como por ejemplo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional[6], pero fundamentalmente en tratados de Organizaciones Internacionales de carácter regional, como son los de la Unión Africana (UA)[7], el de la Conferencia Internacional sobre la Región de los Grandes Lagos (CIRGL)[8] o la cláusula de solidaridad de la Unión Europea (UE)[9]; por actos institucionales y práctica de Organizaciones Internacionales, bien sea en el marco de NNUU, a través de resoluciones de la Asamblea General[10] o del Consejo de Seguridad[11], bien a través de los actos de Organizaciones internacionales regionales de diferentes zonas geográficas. Ya sea por medio de la práctica, de sus tratados internacionales y/o de declaraciones en el contexto de conflictos, las Organizaciones internacionales de carácter regional o sectorial han reconocido y aplicado esta institución. En este sentido, cabe destacar que no se trata de una institución revindicada y aplicada únicamente por las Organizaciones internacionales occidentales, sino también por otras que presentan diferentes lógicas. Por ejemplo, en el contexto africano se ha dado un gran número de intervenciones antiterroristas, como la asistencia militar de la Comunidad de Desarrollo de África Meridional a Mozambique

[6] La definición de crimen de agresión contenida en el Estatuto de la Corte es una reproducción del artículo 3.e de la Resolución 3314 (XXIX), que reconoció *a sensu contario* que el consentimiento impide calificar como agresión la presencia de tropas de un Estado en el territorio de un tercer Estado. Véase: art. 8.2.e bis del Estatuto de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998, Serie de Tratados de las NNUU, vol. 2187, núm. 38544, p. 3.

[7] La UA reconoce como un principio el derecho de los Estados miembros a solicitar una intervención por parte de la organización internacional para restablecer la paz y la seguridad. Asimismo, limita esta clase de intervenciones a la observancia del Pacto de defensa común y de no agresión de la UA. Véase: art. 4.j del Acta constitutiva de la UA, Lomé, 11 de julio de 2000, Serie de Tratados de las NNUU, vol. 2158, núm. 37733, p. 3 y art. 1.c.vi del Pacto de defensa común y de no agresión de la UA, Abuja, 31 de enero de 2005, Serie de Tratados de las NNUU, vol. 2656, núm. 47273, p. 285.

[8] El Protocolo de la organización reconoce esta prerrogativa al señalar que, sin la existencia de un acuerdo de asistencia militar, el envío de fuerzas armadas o insurgentes a otro Estado constituye una violación de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, así como la no injerencia en los asuntos internos. Véase: art. 4.3 del Protocolo de No Agresión y Defensa Mutua en la Región de los Grandes Lagos, 15 de diciembre de 2006. Reconocido también en los arts 1.2, 1.3f. 7.6.d del citado protocolo.

[9] La cláusula de solidaridad, desarrollada por una decisión del Consejo de la UE, prevé que los Estados miembros puedan solicitar la asistencia de otros Estados miembros en caso de ataque terrorista o si es víctima de un desastre natural o de origen humano. Véase: Tratado de Funcionamiento de la UE, 13 de diciembre de 2007, DOUE núm. C 326, 26 de octubre de 2012, art. 222; Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, DOUE núm. C 326, 26 de octubre de 2012, Declaración 37; Decisión (UE) 2014/415 del Consejo, 24 de junio de 2014, relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad, DOUE núm. L 192, 1 de enero de 2014.

[10] La Asamblea General ha reconocido esta prerrogativa *a sensu contrario* en sus resoluciones más importantes. En la Resolución 3314 (XXIX), los Estados establecieron como ejemplo de acto de agresión el uso de fuerzas armadas de un Estado desplegadas en otro Estado violando las condiciones prestablecidas. Unos años después, el órgano reafirmó el deber estatal de abstenerse de cualquier tipo de actividad, incluida la militar, en el territorio de otro Estado sin su consentimiento. Véase: A/RES/3314(XXIX), "Definición de la agresión", 14 de diciembre de 1974, art. 3.e y A/RES/36/103, "Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados", 9 de diciembre de 1981, punto II.o.

[11] Por ejemplo, en el contexto de la agresión sudafricana a Angola, el Consejo de Seguridad recordó "el derecho inherente y legítimo de todo Estado, en el ejercicio de su soberanía, a pedir asistencia de cualquier Estado o grupo de Estados". Véase: S/RES/387(1976), 30 de marzo de 1976, considerando 4.

o el despliegue de la Fuerza Conjunta del G5 Sahel, a la que después nos referiremos. Otro ejemplo de ello fue el pronunciamiento de la Organización para la Cooperación Islámica (OCI) durante el conflicto libio: la organización reconoció la conformidad de esta institución con el derecho internacional al afirmar que la vía acorde a la Carta para intervenir en el país con el fin de hacer frente a los grupos terroristas era realizar una solicitud de asistencia al Gobierno de Acuerdo Nacional de ese momento[12].

Igualmente, esta prerrogativa estatal también encuentra fundamento en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia[13] y, como hemos adelantado, en la práctica internacional de algunos Estados[14]. Ahora bien, cabe tener presente que, si bien existe una práctica estatal extensa de intervenciones por invitación, en algunos casos han sido pertinentemente cuestionadas por la validez de la solicitud debido a la autoridad que las emitió. Así, además de los casos citados, entre la práctica posterior a 1945 destacamos las intervenciones soviéticas en Checoslovaquia en 1968 y en Afganistán en 1979, las realizadas por Estados Unidos, entre otras, en Granada en 1983 y Panamá en 1989, así como las constantes y recurrentes intervenciones llevadas a cabo por Francia en los Estados de los que fue potencia administradora, por ejemplo, entre otras, en Gabón —1964 y 1990—, Chad —1968-1971, 1983, 1986, 1990, 1992 y 2006— y República Centroafricana —1976, 1996, 1997 y 2013-2016—. Recientemente, cabe resaltar dos casos. Por un lado, la cuestionable intervención rusa en el este de Ucrania y Crimea en 2014, justificada bajo la invitación del depuesto presidente, Víctor Yanukovich, y el Tratado de amistad, cooperación y asociación entre Rusia y Ucrania, del 31 de mayo de 1997. Por otro lado, la también controvertida intervención militar de Arabia Saudí en la guerra civil yemení para apoyar al presidente Abd Rabbuh Mansur al-Hadi contra los denominados "rebeldes hutíes", que viene desarrollándose desde 2015 hasta la actualidad, fundamentada en una solicitud de asistencia militar realizada por al-Hadi después de que fuera derrocado. En ambos casos cabe cuestionar la capacidad de comprometer al Estado de ambos dirigentes; de fondo, nos encontramos con el debate sobre el control efectivo y la legitimidad democrática, aspectos que abordamos más adelante[15]. Asimismo,

---

[12] OCI, *Final Communiqué of the 13th Islamic Summit Conference (Unity and Solidarity for justice and peace)*, 14-15 de abril de 2016, (OIC/13th summit 2016/FC/FINAL), párr. 62, p. 13; NOLTE, George, en *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, Heidelberg and Oxford University Press, 2011, párr. 13, p. 4 y, en general, párrs. 2-10, pp. 1-3 y ILA, *Use of force, military assistance on request: background…*, *op. cit.*, p. 4.

[13] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, párr. 246, p. 126 y *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, párrs. 42-53, pp. 196-199, párr. 149, p. 224, párr. 153, p. 224 y párrs. 164-165, p. 227.

[14] Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, considerando 4 e ILA, *Use of force, military assistance on request: proposal…*, *op. cit.*, p. 1.

[15] CORTEN, Oliver, *The Law Against War. The Prohibition on the Use of Force in Contemporary International Law*, Hart, Oxford-Portland, 2010, pp. 257-259; DOSWALD-BECK, Louise, "The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government", *British Yearbook of International*

como veremos en las próximas páginas, la solicitud de asistencia militar también encuentra asidero en la doctrina más cualificada[16].

2.2. Debate terminológico

Como el lector o lectora ya ha podido constatar, en estas primeras páginas hemos hecho uso indistinto de los términos intervención por invitación o solicitud de asistencia militar. Ahora bien, lo cierto es que existe un debate sobre la terminología adecuada para referirse a esta prerrogativa estatal[17]. Conforme a las consideraciones del IDI y la ILA, el término intervención por invitación es una *contradictio in terminis*, en la medida en la que tradicionalmente se ha entendido por intervención una interferencia de carácter militar u otra clase en los asuntos internos de un Estado, así como la solicitud, con-

Law, vol. 56, 1985, pp. 213-242; NOLTE, George, *op. cit.*, párr. 2-10, pp. 1-3; ILA, *Use of force, military assistance on request: background…*, *op. cit.*, p. 4 y ILA, *Use of force, military assistance on request: interim…*, *op. cit.*, p. 4. Sobre el caso ucraniano y yemení, véase: REDAELLI, Chiara, *Intervention in Civil Wars: Effectiveness, Legitimacy, and Human Rights*, Bloomsbury Publishing, Oxford-Nueva York, 2021, pp. 131-138; HENDERSON, Christian, *The Use of force and International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, p. 356; BYRNE, Max, "Consent and the use of force: an examination of 'intervention by invitation' as a basis for US drone strikes in Pakistan, Somalia and Yemen", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 3, 2016, núm. 1, pp. 97-125; S/PV.7124, "Carta del representante de Ucrania", 1 marzo 2014, p. 5; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 19; RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, pp. 62-96 y NUSSBERGER, Benjamin, *op. cit.*, pp. 111-121 y pp. 136-145.

[16] Entre otros, véase: CDI Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (A CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), comentario 6 al art. 26 y (párr. 77, pp. 76-77), comentarios al art. 20, especialmente comentario 9; PAK, Hui Chol y SON, Hye Ryon, "Military intervention in Syria and the "unwilling or unable" test: lawful or unlawful?", *Russian Law Journal*, vol. 7, 2019, núm. 4, pp. 73-98, p. 86; CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol, "El empleo de drones armados: una encrucijada normativa", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 463-480, p. 467: ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, María Paz, "Siria: las dificultades del derecho internacional ante un conflicto poliédrico", en ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, (dir.) *et al.*, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2018*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 27-82, p. 42; ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, "Terrorismo y derecho internacional, desarrollos normativos e institucionales tras el 11-S" en SOROETA LICERAS, Juan, (codir.), *et al.*, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2016*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 31-102, p. 91; SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, "¿Podemos armar a los rebeldes? La legalidad internacional del envío de armas a grupos armados no estatales a la luz de los conflictos libio y sirio", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 29, 2015, pp. 1-42, p. 21; GÓMEZ ISA, Felipe, "Los ataques armados con drones en el Derecho internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 61-92, p. 74; LIEBLICH, Eliav, *International Law and Civil Wars. Intervention and Consent*, Londres, Routledge, 2013, pp. 149-150; REMIRO BROTÓNS, Antonio, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 765; BROWNLIE, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, Nueva York, Londres, Oxford University Press, 1963, p. 317; ILA, *Use of force, military assistance on request: proposal…*, *op. cit.*, p. 1; ILA, *Use of force, military assistance on request: background…*, *op. cit.*, p. 2; Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, art. 3; IDI, *op. cit.*, párr. 75, p. 396; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, pp. 85-87; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, pp. 309-310; HENDERSON, Christian, *The Use of force...*, *op. cit.*, p. 249; RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, p. 79 y POZO SERRANO, Pilar, *op. cit.*, p. 153.

[17] Entre otros, véase: KLECZKOWSKA, Agata, "The Misconception About the Term `Intervention by Invitation´", *Heidelberg Journal of International Law*, vol. 79, 2019, núm. 3, pp. 647-649; IDI, *op. cit.*, párr. 24, p. 374 y párrs. 22-27, pp. 372-376; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 38 e ILA, *Use of force, military assistance on request: interim…*, *op. cit.*, pp. 7-8.

sentimiento y acuerdo de un Estado para que otro le asista en sus asuntos internos. En este sentido, entienden que el término solicitud de asistencia militar es preferible, entre otros motivos, porque recoge el contenido de la solicitud que realiza el Estado, esto es, la asistencia de carácter militar.

Respecto a esta cuestión, cabe realizar dos precisiones. Por un lado, resulta innegable que el concepto intervención tiene implicaciones jurídicas específicas en el derecho internacional, muy vinculadas con el principio de no injerencia en asuntos internos. Así, en numerosos textos jurídicos el término intervención se utiliza para referirse a todas las medidas de carácter económico, político, militar y de otra clase que lleva cabo un Estado para forzar a otros con el objetivo de obtener una subordinación en el ejercicio de su soberanía respecto a cualquier ámbito[18]. Sin embargo, también es habitual que los Estados y otras entidades, incluidas el Consejo de Seguridad y la CIJ, utilicen este término para referirse a las acciones armadas de unos Estados en otros, con independencia de que estén autorizadas por el Consejo de Seguridad, se realicen en legítima defensa o sin ningún paraguas jurídico[19]. Tanto es así, que es frecuente adjetivar las intervenciones que carecen de amparo jurídico como intervenciones ilícitas o al margen de la Carta de NNUU (la Carta). Por otro lado, consideramos que la expresión solicitud de asistencia militar, aunque más extensa y menos práctica, resulta más descriptiva y específica que la intervención por invitación. En todo caso, a pesar de estas precisiones, lo cierto es que en la práctica no se producen estas confusiones, por lo que siempre que se especifique que se trata de una intervención por invitación, no vemos inconveniente en el uso de ambos términos de forma indistinta.

2.3. Contenido de la asistencia militar

La solicitud de asistencia militar o intervención por invitación, como hemos señalado, constituye una manifestación de la soberanía del Estado y, por tanto, el fin de la misma va a estar unido al interés que concierna al Estado, generalmente un desorden de carácter interno que considera que no puede resolver por sí mismo.

De esta manera, además de la represión de grupos terroristas[20], esta puede ir dirigida a acabar con insurrecciones, disturbios, revueltas, tensiones, ame-

[18] Por ejemplo, véase: A/RES/36/103, "Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados", 9 de diciembre de 1981, puntos I.b y II.c.

[19] A modo de ejemplo, véase: A/RES/2625(XXV), "Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", 24 de octubre de 1970, párr. 1 del ppio. 3 del anexo.

[20] CERVELL HORTAL, María José, "Un caleidoscopio sobre el uso de la fuerza (el conflicto sirio)", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 36, 2018, pp. 1-24, p. 11; ST-FLEUR, Yvenson, "L'intervention par invitation d'un État tiers: le consentement au recours à la force contre des combattants étrangers terroristes" en CRAWFORD, James, (Ed.), *et al.*, *The International Legal Order: Current Needs*

nazas a las instituciones democráticas, rescate de nacionales, liberación de rehenes, protección de infraestructuras críticas, lucha contra diferentes tipos de criminalidad organizada, transiciones de poder convulsas, catástrofes de origen humano, etc.[21]

Atendiendo a la práctica, de forma no exhaustiva, la asistencia militar contra el terrorismo puede comprender el suministro de toda clase de material militar, ayuda financiera, entrenamiento militar, capacitación técnica, asesoramiento militar, labores de reconocimiento, información e inteligencia y, como máxima expresión de la asistencia militar, el envío de personal y tropas. Además, la solicitud de asistencia o consentimiento de intervención puede consistir en otras formas de cooperación, como el establecimiento de acuerdos de persecución en caliente para que las fuerzas de seguridad de un Estado traspasen la frontera del otro Estado para detener o atacar a un actor no estatal, el uso del territorio como base de operaciones, refugio e, incluso, el establecimiento de bases militares permanentes[22]. En suma, el tipo de asistencia solamente queda limitado por el acuerdo entre el Estado anfitrión y el interviniente y las obligaciones internacionales que hayan asumido[23].

3. EL CONSENTIMIENTO DE LA ASISTENCIA MILITAR Y SUS FORMAS

Toda asistencia militar se fundamenta en el título de intervención, que es la solicitud o consentimiento del Estado anfitrión[24]. Al contrario de lo que

---

and Possible Responses. Essays in Honour of Djamchid Momtaz, Brill Nijhoff, Leiden-Boston, 2017, pp. pp. 783-797, 791-792; BANNELIER-CHRISTAKIS, Karine, "Military Interventions against ISIL in Iraq, Syria and Libya, and the Legal Basis of Consent", *Leiden Journal of International Law*, vol. 29, 2016, núm. 3, pp. 743-775, pp. 745 y 747; IDI, *op. cit.*, párrs. 43-59, pp. 382-389 y CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol, *op. cit.*, pp. 467-468.

[21] FOX, Gregory H., "Intervention by invitation", en WELLER, Marc, (Ed.), *The Oxford Handbook of the Use of Force in International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2015, p. 818; BANNELIER, Karine y CHRISTAKIS, Theodore, "Under the UN Security Council's Watchful Eyes: Military Intervention by Invitation in the Malian Conflict", *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, núm. 4, pp. 855-874, pp. 863-864; GRAY, Christine, *International Law and the Use of Force*, Oxford University Press, Oxford, 2008, (3º ed.), p. 85; Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, arts. 1.1 y 2.2; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 19; ILA, *Use of force, military assistance on request: background…*, *op. cit.*, p. 7; NOLTE, George, *op. cit.*, párr. 11, p. 3 y VISSER, Laura, "Intervention by invitation...", *op. cit.*, p. 298.

[22] Art. 222.1.d del Tratado de Funcionamiento de la UE, 13 de diciembre de 2007, DOUE núm. C 326, 26 de octubre de 2012; Decisión (UE) 2014/415 del Consejo, 24 de junio de 2014, relativa a las modalidades de aplicación por la Unión de la cláusula de solidaridad, DOUE núm. L 192, 1 de enero de 2014, art. 5 e IDI, *op. cit.*, párr. 30, p. 376.

[23] IDI, *op. cit.*, párr. 14, pp. 369-370.

[24] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, párr. 246, p. 126; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, párr. 127, p. 218; Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, art. 4.1; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 18; GRAY, Christine, *op. cit.*, p. 84; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, pp. 251-252; VISSER, Laura, "Intervention by invitation...", *op. cit.*, p. 294; SHAYGAN, Farideh, *op. cit.*, p. 771; ST-FLEUR, Yvenson, *op. cit.*, p. 792; NOLTE, George, *op. cit.*, párr. 15, p. 4; FOX, Gregory H., *op. cit.*, p. 818; RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, p. 79; REMIRO BROTÓNS, Antonio, *op. cit.*, p. 765; VACAS FERNÁNDEZ,

sucede con el derecho a la legítima defensa, no exige ningún requisito previo como puede ser la existencia de un ataque armado. De esta manera, los Estados que enfrentan un desorden interno o la actividad de un grupo terrorista, que puede simplemente suponer una amenaza moderada o la comisión de actos terroristas sin la gravedad de un ataque armado, pueden solicitar la asistencia militar de terceros Estados para su represión. La práctica indica, sin embargo, que los Estados suelen recurrir a esta institución cuando han perdido o se encuentran en riesgo de perder el control efectivo de parte de su territorio, así como cuando estos grupos representan una grave amenaza a la seguridad nacional e internacional. Ejemplos significativos de ello pueden ser la intervención francesa en Malí, la intervención internacional encabezada por Estados Unidos en Iraq o la intervención rusa en Siria para hacer frente al *Dáesh*.

Más allá de esto, está generalmente aceptado que toda intervención por invitación, incluida la que tenga como fin hacer frente a amenazas terroristas, debe observar una serie de elementos que determinarán su validez. A nivel general, se suele exigir que la solicitud o el consentimiento se haya manifestado clara o explícitamente[25], se trate de un pronunciamiento específico para el caso concreto[26] y sea otorgado libremente por los representantes del Estado[27] de forma previa a la intervención[28]. En este sentido, la doctrina suele considerar que se deben cumplir los criterios de validez establecidos por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) para la prestación del con-

---

Félix, *op. cit.*, pp. 66-67; POZO SERRANO, Pilar, *op. cit.*, p. 153; CERVELL HORTAL, María José, *op. cit.*, p. 5 y SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *op. cit.*, p. 21 y 25.

[25] CDI Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (A CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), comentario 6 al art. 20; IDI, *op. cit.*, párr. 63, p. 390; SMITH, Crispin, "Still at War: The United States in Iraq", *Just Security*, 18 mayo 2022, *www.justsecurity.org/81556/still-at-war-the-united-states-in-iraq/*; VISSER, Laura, "May the… *op. cit.*, p. 36; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 87; ST-FLEUR, Yvenson, *op. cit.*, p. 794; REMIRO BROTÓNS, Antonio, *op. cit.*, p. 766; CERVELL HORTAL, María José, *op. cit.*, p. 6 y DÍAZ BARRADO, Cástor, *op. cit.*, pp. 261-282.

[26] Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, art. 4.2.

[27] CDI Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (A CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), comentario 6 al art. 20; Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, art. 1.b; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 19; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, pp. 269-270; BROWNLIE, Ian, *International Law and…*, *op. cit.*, p. 317; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 104; SMITH, Crispin, *op. cit.*; REMIRO BROTÓNS, Antonio, *op. cit.*, p. 766 y CERVELL HORTAL, María José, *op. cit.*, p. 5.

[28] MARTIN, Craig, "What was the International Legal Basis for the Strike on al-Zawahiri?", *Just Security*, 9 agosto 2022, *www.justsecurity.org/82605/what-was-the-international-legal-basis-for-the-strike-on-al-zawahiri/*; MURPHY, Sean D., "The International Legality of US Military Cross-Border Operations from Afghanistan into Pakistan", *International Law Studies*, vol. 85, 2009, núm. 1, PP. 109-139, p. 120; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 19; BROWNLIE, Ian, *International Law and…*, *op. cit.*, p. 237; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 87; HENDERSON, Christian, *The Use of force…*, *op. cit.*, pp. 371-372; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, pp. 267-269; NUSSBERGER, Benjamin, *op. cit.*, pp. 122-123; VISSER, Laura, "May the…", *op. cit.*, p. 30; RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, p. 81; REMIRO BROTÓNS, Antonio, *op. cit.*, p. 766 y DÍAZ BARRADO, Cástor, *op. cit.*, pp. 367-379. Véase también: CDI Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (A CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), comentario 3 al art. 20 e IDI, *op. cit.*, párrs. 62-63, pp. 389-390.

sentimiento como circunstancia excluyente de la ilicitud[29], plasmados en el Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos de 2001[30] y en los artículos 48 a 52 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados. Esto implica, entre otras cosas, que habrá de observarse si la solicitud está mediatizada por la corrupción, coacción, dolo o error, así como analizar otros factores como los límites y requisitos plasmados en el derecho interno[31].

En todo caso, no se exige que el consentimiento tenga una forma específica[32], por lo que podemos encontrarnos con tratados internacionales, declaraciones públicas del Estado solicitante, cartas al Consejo de Seguridad, intercambio de comunicaciones entre el Estado interviniente e intervenido, etc.

En todo caso, aunque exista libertad en la forma, de la práctica estatal es posible identificar las cuatro clases de tratados internacionales relativos a la intervención por invitación más habituales[33]. En primer lugar, se encuentran los acuerdos internacionales para la realización de operaciones militares específicas en otro Estado. En este grupo se encuadrarían los conocidos acuerdos sobre el estatuto de las fuerzas o acuerdos sobre el estatuto de la misión. Como es bien sabido, estos acuerdos recogen las obligaciones, privilegios e inmunidades del personal que participa en esas misiones o está desplegado

[29] IDI, *op. cit.*, párr. 86, pp. 401-402; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 87; HENDERSON, Christian, *The Use of force...*, *op. cit.*, p. 369; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, pp. 266-276; MURPHY, Sean D., *op. cit.*, p. 118; BANNELIER, Karine y CHRISTAKIS, Theodore, "Under the UN…", *op. cit.*, p. 865; VISSER, Laura, "May the...", *op. cit.*, p. 36; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 98 y pp. 103-104; PAK, Hui Chol y SON, Hye Ryon, *op. cit.*, pp. 86-87; GÓMEZ ISA, Felipe, *op. cit.*, p. 81 y CERVELL HORTAL, María José, *op. cit.*, p. 5.

[30] A pesar del papel limitado de las normas de responsabilidad internacional del Estado en este caso, es indudable el carácter cualificado de las apreciaciones que realiza la Comisión en sus comentarios al proyecto de artículos, por los que cabe darle la importancia requerida. Véase: CDI Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (AG CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), comentario 4 al art. 20 y comentario 6 al art. 26.

[31] Arts. 49 a 52 de la Convención de Viena de derecho de tratados, Viena, 23 de mayo de 1969, Serie de Tratados de las NNUU, vol. 1155, núm. 18232, p. 331; CDI Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (AG CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), comentario 4 y 5 al art. 20; Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, art. 4.2; BROWNLIE, Ian, *International Law and…*, *op. cit.*, p. 317; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, pp. 269-270; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 88; HENDERSON, Christian, *The Use of force...*, *op. cit.*, p. 373; NUSSBERGER, Benjamin, *op. cit.*, p. 123; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 104; RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, p. 81; SHAYGAN, Farideh, *op. cit.*, p. 776; REMIRO BROTÓNS, Antonio, *op. cit.*, p. 766 y DÍAZ BARRADO, Cástor, *op. cit.*, pp. 283-297.

[32] *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, párrs. 42-53, pp. 196-199; IDI, *op. cit.*, párr. 63, p. 390; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 88; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, pp. 272-274; HENDERSON, Christian, *The Use of force...*, *op. cit.*, p. 371; NOLTE, George, *op. cit.*, párr. 23, p. 5; ST-FLEUR, Yvenson, *op. cit.*, pp. 795-796; BYRNE, Max, "Intervention by…", *op. cit.*, p. 80; PAK, Hui Chol y SON, Hye Ryon, *op. cit.*, p. 86 y DÍAZ BARRADO, Cástor, *op. cit.*, p. 145.

[33] Corten, en su clasificación, incluye los tratados internacionales en los que se recoge un derecho de intervención unilateral. Se trata de una práctica estatal desarrollada durante el siglo XIX que ha ido desapareciendo. Véase: CORTEN, Oliver, *op. cit.*, p. 257; BROWNLIE, Ian, *International Law and…*, *op. cit.*, pp. 318-320; KLECZKOWSKA, Agata, *op. cit.*, pp. 270-271 y DÍAZ BARRADO, Cástor, *op. cit.*, pp. 147-168.

en esos lugares[34]. Asimismo, dentro de esta categoría también se encuadran los acuerdos *ad hoc*. Atendiendo a los contextos de urgencia en los que suelen llevarse a cabo algunas de las solicitudes de asistencia militar, los Estados no se detienen en acordar tratados internacionales al uso, sino que regulan la intervención a través de un canje de notas. Con el paso del tiempo, en algunos casos, el acuerdo *ad hoc* es sustituido por un tratado internacional formal. No obstante, en ocasiones estos perduran en el tiempo. Un ejemplo de ello es el canje de notas francés y maliense a raíz de la intervención de Francia en Malí en 2013. Dos años antes de que las fuerzas francesas se retiraran del país, a raíz de la renovación de la operación, se acordó un protocolo adicional mediante un nuevo intercambio de cartas para asegurar que el contenido del acuerdo de 2013 continuaba vigente[35].

En segundo lugar, hallamos los tratados para estacionar tropas de forma más o menos extensa en el tiempo en un Estado extranjero. En estos acuerdos, que están acompañados de tratados o disposiciones que regulan el estatuto de las fuerzas, se concede el uso de instalaciones y se otorgan autorizaciones de uso a ejércitos de otros Estados por periodos largos de tiempo en los que construyen y/o utilizan bases destinadas a fines delimitados, siempre pactados con el Estado del territorio en el que se encuentran. Un ejemplo, que después abordaremos, pueden ser los dos tratados internacionales que Rusia y Siria firmaron en 2017 con el fin de establecer dos bases rusas en el territorio sirio durante, al menos, 49 años[36].

En tercer lugar, encontramos los tratados internacionales de Organizaciones internacionales regionales o sectoriales que contienen cláusulas que prevén la posibilidad de intervenir en terceros países ante determinados supuestos, previa solicitud de un Estado. Ejemplo de ello son las disposiciones de la UE, la UA o la CIRGL[37]. En estos casos se redactan acuerdos posteriores

[34] Un ejemplo sería el Acuerdo sobre el estatuto de las fuerzas entre el Gobierno Federal de Transición de Somalia y la UA sobre la AMISOM, 6 de marzo de 2007.

[35] Acuerdo en forma de intercambio de cartas entre el Gobierno de la República francesa y el Gobierno de la República de Malí que determina el estatuto de la fuerza "Serval", de 7 de marzo de 2013 en Decreto núm. 2013-364 de 29 de abril de 2013 por el que se publica el acuerdo en forma de canje de cartas entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República de Malí determinando el estatus de la fuerza "Serval", firmado en Bamako el día 7 Marzo de 2013 y en Koulouba el 8 de marzo de 2013, y Protocolo adicional en forma de Canje de Notas entre el Gobierno de la República Francesa y el Gobierno de la República de Malí por el que se determina el estatuto de la fuerza "Serval", de 6 y 10 de marzo de 2020, en Comunicación de la Embajada francesa en Malí, de 6 de marzo de 2020, (núm. 2020-0135457/chan).

[36] Acuerdo entre la Federación de Rusia y la República Árabe Siria sobre la ampliación de la instalación de apoyo logístico de la Armada de la Federación de Rusia en el puerto de Tartús y la entrada de buques de guerra de la Federación de Rusia en el mar territorial, las aguas interiores y los puertos de la República Árabe Siria, 18 de enero de 2017, y Acuerdo entre la Federación de Rusia y la República Árabe Siria sobre el estacionamiento de un Grupo de aviación de las Fuerzas Armadas de la Federación de Rusia en el territorio de la República Árabe Siria, 18 de enero de 2017.

[37] Art. 222 del Tratado de Funcionamiento de la UE, 13 de diciembre de 2007, DOUE núm. C 326, 26 de octubre de 2012; arts. 1.c y 2.c del Pacto de defensa común y de no agresión de la UA, Abuja, 31

que concretan y desarrollan la asistencia militar prestada, ya sea en forma de acuerdo *ad hoc* o de estatuto de las fuerzas o misión[38].

Por último, en cuarto lugar, distinguimos los acuerdos de persecución en caliente —*hot pursuit*—. Esto es, acuerdos entre Estados fronterizos a través de los cuales se autoriza a las fuerzas armadas y de seguridad a atravesar la frontera hasta un número de kilómetros determinado con el fin de perseguir a criminales que tratan de huir. Un ejemplo de ello, en el contexto de la lucha contra el terrorismo, fue el acuerdo alcanzado por los Estados del G5 Sahel. Aunque este mecanismo de cooperación y coordinación acabó disuelto en diciembre de 2023 debido a la decisión de los Gobiernos de Malí, Níger y Burkina Faso de retirarse de la misma, aportó una novación significativa que sería deseable que se pudiera reeditar en el futuro: en un inicio los Estados miembros alcanzaron un acuerdo[39] para poder intervenir en una franja de 50 km a cada lado de la frontera común; en 2020 ampliaron esta franja a 100 km[40].

En todo caso, debe tenerse presente que el consentimiento de intervención puede ser revocado en cualquier momento sin exigirse formalidad alguna[41]. Como los casos de Malí o Níger han vuelto a evidenciar, tras la declaración pública del Gobierno del Estado de retirar el consentimiento de la intervención se da una negociación en la que se pacta un calendario de salida y el Estado u Organización internacional asistente retira sus efectivos.

De forma adicional, en lo que respecta a la aceptación del consentimiento o de solicitud de asistencia militar, cabe recordar que no existe ninguna obligación jurídica de prestar la asistencia solicitada o consentida[42]. Si bien puede haber casos en los que el Estado al que se solicita la ayuda pueda estar comprometido por cláusulas de solidaridad o de defensa mutua como, por ejemplo, la de la UA[43], el alcance de las obligaciones de estas cláusulas suele

---

de enero de 2005, Serie de Tratados de las NNUU, vol. 2656, núm. 47273 y arts. 1.2 y 6.3 del Protocolo de No Agresión y Defensa Mutua en la Región de los Grandes Lagos, 15 de diciembre de 2006.

[38] Sobre una hipotética intervención de la CEDEAO en Níger sin un acuerdo *ad hoc*, véase: BUCHAN, Russell y TSAGOURIAS, Nicholas, *op. cit.*, pp. 7-14.

[39] Sobre la naturaleza *hot pursuit* de estos acuerdos, véase declaración del Secretario General: S/2020/373, "Informe del Secretario General de NNUU sobre la Fuerza Conjunta del Grupo de los Cinco del Sahel", párr. 11, p. 3.

[40] *Ibidem* y NNUU, *Informe de estado: Proyecto del ACNUDH que apoya a la Fuerza Conjunta G5 Sahel con la implementación del Marco de Cumplimiento de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario 1 de mayo de 2018 – 31 de marzo de 2020*, 5 agosto 2020, párr. 37, pp. 10-11, *www.ohchr.org/Documents/Countries/Africa/G5Sahel_Report_E_Final_05.08.2020.pdf*.

[41] Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, art. 5; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 20; HENDERSON, Christian, *The Use of force...*, *op. cit.*, pp. 374-375; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 91; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, p. 274; VISSER, Laura, "May the...", *op. cit.*, p. 37 y SMITH, Crispin, *op. cit*.

[42] KLECZKOWSKA, Agata, "The meaning of treaty authorisation and ad hoc consent for the legality of military assistance on request", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 7, 2020, núm. 2, pp. 270-291, p. 290 e IDI, *op. cit.*, párr. 38, p. 381.

[43] A modo de ejemplo, véase: arts. 1.c y 2.c del Pacto de defensa común y de no agresión de la UA, Abuja, 31 de enero de 2005, Serie de Tratados de las NNUU, vol. 2656, núm. 47273, y arts. 1.2 y 6.3 del Protocolo de No Agresión y Defensa Mutua en la Región de los Grandes Lagos, 15 de diciembre de 2006.

ser limitado[44], por lo que es razonable afirmar que, en términos generales, no existe obligación jurídica de responder positivamente a una solicitud de asistencia militar[45].

4. LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR O CONSENTIR UNA ASISTENCIA MILITAR

De forma general, en la medida en la que uno de los requisitos de validez de la solicitud o consentimiento de la asistencia militar es que lo otorgue una autoridad para comprometer internacionalmente al Estado[46], se suele considerar que la autoridad para tomar esa decisión corresponde al Gobierno del Estado[47], ya sea por boca de la persona que ostenta la jefatura del Estado, del Gobierno o del Ministerio de Exteriores[48]. Esto se deriva de la consideración

[44] Por ejemplo, en el caso de la UE, los Estados pactaron una declaración interpretativa para aclarar que cada Estado miembro conserva su derecho de escoger los medios que juzgue apropiados para responder a la obligación de solidaridad contenida en el artículo 222 del TFUE. Véase: Declaraciones anejas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, DOUE núm. C 326, 26 de octubre de 2012.

[45] Un aspecto interesante al que convendrá prestar atención es el impacto que podría tener el deber de cooperar para poner fin, por medios lícitos, a toda violación grave de obligaciones internacionales de normas *ius cogens* en las asistencias militares. Si bien no creemos que en la actualidad exista práctica estatal que relacione su participación en intervenciones por invitación con dicho deber —en la mayor parte de casos está vinculada con sus intereses nacionales de seguridad y, en los menos, con cierta solidaridad o compromiso por pertenencia a Organizaciones internacionales—, deberíamos estar atentos a su desarrollo. En todo caso, teniendo presentes los comentarios recientes a la conclusión 19.1 del Proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) y que estamos ante un supuesto que implica la utilización del uso de la fuerza, así como nuestro convencimiento de que esta prerrogativa estatal debe ser supletoria a la acción del Consejo de Seguridad, de desarrollarse un deber de cooperar en acciones militares para poner fin a violaciones graves, por ejemplo de algunas obligaciones relativas al Derecho Internacional Humanitario, este deber debería vincularse con el órgano responsable de mantener la paz y seguridad internacionales, vehiculando toda acción a través de los mecanismos previstos en la Carta. Véase: CDI Proyecto de conclusiones sobre la identificación y las consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*) (2022), (A/77/103), párrs. 1 al 11 del comentario al art. 19.

[46] ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 19; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 87; SHAYGAN, Farideh, *op. cit.*, p. 776; ST-FLEUR, Yvenson, *op. cit.*, p. 783; NOLTE, George, *op. cit.*, párr. 23, p. 5; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 117; BYRNE, Max, "Intervention by…", *op. cit.*, p. 80; RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, p. 72; REMIRO BROTÓNS, Antonio, *op. cit.*, p. 766 y CERVELL HORTAL, María José, *op. cit.*, p. 6.

[47] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, párr. 246, p. 116; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, párr. 127, p. 218; IIFFMCG, *Informe de la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre el Conflicto en Georgia*, vol. II, 2009, pp. 276-277; DE WET, Erika, "The Modern Practice of Intervention by Invitation in Africa and its Implications for the Prohibition of the Use of Force", *European Journal of International Law*, vol. 26, 2005, núm. 4, pp. 979-998, p. 982; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 18; IDI, *op. cit.*, párr. 75, p. 396; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 87 y p. 252; DOSWALD-BECK, Louise, *op. cit.*, pp. 191-192; SHAYGAN, Farideh, *op. cit.*, p. 771 y 776; VISSER, Laura, "Intervention by invitation...", *op. cit.*, p. 295; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 100 y p. 117; REMIRO BROTÓNS, Antonio, *op. cit.*, p. 766; POZO SERRANO, Pilar, *op. cit.*, p. 155 y CERVELL HORTAL, María José, *op. cit.*, p. 6.

[48] HENDERSON, Christian, *The Use of force..., op. cit.*, p. 352; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, p. 226; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 117 y DÍAZ BARRADO, Cástor, *op. cit.*, pp. 309-314. Véase tam-

general de que el consentimiento para permitir el uso de la fuerza de otro Estado solo pueden otorgarlo los más altos representantes del mismo[49] u otras personas con los "adecuados plenos poderes"[50]. En todo caso, además del artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, deberá observarse el derecho nacional interno y el fin concreto de la intervención[51], ya que será diferente que se trate de solicitar la asistencia técnica, de inteligencia, de un pequeño grupo de asesores o la intervención de un gran número de tropas. Así, se podría sostener la máxima de que, a mayor afección de la soberanía, "más alta" debe ser la autoridad de quien otorgue la autorización de la intervención; no obstante, en todo momento se da por supuesto que es el Gobierno estatal quien toma la decisión. En este sentido, estos elementos no se van a ver modificados por el hecho de que el objetivo de la intervención sea combatir la amenaza terrorista.

Por tanto, es una cuestión pacífica sostener que el Gobierno de un Estado puede comprometer al mismo, solicitando una intervención militar a un tercer Estado u Organización internacional. Ahora bien, los problemas en torno a la validez de la solicitud o consentimiento se producen cuando se considera que la autoridad de un Gobierno es "dudosa"[52], entre otros motivos, por la falta de control efectivo que este tenga sobre el territorio.

Especialmente en el contexto del terrorismo, la práctica internacional de las últimas décadas muestra que Gobiernos de Estados que no controlaban efectivamente todo su territorio solicitaron la asistencia militar de otros Estados para combatir amenazas terroristas de carácter grave. Precisamente la casuística evidencia que la pérdida de control territorial, ya sea por la aparición de un actor no estatal de carácter terrorista, por la existencia de un conflicto armado y/o por debilidad institucional de carácter estructural, suele ser la antesala del recurso a la intervención por invitación[53]. Lo hemos constatado en los casos de Somalia, Malí, Iraq, Siria, Libia o Mozambique.

Es por tanto oportuno detenernos a reflexionar en torno a las solicitudes realizadas por Gobiernos estatales que no controlan efectivamente parte de su territorio y sus implicaciones en la validez del consentimiento, así como las solicitudes realizadas por actores no estatales que ejercen control efectivo sobre parte del territorio de un Estado.

---

bién: art. 7.2.a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

[49] HENDERSON, Christian, *The Use of force..., op. cit.*, p. 352; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, p. 259; RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, p. 80; BYRNE, Max, "Intervention by…", *op. cit.*, p. 81; NUSSBERGER, Benjamin, *op. cit.*, p. 126 y CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol, *op. cit.*, p. 468.

[50] Art. 7.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969.

[51] CDI Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (AG CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), comentario 6 al art. 20; IDI, *op. cit.*, párr. 85, pp. 401-402 y NUSSBERGER, Benjamin, *op. cit.*, p. 134.

[52] BROWNLIE, Ian, *International Law and…*, *op. cit.*, p. 317.

[53] En esta línea, véase: EGAN, Brian, "International Law, Legal Diplomacy, and the Counter-ISIL Campaign: Some Observations", *International Law Studies*, vol. 92, 2016, pp. 235-248, p. 240.

4.1. Solicitud de Gobiernos de Estados que no controlan efectivamente su territorio

El criterio tradicional y generalmente aceptado para que un Gobierno estatal pueda solicitar la asistencia militar de otros Estados es que controle efectivamente el territorio[54]. Esto exige que no solo controle el propio territorio, sino también que la administración del Estado cuente con la "aquiescencia"[55] de la población y tenga la voluntad de cumplir con las obligaciones internacionales contraídas[56]. Así, el control efectivo del territorio se establece como una fuente de legitimidad originaria.

No obstante, no es la única fuente de legitimidad. Fundamentalmente desde el fin de la Guerra Fría, a la luz de la centralidad creciente de los derechos humanos y de la democracia liberal, a la exigencia tradicional del control efectivo del territorio algunos autores y Estados están sumando la legitimidad democrática del Gobierno[57] y el respeto de los estándares internacionales de derechos humanos[58]. De esta manera, se ha cuestionado la licitud de las solicitudes de asistencia militar de Gobiernos cuya legitimidad es puesta en tela de juicio[59]; por ejemplo, las solicitudes de Gobiernos

---

[54] BARBER, Rebecca, *et al.*, "United Nations Credentials Committee: Representation of the State of Myanmar to the United Nations", *Myanmar Accountability Project*, 14 septiembre 2021, párr. 15, p. 5, párr. 27, p. 9 y párr. 49, p. 17, *www.the-world-is-watching.org/wp-content/uploads/2021/09/Myanmar-Legal-Opinion-Final-2.pdf*; LONGOBARDO, Marco, "The self-proclaimed statehood of the Islamic State between 2014 and 2017 and International Law", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 33, 2017, pp. 205-218, pp. 213-214; TALMON, Stefan, "Recognition of Opposition Groups as the Legitimate Representative of a People", *Chinese Journal of International Law*, vol. 12, 2013, núm. 2, pp. 232-233; IDI, *op. cit.*, párr. 78, p. 398; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, pp. 105-107; DOSWALD-BECK, Louise, *op. cit.*, p. 199; DE WET, Erika, *op. cit.*, p. 983; SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *op. cit.*, p. 30 y POZO SERRANO, Pilar, *op. cit.*, pp. 155-156.

[55] *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica)*, 1923, en NNUU, *Reports, of International Arbitral Awards*, Vol. I, 2006, p. 381 y DE WET, Erika, *op. cit.*, p. 984.

[56] *Ibidem*; *Case of Melville E. Day and David E. Garrison, as surviving executors of Cornelius K. Garrison v.Venezuela, decision of the Commissioner, Mr. Findlay,* 1985, en NNUU, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXIX, 2012, p. 232; ZAMANI, Masoud y NIKOUEI, Majid, "Intervention by Invitation, Collective Self-defence and the Enigma of Effective Control", *Chinese Journal of International Law*, vol. 16, 2017, núm. 4, pp. 663-694, p. 669 y p. 693; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 19; LONGOBARDO, Marco, *op. cit.*, pp. 213-214; NUSSBERGER, Benjamin, *op. cit.*, p. 134; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 108; FOX, Gregory H., *op. cit.*, p. 818; HARTWIG, Matthias, *op. cit.*, p. 703; RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, pp. 81-82 y TALMON, Stefan, *op. cit.*, pp. 232-233.

[57] WELLER, Marc, "Striking ISIL: Aspects of the Law on the Use of Force", *ASIL Insights*, vol. 19, núm. 5, 11 marzo 2015, *www.asil.org/insights/volume/19/issue/5/striking-isil-aspects-law-use-force*; HENDERSON, Christian, *The Use of force…*, *op. cit.*, pp. 357-358; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, pp. 110-113; NOLTE, George, *op. cit.*, párr. 16, p. 4; BARBER, Rebecca, *et al.*, "United Nations…", *op. cit.*, párr. 15, p. 5, párr. 27, p. 9 y párr. 49, p. 17; DE WET, Erika, *op. cit.*, pp. 984-990; FOX, Gregory H., *op. cit.*, pp. 834-387 y ZAMANI, Masoud y NIKOUEI, Majid, *op. cit.*, p. 667 y pp. 688-693. En este sentido, véase también: LIROLA DELGADO, Isabel, "La misión de asistencia de las Naciones Unidas para Afganistán en el nuevo escenario de un gobierno de facto talibán", *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 38, 2022, pp. 215-252, p. 237.

[58] LIEBLICH, Eliav, *op. cit.*, pp. 203-208; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, pp. 151-172 y pp. 178-179; BARBER, Rebecca, *et al.*, "United Nations…", *op. cit.*, párr. 15, p. 5, párr. 27, p. 9 y párr. 49, p. 17; DE WET, Erika, *op. cit.*, p. 984 y LIROLA DELGADO, Isabel, *op. cit.*, p. 237.

[59] BROWNLIE, Ian, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 317; NOLTE, George, *op. cit.*, párr. 17, p. 4 y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, María Paz, *op. cit.*, pp. 42-43.

derivados de golpes de Estado[60], Gobiernos que vulneran de forma masiva y sistemática los derechos humanos[61] y Gobiernos responsables de crímenes internacionales, como pueden ser genocidios, ataques sistemáticos contra la población civil o crímenes de guerra[62]. Esta pugna también se evidencia de forma periódica en los debates que se dan en la Comisión de Verificación de Poderes de la Asamblea General, encargada de estudiar las credenciales de los representantes estatales que participan en las sesiones de la Asamblea General. Sin embargo, la práctica de este órgano pone de manifiesto que, por el momento, la preferencia por el criterio del control efectivo es innegable[63]. Asimismo, la práctica más reciente referida a la retirada de Francia de Estados africanos que han sufrido golpes de Estado parece avalar esta tesis. Esto es, las órdenes de retirada de los contingentes militares franceses realizadas por los Gobiernos golpistas de Malí en 2022 y Níger en 2023 no han sido cuestionadas ni por Francia, que tras negociar su salida la ha llevado a cabo sin demora, ni por los Estados y Organizaciones internacionales de la comunidad internacional.

Adicionalmente, algunos autores han considerado que cuando el fin de la intervención es el combate contra el terrorismo estos criterios quedan desplazados, ya que se trata de intervenciones que no tienen el fin específico de reforzar la posición del Gobierno, sino enfrentar una amenaza a la paz y seguridad internacionales[64].

Tampoco el control efectivo resulta un criterio determinante a estos efectos. Aunque hay quien considera que el Gobierno debe conservar la mayor parte del territorio para poder solicitar la asistencia militar[65], una mayoría de autores apunta a que sería suficiente con una parte del mismo[66]. Así, la pérdida de control territorial no compromete la capacidad del Gobierno de

---

[60] IDI, *op. cit.*, párr. 78, p. 398; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, pp. 128-131 y p. 151; BARBER, Rebecca, *et al.*, "United Nations…", *op. cit.*, párr. 15, p. 5, párr. 27, p. 9 y párr. 49, p. 17; DE WET, Erika, *op. cit.*, pp. 987-989; ZAMANI, Masoud y NIKOUEI, Majid, *op. cit.*, pp. 689-693 y NUSSBERGER, Benjamin, *op. cit.*, pp. 135-136.

[61] Véase nota al pie 59.

[62] LIEBLICH, Eliav, *op. cit.*, pp. 178-188 y REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, pp. 151-172 y pp. 178-179.

[63] Aunque con el paso del tiempo han ido emergiendo otros criterios vinculados con la legitimidad democrática, estos todavía no han sido aplicados de forma sistemática, descartando que se hayan impuesto al del control efectivo. De hecho, el estudio de la práctica histórica de esta comisión permite concluir que ha existido una aplicación arbitraria de los "nuevos" criterios. Véase: IDI, *op. cit.*, párr. 83, pp. 400-401; BARBER, Rebecca, *et al.*, "United Nations…", *op. cit.*, párrs. 8-20, pp. 2-9 y párr. 49, p. 17; BARBER, Rebecca, "Will the Taliban…", *op. cit.*; Engström, Viljam, "Credentials and the Politics…", *op. cit.* y ZAMANI, Masoud y NIKOUEI, Majid, *op. cit.*, p. 667. Con carácter general, véase también: SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, "Los enigmas del reconocimiento en la práctica contemporánea", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 43, 2022, pp. 1-46.

[64] En esta línea, véase: BANNELIER, Karine y CHRISTAKIS, Theodore, "Under the UN…", *op. cit.*, p. 864 y SHAYGAN, Farideh, *op. cit.*, p. 781.

[65] SHAYGAN, Farideh, *op. cit.*, p. 776; DE WET, Erika, *op. cit.*, p. 984; TALMON, Stefan, *op. cit.*, pp. 232-233 y MURPHY, Sean D., *op. cit.*, p. 120.

[66] HENDERSON, Christian, *The Use of force…*, *op. cit.*, p. 355; ST-FLEUR, Yvenson, *op. cit.*, p. 783; WELLER, Marc, *op. cit.*; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, María Paz, *op. cit.*, p. 42; POZO SERRANO, Pilar, *op. cit.*, p. 155 y SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, *op. cit.*, p. 24.

solicitar la asistencia militar a otros Estados[67]. Solamente en los casos en los que el Gobierno pierde el control de todo el territorio, convirtiéndose en un Gobierno en el exilio, es cuando generalmente se acepta que pierde la capacidad de solicitar la ayuda militar[68]; aunque hay casos excepcionales en los que se ha considerado que, incluso en esas circunstancias, el Gobierno conservaba esa capacidad[69].

Se trata, por tanto, de una cuestión que hay que analizar caso por caso, atendiendo a diferentes clases de indicios, como la conservación o pérdida de la capital, principales núcleos urbanos, posiciones estratégicas, la administración, la adhesión de la población o el grado de reconocimiento internacional. De forma general se considera que el mantenimiento de la capital y una perspectiva razonable de que el ejecutivo estatal no va a colapsar son criterios fundamentales para determinar que el Gobierno sigue teniendo la capacidad de solicitar una intervención extranjera[70].

Lo cierto es que la práctica antiterrorista relativa a Malí, Iraq y Siria evidencia que nadie ha cuestionado las solicitudes de asistencia militar de Gobiernos que habían perdido gran parte del control efectivo del territorio, incluidos feudos importantes, frente a grupos terroristas. Si bien es cierto que en estos tres casos los Gobiernos seguían controlando la capital, existía una amenaza real de que colapsaran, dejando el territorio del Estado sin institucionalidad[71]. En este sentido, las intervenciones militares permitieron asegurar el mantenimiento de la capital y que recuperaran el territorio perdido hasta entonces. Por tanto, podría sostenerse que las solicitudes de asistencia militar de Gobiernos que han perdido gran parte de su territorio son acordes al derecho internacional, al menos cuando tienen como fin asegurar la permanencia del Estado frente a un actor no estatal de carácter terrorista.

---

[67] HENDERSON, Christian, *The Use of force*..., *op. cit.*, p. 355; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, pp. 284-287; DOSWALD-BECK, Louise, *op. cit.*, p. 199; Alcaide Fernández, Joaquín, *op. cit.*, p. 147; NOLTE, George, *op. cit.*, párr. 18, p. 4; DE WET, Erika, *op. cit.*, p. 990 y RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, p. 82.

[68] CORTEN, Oliver, *op. cit.*, p. 287; WELLER, Marc, *op. cit.* y NOLTE, George, *op. cit.*, párr. 18, p. 4.

[69] Los ejemplos más reseñables son la intervención militar de 1994 en Haití a solicitud del presidente depuesto, Jean-Bertrand Aristide, y la intervención de la CEDEAO en Gambia en 2017 a solicitud del presidente electo, Adam Barrow, ante el intento del presidente saliente de perpetuarse en el poder. En estos supuestos el elemento fundamental que determinaría la posibilidad de solicitar la asistencia militar del Gobierno sería la legitimidad del mismo, concretamente la legitimidad democrática. Véase: REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, pp. 126-127 y ZAMANI, Masoud y NIKOUEI, Majid, *op. cit.*, pp. 689-693. Véase también: BUCHAN, Russell y TSAGOURIAS, Nicholas, *op. cit.*, pp. 14-18.

[70] DE WET, Erika, *op. cit.*, p. 984; TALMON, Stefan, *op. cit.*, pp. 232-233; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 109; NUSSBERGER, Benjamin, *op. cit.*, p. 134 y BARBER, Rebecca, *et al.*, "United Nations…", *op. cit.*, párr. 15, p. 5.

[71] Véanse situaciones de esos países antes de la asistencia militar en COCCHINI, Andrea, "Una década de guerra en Siria: Situación actual y posibles desenlaces", *Revista UNISCI*, núm. 57, 2021, pp. 149-183, p. 155; BANNELIER, Karine y CHRISTAKIS, Theodore, "Under the UN…", *op. cit.*, pp. 856-857; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 102; EGAN, Brian, *op. cit.*, p. 238 y POZO SERRANO, Pilar, *op. cit.*, p. 157.

A nuestro juicio, el hecho de que la falta de control efectivo sobre gran parte del territorio no sea un obstáculo para solicitar la asistencia militar está relacionado con dos factores: por un lado, la naturaleza estatocéntrica del sistema internacional y su voluntad de perpetuarse, plasmado con claridad en el principio de integridad territorial, y, por otro lado, el objetivo antiterrorista de la intervención[72]. La calificación y percepción del terrorismo internacional como una de las mayores amenazas a la paz y seguridad internacionales presiona diferentes instituciones de derecho internacional, logrando que los Estados flexibilicen sus estándares de exigencia de respeto de lo que entienden que es el derecho internacional vigente. Esto provoca que los Estados se muestren más dispuestos a aceptar las intervenciones por invitación que tienen como fin la lucha antiterrorista, sobre todo cuando tratan de asegurar que una parte de un territorio no caiga en manos de una organización terrorista y se convierta en un santuario desde el que organizar con impunidad ataques a otros países.

Adicionalmente, una parte de la doctrina ha defendido que cuando el Gobierno cuenta con reconocimiento internacional[73], este conserva la capacidad de solicitar asistencia militar incluso en contextos en los que el control efectivo del territorio sea relativo. Esta presunción continúa mientras exista un consenso amplio entre la comunidad internacional de que sigue siendo la entidad adecuada para representar al Estado[74]. Un ejemplo de ello es la intervención de Estados Unidos en Libia, consentida por el Gobierno de Consenso Nacional, para que interviniera en su territorio con el fin de que realizara ataques aéreos contra el *Dáesh* y asistiera a sus fuerzas en ese combate[75]. Se trató de un Gobierno surgido del Acuerdo Político Libio de Sjirat, auspiciado por NNUU que, sin controlar siquiera la capital del país, fue generalmente reconocido como el "único Gobierno legítimo de Libia"[76]. Por si había alguna duda, el Consejo de Seguridad respaldó el reconocimiento[77] y manifestó la autoridad de este Gobierno para realizar solicitudes de asistencia militar cuando pidió a los Estados que prestaran de forma activa su ayuda a dicho ejecutivo para derrotar a los grupos terroristas que operaban en el país, pero siempre "a petición" del nuevo Gobierno[78]. De esta manera, la práctica parece avalar que el reconocimiento internacional, ya sea mediante el respaldo de Estados, de Organizaciones internacionales regionales o de NNUU, a través de la labor que realiza la Comisión de Verificación en lo que respecta a la participación de los representantes de los Estados en las sesiones de la Asamblea

[72] En esta línea, ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 147.

[73] DOSWALD-BECK, Louise, *op. cit.*, pp. 199-200 y BANNELIER, Karine y CHRISTAKIS, Theodore, "Under the UN…", *op. cit.*, p. 865.

[74] DE WET, Erika, *op. cit.*, p. 992 y DOSWALD-BECK, Louise, *op. cit.*, p. 199.

[75] ESTADOS UNIDOS, *Report on the Legal and Policy Frameworks Guiding the United States' Use of Military Force and Related National Security Operation*, 2016, pp. 10-12 y p. 17.

[76] *Joint Communique on Libya*, 22 septiembre 2016, *www.it.usembassy.gov/joint-communique-libya/*.

[77] S/RES/2259(2015), 23 de diciembre de 2015, especialmente puntos 3, 4, 6 y 9.

[78] *Ibíd.*, punto 12, así como puntos 2 y 6.

General o de las resoluciones del Consejo de Seguridad, reforzaría la autoridad de los Gobiernos que no controlen efectivamente su territorio[79].

4.2. Solicitud de actores no estatales que controlan parte del territorio del Estado

En lo que respecta a la solicitud de asistencia militar por parte de actores no estatales, más allá del caso excepcional de Timor Oriental de 1975[80], no tenemos constancia de que se haya prestado apoyo a un actor no estatal fundamentando únicamente la actuación en la presunta solicitud de asistencia militar de este[81], aunque sí se ha dado el caso de que se haya alegado esta "base jurídica" junto con otros títulos jurídicos de intervención. Concretamente, Egipto se basó, entre otros motivos, en una suerte de consentimiento del Ejército Nacional Libio[82] para realizar una serie de ataques contra grupos terroristas en Libia durante 2017. Por aquel entonces, este actor no estatal tenía el control efectivo de parte del territorio del Estado y competía con el Gobierno de Consenso Nacional, reconocido internacionalmente, a fin de hacerse con el control completo del territorio y lograr la representación internacional del Estado libio[83].

Así, *a priori*, el único caso en el que podríamos aceptar la solicitud de asistencia militar de un actor no estatal es, precisamente, cuando este abandona su condición de grupo opositor y pasa a ser el Gobierno del Estado[84].

---

[79] En todo caso, no hay que perder de vista que se trata de una cuestión "en disputa". En este sentido, BERTOT TRIANA, Harold, *Teoría y práctica del reconocimiento de gobiernos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 251.

[80] Sobre el caso, véase: NNUU, *Repertorio de la práctica seguida por los órganos de las Naciones Unidas*, Apéndice núm. 5, vol. 1, 1970-1978, párr. 78, p. 38 y CORTEN, Oliver, *op. cit.*, p. 261.

[81] En el caso sirio no faltan quienes tratan de sostener la existencia de solicitudes de asistencia militar implícitas. Por ejemplo, en el apoyo opositor sirio a los bombardeos de la coalición global se ha querido ver una solicitud de asistencia militar o un otorgamiento del consentimiento. Véase: STEENBERGHE, Raphael Van, "From Passive Consent to Self-Defence after the Syrian Protest against the US-led Coalition", *EJIL: Talk!*, 23 octubre 2015, *www.ejiltalk.org/13758-2*.

[82] Si bien el grueso de la argumentación egipcia descansaba en el presunto derecho a la legítima defensa contra actores no estatales, también sostuvo que la acción armada se realizó "en coordinación con el Ejército Nacional Libio". Véase: S/2017/456, "Carta de Egipto", 27 de mayo de 2017.

[83] Para Egipto esa entidad, que promovió y trató de que lograra reconocimiento internacional, era la representante internacional de Libia, de manera que, bajo su razonamiento, los ataques aéreos habían contado, entre otros títulos jurídicos de intervención, con el consentimiento del verdadero gobierno de Libia. No obstante, en línea de lo señalado anteriormente, a nuestro juicio existen pocas dudas de que se apoyó en la "invitación" de un actor no estatal en tanto en cuanto el Gobierno de Consenso Nacional había logrado concitar el reconocimiento de la Unión Africana, la Liga Árabe, la Unión Europea y del Consejo de Seguridad de NNUU. Para ahondar en los pormenores del caso, véase: BIRKETT, Daley J., "Another Hole in the Wall? Evaluating the Legality of Egypt's 2017 Airstrikes Against Non-State Targets in Libya Under the Jus ad Bellum", *Netherlands International Law Review*, vol. 69, 2022, pp. 83-114, pp. 106-109.

[84] CDI Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (AG CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), art. 10.1.

Más allá de las doctrinas y justificaciones que se pretendan alegar, el derecho internacional vigente en este punto está bien establecido. La jurisprudencia de la CIJ[85] y la práctica de los Estados a través de importantes resoluciones de la Asamblea General[86] apuntan a que la solicitud de un actor no estatal no es un título jurídicamente válido para intervenir en un territorio, independientemente de que este haya logrado hacerse con el control de parte del territorio del Estado, incluso administrándolo mediante la creación de instituciones, o de que el Gobierno del Estado prácticamente limite su control a unas zonas muy concretas de su territorio. Se trata de una posición mantenida por la generalidad de la doctrina, con el IDI y la ILA a la cabeza[87].

Esta consideración se deriva de que toda asistencia militar a un actor no estatal, independientemente de la forma que adopte, supone una violación de los principios de no injerencia en asuntos internos y de prohibición de la amenaza o uso de la fuerza[88]. La Corte realizó esta interpretación en 1986 en el asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella[89] y la ha ido reafirmando de manera subsiguiente[90]. Por su parte, los Estados, mediante resoluciones de la Asamblea General, han concretado que constituía una obligación de los Estados el abstenerse de "organizar, instigar, ayudar o participar" en actos de fuerza en otro Estado o consentir actividades organizadas dentro de su territorio encaminadas a ese fin[91], así como la obligación de abstenerse de "organizar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas" para intervenir en luchas internas de otro Estado[92]; la CIJ confirmó que ambas obligaciones tienen carácter consuetudinario[93]. En

---

[85] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, párr. 246, p. 126. Reafirmado en *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, párr. 164, p. 227.

[86] Por ejemplo, véase: A/RES/36/103, "Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención y la injerencia en los asuntos internos de los Estados", 9 de diciembre de 1981, punto II.o.

[87] Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, art. 1.b; IDI, *op. cit.*, párr. 76, p. 397; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 18; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, pp. 227-228; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, pp. 260-262; GRAY, Christine, *op. cit.*, pp. 105-107 NOLTE, George, *op. cit.*, párrs. 12 y 23, pp. 3-5; VISSER, Laura, "Intervention by invitation...", *op. cit.*, p. 295 y p. 298; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 107; WELLER, Marc, *op. cit.*; POZO SERRANO, Pilar, *op. cit.*, p. 156 y CERVELL HORTAL, María José, *op. cit.*, p. 7.

[88] IIFFMCG, *op. cit.*, p. 277; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 227; DE WET, Erika, *op. cit.*, p. 982; POZO SERRANO, Pilar, *op. cit.*, p. 156 y CERVELL HORTAL, María José, *op. cit.*, pp. 12-13.

[89] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, párr. 206, p. 108, párr. 209, pp. 109-110, párr. 228, pp. 118-119 y párr. 242, pp. 124-125.

[90] *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, párr. 164, p. 227.

[91] Entre otras, véase: A/RES/2734(XXV), "Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional", 16 de diciembre de 1970, punto 5.

[92] Entre otras, véase: A/RES/2625(XXV), "Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas", 24 de octubre de 1970, párr. 2 del ppio. 3 del anexo.

[93] *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, párr. 162, pp. 226-227.

este sentido, el entrenamiento y provisión de armas a actores no estatales suponen un uso de la fuerza armada indirecta y, como tal, constituyen usos menores de la fuerza prohibidos que, por tanto, no alcanzan el umbral del ataque armado[94]. Asimismo, también se daría una vulneración de la integridad territorial y soberanía del Estado en el que se interviene.

5. LÍMITES Y RIESGOS DE LAS ASISTENCIAS MILITARES

Las intervenciones de estos Estados, coaliciones de Estados u Organizaciones internacionales, independientemente del formato en el que se realicen, están sometidas al contenido y los límites establecidos en la propia solicitud[95], ya sea en cuanto al tipo de asistencia u operaciones a realizar, la zona de despliegue o la duración de la misión, así como a los límites generales de cualquier acción internacional, esto es, las obligaciones derivadas de las normas imperativas de derecho internacional[96] y las de derecho internacional general asumidas por los actores en cuestión y los límites contenidos en el propio derecho interno[97].

Junto con estas limitaciones, existe un debate antiguo y recurrente sobre la prohibición de la intervención por invitación en conflictos interestatales, así como en guerras civiles. Si bien existen argumentos que podrían sostener su prohibición y licitud conforme al derecho internacional, la práctica "caótica"[98] de los Estados, como así la denominara la Misión internacional independiente sobre el conflicto en Georgia, apunta a que se trata de una cuestión irresuelta[99].

---

[94] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986*, párr. 191, p. 101 y párrs. 193-195, pp. 102-104 y *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, 1. C. J. Reports 1996*, párr. 51, pp. 186-187.

[95] *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Judgment, I.C.J. Reports 2005*, párr. 52, pp. 198-199; CDI Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (AG CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), comentario 9 al art. 20; Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, art. 6.1 y 6.2; BUCHAN, Russell y TSAGOURIAS, Nicholas, *op. cit.*, p. 4; REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 87; GRAY, Christine, *op. cit.*, p. 85; NUSSBERGER, Benjamin, *op. cit.*, p. 123; RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, p. 81; SHAYGAN, Farideh, *op. cit.*, p. 777; SMITH, Crispin, *op. cit.* y ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, María Paz, *op. cit.*, p. 42.

[96] Por ejemplo, un límite relevante derivado del artículo 2.4 de la Carta sería que el despliegue no tenga como fin amenazar o atacar otro Estado.

[97] CDI Proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (A CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), comentario 6 al art. 26; Res. del IDI sobre asistencia militar por invitación, 8 octubre 2011, art. 4.2; IDI, *op. cit.*, párr. 106, pp. 407-408; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, pp. 19-20; ILA, *Use of force, military assistance on request: interim…*, *op. cit.*, p. 7; HENDERSON, Christian, *The Use of force...*, *op. cit.*, pp. 376-377; VISSER, Laura, "May the...", *op. cit.*, p. 30; BYRNE, Max, "Consent…", *op. cit.*, p. 120; SHAYGAN, Farideh, *op. cit.*, p. 776; VACAS FERNÁNDEZ, Félix, *op. cit.*, pp. 66-67; REMIRO BROTÓNS, Antonio, *op. cit.*, p. 765; GÓMEZ ISA, Felipe, *op. cit.*, p. 82 y CERVELL HORTAL, María José, *op. cit.*, p. 7.

[98] IIFFMCG, *op. cit.*, p. 276.

[99] Para profundizar en la cuestión, entre otros, véase: IDI, *op. cit.*, pp. 365-367; ILA, *Use of force, military assistance on request: background…*, *op. cit.*, pp. 6-7; IIFFMCG, *op. cit.*, pp. 276-278; CERVELL

En todo caso, cuando se trate de intervenciones para hacer frente al terrorismo internacional, además de las obligaciones apuntadas, en línea con lo señalado por el Consejo de Seguridad, se debe garantizar el respeto por la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de los Estados[100]. Más concretamente, el Consejo de Seguridad viene reiterando que las medidas adoptadas deben respetar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), el Derecho Internacional Humanitario (DIH) y el derecho internacional de las personas refugiadas[101].

Por consiguiente, en términos generales, la falta de concurrencia de los requisitos para que se dé una solicitud militar válida deviene, *a priori*, en una vulneración del principio de no injerencia en los asuntos internos[102], pudiendo producirse una vulneración de la obligación que prohíbe hacer uso de la fuerza, así como de la soberanía estatal y del principio de integridad territorial. En este sentido, cuando no media consentimiento o se vulneran los límites establecidos en la intervención por invitación y se produce un ataque, nos encontraríamos con una violación del artículo 2.4 de la Carta y, en los supuestos más extremos, con un acto de agresión conforme a la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea General[103].

En este sentido, a diferencia de otras instituciones jurídicas utilizadas para llevar a cabo usos de la fuerza, como puede ser el caso de la instrumentalización del derecho a la legítima defensa para combatir organizaciones terroristas, la práctica estatal en torno a esta prerrogativa soberana destaca por su respeto general del derecho internacional vigente, especialmente de los principios de prohibición de uso de la fuerza y de integridad territorial del

---

HORTAL, María José, *op. cit.*, pp. 7-10; LIEBLICH, Eliav, *op. cit.*, pp. 125-152; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, pp. 276-310; HENDERSON, Christian, *The Use of force..., op. cit.*, pp. 361-371; RUYS, Tom y FERRO, Luca, *op. cit.*, pp. 86-89; BANNELIER-CHRISTAKIS, Karine, "Military Interventions…", *op. cit.*, pp. 745-747, pp. 754-756 y pp. 763-766 y VISSER, Laura, "Intervention by invitation...", *op. cit.*, pp. 296-297.

[100] A diferencia de lo que sostiene el Consejo de Seguridad, la doctrina, al referirse en términos generales a las solicitudes militares, resalta la importancia de respetar los principios de no injerencia en asuntos internos, la libre determinación de los pueblos y de igualdad soberana, así como la protección de los derechos humanos. Las diferencias respecto a los principios que se deben observar de forma preferente se derivan del contexto histórico. La doctrina realiza su aportación observando la práctica realizada en la Guerra Fría, especialmente el uso de este instrumento en guerras *proxy*, mientras que la posición del Consejo de Seguridad está fundamentalmente mediatizada por el caso iraquí y sirio. Véase: IDI, *op. cit.*, párr. 105, p. 407 y párr. 117-118, pp. 411-412 e ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 20. A modo de ejemplo, véase: S/RES/2395(2017), 21 de diciembre de 2017, considerando 10; S/RES/2396(2017), 21 de diciembre de 2017, considerando 6; S/PREST/2018/9, 8 de mayo de 2018, párr. 5 y S/PREST/2021/1, 12 de enero de 2021, párr. 2.

[101] Entre otros, véase: S/RES/2395(2017), 21 de diciembre de 2017, considerando 7; S/RES/2462(2019), 28 de marzo de 2019, considerando 6 y S/PREST/2021/1, 12 de enero de 2021, párr. 7.

[102] IDI, *op. cit.*, párr. 67, p. 392 y HENDERSON, Christian, "The Provision of Arms and 'Non-lethal' Assistance to Government and Opposition Forces", *UNSW Law Journal*, vol. 36, 2013, núm. 2, pp. 642-681, p. 647.

[103] A/RES/3314(XXIX), "Definición de la agresión", 14 de diciembre de 1974, art. 3.e; ILA, *Final Report on Aggression…*, *op. cit.*, p. 20; IDI, *op. cit.*, párr. 119, p. 412; CORTEN, Oliver, *op. cit.*, p. 259; SMITH, Crispin, *op. cit.*; DÍAZ BARRADO, Cástor, *op. cit.*, p. 140 y REMIRO BROTÓNS, Antonio, *op. cit.*, p. 765.

Estado. En todo caso, el uso y ejercicio de esta prerrogativa estatal implican riesgos que deben reseñarse.

De forma general, como toda institución jurídica, puede ser objeto de instrumentalización. Así, es posible que sea utilizada para combatir a grupos opositores internos de carácter armado bajo la acusación de ser terroristas[104]; por ejemplo, diversos actores vinculados con la oposición siria denunciaron en su día que Rusia e Irán, en el marco de su asistencia militar a Siria, también atacaron a grupos armados opositores[105]. Al contrario de lo que sucede con el derecho a la legítima defensa, la solicitud de asistencia militar no cuenta con mecanismos de control o con la obligación de someter estas acciones al sistema de seguridad colectiva. La falta de supervisión, más allá de los posibles instrumentos que establezcan ambas partes o el control informal que puedan realizar otros Estados y Organizaciones internacionales regionales, facilita enormemente que se puedan dar calificaciones erróneas y/o *contra legem* respecto al carácter terrorista de estos grupos y, derivado de esta calificación, violaciones del DIDH y/o del DIH.

Asimismo, el ejercicio de esta institución puede poner en riesgo al Estado asistido. De esta manera, cabe atender a la motivación política del Estado interviniente y las consecuencias jurídicas que se pueden derivar de ello. Es evidente que los Estados intervinientes no prestan asistencia militar por mera solidaridad. Aunque no negamos que los valores puedan formar parte de los motivos accesorios que justifiquen una intervención por invitación, siempre existen razones vinculadas con los intereses del Estado interviniente[106]; por ejemplo, enfrentar amenazas contra la seguridad nacional, proteger a nacionales presentes en el territorio, asegurar determinados intereses estratégicos —energéticos, mineros, hídricos, etc.—, asegurar que el Estado no cae en la órbita de un competidor, aprovechar una situación de debilidad para la proyección del poder militar, probar tácticas y armamento —con las consiguientes ventas que ello acarrea[107]—, lograr ventajas comerciales[108], etc.

Podría afirmarse que, a mayor asistencia militar, mayor es la amenaza sobre el Estado solicitante de la ayuda. Así, a mayor ayuda prestada, mayor es la dependencia del Estado asistido. En el momento en el que la continuidad

---

[104] REDAELLI, Chiara, *op. cit.*, p. 103 y BANNELIER, Karine y CHRISTAKIS, Theodore, "Under the UN…", *op. cit.*, p. 864 y pp. 866-867.

[105] Por ejemplo, véase: S/2017/533, "Carta de Arabia Saudí", 20 de junio de 2017.

[106] SHAYGAN, Farideh, *op. cit.*, p. 771.

[107] Por ejemplo, a raíz de la intervención rusa en Siria, aumentaron sus exportaciones de armas. Véase: LUHN, Alex, "Russia's campaign in Syria leads to arms sale windfall", *The Guardian*, 28 de marzo de 2016, *www.theguardian.com/world/2016/mar/29/russias-campaign-in-syria-leads-to-arms-sale-windfall* y COCCHINI, Andrea, *op. cit.*, p. 171.

[108] En Siria, Irán y Rusia están intentando recuperar parte del gasto realizado en sus intervenciones tratando de lograr contratos para la reconstrucción del país. Véase: HUBBARD, Ben, "Bashar al-Assad Steps In From the Cold, but Syria Is Still Shattered", *The New York Times*, 11 octubre 2021, *www.nytimes.com/2021/10/11/world/middleeast/al-assad-syria.html* y COCCHINI, Andrea, *op. cit.*, p. 171.

de un Gobierno depende del apoyo de un Estado extranjero, existe un riesgo real de que se vulnere el principio de no injerencia y, en el peor de los casos, quede cuestionada la independencia política del Estado[109]. Es por ello por lo que hay quien sostiene que la solicitud de asistencia militar es una fuente potencial de abuso de derechos por parte del Estado interviniente[110].

Por consiguiente, si bien es cierto que hay determinados principios, como la prohibición de uso de la fuerza y la integridad territorial del Estado, que *a priori* quedan salvaguardados, nos podemos encontrar con que el Estado que auxilia demande determinadas condiciones para iniciar o continuar su intervención, así como la firma de acuerdos que pueden constituir una violación de la obligación de no injerencia. Un ejemplo de ello pueden ser los tratados internacionales que firmaron Rusia y Siria en 2017 para ampliar la base naval rusa de Tartús y para permitir el despliegue de un grupo de aviones de la fuerza aérea rusa en una base aérea en un lugar indeterminado de Siria. Cabría preguntarse si estos tratados, con una duración de 49 años, automáticamente prorrogables otros 25[111], son acuerdos efectivamente válidos o, por el contrario, son tratados nulos al existir un vicio en el consentimiento derivado de una situación calificable como de coacción. Aunque partamos de una concepción manifiestamente expansiva, no podemos dejar de apuntar que el Estado que depende de otro para garantizar su continuidad está comprometido para alcanzar libremente determinados acuerdos. En este sentido, resulta evidente que, dada la situación en el país, al Gobierno sirio, independientemente de su voluntad, no le quedaba otra opción que no fuera suscribir dichos tratados[112].

Los riesgos derivados de una solicitud de asistencia militar no quedan ahí, ya que es posible que la injerencia vaya más allá, afectando a la independencia política del Estado. Cabría plantear si un ejemplo de ello no fueron los prolegómenos de la asistencia estadounidense a Iraq en 2014 para asistirle en su lucha contra el *Dáesh*. Como es sabido, meses antes de la creación de la Coalición Global contra el *Dáesh* y del inicio de los bombardeos en Iraq, el Gobierno iraquí de entonces, encabezado por el primer ministro Al Maliki, solicitó a algu-

---

[109] Ejemplos de ello pueden ser los análisis que plantean que Rusia, de haber querido, podría haber evitado la reelección de Bashar al-Ásad o el respaldo sirio a la agresión rusa de Ucrania de 2022, plasmado en el voto en contra de la resolución de la Asamblea General sobre la agresión contra Ucrania. Véase: DW, *Syria's sham election guarantees 1 thing-Bashar Assad will win*, 25 mayo 2021, *www.dw.com/en/syrias-sham-election-guarantees-1-thing-bashar-assad-will-win/a-57657900* y COCCHINI, Andrea, *op. cit.*, pp. 172-173.

[110] HADZI-VIDANOVIC, Vidan, "France Intervenes in Mali Invoking both SC Resolution 2085 and the Invitation of the Malian Government-Redundancy or Legal Necessity?", *EJIL:Talk!*, 23 de enero de 2013, *www.ejiltalk.org/france-intervenes-in-mali-invoking-both-sc-resolution-2085-and-the-invitation-of-the-malian-government-redundancy-or-legal-necessity* y SHAYGAN, Farideh, *op. cit.*, p. 771.

[111] Art. 25.1 del Acuerdo sobre la ampliación del puerto de Tartús y la entrada de buques de guerra rusos en Siria, y art. 12 del Acuerdo sobre el estacionamiento de un Grupo de aviación ruso en territorio sirio. Referencia completa en la nota al pie 35.

[112] Art. 51 de la Convención de Viena de derecho de tratados, 23 de mayo de 1969 y CDI Proyecto de Artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos (2001), (AG CN.4/SER.A/2001/Add.1 (Part2)), comentarios 5 y 6 al art. 20.

nos Estados asistencia militar para combatir al *Dáesh*. Estados Unidos, si bien aceptó asistir al Gobierno, limitó su apoyo a la provisión de armas, labores de inteligencia y entrenamiento de las fuerzas iraquíes y kurdas. Así, condicionó la realización de ataques aéreos a la formación de un Gobierno iraquí representativo, dado que entendía que la razón del estado del país eran las políticas sectarias de Al Maliki. Si bien este se negó en un principio, en agosto cedió y se conformó un nuevo Gobierno con el primer ministro Al Abadi al frente. Por consiguiente, si el cambio de Gobierno fue un verdadero condicionante para el inicio de una asistencia más decidida, es razonable cuestionar hasta qué punto quedó comprometida la independencia política del Estado[113].

Frente a estos riesgos, es posible establecer mecanismos para limitar, cuando no impedir, las vulneraciones a las que nos acabamos de referir. Siendo maximalistas lo más recomendable sería que los Estados establecieran una práctica similar a la prevista en el artículo 51 de la Carta, comunicando al Consejo de Seguridad sus asistencias militares[114]. La comunicación serviría para que los Estados y el propio Consejo de Seguridad supieran de la existencia de la operación, asegurando que no se ha producido una intervención armada ilícita, pero sobre todo para que pudiera conocer de la cuestión. De esta manera, podría ejercer su responsabilidad primordial, asegurando que no se ataca a grupos armados internos, estableciendo salvaguardas para que el Estado interviniente no interfiera en los asuntos internos del Estado asistido y, en última instancia, para garantizar la independencia política del Estado en cuestión. En esencia, su supervisión podría matizar o corregir la situación de desigualdad que se produce cuando la continuidad de un Gobierno o Estado depende de un actor externo. No obstante, el bloqueo y la creciente irrelevancia del Consejo de Seguridad apunta a que es altamente improbable que se desarrolle una práctica en este sentido.

Por tanto, una vía de actuación más viable sería la generalización de estas operaciones por medio de mecanismos de cooperación regional o directamente a través de Organizaciones internacionales de carácter regional, como comienza a ser frecuente en África. La puesta en marcha de esta clase de operaciones a través de estas vías permite que los intereses de cada Estado se difuminen en favor de los del colectivo, evitando condicionamientos que puedan comprometer al propio Estado. Además, en el caso de las Organizaciones internacionales regionales es posible que se lleve a cabo un control del desarrollo de la operación por parte de funcionarios que representen al conjunto de la organización e incluso, cuando existan mecanismos de control

[113] S/2014/440, "Carta de Iraq", 25 de junio de 2014, p. 3 y ESTADOS UNIDOS, *Statement by the President on ISIL*, 10 de septiembre de 2014, *www.obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2014/09/10/statement-president-isil-1*.

[114] De hecho, en algunas ocasiones los Estados informan al Consejo de Seguridad de sus asistencias militares. Por ejemplo, véase: S/2013/17, "Carta de Francia", 11 de enero de 2013; S/2015/789–A/70/429, "Carta de Siria", 14 de octubre de 2015 y S/2015/792, "Carta de Rusia", 15 de octubre de 2015.

judicial, estos puedan llegar a ser activados. De esta manera, podría garantizarse el respeto del DIDH y del DIH en lo que respecta a la calificación de los actores como grupos terroristas y, en general, sobre las operaciones militares llevadas a cabo.

En los casos en los que no sea posible la acción a través de mecanismos institucionalizados es preferible tratar de lograr la asistencia del mayor y más diverso número de actores posible. Si el Estado que requiere la asistencia logra la concurrencia de un número reseñable de Estados con intereses diversos, puede ganar capacidad política para que su independencia no quede totalmente comprometida. De todos modos, no cabe duda de que cuando la permanencia en el poder de un Gobierno o, como hemos visto en los casos de Malí, Iraq o Siria, la continuidad del propio Estado depende de un actor extranjero, la soberanía del país siempre va a quedar comprometida.

6. CONCLUSIONES

La intervención por invitación o solicitud de asistencia militar es una prerrogativa soberana fundamentada en el consentimiento válido otorgado por un Gobierno a una Organización internacional o Estado para intervenir militarmente en su territorio con el fin de enfrentar amenazas internas que no es capaz de afrontar por sí mismo. Aunque se trata de una institución de larga *data* que cuenta con una práctica consistente, los Estados, cada vez con más frecuencia, están haciendo uso de ella para acabar con amenazas terroristas significativas, ya sea por medio de misiones técnicas, de entrenamiento e, incluso, con el despliegue de tropas militares del Estado asistente.

El elemento central de las asistencias militares es el consentimiento que presta el Gobierno del Estado que solicita auxilio. Como se ha apuntado, siempre debe ser otorgado de forma clara, libre, concreta y previa por una autoridad con capacidad de comprometer al Estado. Este consentimiento, revocable en cualquier momento, puede adoptar diversas formas. Atendiendo a la práctica expuesta, los tipos de tratados internacionales de asistencia militar más habituales son los acuerdos internacionales para realizar operaciones militares en otro Estado, los tratados de estacionamiento de tropas, las cláusulas de tratados de Organizaciones internacionales regionales o sectoriales que prevén la intervención de otros Estados miembros y los acuerdos de persecución en caliente.

En lo que respecta al actor legitimado para consentir la intervención por invitación, el criterio del control efectivo sigue primando respecto a otras consideraciones de carácter democrático o de respeto de los derechos humanos. Si bien está más que establecido que debe ser el Gobierno estatal el que la acuerde, la práctica evidencia que en muchos casos las solicitudes se producen en contextos en los que carece del control efectivo de su territorio.

No obstante, los Estados y Organizaciones internacionales mantienen una posición flexible, llegando incluso a considerar lícitas las solicitudes de Gobiernos que han perdido el control efectivo de la mayor parte de su territorio. Esta flexibilidad aumenta en el caso de la lucha contra el terrorismo por la propia percepción de la amenaza que se tiene de la misma. En relación con esto, las solicitudes de asistencia militar de actores no estatales no son acordes al derecho internacional y no producen efectos jurídicos.

En todo caso, las asistencias militares, además de circunscribirse a los límites establecidos en el propio acuerdo de intervención, deben respetar las obligaciones derivadas de normas *ius cogens*, dada su afección a la integridad territorial y la independencia política del Estado, las asumidas voluntariamente en tratados internacionales multilaterales y bilaterales con el Estado asistido y su propio derecho interno. En este sentido, en la medida en la que suele tratarse de un acuerdo bilateral libre de controles externos, es una prerrogativa soberana que puede instrumentalizarse con más facilidad. Asimismo, también existen riesgos asociados a la relación de desigualdad material que existe entre el Estado interviniente y el Estado asistido. Desde el momento en el que la continuidad de un Gobierno o un Estado depende de la acción de un tercero, esto es, un Estado poderoso con la capacidad de desplegar operaciones militares en el extranjero, el riesgo de injerencias en sus asuntos internos aumenta. En el peor de los casos, podríamos encontrarnos con situaciones en las que la independencia política y soberanía del Estado asistido quedan comprometidas. De esta manera, una posible vía para atenuar estos riesgos es que estas intervenciones se realicen a través de Organizaciones internacionales y, cuando esto no sea posible, mediante un grupo de Estados.

Por consiguiente, aunque esta institución y su ejercicio suelen ser respetuosos con los principios relativos a la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza e integridad territorial, hay otros como la injerencia en asuntos internos, la independencia política o la soberanía del Estado que pueden ser socavados. En cualquier caso, la práctica general sobre la misma ha evidenciado, *prima facie*, que la institución respeta los fundamentos del ordenamiento jurídico y el derecho internacional general.

En suma, atendiendo a lo expuesto en las páginas precedentes, es factible caracterizar lo que sería una asistencia militar típica. Las intervenciones por invitación suelen comenzar con una solicitud de ayuda del Gobierno central del Estado afectado, expresada a través de un documento diplomático de la persona que ostenta la jefatura del Estado o la presidencia del Gobierno a otro Estado concreto u Organización internacional de la que forma parte. Cada vez es más frecuente que la solicitud se haga de forma pública a través de los medios de comunicación y se remita al Consejo de Seguridad de NNUU.

Si existe un Estado interesado en intervenir, extremo que no siempre ocurre, la llamada de auxilio conduce a una negociación de los pormenores de la

intervención que concluye con unos acuerdos plasmados en un tratado internacional, con diversas formas, en el que se recoge el consentimiento público, concreto, expreso y libre del Estado en el que tiene lugar la intervención. En el acuerdo *ad hoc*, que suele darse incluso en los casos en los que existen tratados internacionales de cooperación militar general, además del título jurídico de intervención se recogen los objetivos de la operación, los límites competenciales, geográficos y temporales de las tropas extranjeras invitadas, así como su *status* jurídico. Una vez que el acuerdo de asistencia militar entra en vigor, se produce la intervención militar, siendo su desarrollo absolutamente diverso y, por tanto, fundamentalmente casuístico.

En todo caso, el fin de las asistencias militares acaece cuando se alcanzan los objetivos propuestos, el acuerdo de intervención pierde su vigencia y no se logra renegociar uno nuevo, el Estado interviniente decide retirarse del país o el Estado en el que se interviene revoca su consentimiento. Independientemente del escenario, suelen tener lugar negociaciones con el fin de garantizar un correcto traspaso de tareas a las fuerzas militares nacionales, que no siempre es exitoso.

En suma, a pesar del auge de esta prerrogativa estatal, especialmente en el contexto antiterrorista, no existe una regulación convencional que recoja los requisitos para su realización, su alcance y límites. En este sentido, entendemos que sería profundamente beneficioso para el orden internacional y el reforzamiento de algunos principios estructurales como la prohibición de amenaza o uso de la fuerza, la integridad territorial y la soberanía de los Estados, la elaboración de un código de conducta, decálogo o declaración de principios[115] en el que los Estados puedan plasmar el desarrollo de las últimas décadas, aunque fuera únicamente para las operaciones que tengan un fin antiterrorista. Así pues, en la misma línea que la reunión del Consejo de Seguridad, realizada bajo la fórmula Arria, del 24 de febrero de 2021, destinada a debatir sobre la legítima defensa contra actores no estatales y cuestiones relativas a la comunicación de las alegaciones del artículo 51[116], un paso en el sentido que apuntamos podría ser la celebración de una reunión de similares características en la que los Estados puedan formular sus consideraciones sobre la intervención por invitación o solicitud de asistencia militar, ya sea sobre su base jurídica, los requisitos exigidos para emitir un consentimiento válido, los límites jurídicos que encuentra o qué normas deben observarse en el desarrollo de la asistencia militar.

---

[115] Atendiendo a la preferencia actual por el soft law, un texto de estas características es más probable que un tratado internacional clásico. Sobre esta cuestión en la lucha antiterrorista, véase: NÍ AOLÁIN, Fionnuala, "'Soft Law', Informal Lawmaking and 'New Institutions' in the Global Counter-Terrorism Architecture", *European Journal of International Law*, vol. 32, 2021, núm. 3, pp. 919-942.

[116] S/2021/247, "Carta de México", 8 marzo 2021 y MODIRZADEH, Naz Khatoon y ARROCHA OLABUENAGA, Pablo Adrían, "A conversation between Pablo Arrocha Olabuenaga and Naz Khatoon Modirzadeh on the origins, objectives, and context of the 24 February 2021 'Arria-formula' meeting convened by Mexico", *Journal on the Use of Force and International Law*, vol. 8, núm. 2, 2021, pp. 291-342.

DIPLOMACIA PARLAMENTARIA, POLÍTICA EXTERIOR POPULISTA Y DERECHOS HUMANOS: LA REACCIÓN DEL PRESIDENTE LÓPEZ OBRADOR A LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE 2022

PARLIAMENTARY DIPLOMACY, POPULIST FOREIGN POLICY AND HUMAN RIGHTS: PRESIDENT LÓPEZ OBRADOR'S REACTION TO THE 2022 RESOLUTION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT

Mónica Velasco-Pufleau[*]
Stelios Stavridis[**]

Resumen: En marzo de 2022, el Parlamento Europeo condenó la seria situación de los periodistas y las personas defensoras de derechos humanos en México, a través de una resolución plenaria adoptada por 607 votos a favor, 2 en contra y 73 abstenciones. La reacción del presidente Andrés Manuel López Obrador sorprendió por su hostilidad tanto en su forma como en su contenido. Por consiguiente, el presidente se distanció de la manera habitual en que las resoluciones del Parlamento Europeo habían sido recibidas por México desde la entrada en vigor en el año 2000 del acuerdo internacional que rige las relaciones con la Unión Europea. Este artículo busca explicar esta reacción mediante un análisis empírico de carácter cualitativo, que vincula de forma pionera dos dimensiones importantes de las Relaciones Internacionales. Estas dimensiones se refieren, por un lado, a la literatura sobre populismo y política exterior y, por otro, a la literatura sobre diplomacia parlamentaria. Además de aportar interesantes conclusiones en ambas dimensiones, el artículo busca incentivar un estudio más amplio y profundo de la relación entre populismo y diplomacia parlamentaria. Hasta ahora, esta relación permanece largamente inexplorada.

Abstract: In March 2022, the European Parliament condemned the serious situation of journalists and human rights defenders in Mexico through a plenary resolution adopted by 607 votes in favor, 2 against and 73 abstentions. President Andrés Manuel López Obrador´s reaction was surprisingly hostile, both in form and content. In so doing, the President distanced himself from the usual way in which the resolutions of the European Parliament had been received by Mexico since the entry into force in 2000 of the international agreement that governs relations with the European Union. This article seeks to explain this reaction, through a comprehensive qualitative empirical analysis that innovatively links two dimensions of International Relations. These dimensions refer, on the one hand, to the literature on populism and foreign policy and, on the other, to the literature on parliamentary diplomacy. Besides providing interesting insights regarding both dimensions, the article seeks to encourage a broader and deeper study of the relationship between populism and parliamentary diplomacy. Until now, this relationship remains largely unexplored.

[*] Directora de la Cátedra sobre Relaciones Unión Europea-América Latina y el Caribe del European Institute of International Studies (Suecia) (monica.velasco-pufleau@ieeiweb.eu).

[**] Investigador senior en la Fundación Agencia Aragonesa para la Investigación y el Desarrollo (ARAID)/Universidad de Zaragoza (España) (dr.stelios.stavridis@gmail.com). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 16 de marzo de 2024.

DOI: 10.36151/REDI.76.1.8

Palabras clave: Relaciones Unión Europea-México. Parlamento Europeo. Andrés Manuel López Obrador. Diplomacia Parlamentaria. Política Exterior Populista. Libertad de Prensa. Personas Defensoras de Derechos Humanos.

Keywords: European Union-Mexico Relations. European Parliament. Andrés Manuel López Obrador. Parliamentary Diplomacy. Populist Foreign Policy. Press Freedom. Human Rights Defenders.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTEXTO INTERNO DE DERECHOS HUMANOS Y LAS RELACIONES UNIÓN EUROPEA-MÉXICO. 2.1. La situación de los periodistas y las personas defensoras de derechos humanos en México. 2.2. Las buenas relaciones entre la Unión Europea y México en el ámbito de los derechos humanos. 3. LA RESOLUCIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO DE MARZO DE 2022 Y LA REACCIÓN DEL PRESIDENTE LÓPEZ OBRADOR. 3.1. Proceso de negociación, adopción y contenido de la resolución parlamentaria europea. 3.2. La reacción del presidente López Obrador a la resolución del Parlamento Europeo. 4. RESPUESTAS A LA REACCIÓN DEL PRESIDENTE LÓPEZ OBRADOR EN MÉXICO Y EL PARLAMENTO EUROPEO: DE LA POLARIZACIÓN A LA CRÍTICA EUROPEA. 4.1. Polarización en la arena política mexicana. 4.2. Respuesta de los eurodiputados al comunicado del presidente López Obrador. 5. LA 4T COMO EXPLICACIÓN A LA REACCIÓN DE AMLO. 6. CONCLUSIONES. 7. ANEXO.

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha consolidado una literatura sobre diplomacia parlamentaria y, en particular, sobre el papel de los parlamentos y sus integrantes como actores morales en las relaciones internacionales, que se relaciona con cuestiones normativas como los derechos humanos (DDHH), la democracia y el Estado de derecho[1]. En este contexto, se ha dado especial atención al Parlamento Europeo (PE)[2], a quién la literatura ha reconocido un papel de tribuna moral tanto en relación con lo que respecta a las relaciones de la Unión Europea (UE) con México[3], como con otros países latinoamericanos y de otras regiones en el mundo[4].

---

[1] Sobre una visión general, ver STAVRIDIS, Stelios, "La diplomacia parlamentaria: el papel de los parlamentos en el mundo", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, núm. 1, 2019, pp. 187-206.

[2] FELIU, Laura y SERRA, Francesc, "The European Union as a "normative power" and the normative voice of the European Parliament", en STAVRIDIS, Stelios e IRRERA, Daniela (eds.). *The European Parliament and Its International Relations*, Routledge, Abingdon/Nueva York, 2015, pp. 17-34; IMMENKAMP, Beatrix y BENTZEN, Naja, "Parliamentary Diplomacy: Democracy Support at the European Parliament", en COSTA, Olivier (ed.), *The European Parliament in Times of EU Crisis*, Palgrave Macmillan, 2019, pp. 413-437.

[3] VELASCO-PUFLEAU, Mónica, "The Impact of Parliamentary Diplomacy, Civil Society and Human Rights Advocacy on EU Strategic Partners: The Case of Mexico", en STAVRIDIS, Stelios y JANČIĆ, Davor (eds.), *Parliamentary Diplomacy in European and Global Governance*, Brill, Leiden, 2017, pp. 134-155; VELASCO-PUFLEAU, Mónica, "The Ayotzinapa case (Mexico) and the role of the European Parliament as a moral tribune to promote human rights worldwide", *The International Journal of Human Rights*, 2024, DOI: 10.1080/13642987.2023.2297314.

[4] Ver, por ejemplo, DRI, Clarissa, "The European Parliament and Regional Cooperation. The Case of Latin America", en STAVRIDIS, Stelios e IRRERA, Daniela (eds.), *op. cit.*, pp. 161-177; GLAHN, Cosima, "The European Parliament as a ´normative actor´ in inter-parliamentary cooperation?", en RAUBE, Kolja et al. (eds.), *Parliamentary Cooperation and Diplomacy in EU External Relations: An*

En lo que se refiere al caso mexicano, tanto el Gobierno Federal como el Congreso de la Unión han reaccionado generalmente de manera positiva al papel del PE como actor moral internacional desde la entrada en vigor del Acuerdo Global (AG), que rige las relaciones entre la UE y México desde el año 2000[5]. De acuerdo con el Artículo 1 de este Acuerdo, que contiene lo que comúnmente se conoce como una "cláusula de DDHH", estas relaciones se fundamentan en el respeto a los principios democráticos y los DDHH que inspiran tanto las políticas internas como internacionales de las partes[6]. Un ejemplo se encuentra en la respuesta mexicana a la actuación del PE en favor de las víctimas del Caso Ayotzinapa[7], que se refiere a la desaparición forzada de 43 estudiantes de la Escuela Normal Rural Raúl Isidro Burgos durante una serie de ataques ocurridos en la ciudad de Iguala de la Independencia (Estado de Guerrero, México) y sus alrededores el 26 y 27 de septiembre de 2014. Como consecuencia de los ataques, seis civiles fueron también asesinados y decenas resultados heridos[8]. En esa ocasión, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) no sólo acogió positivamente la resolución del PE adoptada sobre el caso, sino que envió a Europa representantes mexicanos "[…] a fin de rendir cuentas de los (sic) acontecido ante socios importantes como la Unión Europea y profundizar los lazos de diálogo y cooperación"[9]. Más recientemente, la apertura mexicana a la labor parlamentaria europea ha sido también observable, por ejemplo, durante los primeros años de la administración del presidente de México Andrés Manuel López Obrador (2018-2024) (también conocido como AMLO), cuando la Resolución del PE sobre la situación en la frontera entre México y los Estados Unidos de julio de 2019 fue también bien recibida por la SRE[10].

Sin embargo, contrariamente a las habituales respuestas positivas por parte de México a la actuación del PE, el presidente López Obrador reaccionó rechazando públicamente la última resolución de esta institución sobre México, relacionada con la situación de los periodistas y las personas defensoras

---

Essential Companion, Edward Elgar, Cheltenham, 2019, pp. 269-288; LAMOSO GONZÁLEZ, Paula y STAVRIDIS, Stelios, "El Parlamento Europeo como tribuna moral internacional: el caso de Venezuela", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 131, 2022, pp. 185-210.

[5] Acuerdo de Asociación Económica, Concertación Política y Cooperación entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y los Estados Unidos Mexicanos, por otra. Diario Oficial (DO) L 276, 28 de octubre de 2000, pp. 45 y siguientes.

[6] Sobre la cláusula de DDHH en general, ver BARTELS, Lorand, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

[7] VELASCO-PUFLEAU, Mónica, "The Ayotzinapa case (Mexico)…, *op. cit.*

[8] Sobre el Caso Ayotzinapa, ver los informes del Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes, creado bajo los auspicios de la Comisión Interamericana de DDHH, disponibles en: https://centroprodh.org.mx/GIEI/.

[9] SRE, *El subsecretario Juan Manuel Gómez Robledo realizó visita de trabajo a la Unión Europea*, 8 de diciembre de 2014, https://embamex.sre.gob.mx/belgica/images/stories/2013/Comunicados/co12.pdf.

[10] *Posición del Gobierno de México ante la resolución sobre la frontera México-Estado Unidos adoptada por el Parlamento Europeo*, 19 de julio de 2019, https://www.gob.mx/sre/prensa/posicion-del-gobierno-de-mexico-ante-la-resolucion-sobre-la-frontera-mexico-estados-unidos-adoptada-por-el-parlamento-europeo.

de DDHH[11]. La resolución fue adoptada el 10 de marzo de 2022 por una mayoría significativa de los miembros del PE (ver apartado 3.1.). La reacción del presidente de México llama todavía más la atención, considerando que, como ya se señaló, las relaciones entre México y la UE se regulan dentro un marco jurídico basado en una cláusula de DDHH y que existe una amplia cooperación y diálogo político en la materia entre las partes desde la entrada en vigor del AG, que se ha extendido también a su administración (ver apartado 3.2.).

Este artículo busca explicar la reacción crítica del presidente AMLO a dicha resolución del PE de 2022, así como sus consecuencias a nivel interno y externo. Para ello, la contribución se basa en la disciplina académica de las Relaciones Internacionales, particularmente en el análisis de política exterior que enfatiza el rol de las fuentes políticas domésticas de un país para explicar fenómenos políticos contemporáneos[12]. Más precisamente, el artículo combina de manera original dos dimensiones importantes de las Relaciones Internacionales. Dichas dimensiones se refieren, por un lado, a la literatura sobre populismo y política exterior y[13], por otro lado, a la ya mencionada literatura sobre diplomacia parlamentaria.

En este sentido, cabe decir que la literatura sobre populismo y política exterior tiene importantes antecedentes en el estudio del populismo dentro de la disciplina de la Ciencia Política, especialmente en los países latinoamericanos[14]. Esto incluye la historia de México durante el siglo XX, que se afirma estuvo marcada profundamente por experiencias populistas a las que se les atribuye un rol central en la configuración del sistema político mexicano[15]. En el caso de AMLO, son varios los estudios que lo han reconocido como un líder populista[16]. El estudio del populismo se ha extendido a otras regiones como Europa, donde también se han documentado varios ejemplos relacionados con política exterior. Se puede mencionar el caso del primer ministro

---

[11] *Resolución del PE, de 10 de marzo de 2022, sobre la situación de los periodistas y los defensores de los derechos humanos en México*, DO C 347, 9 de septiembre de 2022, pp. 187-190.

[12] Por ejemplo, ALDEN, Chris y ARRAN, Amnon, *Foreign Policy Analysis: New Approaches,* Routledge, London, 2016, 2a ed.; OSTERMANN, Falk y MELLO, Patrick A., "Methods of Foreign Policy Analysis: Charting Ground, Engaging Traditions, and Opening Up Boundaries", en MELLO, Patrick A. y OSTERMANN, Falk (eds.), *Routledge Handbook of Foreign Policy Analysis Methods*, Routledge, Abingdon, 2023, pp. 3-18.

[13] Por ejemplo, DESTRADI, Sandra y PLAGEMANN, Johannes, "Populism and International Relations: (Un)predictability, personalisation, and the reinforcement of existing trends in world politics", *Review of International Studies,* vol. 45, núm. 5, 2019, pp. 711-730; GRATIUS, Susanne y RIVERO, Ángel (coord.), *Populismo y Política Exterior en Europa y América Latina*, Tecnos, Madrid, 2021.

[14] Ver, por ejemplo, WAJNER, Daniel F., "Exploring the foreign policies of populist governments: (Latin) America First", *Journal of International Relations and Development*, vol. 24, 2021, pp. 651-680.

[15] ÁLVAREZ VON GUSTEDT, Anuschka, "La irrupción del discurso populista en la relación bilateral entre México y Estados Unidos", en GRATIUS, Susanne y RIVERO, Ángel (coords.), *op. cit.,* pp. 280-306.

[16] Ver, entre otros, *Ibidem*; OLVERA, Alberto J., "De la elección plebiscitaria al populismo nostálgico: López Obrador y la 'Cuarta Transformación' en México", en MURAKAMI, Yusuke y PERUZZOTTI, Enrique (coords.), *América Latina en la encrucijada: coyunturas cíclicas y cambios políticos*, Universidad Veracruzana, 2021, pp. 315-347.

griego Andréas Papandréou en los años ochenta, que ha recibido una atención notoria, entre muchos otros más recientes[17].

De esta manera, el artículo añade un caso empírico sobre política exterior populista a la literatura en esta materia. Si bien su principal originalidad proviene de vincular dicha dimensión con la diplomacia parlamentaria del PE, al tratarse de un caso de estudio relativo al rechazo y a la instrumentalización de pronunciamientos de un ente parlamentario extranjero sobre la situación interna de derechos humanos. Diplomacia parlamentaria es entendida aquí *lato sensu*. Es decir que el término abarca tanto actividades vinculadas con las relaciones internacionales del PE como con su actividad dentro de la UE sobre acción exterior, incluidas las resoluciones plenarias mencionadas[18]. El artículo argumenta que el rechazo y la instrumentalización de la diplomacia parlamentaria del PE se debió a factores domésticos vinculados al proyecto de Nación de AMLO, conocido como la "Cuarta Transformación" o "4T"[19]. En este contexto AMLO recurrió al uso de un discurso marcado sobre todo por elementos antielitistas y defensivos de la soberanía nacional y la no injerencia en asuntos internos, así como al ejercicio de un liderazgo personalista y al uso de la polarización. Como consecuencia, se minimizó el foco principal de la resolución, que condenaba la grave situación de los periodistas y las personas de derechos humanos en México.

La investigación es de carácter cualitativo y se basa principalmente en fuentes de primera mano, dada la falta de investigación sobre el caso de estudio. Un documento toral del análisis es el "Comunicado del gobierno de la República al Parlamento Europeo", redactado por AMLO y sus colaboradores en respuesta a la resolución del PE (ver Anexo). El contenido de este comunicado se examina con detenimiento como parte de la retórica populista utilizada por el presidente mexicano de forma habitual. Además de este y otros documentos del Gobierno de México, las fuentes consultadas incluyen también documentos de las instituciones europeas, especialmente del PE, emitidos fundamentalmente a partir de la entrada en vigor del AG. Asimismo, se han llevado a cabo tres entrevistas a profundidad con miembros del PE y consejeros de dos de sus principales grupos políticos entre los meses de junio y julio de 2022 de manera presencial o por videoconferencia[20]. Estas personas

[17] Ver, por ejemplo, DESTRADI, Sandra et al., "Populism and foreign policy: a research agenda (Introduction)", *Comparative European Politics,* vol. 19, 2021, pp. 663-682; CHRYSSOGELOS, Angelos, "The dog that barked but did not bite: Greek foreign policy under the populist coalition of SYRIZA-Independent Greeks, 2015-2019", *Comparative European Politics,* vol. 19, 2021, pp. 722-738; WAJNER, Daniel F., "Legitimando al Populismo: Análisis de las Estrategias de Legitimación Internacional de Liderazgos Populistas Contemporáneos en Europa", *Política. Revista de Ciencia Política*, vol. 60, núm. 2, 2022, pp. 55-83.

[18] JANČIĆ, Davor, "World Diplomacy of the European Parliament", en STAVRIDIS, Stelios y JANČIĆ, Davor (eds.), *op. cit.*, pp. 19-40.

[19] Sobre la 4T en palabras del propio AMLO, ver LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel, *2018 La Salida: Decadencia y renacimiento de México*, Editorial Planeta Mexicana, Ciudad de México, 2017.

[20] Las entrevistas tienen carácter anónimo por solicitud expresa de las personas entrevistadas.

han sido escogidas por tener experiencia directa en el proceso de negociación y aprobación de las resoluciones del PE. Dos de ellas, participaron incluso de manera personal en el proceso relacionado con la resolución del PE materia de análisis de este artículo. Finalmente, para completar el análisis, se han utilizado noticias de periódicos y documentos de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de DDHH, así como publicados en las redes sociales (como Twitter —actualmente X— y Facebook) por actores relevantes para el caso de estudio. Entre ellos, destacan los miembros del partido político de AMLO: Movimiento Regeneración Nacional (MORENA) y de la oposición, así como diputados del PE.

El artículo se divide en seis partes. Después de esta introducción, la sección segunda aborda la situación de vulnerabilidad de los periodistas y las personas defensoras en México, así como las relaciones en materia de DDHH que existen entre la UE y México en el marco del AG. La sección tercera examina con profundidad tanto la resolución del PE de 2022 como la reacción de AMLO a la misma. La sección cuarta analiza las respuestas a la reacción de AMLO en México y en el PE, con particular atención a la polarización en la arena política mexicana. La sección quinta explica los factores que motivaron la reacción de AMLO, resaltando a la 4T como pilar de esta motivación. Finalmente, las conclusiones se presentan en la sección sexta.

2. EL CONTEXTO INTERNO DE DDHH Y LAS RELACIONES UE-MÉXICO

2.1. La situación de los periodistas y las personas defensoras de DDHH en México

Más que analizar a profundidad la compleja situación de DDHH en México, sobre la cual se han escrito varias contribuciones importantes[21], este apartado se focaliza en mostrar que la violencia extrema contra los periodistas y las personas defensoras de los DDHH en México es real, en base a datos de organizaciones (inter)gubernamentales y no gubernamentales nacionales e internacionales. Esta violencia no es nueva en la historia moderna de México. Sin embargo, desde el 2006 se registró un incremento considerable en el marco de la "Guerra contra las Drogas" iniciada por el presidente Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012)[22]. Una tendencia que ha continuado desde entonces. Sólo entre 2000 y 2023, la organización internacional independiente Artículo 19 estima que 163 periodistas han sido asesinados en posible relación con su labor profesional[23]. En cuanto a las personas defensoras, la Comisión Na-

[21] Ver, por ejemplo, ANAYA-MUÑOZ, Alejandro y FREY, Barbara (eds.), *Mexico's human rigths crisis*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2019.

[22] JOLOY, Daniel, "Mexico's National Protection Mechanism for Human Rights Defenders: Challenges and Good Practices", *Journal of Human Rights Practice*, vol. 5, núm. 3, 2013, p. 490.

[23] ARTÍCULO 19 OFICINA PARA MÉXICO Y CENTROAMÉRICA, *Periodistas asesinadxs en México en posible relación con su labor periodística (2000-2023)*, https://articulo19.org/periodistasasesinados/#.

cional de DDHH de México ha registrado 40 homicidios entre 2006 y 2018[24]. Este número de casos se incrementa a más de 60[25], en base a datos de organizaciones de la sociedad civil[26].

La misma UE ha condenado públicamente varios de estos asesinatos mediante declaraciones emitidas tanto a nivel europeo como a través de su delegación en México. Entre ellas, se pueden mencionar la Declaración de la Presidencia en nombre de la UE con motivo del asesinato de la defensora de DDHH Digna Ochoa y Plácido de 29 de octubre de 2001[27], la Declaración de la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad sobre el asesinato de periodistas en México de 16 de mayo de 2017[28] o las numerosas declaraciones locales de la Delegación de la UE en México, emitidas en conformidad con los Jefes de Misión de las Embajadas de los Estados Miembros de la UE y otros países europeos[29].

Pese a los varios esfuerzos del Gobierno Mexicano para atender la situación a través de los años[30], la violencia extrema contra los periodistas y las personas defensoras no ha cesado. De acuerdo con Reporteros Sin Fronteras, México es uno de los países más peligrosos y mortíferos del mundo para ejercer el periodismo, situándose en la posición 174 del indicador de Seguridad para periodistas, sobre 180 países analizados en la Clasificación Mundial de la Libertad de Prensa de esta organización para 2023[31]. 2022 fue un año particularmente letal para el gremio, convirtiéndolo en "el año más mortífero jamás vivido por la profesión en el país"[32]. Es importante señalar que el posicionamiento global de México en dicha clasificación, considerando todos

---

[24] COMISIÓN NACIONAL DE DDHH, *Periodistas y personas defensoras civiles: Análisis Situacional de los Derechos Humanos de Periodistas y Personas Defensoras*, s.f., http://informe.cndh.org.mx/menu.aspx?id=40063.

[25] Casos registrados sólo durante el periodo 2006-2010.

[26] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas*, 31 de diciembre de 2011, p. 13, https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf.

[27] PRESIDENCIA BELGA DE LA UE, *Declaración de la Presidencia en nombre de la Unión Europea, con motivo del asesinato de doña Digna Ochoa y Plácido*, 29 de octubre de 2001, núm. P/01/170, 13298/01, presse 395.

[28] EUROPEAN UNION EXTERNAL ACTION SERVICE, *Declaración de la Portavoz de la Alta Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, sobre el asesinato de periodistas en México*, 16 de mayo de 2017, https://www.eeas.europa.eu/node/26253_es.

[29] Ver, entre otros, DELEGACIÓN DE LA UE EN MÉXICO, *Declaración local de la Unión Europea, Noruega y Suiza, sobre los asesinatos de los periodistas Juan Arjón López y Fredid Román Román*, 24 de agosto de 2022, https://www.eeas.europa.eu/delegations/méxico/declaración-local-de-la-unión-europea-noruega-y-suiza-sobre-los-asesinatos-de-2_es?s=248.

[30] JOLOY, Daniel, *op. cit.*; DELEGATION OF THE EUROPEAN UNION IN MEXICO, *Local declaration by the European Union on the adoption of the Law for the Protection of Human Rights Defenders and Journalists*, 7 de mayo de 2012.

[31] REPORTEROS SIN FRONTERAS, *América: México,* 2023, https://rsf.org/es/pais/mexico.

[32] REPORTEROS SIN FRONTERAS, *2022 es ya el año más mortífero para los periodistas en la historia de México*, 2022, https://rsf.org/es/2022-es-ya-el-año-más-mortífero-para-los-periodistas-en-la-historia-de-méxico. Ver, también, INTERNATIONAL PRESS INSTITUTE, *Journalist Fredid Román shot dead in Mexico*, 2022, https://ipi.media/journalist-fredid-roman-shot-dead-in-mexico/.

los indicadores[33], es de 128/180. En otras palabras, el país pierde más de 45 puestos como resultado de la situación de inseguridad de los periodistas, acabando en los últimos lugares en este sórdido indicador.

Igualmente, la situación de las personas defensoras de los DDHH es sumamente grave en México. Como en el caso del periodismo, México es uno de los países más peligrosos del mundo para este colectivo[34], con 20 defensores asesinados en 2020 y 42 en 2021, de acuerdo con Front Line Defenders[35].

Además, en la gran mayoría de los casos, los crímenes contra los periodistas y las personas defensoras quedan impunes, propiciando la repetición de las agresiones y la indefensión de las víctimas y sus familiares. Ello, de acuerdo con informes de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH[36], los Relatores Especiales relacionados con la protección del derecho a la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de DDHH (CIDH) y las Naciones Unidas[37], así como de la propia CIDH[38]. Como muchas otras tantas violaciones de DDHH en México, la autoría de estos crímenes se presume tanto en manos de agentes del Estado como actores no estatales (como el crimen organizado), actuando de manera independiente o en complicidad[39].

Esta grave situación permite contextualizar mejor tanto el interés continuo del PE sobre estos temas como la relevancia de su resolución analizada en este artículo y la reacción de AMLO, que contradice las buenas relaciones en DDHH que la UE y México han mantenido durante años. Estas relaciones se han extendido también a la administración de AMLO, como se verá brevemente a continuación[40].

---

[33] La metodología de la Clasificación Mundial de la Libertad de Prensa considera 5 indicadores en total: contexto político, marco legal, contexto económico, contexto sociocultural, y seguridad. Este último incluye la seguridad para periodistas.

[34] HUMAN RIGHTS WATCH, *World Report 2023: Events of* 2022, p. 415, https://www.hrw.org/sites/default/files/media_2023/01/World_Report_2023_WEBSPREADS_0.pdf.

[35] *Análisis Global 2020*, 2021, p. 4, https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/global_analysis_2020_spanish_web.pdf; *Global Analysis 2021*, 2022, p. 5, https://www.frontlinedefenders.org/es/resource-publication/global-analysis-2021-0.

[36] *Informe sobre la situación de las y los defensores de derechos humanos en México: actualización 2012 y balance 2013*, junio de 2013, p. 16, https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/Informe_defensoresDH_2013_web.pdf.

[37] CONSEJO DE DDHH, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión acerca de su misión a México*, 2018, núm. A/HRC/38/35/Add.2, pp. 11-12.

[38] *Situación de los derechos humanos en México*, 31 de diciembre de 2015, pp. 170, 187-188, http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf.

[39] ANAYA-MUÑOZ, Alejandro y FREY, Barbara (eds.), *op. cit*.

[40] Para un análisis más detallado de las relaciones de la UE y México a través de las diferentes administraciones mexicanas en las últimas décadas, ver el trabajo de la investigadora mexicana Lorena Ruano en: https://www.cide.edu/nosotros/comunidad/profesores/perfil/?id=60.

2.2. Las buenas relaciones entre la UE y México en el ámbito de los DDHH

Aunque las relaciones con la UE no han sido una prioridad de política exterior para AMLO[41], los vínculos en materia de DDHH establecidos a partir de la entrada en vigor del AG han continuado durante su administración, gracias a factores como su institucionalización y el papel desempeñado por la SRE al respecto. Por ejemplo, durante la administración de AMLO se terminó de implementar el programa de cooperación Laboratorio de Cohesión Social II México-UE, que contó con un componente de DDHH para ser ejecutado a nivel federal bajo la coordinación de la SRE[42]. Como el Programa de DDHH UE-México que le precedió[43], el Gobierno de México cofinanció el Laboratorio de Cohesión Social II con la UE[44], demostrando su interés en participar en este tipo de iniciativas de cooperación con sus socios europeos. De igual manera, México recibió apoyo técnico del Programa de Asistencia contra el Crimen Transnacional Organizado entre la UE y América Latina para consolidar la estructura orgánica y procedimientos de la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas al menos durante 2019-2020[45].

Cabe señalar que México es también un socio estratégico de la UE desde 2008, en cuyo contexto iniciaron el Diálogo de Alto Nivel sobre DDHH en 2010, para discutir asuntos relacionados con la situación interna de ambas partes y de índole multilateral[46]. Varias rondas de este diálogo han tenido lugar durante el Gobierno de AMLO y en ellas se ha debatido sobre la situación de vulnerabilidad de los periodistas y las personas defensoras, incluyendo el fortalecimiento del Mecanismo para la Protección de Personas Defensoras de DDHH y Periodistas a cargo del Gobierno de México[47]. Resulta muy significativo, por ejemplo, que el tema se incluyó en la décima ronda de este diálogo celebrada en Bruselas en julio de 2022, tan sólo unos meses después de que AMLO criticara la resolución del PE. Diferente a la postura adoptada por AMLO respecto al rechazo a la injerencia en asuntos internos por parte del PE, la SRE manifestó en su comunicado oficial sobre la reunión que el diálogo en DDHH ofrece:

---

[41] ÁLVAREZ VON GUSTEDT, Anuschka, *op. cit*.

[42] CERRITELLI, William Emilio y TONELLOTTO, Graziano, *Evaluación final del Laboratorio de Cohesión Social II México*, 2019, núm. Ares(2020)4801955-14/09/2020.

[43] Sobre este programa, ver SRE, *Derechos Humanos: Agenda Internacional de México. Boletín Informativo,* 9 de junio de 2008, https://sre.gob.mx/sre-docs/dh/docsdh/boletines/2008/programace.pdf.

[44] CERRITELLI, William Emilio y TONELLOTTO, Graziano, *op. cit*.

[45] PROGRAMA DE ASISTENCIA CONTRA EL CRIMEN TRANSNACIONAL ORGANIZADO ENTRE LA UE Y AMÉRICA LATINA, *Ficha-País: El PAcCTO en México*, 2021, https://www.elpaccto.eu/wp-content/uploads/2021/09/FP-Mexico-FEB21.pdf.

[46] CONSEJO DE LA UE, *Asociación Estratégica México-Unión Europea: Plan Ejecutivo Conjunto*, 16 de mayo de 2010, núm. 9820/10, presse 126, pp. 29-30.

[47] Ver, por ejemplo, la última reunión de este diálogo celebrada a la fecha de escritura de este artículo, SRE, *Concluye el 11º Diálogo de Alto Nivel entre México y la Unión Europea sobre Derechos Humanos*, https://www.gob.mx/sre/prensa/concluye-el-11-dialogo-de-alto-nivel-entre-mexico-y-la-union-europea-sobre-derechos-humanos?idiom=es.

> "[…] una importante plataforma para que las dos partes intercambien información sobre sus últimas iniciativas legislativas y políticas en el ámbito de los derechos humanos, planteen sus preocupaciones sobre las violaciones de estos y los casos individuales, y refuercen su cooperación bilateral y multilateral en materia de protección y promoción de los derechos humanos"[48].

De forma destacada, los DDHH han sido también una constante en el diálogo institucionalizado entre el Congreso Mexicano y el PE en el marco de la Comisión Parlamentaria Mixta (CPM) UE-México, que se constituyó en 2005. Desde ese año y hasta la fecha de escritura de este artículo, la CPM ha celebrado 30 reuniones, siendo el foro de diálogo bilateral que se ha reunido un mayor número de veces desde la entrada en vigor del AG[49]. La última reunión fue celebrada en noviembre de 2023 e incluyó el tema de "Derechos humanos, derechos sociales y cuestiones de inmigración"[50]. A nivel birregional, el Congreso Mexicano también participa en la Asamblea Euro-Latinoamericana (EUROLAT) desde 2006, donde también se discuten temas de DDHH con regularidad[51].

Como ya se señaló, de todo lo anterior se desprende que la reacción de AMLO a la resolución del PE haya sido todavía más sorpresiva. Los detalles del proceso de negociación y adopción de la resolución, así como su contenido y la reacción de AMLO a la misma se detallan en la siguiente sección.

3. LA RESOLUCIÓN DEL PE DE MARZO DE 2022 Y LA REACCIÓN DEL PRESIDENTE LÓPEZ OBRADOR

3.1. Proceso de negociación, adopción y contenido de la resolución parlamentaria europea

En total, el PE ha adoptado seis resoluciones plenarias relacionadas con la situación de los DDHH en México desde la entrada en vigor del AG y hasta la fecha de redacción de este artículo[52]. La más reciente ha sido la Re-

[48] SRE, *X Diálogo de Alto Nivel UE-México sobre Derechos Humanos*, 4 de julio de 2022, https://www.gob.mx/sre/prensa/x-dialogo-de-alto-nivel-ue-mexico-sobre-derechos-humanos.

[49] Sobre la CPM, ver VELASCO-PUFLEAU, Mónica, "El diálogo interparlamentario y el papel de la Comisión Parlamentaria Mixta", en UE (ed.), *La actualización del 'Acuerdo Global' Unión Europea-México*, 2015, capítulo 4 y sección 5.1.

[50] DELEGACIONES PE, *Reuniones interparlamentarias: 30 reunión de la CPM UE-México: 27-29 de noviembre de 2023 en México,* https://www.europarl.europa.eu/delegations/es/d-mx/activities/inter-parliamentary.

[51] MÜLLER, Gustavo G., "The Euro-Latin American Parliamentary Assembly (EuroLat): constructing a common bi-regional agenda", en RAUBE, Kolja et al. (eds.), *op. cit.*, pp. 324-340.

[52] *Resolución del PE sobre la situación en México,* DO C 21 E, 24 de enero de 2002, p. 356; *Resolución del PE, de 11 de octubre de 2007, sobre los asesinatos de mujeres (feminicidios) en México y en América Central y el papel de la UE en la lucha contra este fenómeno*, DO C 227 E, 4 de septiembre de 2008, pp. 140-147; *Resolución del PE, de 11 de marzo de 2010, sobre la escalada de violencia en México*, DO C 349 E, 22 de diciembre de 2010, pp. 92-95; *Resolución del PE, de 23 de octubre de 2014, sobre la desaparición de 43 estudiantes de Magisterio en México*, DO C 274, 27 de julio de 2016, pp. 28-30; *Resolución del PE,*

solución sobre la situación de los periodistas y los defensores de los DDHH en México[53].

Dicha resolución fue aprobada por una mayoría significativa de 607 votos a favor (89%), de un total de 682 votos emitidos[54]. Miembros de los siete grupos políticos presentes en el PE, así como varios diputados no inscritos, apoyaron la resolución (ver tabla 1 siguiente). Esto incluyó, por ejemplo, al 100% del total de los cuatro grupos mayoritarios que votaron a favor de la resolución; demostrando una cohesión de voto remarcable que va más allá de las ideologías políticas. Únicamente 2 diputados del Grupo Identidad y Democracia (ID) votaron en contra de la resolución, mientras que 73 diputados pertenecientes a este grupo político, al Grupo de los Conservadores y Reformistas Europeos (ECR, por sus siglas en inglés) y al Grupo de la Izquierda en el PE (anteriormente, Grupo Confederal de la Izquierda Unitaria Europea/ Izquierda Verde Nórdica), así como un número de diputados no inscritos, se abstuvieron (ver tabla 1 siguiente).

Es importante notar que varios diputados del Grupo de la Izquierda en el PE dieron su apoyo a la resolución, no obstante que el único autor de la propuesta de resolución de este grupo, Miguel Urbán Crespo, había acusado a "algunos grupos políticos" del PE de usar la situación "como un arma arrojadiza contra el Gobierno mexicano, con unos intereses que poco tienen que ver con la defensa de los periodistas y de los defensores de los derechos humanos", durante el debate plenario respectivo[55]. También el Grupo de la Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas (S&D) apoyó la resolución, a pesar de la existencia de un memorando de entendimiento para reforzar su cooperación con el grupo parlamentario de MORENA en el Senado firmado en 2020[56].

Tabla 1. Resultados de la votación nominal sobre la Resolución del PE sobre la situación de los periodistas y las personas defensoras de DDHH en México

Grupo Político	A favor	En contra	Abstenciones
ECR	61	0	3
ID	23	2	37

de 18 de julio de 2019, sobre la situación en la frontera entre México y los Estados Unidos, DO C 165, 4 de mayo de 2021, pp. 6-9*; Resolución del PE, de 10 de marzo de 2022…op. cit.*

[53] *Resolución del PE, de 10 de marzo de 2022…op. cit.*

[54] PE, *Acta Resultados de la votación nominal – Anexo 10/03/22*, núm. PE729.212, pp. 82-83.

[55] URBÁN CRESPO, Miguel, *Intervención en la sesión plenaria del 10-03-2022*, 10 de marzo de 2022, https://www.europarl.europa.eu/plenary/es/vod.html?mode=unit&vodLanguage=ES&playerStartTime=20220310-11:16:31&playerEndTime=20220310-11:18:10#.

[56] S&D, *Iratxe García firma un memorando de entendimiento con el grupo parlamentario de Morena en el Senado de México*, 27 de febrero de 2020, https://www.socialistsanddemocrats.eu/es/newsroom/iratxe-garcia-firma-un-memorando-de-entendimiento-con-el-grupo-parlamentario-de-morena-en.

Grupo Político	A favor	En contra	Abstenciones
No Inscritos	30	0	10
Partido Popular Europeo	172	0	0
Renew Europe	98	0	0
S&D	139	0	0
La Izquierda en el PE	16	0	23
Verdes/Alianza Libre Europea	68	0	0
Total	**607**	**2**	**73**

Fuente: Elaboración propia basada en datos del PE[57].

Si bien la iniciativa de adoptar dicha resolución provino del Partido Popular Europeo (PPE)[58], la propuesta fue apoyada por el grupo liberal Renew Europe (Renew), el ECR, el S&D y el Grupo de los Verdes/Alianza Libre Europea (Verdes/ALE), quienes presentaron una resolución común que fue aprobada por el Pleno sin enmiendas[59]. Es notorio que, en línea con el papel de tribuna moral del PE antes descrito, dicha resolución común no incluyó los temas que se podían interpretar como ajenos a los DDHH y al fortalecimiento de la democracia, mismos que habían sido mencionados en la propuesta original de resolución del PPE. Notablemente, estos temas se referían a la reforma energética propuesta por AMLO que, junto con las reformas al sistema electoral y judicial, la propuesta de resolución del PPE consideraba en contra del AG UE-México y un grave peligro para la inversión extranjera de las empresas europeas[60].

Expresamente, la resolución adoptada por el Pleno cita a AMLO en dos ocasiones en sus considerandos. La primera, para criticar su proceder en contra de los periodistas independientes, propietarios de medios de comunicación y activistas; tal y como otros mecanismos y organizaciones de DDHH habían ya denunciado (ver apartado 2.1.). Y, la segunda, para criticar las reformas constitucionales en materia electoral y judicial iniciadas por su administración:

> "E. Considerando que el presidente *López Obrador* ha utilizado con frecuencia una retórica populista en las conferencias de prensa diarias para denigrar e intimidar a periodistas independientes, propietarios de medios de

[57] PE, *Acta Resultados de la votación nominal – Anexo 10/03/22, op. cit*.

[58] Entrevista personal con un consejero de los grupos políticos del PE, Estrasburgo, 8 de junio de 2022.

[59] PPE et al., *Proposition de Résolution Commune sur la situation des journalistes et des défenseurs des droits de l'homme au Mexique*, 2022, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RC-9-2022-0153_FR.pdf.

[60] PPE GROUP, *Motion for a resolution on the situation of journalist and human rights defenders in Mexico*, 2022, apdos. F y 4, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-9-2022-0153_EN.pdf.

> comunicación y activistas; que la retórica de abuso y estigmatización genera un ambiente de agitación incesante contra los periodistas independientes; que, bajo el pretexto de luchar contra las noticias falsas, el Gobierno mexicano ha creado una plataforma de propiedad estatal para exhibir, estigmatizar y atacar a la prensa crítica […].
>
> L. Considerando que varias reformas constitucionales de los sistemas electoral y judicial, iniciadas por la administración de *López Obrador*, plantean dudas sobre la estabilidad del Estado de Derecho y la seguridad jurídica"[61].

Significativamente, esta es la primera vez que una resolución menciona al presidente de México explícitamente por su nombre por considerarlo parte de la problemática de DDHH en el país. En el pasado, el PE se había referido, por ejemplo, a Enrique Peña Nieto (2012-2018) en su resolución sobre el Caso Ayotzinapa de 2014, pero para resaltar compromisos o medidas positivas adoptadas por su presidencia encaminadas a resolver la situación[62]. Con el mismo espíritu, el PE había mencionado también al presidente Ernesto Zedillo (1994-2000) en algunas de sus resoluciones sobre la situación en Chiapas que precedieron la entrada en vigor del AG[63], por nombrar otro ejemplo.

Además, cabe señalar que la resolución de 2022 no constituye la primera llamada de atención sobre el tema a las autoridades mexicanas por parte del PE. Destaca también la Resolución sobre la escalada de violencia durante el Gobierno de Felipe Calderón Hinojosa de fecha 11 de marzo de 2010, en la que el Pleno condenó toda forma de violencia contra ambos colectivos, solicitando a las autoridades que intensificaran sus esfuerzos y tomaran todas las medidas necesarias para garantizar su protección[64]. Adicionalmente, varios eurodiputados de distintos grupos políticos habían expresado su preocupación al respecto de manera individual o colectiva en varias ocasiones, incluyendo mediante cartas dirigidas al mismo AMLO y a altos cargos de su Gobierno[65]. De igual forma, antes de la resolución de marzo de 2022, el tema había sido discutido en el marco de la CPM UE-México y los trabajos de la

---

[61] *Resolución del PE, de 10 de marzo de 2022…op. cit.*, apdos. E y L (énfasis añadido).

[62] *Resolución del PE, de 23 de octubre de 2014…op. cit.*, apdos. G y 4.

[63] *Resolución sobre la situación en el Estado mexicano de Chiapas*, DO C 43, 20 de enero de 1995, pp. 87-88, apdo. 5; *Resolución sobre el asesinato de 45 campesinos indígenas en el Estado mexicano de Chiapas*, DO C 34, 2 de enero de 1998, pp. 161-163, apdos. E, G, 4 y 5.

[64] *Resolución del PE, de 11 de marzo de 2010… op. cit.*, apdos. 4 y 6. Ver, también, *Resolución del PE, de 11 de octubre de 2007, op. cit.*, apdo. 9; *Resolución del PE, de 23 de octubre de 2014, op. cit.*, apdo. 6.

[65] Ver, entre otros, TERRICABRAS, Josep-Maria et al., *Carta de parlamentarios europeos a Andrés Manuel López Obrador*, 28 de septiembre de 2018, https://cmdpdh.org/2018/09/carta-parlamentarios-europeos-a-amlo/; ASSIS, Francisco et al., *Criminalización de integrantes del CECOP*, 6 de febrero de 2019, https://www.omct.org/es/recursos/llamamientos-urgentes/carta-abierta-de-parlamentarios-europeos-muestra-preocupación-por-la-criminalización-de-integrantes-del-cecop; CHAIBI, Leila et al., *Carta de integrantes del Parlamento Europeo sobre las amenazas a Consorcio Oaxaca en México*, 16 de julio de 2020, https://www.frontlinedefenders.org/es/statement-report/letter-members-european-parliament-threats-consorcio-oaxaca-mexico.

Delegación europea que participa en esta comisión[66], así como en la Subcomisión de DDHH del PE[67].

3.2. La reacción del presidente López Obrador a la resolución del PE

En comparación con el resto de las resoluciones del PE sobre México adoptadas desde la entrada en vigor del AG, la reacción de AMLO a la resolución de 2022 sorprende tanto por su contenido altamente defensivo como por los canales institucionales utilizados para transmitir su rechazo. Inicialmente, esta reacción consistió en dirigir un comunicado a los diputados del PE el mismo día de adoptada la resolución en el que, entre otras cosas, se les recrimina "que se sumen como borregos a la estrategia reaccionaria y golpista del grupo corrupto que se opone a la Cuarta Transformación". Además, se acusa a los eurodiputados de no haberse "inform[ado]" de la situación descrita en su "panfleto" ni haber "le[ído] bien" la resolución y de tener una "manía injerencista disfrazada de buenas intenciones"[68]. A nivel de autoría, el comunicado fue firmado por el "Gobierno de la República" y publicado en la página de la Presidencia: www.gob.mx/presidencia, siendo que la SRE había sido tradicionalmente la institución encargada de pronunciarse de forma oficial sobre las resoluciones de la Eurocámara hasta ese momento[69].

El comunicado a los diputados europeos fue tan sorpresivo en el marco de la política exterior mexicana hacia la UE de las últimas dos décadas que se habló incluso en México de un posible "hackeo" de la página de la Presidencia de la República, incluyendo por algunos miembros de MORENA y sus allegados políticos[70]. Sin embargo, AMLO disipó toda duda al respecto cuando reconoció en su conferencia de prensa matutina (también denominadas "mañaneras") del día siguiente de publicado el comunicado, que él lo había

---

[66] Delegación del PE en la CPM UE-México, *Proyecto de orden del día Reunión jueves 8 de diciembre de 2011*, 2011, núm. D-MX_OJ(2011)0812; Delegación del PE en la CPM UE-México, *Proyecto de acta XIV Reunión de la CPM UE-México*, 2012, núm. D-MX_PV(2012)0523-24, pp. 6-7.

[67] Subcomisión de DDHH (DROI), *Delegación a Honduras y México del 16 al 20 de mayo de 2011: Informe Final*, 2011, núm. PE469.729v01-00; DROI, *Proyecto de orden del día Reunión jueves 3 de marzo de 2022*, 2022, núm. DROI(2022)0303_1. Ver, también, NOTICIAS PE, *Los padres del activista finlandés asesinado en México exigen justicia*, 9 de noviembre de 2010, https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20101109IPR92870/los-padres-del-activista-finlandes-asesinado-en-mexico-exigen-justicia; NOTICIAS PE, *Human Rights Delegation to Mexico and Guatemala*, 12 de febrero de 2016, https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20160212IPR14154/human-rights-delegation-to-mexico-and-guatemala.

[68] Ver Anexo en este artículo.

[69] Ver, por ejemplo, SRE, *México saluda el respaldo del Parlamento Europeo en resolución sobre caso Iguala*, 23 de octubre de 2014, https://embamex.sre.gob.mx/belgica/images/stories/2013/Agenda/cope.pdf; SRE, *Posición del Gobierno de México… op. cit.*

[70] *EL UNIVERSAL*, Attolini defiende comunicado al Parlamento Europeo; Noroña duda de su veracidad, 11 de marzo de 2022, https://www.eluniversal.com.mx/nacion/comunicado-de-mexico-al-parlamento-europeo-attolini-defiende-comunicado-norona-duda-de-su-veracidad; YAÑEZ, Brenda, La respuesta a los eurodiputados, de la sorpresa al disgusto de los políticos. *Expansión Política*, 11 de marzo de 2022, https://politica.expansion.mx/mexico/2022/03/11/criticas-reacciones-twitter-amlo-parlamento-europeo.

redactado junto con un grupo de sus colaboradores[71]. AMLO aprovechó también dicha mañanera del día 11 de marzo de 2022 para poner en pantalla y leer en voz alta el comunicado, insistiendo en descalificar a los diputados europeos por la adopción de la resolución:

> "[…] no es cierto lo que sostienen, es completamente falso y por eso hubo un pronunciamiento […].
>
> Para que tengan una idea los legisladores de Europa, lamentablemente por la violencia que heredamos del periodo neoliberal, de los gobiernos que se aliaban a la delincuencia organizada, por esa violencia heredada, por esos resabios que heredamos del periodo neoliberal seguimos teniendo homicidios en el país. […]
>
> Entonces, estos señores legisladores europeos, muy conservadores, con mentalidad colonialista, aprueban una resolución condenando al Gobierno de México. Antes, como México tenía gobernantes sin autoridad moral, se tenían que quedar callados, cualquiera ninguneaba a las autoridades mexicanas, pero nosotros no podemos aceptar que nadie le falte el respeto a las autoridades legal y legítimamente constituidas […]"[72].

Adicionalmente, varios miembros de la oposición pidieron la renuncia del Canciller Marcelo Ebrard, en virtud de su presunto desconocimiento del comunicado[73]. En vista de esta solicitud, AMLO defendió nuevamente su respuesta a la Eurocámara afirmando que él había contestado y no la Cancillería porque se trataba de un "asunto por entero político" y "aun siendo un asunto diplomático es facultad del presidente atender la política exterior"[74].

Una semana después de publicado el comunicado, la reacción de AMLO incluyó dirigir su ofensiva hacia el eurodiputado Leopoldo López Gil del PPE (9ª Legislatura, 2019-2024) (ver sección 5 para más detalles). Entre otros diputados europeos (ver apartado 4.2.), López Gil se había pronunciado sobre la respuesta de AMLO, calificándola de "lamentable, indigna del lenguaje de un Jefe de Estado"[75] en una entrevista con el periódico mexicano *Reforma*.

---

[71] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 11 de marzo de 2022*, 2022, https://www.gob.mx/presidencia/articulos/version-estenografica-conferencia-de-prensa-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-del-11-de-marzo-de-2022?idiom=es.

[72] *Ibidem*.

[73] *EL UNIVERSAL*, Lamentan senadores de oposición respuesta de AMLO al Parlamento Europeo, 11 de marzo de 2022, https://www.eluniversal.com.mx/nacion/amlo-lamentan-senadores-de-oposicion-respuesta-al-parlamento-europeo; YAÑEZ, Brenda, *op. cit*.

[74] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 14 de marzo de 2022*, 2022, https://www.gob.mx/presidencia/es/articulos/version-estenografica-conferencia-de-prensa-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-del-14-de-marzo-de-2022?idiom=es.

[75] Citado en ESCOBAR, Estefanía, AMLO no respondió, sólo insultó y descalificó. Eurodiputado, *Reforma*, 17 de marzo de 2022, https://www.reforma.com/amlo-no-respondio-solo-insulto-y-descalifico-eurodiputado/ar2368941?referer=--7d616165662f3a3a6262623b727a7a7279703b767a783a—. Ver, también, ESCOBAR, Estefanía, AMLO no respondió, sólo insultó y descalificó. Eurodiputado, *Reforma*, 17 de marzo de 2022, Primera Plana.

Para tales fines, AMLO utilizó de nuevo una de sus mañaneras, la del 17 de marzo de 2022, en la que proyectó el tuit de *Reforma* anunciando la entrevista con la foto del eurodiputado, así como un extracto de la misma contenida en la primera plana de la edición impresa del diario *Reforma* de ese día[76]. Con el mismo tono antielitista y defensivo de la soberanía nacional utilizado hasta entonces, AMLO responsabilizó públicamente a la ultraderecha de promover la resolución:

> "Claro, nuestros adversarios, por politiquería, pues llegan hasta el Parlamento Europeo. Pero busquen quiénes son los del Parlamento Europeo.
>
> ¿Quiénes promovieron ese pronunciamiento en contra de nosotros, en contra del Gobierno de México?
>
> Pues la ultraderecha. Sobre todo, de España.
>
> Acabo de ver un mensaje ayer, antier, de un señor de Venezuela, que opositor en Venezuela se va a España, lo cobija, lo protege no sé si el Partido Popular o el Vox, el Partido Popular, que es un partido conservador, y lo vuelven diputado del Parlamento Europeo. Y el señor, que fue uno de los promotores… Ahí está [refiriéndose a López Gil al proyectar su foto]. Ah, y es nota del *Reforma,* imagínense, de primera plana.
>
> Porque les contestamos, miren lo que dice: 'Es una respuesta lamentable, indigna del lenguaje de un jefe de Estado. AMLO no respondió, sólo insultó y descalificó: eurodiputado'. Es este señor, Leopoldo López. […]
>
> Pues, ¿quiénes son ellos? O sea, si México es un país independiente, libre, soberano. ¿Por qué son injerencistas? ¿Quién les da derecho? […]"[77].

Si bien Leopoldo López Gil negoció la resolución por parte del PPE[78], el rol que un diputado europeo puede desempeñar en la definición del contenido final y aprobación de las resoluciones de urgencia del PE es limitado. Ello, debido al propio procedimiento de negociación y aprobación de estas resoluciones que, en la práctica, exige una mayoría tanto para la inclusión del tema en un "debate sobre casos de violaciones de los DDHH, de la democracia y del Estado de Derecho" por la Conferencia de Presidentes, como para la aprobación de la resolución a nivel plenario[79]. Al final, el contenido de estas propuestas de resolución común siempre es negociado entre todos los grupos políticos que las suscriben con el fin de que "se sient[a]n cómodos con su contenido", siendo el PE en su conjunto quien se pronuncia con la resolución[80].

---

[76] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 17 de marzo de 2022*, 2022, https://www.gob.mx/presidencia/articulos/version-estenografica-conferencia-de-prensa-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-del-17-de-marzo-de-2022?idiom=es.

[77] *Ibidem*.

[78] Entrevista personal con un miembro del PE, Estrasburgo, 8 de junio de 2022.

[79] PE, Reglamento Interno 9ª Legislatura-Noviembre 2023, Artículo 144, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/RULES-9-2023-11-01-TOC_ES.html.

[80] Entrevista por videoconferencia con un consejero de los grupos políticos del PE, 11 de julio de 2022.

De estas negociaciones resultó, precisamente, que se hayan quitado de la resolución común presentada por el PPE, Renew, el ECR, el S&D y los Verdes/ALE los temas que se referían a la reforma iniciada por AMLO en el sector de la energía, mismos que fueron incluidos originalmente en la propuesta individual del PPE, como ya se mencionó.

Desde los grupos políticos del PE confirmaron este papel, precisando que, en efecto, López Gil no fue el único diputado involucrado en la propuesta de resolución del PPE[81], la cual fue firmada por más de 30 miembros de distintas nacionalidades de este grupo[82]. Además, como ya se señaló, la propuesta de resolución común presentada al Pleno fue suscrita por cinco grupos políticos (el PPE, Renew, el ECR, el S&D y los Verdes/ALE) y aprobada por 607 diputados pertenecientes a todos los grupos políticos. En estas condiciones, el ataque de AMLO a López Gil como parte de su reacción a la resolución parece desmedido.

Las razones detrás de esta reacción del presidente mexicano hacia López Gil se analizarán posteriormente (ver sección 5), donde efectivamente resaltan factores domésticos y el uso de un discurso marcado por elementos populistas. Antes de ello, se examinan a continuación las respuestas a la reacción general de AMLO a la resolución del PE que, como también ya se señaló, se caracterizaron por una clara polarización en lo que respecta a la arena política mexicana.

4. RESPUESTAS A LA REACCIÓN DEL PRESIDENTE LÓPEZ OBRADOR EN MÉXICO Y EL PE: DE LA POLARIZACIÓN A LA CRÍTICA EUROPEA

Las respuestas a la reacción de AMLO se pueden dividir en dos grandes grupos. En general[83], los militantes de MORENA y sus aliados políticos (el Partido del Trabajo o PT y el Partido Verde Ecologista de México o PVEM) se alinearon con AMLO, incluidas algunas personas que inicialmente habían dudado públicamente de la autenticidad de su comunicado o lo habían criticado[84]. Al contrario, estuvieron los que le criticaron tanto en México, pertenecientes a los cuatro mayores partidos políticos de la oposición: Partido Acción Nacional (PAN), Partido Revolucionario Institucional (PRI), Partido de la Revolución Democrática (PRD) y Movimiento Ciudadano (MC), como en el PE.

4.1. Polarización en la arena política mexicana

La polarización en México derivada de la reacción de AMLO a la resolución del PE demuestra, sobre todo, un apoyo incondicional al líder por parte

[81] Entrevista personal con un consejero de los grupos políticos del PE…*op. cit*.
[82] PPE GROUP, *Motion for a resolution*…*op. cit*.
[83] Sobre una excepción, ver el caso de Ricardo Monreal Ávila (MORENA) más adelante en esta sección.
[84] YAÑEZ, Brenda, *op. cit*.

de sus seguidores de MORENA, el PT y el PVEM. En línea con el discurso utilizado por el mismo AMLO para rechazar la resolución (ver apartado 3.2. y sección 5), en la expresión de este apoyo por sus seguidores destaca también el rechazo a la no intervención en asuntos internos y la crítica a la inversión extranjera, al considerarla parte de una conspiración para aprovecharse de los recursos naturales y económicos internos; en este caso, relacionados con el sector energético[85]. Por ejemplo, el mismo día en que AMLO confirmó su participación en la autoría del comunicado al PE, MORENA declaró "su absoluto respaldo a la postura del Gobierno de México ante el injerencismo del Parlamento Europeo" y llamó "a autoridades locales, legisladoras, legisladores, funcionarios y militancia en general a difundir y defender la posición tomada por el presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador"[86]. Asimismo, las "gobernadoras y gobernadores de la 4TA Transformación" de 17 Estados de la República y la jefa de Gobierno de la Ciudad de México emitieron un comunicado ese mismo día "condena[ndo]" la resolución del PE, a la que consideraron no sólo "intervencionista" sino también "desinformada". Además, mencionaron la reforma eléctrica como verdadero motivo de la resolución:

> "Lamentamos que se utilice la defensa de la libertad de prensa para encubrir el interés por desvirtuar la Reforma Eléctrica que se debate en nuestro país. Nosotras y nosotros hemos luchado toda la vida por las libertades, entre ellas la de expresión, de manifestación y de prensa. Podemos afirmar que vivimos la época de mayor libertad de expresión en la historia de México; de manera que consideramos inaceptable el intento por intervenir en la política energética de nuestro país so pretexto de los derechos humanos y las libertades"[87].

De igual manera, tanto los diputados como algunos senadores de MORENA se pronunciaron en apoyo de AMLO en sendos comunicados. Al hacerlo, suscribieron ampliamente la posición del presidente de México aunque, de forma distintiva, expresaron su disponibilidad para mantener abiertos los canales de comunicación con el PE. De acuerdo con los senadores, la finalidad de este diálogo sería seguir "trabajando en beneficio de nuestros pueblos y de nuestras fructíferas relaciones"[88], mientras que los diputados hicieron notar que esto "evita[ría] en el futuro que los pronunciamientos o las resoluciones de la Eurocámara se emitan valorando sólo una parte de la información y de

[85] Sobre el uso de la polarización en el populismo, ver, entre otros, OLVERA, Alberto J., "Polarización como base del populismo: el caso de México", *Ecuador Debate*, núm. 112, 2021, pp. 113-138.

[86] MORENA [@PartidoMorenaMx], *Ni un paso atrás en la defensa de nuestra autonomía*, Twitter, 11 de marzo de 2022, https://twitter.com/PartidoMorenaMx/status/1502350558132322309.

[87] MORENA [@PartidoMorenaMx], *Comunicado de las gobernadoras y los gobernadores de la #CuartaTransformación*, Twitter, 12 de marzo de 2022, https://twitter.com/partidomorenamx/status/1502728496321343494.

[88] CRAVIOTO, César [@craviotocesar], *Las Senadoras y los Senadores de #Morena, lamentamos y rechazamos la resolución injerencista del Parlamento Europeo sobre #México,* Twitter, 12 de marzo de 2022, https://twitter.com/craviotocesar/status/1502732496722702339.

la realidad nacional"[89]. Algunos diputados de MORENA también emprendieron acciones individuales para denunciar la situación de DDHH en la UE y el papel del PE al respecto; se pudiera pensar, como una especie de contraofensiva a la resolución europea sobre México[90].

A estas declaraciones y acciones de los morenistas se sumaron las del PT y el PVEM; partidos que compitieron con MORENA en las elecciones del 2021 y 2022 (sobre estas últimas elecciones, ver sección 5) y apoyaron —sin éxito— la reforma eléctrica de AMLO[91]. El PT fue también parte de la coalición electoral que llevó a AMLO a la Presidencia de México en 2018[92]. En particular, su apoyo fue evidente en el debate celebrado en la Cámara de Diputados el 15 de marzo de 2022 con motivo de la resolución del PE y la reacción de AMLO a la misma. Destacó por su furia la intervención de Gerardo Fernández Noroña en nombre del grupo parlamentario del PT:

> "No somos colonia. Hipócritas, detrás está la reforma constitucional en materia eléctrica. Lo que están defendiendo son el saqueo de 490 mil millones de pesos al año, que las empresas europeas de electricidad están saqueando al país. De eso estamos hablando. Y lo vamos a decidir en unas semanas y vamos a sacar adelante esa reforma constitucional y ya podrán sacar un segundo resolutivo de su hipócrita preocupación sobre los derechos humanos y sobre la situación de los periodistas en México […]"[93].

Aunque la intervención del representante del grupo parlamentario del PVEM, Mario Xavier Peraza Ramírez, fue mucho más moderada que la de Fernández Noroña, también se posicionó con AMLO. Ello, al considerar que la violencia que se vive en el país es un problema heredado de administraciones pasadas, negar que existe una persecución hacia los periodistas o personas defensoras de los DDHH en México, así como defender la no injerencia de países extranjeros en asuntos internos[94].

---

[89] PRENSA DIPUTADOS MORENA, *Las y los diputados de MORENA respaldamos totalmente al Presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, ante la resolución aprobada por el Parlamento Europeo sobre la "situación de los periodistas y defensores de los derechos humanos en México"*, 14 de marzo de 2022, https://diputadosmorena.org.mx/blog/2022/03/14/las-y-los-diputados-de-morena-respaldamos-totalmente-al-presidente-de-mexico-andres-manuel-lopez-obrador/.

[90] Ver, por ejemplo, sobre temas migratorios GARCÍA ALMAGUER, Halmet, *Proposiciones: Con punto de acuerdo, a fin de exhortar al Parlamento Europeo a adoptar medidas para solucionar la crisis humanitaria de refugiados en Europa, a cargo del diputado Hamlet García Almaguer, del grupo parlamentario de Morena*, 2022, http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/65/2022/mar/20220317-VII.html#Proposiciones.

[91] SOTO, Elidet, Diputados de oposición frenan la reforma eléctrica: iniciativa de AMLO no logra la mayoría calificada, *Animal Político*, 17 de abril de 2022, https://www.animalpolitico.com/2022/04/camara-diputados-reforma-electrica-votacion/.

[92] GÓMEZ BRUERA, Hernán, *AMLO y la 4T. Una radiografía para escépticos*, Editorial Océano de México, Tlalnepantla de Baz, 2021, p. 35.

[93] CÁMARA DE DIPUTADOS, *Agenda política comentarios sobre de la resolución del Parlamento Europeo relativa a que se garantice la protección de periodistas y activistas*, 2022, http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2022/03/asun_4333476_20220315_1647474571.pdf

[94] *Ibidem*.

Por el contrario, los cuatro partidos de la oposición (el PAN, el PRI, el PRD y MC) criticaron la reacción de AMLO tanto desde su dirigencia nacional como desde el Congreso Mexicano. De una forma u de otra, todos coincidieron en lamentar el comunicado de AMLO por su falta de diplomacia e ir en contra de la política exterior mexicana, así como en resaltar la existencia de la cláusula de DDHH y el AG para rechazar la supuesta injerencia del PE alegada por AMLO[95]. Algunos miembros de estos partidos presentaron también iniciativas parlamentarias en el Congreso Mexicano encaminadas a fortalecer la seguridad de los periodistas y las personas defensoras de los DDHH, con posterioridad a la resolución europea[96].

En particular, el partido de centroderecha PAN se distinguió además por escalar el conflicto político nacional generado por la respuesta de AMLO al PE al ámbito europeo. Destaca la carta dirigida a la presidenta del PE, Roberta Metsola del PPE, por el grupo parlamentario del PAN en el Senado el 11 de marzo de 2022, en la que le expresó su rechazo a la respuesta del Gobierno Mexicano y su beneplácito por la adopción de la resolución. Asimismo, se mostró dispuesto a seguir fortaleciendo las relaciones entre el Congreso Mexicano y el PE en pro de principios y valores universales como la demo-

[95] Ver, entre otros, MORENO CÁRDENAS, Alejandro [Alejandro Moreno Cárdenas], *Lo que MORENA no quiere que sepas*, Facebook, 10 de marzo de 2022, https://m.facebook.com/AlejandroMC/photos/a.128295223847168/5317908731552432/; ÁLVAREZ MÁYNEZ, Jorge [@AlvarezMaynez], *Una de las páginas más vergonzosas de nuestra historia en materia de política exterior,* Twitter, 11 de marzo de 2022, https://twitter.com/AlvarezMaynez/status/1502143203734134787; *EL UNIVERSAL*, Lamentan senadores, *op. cit.*; *EL UNIVERSAL,* Cierra filas oposición en Senado con Parlamento Europeo; causa vergüenza respuesta de AMLO, afirman, 11 de marzo de 2022, https://www.eluniversal.com.mx/nacion/cierra-filas-oposicion-en-senado-con-parlamento-europeo-causa-verguenza-respuesta-de-amlo-afirman; PÁEZ, Alejandro, Deplorable. Respuesta de AMLO a Parlamento Europeo, refleja su autoritarismo: PAN, PRI Y PRD, *Crónica*, 11 de marzo de 2022, https://www.cronica.com.mx/nacional/respuesta-amlo-parlamento-europeo-refleja-autoritarismo-pan-pri-prd.html; PRI [@PRI_Nacional], *El comunicado emitido por el @GobiernoMX es un claro reflejo de lo que es su administración*, Twitter, 11 de marzo de 2022, https://twitter.com/pri_nacional/status/1502305648175943681; CORTÉS, Marko [@MarkoCortes], *Rechazamos y lamentamos el comunicado emitido ayer por el gobierno de @lopezobrador_*, Twitter, 11 de marzo de 2022, https://twitter.com/markocortes/status/1502312123338268672; *LA RAZÓN ONLINE,* A través de Twitter: Senadores condenan respuesta de México a Parlamento Europeo, 11 de marzo de 2022, https://www.razon.com.mx/mexico/pri-senado-pide-gobierno-federal-corregir-urgencia-comunicado-eurodiputados-474325; *LA SILLA ROTA*, "Una vergüenza para México", lamentan comunicado de AMLO a eurodiputados, 11 de marzo de 2022, https://lasillarota.com/nacion/2022/3/11/una-verguenza-para-mexico-lamentan-comunicado-de-amlo-eurodiputados-322067.html; PRD, *Respuesta del Presidente de la República a diputados del Parlamento Europeo demuestra una realidad muy alejada de una regla diplomática: JZG*, 12 de marzo de 2022, https://www.prd.org.mx/index.php/1984-respuesta-del-presidente-de-la-republica-a-diputados-del-parlamento-europeo-demuestra-una-realidad-muy-alejada-de-una-regla-diplomatica-jzg; DIPUTADAS Y DIPUTADOS FEDERALES DEL PRD. [@GPPRDmx], *En el #GPPRD externamos nuestra preocupación ante la conducta asumida por el titular del Ejecutivo*, Twitter, 12 de marzo de 2022, https://twitter.com/gpprdmx/status/1502676586667126784.

[96] Ver, por ejemplo, GONZÁLEZ AGUIRRE, Mariano, *Proposiciones: Con punto de acuerdo, a fin de exhortar a los gobiernos federal y de Tlaxcala a fortalecer los mecanismos, los protocolos de actuación y las estrategias que garanticen las condiciones de seguridad para quienes ejercen el periodismo y promueven la defensa de los derechos humanos, a cargo del diputado Mariano González Aguirre, del grupo parlamentario del PRI*, 2022, http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/65/2022/mar/20220331-VII.html#Proposicion3.

cracia y los DDHH[97]. Con el mismo espíritu, otra carta fue dirigida a Metsola por el presidente nacional del PAN y los coordinadores del partido en la Cámara de Diputados y el Senado Mexicano el mismo día 11 de marzo; según reportaron algunos medios[98]. De manera específica, los tres representantes panistas buscaron también resaltar en su misiva la contribución del PAN en la condena que hizo la Internacional Demócrata de Centro (a la cual pertenece también el partido de Metsola) sobre la situación de los periodistas en México en el 2021[99]. Igualmente, es ilustrativa la carta firmada por el entonces vicepresidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, Santiago Creel Miranda, donde además de expresar su beneplácito a Metsola por la resolución y rechazar la posición de AMLO, aprovechó para denunciar la falta de disposición de este último para iniciar un diálogo con el PAN a fin de abordar "grandes temas nacionales" como "la violencia que impera en territorio mexicano"[100].

Más tarde, por ejemplo, los integrantes del Grupo Plural en el Senado de México recurrieron también al PE mediante una carta dirigida a Metsola. Aunque, en este caso, el objetivo fue postular a "los periodistas libres de México" para el Premio Sájarov a la Libertad de Conciencia como una forma de buscar "el apoyo de los representantes de Europa ante la dramática situación que se vive en México en materia de libertad de expresión". Desde su visión, al conceder este premio a los periodistas mexicanos se le estaría diciendo a AMLO: "¡ya basta presidente!, ¡permita y promueva el libre pensamiento y la libre expresión de opiniones e ideas!"[101]. Lo anterior conlleva un reconocimiento del PE como un actor relevante en las relaciones bilaterales, especialmente en la defensa de valores normativos. De forma más amplia, este proceder de los partidos políticos de oposición en México ejemplifica cómo los actores domésticos recurren al exterior para intentar contrarrestar al populismo dentro de un país con apoyo internacional por parte de actores que identifican como no populistas.

En el mismo sentido, resulta interesante que la estrategia de internacionalización de problemas domésticos hacia el PE se siguió utilizando por el PAN y otros partidos políticos mexicanos en la presente legislatura, respecto

---

[97] SENADORAS Y SENADORES INTEGRANTES DEL GRUPO PARLAMENTARIO DEL PAN EN EL SENADO MEXICANO, *Carta a Roberta Metsola Tedesco Triccas MEP, Presidenta del PE*, 11 de marzo de 2022, https://www.pan.senado.gob.mx/wp-content/uploads/2022/03/2022.03.11-CARTA-GPPAN-A-PE.pdf.

[98] *LA SILLA ROTA*, *op. cit*.

[99] COMITÉ EJECUTIVO DE LA INTERNACIONAL DEMÓCRATA DE CENTRO, *Resolución sobre la situación en México,* 2021, https://idc-cdi.com/es/wp-content/uploads/2021/07/Resoluciones-del-Comite%CC%81-Ejecutivo-21-julio-2021-Executive-Committee-Resolutions.pdf.

[100] CREEL, Santiago [@SantiagoCreelM], *Mi carta a @RobertaMetsola, presidenta del @Europarl_ES*, Twitter, 11 de marzo de 2022, https://twitter.com/SantiagoCreelM/status/1502413693727911938.

[101] ÁLVAREZ ICAZA LONGORIA, Emilio [@EmilioAlvarezI], *Como Senador de la República he suscrito una carta al Parlamento Europeo*, Twitter, 13 de marzo de 2022, https://twitter.com/emilioalvarezi/status/1503076815933476865.

a temas distintos a la respuesta de AMLO a la resolución de marzo de 2022. Sirve de ejemplo, por una parte, la gira que realizó el dirigente nacional del PRI, Alejandro "Alito" Moreno Cárdenas, por Europa en julio de 2022, que incluyó entrevistas con miembros del PE. La finalidad de estos encuentros fue denunciar los supuestos abusos del Gobierno de AMLO, incluida la presunta persecución política de la que se dijo víctima, tras señalársele por probables delitos como lavado de dinero y evasión fiscal en México[102]. Por otra parte, una delegación lidereada por el dirigente nacional del PAN, Marko Cortés, visitó también el PE como parte de una gira europea realizada en septiembre de 2022. En particular, denunció la escalada en la militarización del país a raíz de la incorporación *de jure* de la Guardia Nacional bajo el mando de la Secretaría de la Defensa Nacional. La comitiva panista realizó encuentros con varios miembros del PPE, incluido Leopoldo López Gil, donde sugirió que se emitiera una nueva resolución sobre la grave situación en México[103].

Finalmente, existieron de manera excepcional algunos esfuerzos institucionales por parte de parlamentarios mexicanos pertenecientes a MORENA para desactivar la crisis generada por la reacción de AMLO a la resolución del PE. Nos referimos a la carta que Ricardo Monreal Ávila, en tanto integrante del Senado y presidente de su Junta de Coordinación Política, escribió a Metsola el día 11 de marzo de 2022 para proponerle la celebración de un encuentro de alto nivel a la brevedad posible a fin de "dialogar y resolver las diferencias" utilizando los canales de diplomacia parlamentaria establecidos entre las partes[104]. Los desencuentros entre Monreal Ávila y AMLO son conocidos[105] y algunos de los seguidores de AMLO (como Fernández Noroña) cuestionaron abiertamente tanto el contenido de la carta de Monreal como su autoridad para haberla enviado, exigiendo que el PE retirara la resolución antes de iniciar cualquier diálogo con la institución[106].

4.2. Respuesta de los eurodiputados al comunicado del presidente López Obrador

En cuanto a la respuesta de los miembros del PE a la reacción de AMLO, varios diputados europeos expresaron también públicamente su rechazo al

[102] ÁVALOS, Laura, Cuatro denuncias ha presentado "Alito" por persecución política y violación de derechos, *El Sol de Morelia*, 17 de julio de 2022, https://www.elsoldemorelia.com.mx/local/cuatro-denuncias-ha-presentado-alito-por-persecucion-politica-y-violacion-de-derechos-8606337.html.

[103] PAN, *Pide Marko Cortés a comunidad internacional atender riesgo de que México se esté militarizando*, 27 de septiembre de 2022, https://www.pan.org.mx/prensa/pide-marko-cortes-a-comunidad-internacional-atender-riesgo-de-que-mexico-se-este-militarizando.

[104] MONREAL ÁVILA, Ricardo [@RicardoMonrealA], *En el marco de la diplomacia parlamentaria, ayer envié una carta a la presidenta del Parlamento Europeo*, Twitter, 12 de marzo de 2022, https://twitter.com/ricardomonreala/status/1502697154309144577.

[105] Ver *EL FINANCIERO*, Monreal vs AMLO y la 4T: Estos han sido sus desencuentros, 18 de mayo de 2022, https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/05/18/monreal-vs-amlo-y-la-4t-estos-han-sido-sus-desencuentros/.

[106] CÁMARA DE DIPUTADOS, *op. cit.*

comunicado, además de Leopoldo López Gil. Sobresale la española Inmaculada Rodríguez-Piñero del S&D, quien fue coautora de la propuesta de resolución de su grupo político y es ponente para la modernización del AG en la Comisión de Comercio Internacional del PE a la fecha de escritura de este artículo[107]. Entre otras cosas, la diputada aseguró que la respuesta de AMLO es "desafortunada y poco adecuada" y "se descalifica por sí misma"[108].

Mucho más severo fue el español Jordi Cañas del partido liberal Renew, quien es miembro de la CPM UE-México y vicepresidente de EUROLAT a la fecha de escritura de esta contribución. En su entrevista con el periódico mexicano *El Universal*, publicada dos días antes que la de López Gil en el *Reforma*, Cañas se refirió expresamente a AMLO como un populista: "Los populistas, y AMLO es un populista, lo que hacen siempre es considerar al que tiene una opinión diferente un enemigo", señaló[109]. Además, defendió la legitimidad del PE para emitir la resolución y criticó que AMLO y sus seguidores la consideraran una iniciativa del conservadurismo para proteger empresas europeas, incluidas las españolas. En sus palabras: "¿Qué tiene que ver Iberdrola en esto? ¿607 eurodiputados están con Iberdrola? Aquí votaron de izquierda, de extrema izquierda, de centro, centro derecho, la derecha"[110]. Cabe mencionar que esta no fue la primera vez que Cañas se refirió a AMLO como un populista y defendió a España. Ya con anterioridad lo había hecho, tras la sugerencia de AMLO de hacer una pausa en las relaciones con España anunciada en su mañanera del 9 de febrero de 2022 (ver sección 5). Ese mismo día, el eurodiputado señaló en su cuenta de Twitter respondiendo a la noticia que recogió el diario español *El Mundo* al respecto: "El populismo fustiga por sistema al "enemigo exterior". Inmune a la crítica y alérgico a la autocrítica, necesitado de señalar chivos expiatorios para los fracasos, el régimen populista requiere desviar la atención interna hacia el adversario de fuera"[111]. Sin embargo, la ofensiva de AMLO se dirigió fundamentalmente al eurodiputado López Gil. La siguiente sección busca explicar las razones de esta focalización, así como la reacción de AMLO a la resolución más en general.

---

[107] Sobre esta modernización, ver la serie de informes de políticas co-editados por la Konrad Adenauer Stiftung y el European Institute of International Studies disponibles en: https://www.kas.de/es/web/mexiko/publicaciones.

[108] Citada en ABRIL, Guillermo y REINA Elena, Los diputados del Parlamento Europeo, ante la insólita réplica de López Obrador: "Se descalifica por sí misma", *El País*, 12 de marzo de 2022, https://elpais.com/mexico/2022-03-12/los-diputados-del-parlamento-europeo-ante-la-insolita-replica-de-lopez-obrador-se-descalifica-por-si-misma.html.

[109] Citado en BUGARIN, Inder, AMLO se equivoca de enemigo, responde eurodiputado tras polémica por comunicado, *El Universal*, 15 de marzo de 2022, https://www.eluniversal.com.mx/mundo/amlo-se-equivoca-de-enemigo-responde-eurodiputado-tras-polemica-por-comunicado (negritas en el original que no han sido integradas en la citación).

[110] *Ibidem.*

[111] CAÑAS, Jordi [@jordi_canyas], *El populismo fustiga por sistema al "enemigo exterior"*, Twitter, 9 de febrero de 2022, https://twitter.com/jordi_canyas/status/1491498185939898375.

5. LA 4T COMO EXPLICACIÓN A LA REACCIÓN DEL PRESIDENTE LÓPEZ OBRADOR

De los datos analizados se desprende que la afrenta a los diputados del PE por parte de AMLO debe entenderse, sobre todo, bajo la óptica de una lógica doméstica vinculada al proyecto de Nación de López Obrador: la 4T. Este proyecto es de la mayor prioridad para AMLO y permea no sólo a la respuesta de AMLO al PE, sino a la política exterior de AMLO en general, como aquella mantenida por el presidente respecto a España. Como el propio AMLO ha señalado en repetidas ocasiones, es de su convencimiento que: "La mejor política exterior es la interior"[112].

Así, en línea con otros movimientos populistas y, como ya se señaló, sin que la profundización de las relaciones con la UE sea una prioridad de su proyecto de Nación, se puede argumentar que AMLO utilizó la política exterior para librar batallas internas, cautivar a sus seguidores e impulsar su liderazgo personalista y proyecto ideológico, mediante el ataque de —lo que AMLO define como— enemigos externos. En otras palabras, "la arena internacional provee una oportunidad amplificada de escenificación de la lógica antagónica, con un repertorio ampliado e internacionalizado de enemigos que potencia el papel de *outsider* que todo liderazgo populista aspira a proyectar"[113].

En efecto, siguiendo la retórica de AMLO descrita previamente (ver apartado 3.2.), estos "enemigos externos" (es decir, los eurodiputados) actúan en confabulación con los adversarios nacionales de AMLO y no de forma independiente. De ahí que AMLO empiece su comunicado emitido al PE acusando a los eurodiputados de haberse "sum[ado]" al "grupo corrupto" que se opone a la 4T, y en sus mañaneras agregué que la resolución fue promovida por sus "adversarios [quienes] por politiquería, pues llegan hasta el Parlamento Europeo"[114]. En este contexto, destaca que el adjetivo que AMLO usa para referirse a este grupo es: "corrupto", asociándolo así con su idea de las minorías privilegiadas de corte neoliberal que —a dicho de AMLO— secuestraron y saquearon al Estado mexicano para su propia prosperidad y en perjuicio de las mayorías por más de tres décadas (1983-2018), hasta la llegada de su gobierno[115]. De acuerdo con AMLO, estas minorías corruptas deben de ser combatidas y se convierten en los principales adversarios de su proyecto de transformación política en tanto causantes de los peores males que hoy

[112] Ver, entre otros, ÁLVAREZ VON GUSTEDT, Anuschka, *op. cit*.

[113] DIAMINT, Rut y PERUZZOTTI, Enrique, "La política exterior como performance: la experiencia de Néstor y Cristina Kirchner", en GRATIUS, Susanne y RIVERO, Ángel (coords.), *op. cit.*, p. 251.

[114] Ver Anexo en este artículo. Ver, también, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 17 de marzo de 2022…op. cit*.

[115] LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel, *Hacia una economía moral*, Editorial Planeta Mexicana, Ciudad de México, 2019, pp. 33-34.

aquejan al pueblo y a la Nación Mexicana. Entre ellos, la desigualdad económica y social, la inseguridad y la violencia[116].

Lo anterior explica por qué AMLO responde explícitamente que son precisamente dichas élites corruptas las culpables de "la violencia" que ha sido "heredada" por su gobierno y criticada de forma "falsa" en la resolución del PE[117]. De hecho, este proceder de AMLO de responsabilizar a gobiernos anteriores identificados con el "periodo neoliberal" por las violaciones de DDHH en el país no es nuevo[118] y, en este caso, señala:

> "Sepan diputados europeos, que México ha dejado de ser tierra de conquista y, como en muy pocas ocasiones en su historia, se están haciendo valer los principios libertarios de igualdad y democracia. Aquí no se reprime a nadie, se respeta la libertad de expresión y el trabajo de los periodistas. El Estado no viola los derechos humanos como sucedía en gobiernos anteriores, cuando ustedes, por cierto, guardaron silencio cómplice"[119].

Además, AMLO no omite resaltar que, desde su punto de vista, los eurodiputados han sido engañados y por eso se han pronunciado en contra de su gobierno[120]. Es por ello que AMLO menciona expresamente como factores que influyeron en dicho pronunciamiento que los eurodiputados no se hayan "inform[ado]" ni "le[ído] bien" la resolución antes de votarla[121]. De igual manera, AMLO responsabiliza a su "manía injerencista", "mentalidad colonialista" y ser también "muy conservadores" como causantes de la resolución[122]. Todas estas frases son igualmente recurrentes en la retórica utilizada comúnmente por AMLO como parte de su administración, como se verá más adelante en esta sección. A esto, se suma que AMLO decidió emitir su comunicado por conducto de la Presidencia de la República y no a través de la Cancillería, mostrando —una vez más— el ejercicio de un liderazgo personalista[123].

La misma lógica antagónica ayuda a entender por qué AMLO dirigió su ofensiva pública contra el eurodiputado Leopoldo López Gil de manera personalizada y no contra el resto de los miembros del PE, como los españoles Inmaculada Rodríguez-Piñero del S&D o Jordi Cañas de Renew. Por una parte, en tanto militante del Partido Popular en España y miembro español del PPE en el PE, López Gil representa para AMLO el "conservadurismo"

---

[116] *Ibidem*, p. 65. Ver, también, LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel, *2018 La Salida…op. cit.*

[117] Ver Anexo en este artículo. Ver, también, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 11 de marzo de 2022…op. cit.*

[118] Ver, entre otros, HERNÁNDEZ, Anabel, Los reglones torcidos de la Cuarta Transformación, *Deutsche Welle*, 9 de marzo de 2022, https://p.dw.com/p/48Ekx.

[119] Ver Anexo en este artículo.

[120] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 11 de marzo de 2022…op. cit.*

[121] Ver Anexo en este artículo.

[122] Ver Anexo en este artículo. Ver, también, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 11 de marzo de 2022…op. cit.*

[123] BECK, Humberto e IBER, Patrick, "AMLO y sus contradicciones", *Revista Nueva Sociedad*, núm. 299, 2022, pp. 57-69, https://static.nuso.org/media/articles/downloads/4.TC_Beck_Iber_299.pdf.

que —como ya se señaló— el presidente desprecia y ataca desde su proyecto alternativo de Nación y responsabiliza, en particular, de haber contribuido a promover la resolución en contra de su gobierno[124].

Visto desde una perspectiva de política exterior más amplia, AMLO ha mantenido una relación tensa con España desde el inicio de su mandato[125]. Destaca que, apenas unas semanas antes de adoptada la resolución del PE, en febrero de 2022, AMLO había sugerido realizar una "pausa" en las relaciones con este país en virtud del comportamiento inapropiado de las "empresas españolas" (como Repsol e Iberdrola)[126]. En efecto, AMLO ha acusado repetidamente a estas empresas de "saquear" al país en contubernio con los gobiernos mexicanos del "periodo neoliberal" y el Gobierno español, viendo a México como "tierra de conquista"[127]. AMLO volvió a referirse públicamente a este saqueo a los pocos días de adoptada la resolución de la Eurocámara[128].

Varios analistas coinciden en que AMLO necesitaba desviar la atención de sus problemas domésticos y por eso sugirió la pausa en las relaciones con España[129], y en este mismo contexto puede entenderse el comunicado de AMLO respecto a la resolución del PE de marzo de 2022[130]. Uno de estos problemas era el escándalo de corrupción protagonizado por su hijo mayor y su nuera, que se destapó en enero de 2022 y que contradecía tanto a la política

---

[124] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 17 de marzo de 2022…op. cit.*

[125] ÁLVAREZ GUTIÉRREZ, Oscar Ernesto, AMLO y España: La historia de una relación complicada. *Informador*, 14 de febrero de 2022, https://www.informador.mx/mexico/AMLO-y-Espana-La-historia-de-una-relacion-complicada-20220214-0073.html. Ver, también, VELÁZQUEZ FLORES, Rafael, "La política exterior de México bajo una administración de izquierda: cambios y continuidades 2018-2021", *Revista de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional Autónoma de México*, núm. 141, 2021, pp. 215-216; CAMHAJI, Elías, López Obrador afirma que la relación con España sigue "en pausa": "No hay una actitud de respeto", *El País*, 16 de diciembre de 2022, https://elpais.com/mexico/2022-12-16/lopez-obrador-afirma-que-la-relacion-con-espana-sigue-en-pausa-no-hay-una-actitud-de-respeto.html.

[126] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 9 de febrero de 2022,* 2022, https://www.gob.mx/presidencia/es/articulos/version-estenografica-conferencia-de-prensa-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-del-9-de-febrero-de-2022?idiom=es.

[127] Ver, entre otros, PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 11 de octubre de 2021*, 2021, https://www.gob.mx/presidencia/es/articulos/version-estenografica-conferencia-de-prensa-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-del-11-de-octubre-de-2021?idiom=es; PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 19 de enero de 2022*, 2022, https://www.gob.mx/presidencia/articulos/version-estenografica-conferencia-de-prensa-del-presidente-andres-manuel-lopez-obrador-del-19-de-enero-de-2022?idiom=es.

[128] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 14 de marzo de 2022…op. cit.*

[129] ALONSO, Ana, AMLO o el 'México soy yo' contra la España abusadora, *El Independiente*, 13 de febrero de 2022, https://www.elindependiente.com/internacional/2022/02/13/amlo-o-el-mexico-soy-yo-contra-la-espana-abusadora/.

[130] CASTAÑEDA, Jorge, AMLO y el Parlamento Europeo, *Nexos*, 11 de marzo de 2022, https://jorgegcastaneda.nexos.com.mx/amlo-y-el-parlamento-europeo/; *EL UNIVERSAL,* Entrevista: "No es la respuesta de un jefe de Estado", dice Muñoz Ledo sobre comunicado de AMLO, 12 de marzo de 2022, https://www.eluniversal.com.mx/nacion/entrevista-no-es-la-respuesta-de-un-jefe-de-estado-dice-munoz-ledo-sobre-comunicado-de-amlo.

anticorrupción de AMLO como a su "austeridad republicana"; ambos pilares fundamentales de su gobierno[131]. De acuerdo con algunas encuestas, este y otros escándalos conllevaron una disminución en la aprobación de AMLO como titular del Ejecutivo en pleno proceso de organización de la consulta pública sobre la revocación de su mandato que se realizaría el 10 de abril de 2022, así como de las elecciones locales para la gubernatura de seis Estados de la República previstas para junio de ese año[132].

Notoriamente, AMLO libraba en esos momentos otra importante batalla interna relacionada con la aprobación de su controvertida reforma constitucional en el sector eléctrico votada por la Cámara de Diputados el 17 de abril de 2022. Como señala la investigadora española Anna Ayuso, AMLO necesitaba sumar adeptos a su reforma y por eso la convirtió en un "asunto patriótico: si no apruebas la ley, vendes la patria a las empresa (sic) españolas"[133]. Sin sorpresa, esta reforma eléctrica también se mencionó en torno al comunicado de AMLO y la resolución del PE por parte de sus seguidores, como ya se señaló (ver apartado 4.1.).

Adicionalmente, y como lo resaltó el mismo AMLO en su alusión personal a Leopoldo López Gil en la mañanera del 17 de marzo de 2022, coincide en que este eurodiputado es también de origen venezolano[134]. Además, es padre del líder de la oposición Leopoldo López Mendoza; un férreo crítico del chavismo y del régimen de Nicolás Maduro[135]. López Gil se exilió en España a causa de una acusación penal en su contra como miembro del Consejo Editorial del periódico venezolano *El Nacional* y supuestos actos de corrupción que él ha calificado de persecución política[136]. Tras su salida del país, "se convirtió en una de las voces con más peso de los opositores de Venezuela en el

---

[131] *LATINUS_US*, *Loret Capítulo 69*, YouTube, 28 de enero de 2022, https://www.youtube.com/watch?v=H2z0aUrJpD4&t=511s; LORET DE MOLA, Carlos, AMLO hoy representa todo lo que prometió desterrar, *The Washington Post*, 4 de julio de 2022, https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2022/07/04/amlo-hijo-casa-gris-no-mentir-robar-traicionar-loret/. Al utilizar el término de "austeridad republicana", AMLO se inspira en el expresidente de México Benito Juárez; *grosso modo*, el mismo consiste en adelgazar las cargas del Estado mediante la eliminación de privilegios a favor de funcionarios públicos, así como el desmantelamiento de instituciones consideradas "improductivas", por nombrar sólo dos ejemplos. LÓPEZ OBRADOR, Andrés Manuel, *Hacia una economía moral…op. cit.*, pp. 75-79.

[132] MORENO, Alejandro, Casa Gris le 'cuesta' a AMLO: Aprobación baja a 54% en febrero, *El Financiero*, 1 de marzo de 2022, https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/03/01/aprobacion-de-amlo-en-febrero-baja-6-puntos-y-llega-a-54/; LORET DE MOLA, Carlos, Con AMLO herido, la oposición se enfrenta a su prueba de fuego, *The Washington Post*, 25 de abril de 2022, https://www.washingtonpost.com/es/post-opinion/2022/04/25/amlo-oposicion-reforma-electrica-partidos-candidatos-elecciones-2024-loret/.

[133] Citada en ALONSO, Ana, *op. cit*.

[134] PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, *Versión estenográfica. Conferencia de prensa del presidente Andrés Manuel López Obrador del 17 de marzo de 2022… op. cit*.

[135] *BBC MUNDO,* Leopoldo López, el líder rebelde de la oposición venezolana, 18 de febrero de 2014, https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/02/140218_perfil_leopoldo_lopez_en.

[136] LOZANO, Daniel, La revolución embarga el diario El Nacional, *El Mundo*, 15 de mayo de 2021, https://www.elmundo.es/internacional/2021/05/15/609f124dfc6c83d41b8b4610.html; ESCOBAR, Estefanía, AMLO no respondió, sólo insultó y descalificó. Eurodiputado, *Reforma*, Primera plana…*op cit*.

exterior"[137]. Obtuvo la nacionalidad española por carta de naturaleza bajo el Gobierno de Mariano Rajoy (Partido Popular) en diciembre de 2015[138].

Al igual que su declarada animadversión contra España y las multinacionales españolas a las que nos acabamos de referir, AMLO se distingue por su respaldo a Nicolás Maduro como presidente legítimo de Venezuela bajo el argumento del apego a principios fundamentales de la conocida como "Doctrina Estrada". Dichos principios incluyen la no intervención y la autodeterminación de los pueblos, que constituyen otro eje central del gobierno obradorista[139]. Esta posición, que incluyó no reconocer a Juan Guaidó como presidente interino de Venezuela por parte de AMLO, representa un cambio significativo respecto a las posturas más críticas adoptadas en contra del chavismo y de Maduro por los gobiernos panistas y el gobierno priista que precedieron a AMLO en la Presidencia desde el año 2000[140].

Mientras tanto, como eurodiputado del PPE, Leopoldo López Gil se ha distinguido por ser un activo promotor del reconocimiento de Guaidó por la UE y sus Estados miembros durante años[141]. El PE *per se* también ha apoyado en repetidas ocasiones a la oposición venezolana, incluso antes de la llegada de López Gil a la institución. Por ejemplo, además de entregar el Premio Sájarov 2017 a la oposición democrática en Venezuela[142], el PE fue la prime-

[137] LÓPEZ, Nuria, Leopoldo López Gil: "Los narcotraficantes tienen en este momento el paraíso en Venezuela", *El Mundo*, 16 de enero de 2020, https://www.elmundo.es/internacional/2020/01/16/5e1c7fe9fc6c837d5e8b4588.html.

[138] *EFE*, Los padres de Leopoldo López son también españoles, *ABC*, 11 de diciembre de 2015, https://www.abc.es/internacional/abci-padres-leopoldo-lopez-tambien-espanoles-201512111352_noticia.html.

[139] BERMÚDEZ, Ángel, *Qué es la Doctrina Estrada, la vieja práctica diplomática de México que guiará la política exterior de AMLO y cómo afectará a Venezuela y a Guaidó*, BBC Mundo, 24 de enero de 2019, https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-46909829. Ver, también, JARAST, Federico, "Is Democracy in Peril in the Americas? The Demise of Tobar and the Resurrection of Estrada", *The Fletcher Forum of World Affairs*, vol. 45, núm. 2, 2021, pp. 17-40.

[140] *Ibidem*. Ver, también, BOERSNER, Adriana, "Venezuela 2019: A Tale of Two Presidents", *Revista de Ciencia Política*, vol. 40, núm. 2, 2020, p. 553, https://www.scielo.cl/pdf/revcipol/v40n2/0718-090X-revcipol-S0718-090X2020005000118.pdf; AUSTRIA, Alan, ¿Cómo se explica la posición de México frente a la crisis en Venezuela?, *France 24*, 29 de enero de 2019/1 de febrero de 2019, https://www.france24.com/es/20190129-mexico-doctrina-estranada-crisis-venezuela.

[141] Ver, entre otros, *EUROPA PRESS*, El padre de Leopoldo López denuncia que "las izquierdas europeas no quieren ver lo que pasa en Venezuela", 20 de julio de 2020, https://www.europapress.es/internacional/noticia-padre-leopoldo-lopez-denuncia-izquierdas-europeas-no-quieren-ver-pasa-venezuela-20200720203752.html; EPP GROUP IN THE EUROPEAN PARLIAMENT, *El PP reitera que el Parlamento Europeo debe reconocer la legitimidad política de la Asamblea Nacional venezolana presidida por Juan Guaidó*, 19 de enero de 2021, https://www.eppgroup.eu/es/como-trabajamos/con-los-paises-de-la-ue/espana/noticias/pp-parlamento-europeo-debe-reconocer-legitimidad-de-guaido.

[142] Este premio es entregado por el PE desde 1988. El término "oposición democrática en Venezuela" engloba a la Asamblea Nacional de Venezuela y a todos los presos políticos enumerados por el Foro Penal Venezolano —hoy Foro Penal, entre ellos Leopoldo López Mendoza. NOTICIAS PE, *La oposición democrática de Venezuela recibe el Premio Sájarov,* 13 de diciembre de 2017, https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/eu-affairs/20171208STO89942/la-oposicion-democratica-de-venezuela-recibe-el-premio-sajarov.

ra institución europea en reconocer a Guaidó como presidente interino en 2019[143].

Finalmente, hay que enfatizar que AMLO expuso en su mañanera del 17 de marzo de 2022 exclusivamente la entrevista que Leopoldo López Gil dio al periódico *Reforma*. Esta entrevista no fue ni la única ni la primera que López Gil concedió a varios medios de comunicación mexicanos y extranjeros, como *El Heraldo Radio*, *Milenio*, *El Universal* y *El País*[144]. Los ataques de AMLO al diario *Reforma* han sido también recurrentes a lo largo de su mandato, al ser percibido como parte de la "oligarquía comentocrática" opuesta a la 4T[145]. De hecho, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH ha criticado el proceder de AMLO en contra del *Reforma* por hechos que datan al menos del 2019[146]. El ataque a este diario, junto con el dirigido a Leopoldo López Gil, no hace más que reforzar el argumento propuesto en este artículo.

6. CONCLUSIONES

Este artículo ha examinado a profundidad la reacción de AMLO a la resolución del PE de marzo de 2022 sobre la situación de los periodistas y las personas defensoras de los DDHH en México en el marco de las relaciones de la UE con este país. Como se ha señalado, hasta esta reacción, México había generalmente recibido las resoluciones del PE sobre el país de manera positiva, incluso durante los primeros años del gobierno de AMLO. Además, ha existido una amplia cooperación y diálogo en los mismos temas a nivel intergubernamental desde la entrada en vigor del AG hasta la fecha de escritura de este artículo. Por esta razón era importante explicar las razones detrás de esta atípica reacción en la política exterior mexicana por parte del presidente de México a una resolución del PE, aportando así un análisis exhaustivo de un caso empírico sobre política exterior populista a la literatura. Si bien, como ya se señaló, la principal originalidad de la contribución proviene de vincular esta dimensión de las Relaciones Internacionales con la diplomacia

[143] LAMOSO GONZÁLEZ, Paula y STAVRIDIS, Stelios, *op. cit*.

[144] *EL HERALDO RADIO*, Noticias con Javier Alatorre. Programa completo viernes 11 de marzo de 2022, https://play.acast.com/s/61689e9fb567570014734bac/622bc3533226370012f8eb64; *MILENIO*, Milenio Noticias con Carlos Zuñiga de 11 de marzo de 2022, https://www.milenio.com/videos/television/milenio-noticias-medio-dia/milenio-noticias-carlos-zuniga-11-marzo-2022; ABRIL, Guillermo y REINA Elena, *op. cit.; EL UNIVERSAL*, México tendrá problemas con Europa si AMLO no oye preocupación por derechos humanos, dice eurodiputado, 17 de marzo de 2022, https://www.eluniversal.com.mx/mundo/parlamento-europeo-mexico-tendra-problemas-con-europa-si-amlo-no-oye-preocupacion-por-derechos-humanos-dice-eurodiputado.

[145] GÓMEZ BRUERA, Hernán, *op. cit.*, pp. 299, 302.

[146] *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2019, Volumen II: Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2020, Informe núm. OEA/Ser.L/V/II, doc. 5, pp. 208-209; *Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2020, Volumen II: Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*, 2021, Informe núm. OEA/Ser.L/V/II, doc. 28, p. 304.

parlamentaria del PE, desarrollando también de forma innovadora la literatura académica en este ámbito.

Fundamentalmente, el artículo muestra que AMLO decidió rechazar de manera tajante la resolución del PE por razones vinculadas a su propio proyecto de Nación, mismo que el presidente presenta como una alternativa para liberar a México de los males causados por los gobiernos neoliberales que le precedieron. Para ello, AMLO recurrió a una retórica que ha utilizado de forma habitual durante su administración, basada en un rechazo a lo que él considera las elites corruptas, así como la defensa de la soberanía nacional y la no intervención en asuntos internos. Adicionalmente, se pudo observar en este caso de estudio, en particular, el ejercicio de un liderazgo personalista y el uso de la polarización por parte de AMLO como respuesta a la acción parlamentaria europea. De esta forma, la evidencia sugiere que la reacción del presidente de México a la resolución del PE debe entenderse más como deliberada que producto de un arrebato momentáneo, a través de la cual buscó beneficiar el avance de su alternativa política.

De igual manera, el artículo aporta conclusiones interesantes relacionadas con la actividad diplomática del PE. Se ha observado que su resolución de marzo de 2022 se alinea con el papel de tribuna moral que la institución ha desempeñado en el marco de las relaciones UE-México a través de los años, en particular, y en las relaciones de la UE con otros países en el mundo, más en general[147]. De esta manera, se aporta un nuevo caso de estudio que confirma su desempeño como actor normativo en las relaciones internacionales. En este contexto, resalta que el contenido de dicha resolución fue producto de un proceso de negociación que terminó por excluir temas que se podían interpretar como ajenos a la defensa y promoción de los DDHH y la democracia, por lo que la diplomacia del PE no está exenta de contestación interna. A este nivel interno, se suma la contestación externa reflejada claramente, por ejemplo, en la reacción de AMLO y sus seguidores políticos mexicanos. En este sentido, resulta muy interesante también la estrategia utilizada por los partidos políticos de oposición para internacionalizar la situación política interna, recurriendo al mismo PE para denunciar la reacción de AMLO y posicionarse junto con la institución parlamentaria europea. Más investigación es necesaria para explicar las causas que llevan a dicha contestación en el contexto de gobiernos populistas, incluidos los factores estructurales y de agencia que la afectan tanto dentro del PE como en el país en cuestión. Todo lo anterior sugiere que la relación entre populismo y diplomacia parlamentaria debe seguir siendo explorada en el futuro tanto por académicos interesados en las Relaciones Internacionales como en la Ciencia Política.

[147] Ver notas al pie 2, 3 y 4 en este artículo.

7. ANEXO

COORDINACIÓN GENERAL
DE COMUNICACIÓN SOCIAL Y VOCERÍA
DEL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA

Comunicado 2249
Ciudad de México, 10 de marzo de 2022

Comunicado del gobierno de la República al Parlamento Europeo

A los diputados del Parlamento Europeo:

Basta de corrupción, de mentiras y de hipocresías.

Es lamentable que se sumen como borregos a la estrategia reaccionaria y golpista del grupo corrupto que se opone a la Cuarta Transformación, impulsada por millones de mexicanos para enfrentar la monstruosa desigualdad y la violencia heredada por la política económica neoliberal que durante 36 años se impuso en nuestro país.

Sepan diputados europeos, que México ha dejado de ser tierra de conquista y, como en muy pocas ocasiones en su historia, se están haciendo valer los principios libertarios de igualdad y democracia. Aquí no se reprime a nadie, se respeta la libertad de expresión y el trabajo de los periodistas. El Estado no viola los derechos humanos como sucedía en gobiernos anteriores, cuando ustedes, por cierto, guardaron silencio cómplice.

México es un país pacifista que ha optado por la no violencia y somos partidarios del diálogo, no de la guerra; no enviamos armas a ningún país bajo ninguna circunstancia, como ustedes lo están haciendo ahora.

Si estuviésemos en la situación que ustedes describen en su panfleto, nuestro presidente no sería respaldado por el 66 por ciento de los ciudadanos, como lo publicó ayer la encuesta de la empresa Morning Consult que lo coloca en segundo lugar entre los principales mandatarios del mundo. Dicho sea de paso, con más aprobación que los gobernantes europeos.

Para la próxima, infórmense y lean bien las resoluciones que les presentan antes de emitir su voto. Y no olviden que ya no somos colonia de nadie. México es un país libre, independiente y soberano.

Evolucionen, dejen atrás su manía injerencista disfrazada de buenas intenciones. Ustedes no son el gobierno mundial y no olviden lo que decía ese gigante de las Américas, el presidente Benito Juárez: "Entre los individuos, como entre las naciones, el respeto al derecho ajeno es la paz".

Gobierno de la República

www.gob.mx/presidencia

Fuente: Presidencia de la República[148].

[148] *Comunicado del gobierno de la República al Parlamento Europeo*, 10 de marzo de 2022, https://www.gob.mx/presidencia/prensa/comunicado-del-gobierno-de-la-republica-al-parlamento-europeo?state=published.

II. FORO/*FORUM*

Coordinación a cargo de
Miguel Gardeñes Santiago

VECINDAD CIVIL, INSTITUCIONES DE LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS Y CONFLICTOS DE LEYES

CIVIL NEIGHBOURHOOD, CIVIL LAW INSTITUTIONS FROM THE AUTONOMOUS COMMUNITIES AND CONFLICT OF LAWS

NOTA INTRODUCTORIA

INTRODUCTORY NOTE

Miguel Gardeñes Santiago*

La adecuada regulación de los conflictos de leyes internos en materia civil en España desde luego no constituye una preocupación nueva. Tampoco son nuevas las llamadas a una necesaria actualización de las normas de Derecho interregional. Es más, a los problemas tradicionales actualmente se les han unido problemas nuevos, esencialmente derivados del hecho de que una porción cada vez mayor de nuestras normas de conflicto de leyes destinadas a resolver los conflictos internacionales sea obra del legislador de la Unión Europea o provengan de convenios internacionales y, en semejante escenario, nuestro sistema de Derecho interregional se enfrente a dificultades importantes, por las distorsiones en su aplicación y por no haber recibido la atención legislativa que merece. Por ello, resultan no solo convenientes, sino necesarios, estudios como los que hoy se publican en este foro, que ponen de

* Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Barcelona. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista y coordinador de la Sección "Foro" del área de Derecho Internacional Privado (miquel.gardenes@uab.es)

DOI: 10.36151/REDI.76.1.9

relieve los problemas que actualmente encuentra nuestro sistema de Derecho interregional, particularmente en aquellos supuestos en los que se combina un conflicto de leyes internacional con uno interregional o interterritorial español. En esta ocasión, tenemos la fortuna de contar con dos aportaciones perfectamente complementarias de dos grandes especialistas en la materia, las profesoras Elena Zabalo y Pilar Diago.

La contribución de la profesora Diago versa sobre las funciones de la vecindad civil en la solución de los conflictos de leyes y las distorsiones del sistema de Derecho interregional. Constituye, por tanto, una reflexión general sobre los actuales problemas de funcionamiento de nuestro sistema de Derecho interregional, al que no duda en calificar de "maltrecho", y sobre las funciones que en su seno cumple el criterio de la vecindad civil. Su análisis identifica en qué situaciones el juego de las normas para resolver los conflictos de leyes internacionales conducirá a que alguno de los Derechos civiles que coexisten en España pueda aplicarse a los extranjeros (lo cual no supone, obviamente y como bien indica la autora, atribuir vecindad civil a los extranjeros), y también pone de relieve las situaciones en que los Derechos civiles coexistentes en España podrán aplicarse a españoles, con independencia de cual fuere su vecindad civil. Ello ocurrirá cuando las normas de conflicto aplicables no retengan como punto de conexión la vecindad civil, sino la residencia habitual. La última parte del trabajo es la que dedica a las "distorsiones" del sistema de Derecho interregional, que en definitiva habría sido maltratado por todos: por una parte el legislador estatal, en sus intentos recientes y puramente parciales de modernización (reformas de los artículos 9.4, 9.6 y 9.7 del CC), habría conducido a una extensión pura y simple de las soluciones dadas a los conflictos internacionales sin para nada tener en cuenta las singularidades de los conflictos internos, situación que no duda en calificar de "aniquilación" de las soluciones internas. Por otra parte, los legisladores autonómicos también habrían contribuido a distorsionar el sistema, mediante la aprobación de normas que vulnerarían la reserva de competencia estatal en lo que se refiere a la adopción de las normas para resolver los conflictos de leyes. Por último, la distorsión también resultaría imputable a los operadores jurídicos, cuando no aplican las normas de conflicto de leyes en los supuestos en que debieran hacerlo, aplicando directamente las normas del territorio en el que el órgano jurisdiccional ejerza sus funciones. Son sin duda conclusiones tristes, pero no por ello menos ciertas, que revelan importantes problemas de seguridad jurídica en la determinación del Derecho aplicable.

La segunda de las contribuciones es obra de la profesora Mª Elena Zabalo, y trata de la problemática de una institución particular del Derecho civil aragonés, el usufructo de viudedad, en el escenario de los conflictos de leyes internacionales e internos. A este respecto, lleva a cabo una rigurosa sistematización de los posibles supuestos, en función de si el conflicto de leyes se da en un contexto puramente interregional o también internacional. En el

primero de ellos, destaca que se aplicará el usufructo de viudedad aragonés si, de acuerdo con el art. 9 CC (por remisión del art. 16.1 CC), la ley aragonesa se aplicara a los efectos del matrimonio, ley que también determinaría los derechos sucesorios del cónyuge viudo, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del art. 9.8 CC. En este punto, merece destacarse su interesante análisis del impacto de dicho inciso final, introducido mediante la Ley 11/1990, que habría hecho perder su sentido a las disposiciones contenidas en el art. 16.2 CC, al haberse convertido en superfluas tras la incorporación del mecanismo de adaptación "conflictual" del art. 9.8 CC *in fine* por la citada Ley. En cambio, cuando concurrieran elementos extranjeros, el conflicto de leyes tendría entonces carácter internacional y resultarían aplicables las reglas de Derecho internacional privado hoy emanadas de la UE, y en particular el Reglamento 650/2012, que incluiría en su ámbito de aplicación material los derechos sucesorios del cónyuge o pareja supérstites (art. 23.2.b). Aquí merece destacarse el interesante análisis de la problemática relativa a la calificación, puesto que, por una parte, el usufructo de viudedad tiene en Derecho aragonés una calificación matrimonial, en cuanto el derecho nace desde la celebración del matrimonio, y, por otra, el mentado Reglamento incluye en su ámbito material los derechos "sucesorios" del supérstite. En semejante escenario, entiende la profesora Zabalo que, si se sigue, como apuntaría algún precedente de la jurisprudencia del TJUE, una concepción "expansiva" de los derechos que se atribuyen al supérstite como derechos sucesorios, la aplicación o no del usufructo de viudedad aragonés vendrá determinada por las normas de conflicto del Reglamento de sucesiones. Es decir, cuando de conformidad con las normas del Reglamento resulte aplicable la ley española, entrarían en juego las normas sobre remisión a un ordenamiento plurilegislativo (art. 36), y de ellas dependerá la aplicación o no del Derecho aragonés. El lector o lectora ya habrá advertido que este última problemática recuerda a la que recientemente se ha planteado a propósito de la aplicación a extranjeros, por razón de su residencia en un territorio con Derecho civil propio, de instituciones de otros Derechos forales, como el balear o el gallego, y que ha dado lugar a una importante controversia entre la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y la de los Tribunales de Justicia, controversia de la que ya nos hemos hecho eco en el foro de esta revista (vol.74/1, de 2022). Sea como fuere, termina la profesora Zabalo indicando que la conclusión que apunta a la inclusión del usufructo de viudedad aragonés en el concepto de derechos sucesorios del supérstite, a los efectos del Reglamento 650/2012, tendría un carácter provisional, en espera de que la jurisprudencia del TJUE consolide la noción autónoma de derechos sucesorios del supérstite contenida en el Reglamento, que operaría con independencia de cuál fuera la calificación de la institución de la que se tratara en cada caso con arreglo al Derecho interno del Estado miembro.

En suma, las interesantes contribuciones que aquí se presentan ponen de relieve, no únicamente el interés que tiene (que siempre ha tenido) la regu-

lación de los conflictos de leyes internos en España (ya se trate de conflictos únicamente internos o bien de conflictos internacionales en los que aparezca un elemento interterritorial interno, dado el carácter plurilegislativo del Estado español), sino también su renovada actualidad, derivada no únicamente de la importante movilidad internacional o interterritorial de las personas, sino también de la entrada en escena de los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado que regulan los supuestos en que sus normas de conflicto de leyes remitan a un Estado plurilegislativo.

FUNCIONES DE LA VECINDAD CIVIL EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE LEYES Y DISTORSIONES DEL SISTEMA DE DERECHO INTERREGIONAL

FUNCTIONS OF THE CIVIL NEIGHBOURHOOD IN RESOLVING CONFLICTS OF LAWS AND DISTORTIONS OF THE SYSTEM OF INTERREGIONAL LAW

Mª Pilar Diago Diago*

Palabras clave: vecindad civil, Derechos forales, conflictos de leyes

Keywords: civil neighbourhood, foral law, conflicts of laws

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN 2. LA VECINDAD CIVIL Y SUS FUNCIONES 3. SELECCIÓN DE SITUACIONES EN LAS CUALES LOS DERECHOS CIVILES QUE COEXISTEN EN ESPAÑA SE APLICAN A EXTRANJEROS 4. SELECCIÓN DE SITUACIONES EN LAS CUALES LOS DERECHOS CIVILES COEXISTENTES EN ESPAÑA SE APLICAN A ESPAÑOLES CON INDEPENDENCIA DE SU VECINDAD CIVIL 5. DISTORSIONES DEL SISTEMA DE DERECHO INTERREGIONAL 6. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

En pleno siglo XXI y en la etapa en la que vivimos de nueva globalización, las relaciones privadas internacionales y heterogéneas crecen exponencialmente. En nuestro país, aumenta la población de nacionalidad extranjera, mientras que dentro de España las Comunidades Autónomas reciben a numerosos españoles que proceden de otras Comunidades. Este último fenómeno ha aumentado con la facilidad del transporte y en especial, con los trenes de alta velocidad. Es muy frecuente que aragoneses que trabajan en Barcelona o Madrid durante la semana, regresen a Zaragoza (lugar que consideran su casa) los fines de semana. Estas situaciones ya están planteando problemas para determinar la residencia habitual.

Pues bien, la realidad de la que se parte en este trabajo es que todas estas personas, tanto extranjeras como españolas procedentes de otras Comunidades, son potenciales destinatarias de la aplicación del Derecho Civil autonómico o común del lugar en que residen. En cada vez más numerosas situaciones, surge la preocupación por conocer qué Derecho concreto se les va a aplicar de aquellos que coexisten en España.

* Catedrática de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Zaragoza (mpdiago@unizar.es); trabajo realizado en el marco del grupo de investigación *Ius Familiae* y del IEDIS de la Universidad de Zaragoza.

La piedra de toque va a ser la conexión residencia habitual, en el juego imperativo de las normas de conflicto que operan en cada supuesto concreto. Obsérvese que la aplicación del Derecho Civil autonómico o del Derecho común, en su caso, del lugar de la residencia del extranjero o del español de otra vecindad civil, puede ser toda una sorpresa para estos ciudadanos. En numerosas ocasiones no esperan que se les aplique un Derecho con el cual pueden no estar familiarizados y aún no conocer, lo cual puede generar cierto desconcierto y extrañeza.

El objetivo de este estudio es poner de relieve estas situaciones, partiendo del análisis de las funciones de la vecindad civil. Se va a proceder a realizar una selección no exhaustiva de situaciones que han sido objeto de atención por los tribunales. A su vez, y en relación con el sistema de Derecho Interregional actual, se quiere poner de relieve una cara oculta que pasa frecuentemente desapercibida, pero que supone un gran lastre para el adecuado funcionamiento del mismo. Me refiero a las perturbaciones provocadas por el legislador estatal, autonómico y por los mismos operadores jurídicos. Estas perturbaciones generan distorsiones que impactan, de manera inmediata, en el maltrecho sistema de Derecho Interregional actual.

2. LA VECINDAD CIVIL Y SUS FUNCIONES

Para saber a quién se aplica el Derecho civil vasco, aragonés, catalán, navarro, gallego, balear o el del Código Civil se debe recurrir a la llave que proporciona la vecindad civil en su primigenia función. Ello es así, porque la vecindad es el estatus que determina la sujeción al Derecho Civil común o al especial o foral[1]. Tal función ha sido asimilada por las normativas autonómicas y su juego es sencillo, como se puede observar a continuación.

Así, a quien tiene la vecindad civil vasca se le aplica el Derecho Civil vasco y así se predica de la ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco[2].

> "Artículo 10. Ámbito de aplicación personal.
>
> *1. El Derecho civil de la Comunidad Autónoma del País Vasco se aplica a todas aquellas personas que tengan vecindad civil vasca."*

Lo mismo ocurre respecto de las personas que tengan vecindad civil aragonesa. Al respecto la ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón[3] dispone:

> "2. *El Derecho foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del*

[1] *Diccionario panhispánico del español jurídico* http://www.enciclopedia-juridica.com/d/vecindad-civil/vecindad-civil.htm

[2] *BOE* núm. 176, de 24 de julio de 2015.

[3] *BOE* núm. 97, de 23 de abril de 2007.

lugar de su residencia, y excepción hecha de aquellas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial."

En la misma línea se sitúa la ley navarra n.º *11 del Fuero Nuevo*[4] y lo mismo cabe decir de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia[5] (art. 4).

Por consiguiente, en situaciones puramente internas, en las que no hay elemento heterogéneo ni internacional, la aplicación de los Derechos civiles autonómicos no plantea ningún problema. El problema es que esta solución quiebra, precisamente, cuando se producen conflictos de leyes internos. Entonces, necesariamente, se debe acudir a las normas de solución y ellas determinarán cual será el Derecho aplicable.

Al respecto conviene realizar una doble clarificación:

En los supuestos en los que se generan conflictos de leyes internos, la vecindad civil operará en lo que se podría llamar una segunda función. En estos casos, la vecindad ya no se identifica con el estatus de sujeción referido, sino que funciona como conexión, (tradicionalmente preferente), para resolver conflictos de leyes internos[6]; particularmente en materias de estatuto personal. En la actualidad, esta conexión se ve destronada para cuestiones muy sensibles por la conexión residencia habitual, como se verá en el siguiente apartado.

La segunda clarificación se refiere a la realidad, ya apuntada, relativa a la aplicación a los extranjeros de algunos de los Derechos civiles que coexisten en España. La pregunta que podría plantearse es s*í se* les aplicará por razón de la conexión vecindad civil. La contestación es negativa, de momento, puesto que los extranjeros no tienen vecindad civil[7]; además la reiterada referencia a la vecindad civil en relación a los conflictos internacionales, es una confusión muy extendida de la que ha hecho gala incluso la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en Resoluciones polémicas[8], que

[4] Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (*BOE* núm. 137, de 8 de junio de 2019).

[5] *BOE* núm. 191, de 11 de agosto de 2006.

[6] ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, "La vecindad civil como punto de conexión ante la creciente complejidad del sistema plurilegislativo español", *Derecho Privado y Constitución,* 38, 2021, pp. 11-48. Sobre problemas concretos, "A vueltas con la vecindad civil vasca", AAVV, *El Derecho Internacional Privado ante la crisis de la globalización*, Pamplona, 2023, pp. 75-95.

[7] V. la posible aplicación a extranjeros en OÑATE CUADROS, Javier "¿Sueñan los extranjeros con el Derecho Foral?", *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 16, 2022, disponible en: https://www.millenniumdipr.com/ba-105-suenan-los-extranjeros-con-el-derecho-foral

[8] Entre otros trabajos dedicados al tema, v. la sección Foro del vol. 74/1 (2022) de la *REDI*, pp. 219-239, con nota introductoria de GARDEÑES SANTIAGO, Miguel, y estudios de IRIARTE ÁNGEL, Borja, "¿Puede un extranjero estar sometido a un Derecho Foral?" y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana, "Los Reglamentos europeos y el Derecho interregional"; v. también ZABALO ESCUDERO, Elena, "Pactos sucesorios de extranjeros residentes en España", *Revista de Derecho Civil de Aragón*, 2020-2021, pp. 157-164; ÁLVAREZ GÓNZALEZ, Santiago, "¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín?", *La Ley Unión Europea,* 2019, nº79 y "¿Puede un extranjero acogerse al Pacto

han causado malestar entre los juristas que procedemos de Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio.

En esta segunda función, la vecindad civil sería el punto de conexión de la norma de conflicto interna, que no juega en los conflictos internacionales. La razón es sencilla y clara, sólo una vez que el conflicto internacional se ha resuelto con la aplicación de la ley española, entrará en escena la vecindad civil y esta conexión no jugará respecto de los extranjeros[9].

3. SELECCIÓN DE SITUACIONES EN LAS CUALES LOS DERECHOS CIVILES QUE COEXISTEN EN ESPAÑA SE APLICAN A EXTRANJEROS

Son campos abonados para la producción de estas situaciones el matrimonial y el sucesorio. A ellos se refiere el estudio de la profesora E. Zabalo de este foro. Existen, además otros campos quizás menos conocidos, en los que se terminará aplicando uno de los Derechos civiles que coexisten en España a extranjeros, son los relativos a la responsabilidad parental y a las obligaciones de alimentos. Valgan como ejemplos dos recientes sentencias, una de la AP de Barcelona de 11 de julio de 2022[10] y otra de la AP de Madrid de 30 de junio de 2022[11] con supuestos de hecho similares.

En la primera, padres e hijo son de nacionalidad venezolana. Se produce la ruptura del matrimonio en aquel país y tras ello la madre se establece en España con el hijo y fija su residencia habitual en España, en concreto en Cataluña. Posteriormente, solicita ante Tribunales españoles medidas de protección de menores y alimentos.

Pues bien, conviene advertir de una grave deficiencia argumental que se produce en numerosas ocasiones: no se plantea en primera instancia la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles ni la ley aplicable. Las Audiencias, correctamente y con buen criterio, proceden a su examen de oficio y corrigen esta importante deficiencia.

Por lo que respecta a las medidas de responsabilidad parental planteadas, obsérvese que el conflicto de leyes que se genera es internacional por lo que deberá acudirse al Convenio de La Haya de 1996 por su carácter universal (art. 20). El artículo 15.1 del Convenio dispone que las autoridades de los Estados contratantes, en el ejercicio de su competencia atribuida por el Capítulo II, aplican su propia ley. Una vez determinada la competencia de los

---

de Mejora Gallego?", *Revista de Derecho Civil*, v. IX, nº1, 2022, pp. 1-34; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés, "Una lectura europea de la aplicación del art. 50 de la compilación balear a los extranjeros", *REEI*, junio de 2021, pp. 20-25.

[9] Para un análisis detallado v. DIAGO DIAGO, Mª Pilar, "Aplicación del Derecho Civil aragonés a extranjeros", *Actas de los trigésimos primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2023 pp. 43-62.

[10] Roj: SAP B 7824/2022, de 11 de julio de 2022.

[11] Roj: SAP M 10249:2022, de 30 de junio de 2022.

órganos jurisdiccionales españoles les corresponde aplicar, por ende, la ley española.

La Sentencia de la AP de Barcelona concluye, con base en este precepto, que se aplica el Código Civil de Cataluña por ser la *lex fori*. En el supuesto conocido por la sentencia de la AP de Madrid (nacionales marroquíes que habían contraído matrimonio en Marruecos y que residen en Madrid) con base en el mismo precepto, acaba aplicando la ley española, entendiendo por tal la del Código Civil.

Si bien en ambos casos la designación de la concreta ley aplicable es correcta, (Derecho Civil catalán y Derecho del Código Civil) no se expone el fundamento jurídico que conduce a la aplicación final de tales Derechos, produciéndose una omisión argumental. Esto es así, porque una vez determinada la aplicación del Derecho español, debe seleccionarse cual de los Derechos que coexisten en España se aplicará. Para ello, debe recurrirse a la cláusula contenida en el mismo Convenio que configura una remisión indirecta.

En efecto, el artículo 48 del Convenio establece que para determinar la ley aplicable en virtud del Capítulo III *"en el caso de que un Estado comprenda dos o más unidades territoriales, cada una de las cuales posea su propio sistema jurídico o un conjunto de reglas relativas a las cuestiones reguladas por el presente Convenio"* (es nuestro caso) se aplicarán las siguientes reglas:

> *"a) en el caso de que en dicho Estado existan normas vigentes que identifiquen la unidad territorial cuya ley deberá ser aplicada, se aplicará dicha ley;"*

Este precepto conduce a la aplicación del artículo 16.1 CC, que establece que los conflictos de leyes internos se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar.

En este caso, al tratarse de la adopción de una medida de protección (referida en el propio Convenio como tal [art. 3 b]), la solución se encuentra en el artículo 9.6 CC que vuelve a conducir al Convenio de La Haya de 1996. Su artículo 15.1 resulta difícilmente trasladable a la solución de los conflictos internos, en cuanto dispone la aplicación de la ley del Estado cuyas autoridades son competentes con base en el propio Convenio; una ley estatal, en nuestro caso la española[12], lo cual lleva a un callejón sin salida, puesto que todas las leyes que coexisten en España son españolas.

El desbloqueo exige realizar una interpretación que permita trasladar la solución del art. 15.1 del Convenio a los conflictos internos, y esta solo puede basarse en el criterio en el que se fundamenta la aplicación de la ley estatal de las autoridades competentes que no es otro que el de la residencia habitual del menor. Así el artículo 15 consagra la *lex fori* sobre la base de que la competencia corresponde a los Tribunales del Estado de la residencia habitual del

[12] V. art. 21.1 y 15.2.

niño[13]. Llevada esta solución al ámbito interno, el resultado del razonamiento conduce a aplicar, por parte de los Tribunales españoles, la ley de la residencia del menor y por lo tanto, la catalana o la del Código Civil en los supuestos analizados. No debe olvidarse al respecto la unidad jurisdiccional del Estado.

Un camino tortuoso a nivel argumentativo, cuyo origen se encuentra en la incorporación por referencia, de una normativa internacional para resolver un conflicto de leyes interno. Ello provoca distorsiones como las analizadas.

El mismo camino se recorrerá en materia de alimentos y por las mismas razones. En esta ocasión se tendrá que acudir al Protocolo de La Haya de 2007 por mandato del Reglamento 4/2009 (art. 15). Pues bien, el Protocolo se aplica porque tiene carácter universal. Su artículo 3 estipula que las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de residencia habitual del acreedor: en los dos supuestos, será la ley española. Es ahora, cuando corresponde determinar cual de los Derechos que coexisten en España se aplicará.

De nuevo, las sentencias de referencia aplican el Código Civil de Cataluña y el Código Civil, al tener el acreedor la residencia habitual respectivamente, en Barcelona y en Madrid. Las soluciones finales son correctas, pero falta implementar la argumentación.

En este caso, deberá acudirse al artículo 16.2 del Protocolo relativo a los sistemas jurídicos no unificados. Tal precepto dispone que si existen normas en vigor que determinen como aplicable la ley de una unidad territorial, se aplicará la ley de dicha unidad. Ello supone acudir, de nuevo, al artículo 16 CC que remite al art. 9.7CC que, a su vez, declara que la ley aplicable se determinará por el Protocolo de la Haya. Ello conduce, otra vez, a la aplicación del art. 3, ley de la residencia habitual del acreedor, que en clave de conflictos internos lleva, finalmente, a la aplicación del Derecho Civil catalán y del Derecho del Código Civil.

4. SELECCIÓN DE SITUACIONES EN LAS CUALES LOS DERECHOS CIVILES COEXISTENTES EN ESPAÑA SE APLICAN A ESPAÑOLES CON INDEPENDENCIA DE SU VECINDAD CIVIL

Esto va a ocurrir cuando las normas de solución no retienen como conexión la vecindad civil. Precisamente, es el caso de la ley aplicable al ejercicio de la responsabilidad parental y a las obligaciones de alimentos. Si en lugar de venezolanos o marroquíes (como era el caso de las sentencias analizadas) los padres e hijos son catalanes con vecindad civil catalana y tienen su residencia habitual en Madrid la argumentación que corresponde realizar es diferente.

[13] V. el informe explicativo sobre el Convenio de LAGARDE, Paul, *Actas de la Decimoctava Sesión* (1996), tomo II, La Haya pp. 43-44, disponible en: https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf

Al tratarse de un conflicto puramente interno se deberá desplegar, directamente, nuestro sistema de Derecho interregional. Ello implica acudir al artículo 16.1 CC que remitirá a las normas del Capítulo IV, esto es, al art. 9.4 y al art. 9.7. Una observación es necesario realizar, estos preceptos no se aplican porque la normativa a la que refieran (Convenio y Protocolo) tenga carácter universal, sino por su remisión directa, por lo que podrían perfectamente no ostentar tal carácter y serían igualmente aplicables; lo que no ocurre en sede de conflictos internacionales.

Según indica el art. 9.4 la ley aplicable al ejercicio de la responsabilidad parental se determinará con arreglo al Convenio de La Haya de 1996. Su artículo 16 dispone la aplicación de la ley del Estado de la residencia habitual del niño. Respecto a alimentos el 9.7 conduce al Protocolo de La Haya (art. 3) que determina la aplicación de la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos y por tanto, en ambos casos, el Derecho del Código Civil.

5. DISTORSIONES DEL SISTEMA DE DERECHO INTERREGIONAL

Una de las ideas que más se repiten actualmente en el ámbito del Derecho interregional, es la de la necesidad de modernizar el sistema[14]; incluso se sigue hablando (y más ahora que el tema se ha puesto de moda) de la necesidad de aprobación de una ley de Derecho Interregional. Curiosa esta propuesta cuando se llama a ella como única solución, si tenemos en cuenta que ya en 1946 el Congreso nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza ponía de relieve con contundencia la necesidad de "la promulgación urgente de una ley de carácter general que resuelva los problemas de Derecho interregional que surgen de diferentes regímenes civiles en España"[15]. El sistema quizás no funcione por la dejación del legislador estatal.

No obstante, se hace muy poca referencia a las distorsiones del sistema de Derecho Interregional. Estas vienen provocadas por el legislador estatal, el autonómico y los propios operadores jurídicos. El resultado es una perturbación generaliza que produce un maltrato del sistema.

Las distorsiones operadas por el legislador estatal, se encuentran relacionadas con una "malentendida" actualización del sistema. Lo que podría parecer una modernización al haberse modificado el art. 9.4, 9.6, 9.7 (y 107.2) del Código Civil, no es más que el arrastre, la "aniquilación" de las soluciones in-

[14] IRIARTE ÁNGEL, Borja, *La necesaria actualización del sistema de resolución de conflictos internos de leyes*, Madrid, 2023. Con anterioridad destaca la obra de FONT I SEGURA, Albert, *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, Estudios de Derecho internacional privado, núm. 10, Santiago de Compostela, 2007, y ZABALO ESCUDERO, Elena, "Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias" *Bitácora Millennium DIPr*, n.º 3, 2016, disponible en: https://www.millenniumdipr.com/ba-40-conflictos-de-leyes-internos-e-internacionales-conexiones-y-divergencias

[15] Y aún antes LASALA LLANAS, Manuel, *Sistema español de Derecho Civil Internacional e Interregional,* Madrid 1933.

ternas por las soluciones dadas a los conflictos internacionales producido por una "inconsciencia del legislador estatal"[16]. De forma que las soluciones que ahora se dan a los conflictos de leyes internos (en esas materias, a diferencia de otras) vía mandato del art. 16 CC, son las mismas que se dan a los internacionales, sin atender a las peculiaridades que presentan estos conflictos.

En definitiva, en estos temas se han eliminado nuestras propias soluciones de conflictos de leyes internos, y ello hubiera requerido de una reflexión y un estudio profundo. Al respecto debe tenerse siempre en cuenta el que la política legislativa de la Unión Europea, no tiene por qué coincidir con los intereses que deben de inspirar la política legislativa patria, relativa a nuestra realidad plurilegislativa.

Además esta dejación ha llevado a una *mala praxis* legislativa tóxica para el sistema. Valga como ejemplo en el ámbito de medidas de apoyo a personas con discapacidad, el artículo 9.6 CC[17]. Basta observar que determina como aplicable la ley española a las medidas provisionales y urgentes, cuando (de nuevo ha de recordarse) todas las leyes que coexisten en España son españolas[18]. Conviene advertir en este punto, del peligro de que se otorgue una preeminencia al Derecho civil estatal que iría en contra del principio de igualdad de todos los Derechos que coexisten en España.

El segundo tipo de distorsiones provienen del legislador autonómico. Este aprueba normas que infringen la reserva estatal del 149.1.8 CE sobre las normas para resolver conflictos de leyes[19]. En estos momentos, pululan normas inconstitucionales que se sabe que lo son, pero debido a los procedimientos de activación de la inconstitucionalidad, siguen viviendo y provocando claras distorsiones. Recuérdese por ejemplo, como se declaró inconstitucional el art. 2 de la Compilación balear o el 2.3 de la ley navarra de parejas de hecho. Esta realidad normativa viene a pervertir el mismo Derecho Interregional cuando termina siendo aplicado por los tribunales.

El tercer tipo de distorsiones son provocadas por el propio operador jurídico, al menos a dos niveles:

Por un lado, cuando no se aplican las normas de solución de conflictos de leyes internacionales, cuando corresponde hacerlo, y en su lugar, se aplican directamente las normas autonómicas del territorio del Tribunal que conoce

[16] Las tramitaciones parlamentarias no dejan duda de la nula importancia que se concede al Derecho interregional; v. sobre la modernización del sistema con claridad, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Cuestiones de Derecho Interregional en la aplicación de los nuevos Reglamentos comunitarios", *Jornadas sobre Derecho, inmigración y empresa*, AAVV, Colegio Notarial de Cataluña, 2019, pp. 1-25.

[17] DIAGO DIAGO, Mª Pilar, "La nueva regulación de la protección de adultos en España en situaciones transfronterizas e internas", *La Ley*, 2021, pp. 1-22.

[18] Lo mismo ocurre en el art. 9.4.

[19] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Derecho Interregional y Constitución", *RJIB*, n.º 22, 2022, disponible en: https://revistajuridicaib.icaib.org/derecho-interregional-y-constitucion/

del asunto[20]. Se pueden observar argumentaciones erróneas en torno a la aplicación territorial del Derecho autonómico, y a la eficacia territorial de normas sustantivas, que son detectadas y puestas de manifiesto por la STS 17 de febrero de 2021[21].

Por otro lado, las distorsiones provienen de la no aplicación, cuando corresponde hacerlo, de normas de solución de conflictos de leyes internas. Valgan como ejemplo dos sentencias de la AP de Tarragona de 16 de octubre de 2022[22] y la AP de Madrid de 1 de diciembre de 2022[23].

En ambos casos hay elementos heterogéneos que plantean, de manera inmediata, un conflicto de leyes interno relativo a la guarda y custodia de menores. Ello implica acudir al art. 16 y de ahí, al art. 9.6 (en su caso 9.4), como ya se ha visto. Pues bien, en las dos sentencias no se alude al problema de Derecho interregional y a su correcta solución.

Las sentencias sólo se focalizan en el hecho de que existe vinculación con el Derecho vasco, y lo que plantean es la exclusión de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores que dispone lo siguiente:

> *"Art. 2. 1. La presente Ley será de aplicación en todo el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Euskadi siempre que, conforme a lo previsto en la legislación civil que resulte de aplicación, el progenitor o progenitores que tengan la autoridad parental sobre sus hijos o hijas ostentan la vecindad civil vasca."*

La conclusión es que al no cumplirse lo dispuesto en el ámbito de aplicación (de dudosa constitucionalidad) de esta norma, se termina aplicando el Derecho catalán en la primera y el Derecho del Código Civil en la segunda.

Una vez más, resulta desolador comprobar el olvido absoluto del artículo 12.6 CC "los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español". El núcleo duro de todo el sistema tanto de Derecho Internacional Privado como de Derecho Interregional es la imperatividad de la norma de conflicto, no cumplir su mandato genera desviaciones jurídicas del todo intolerables.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Es importante recordar que el Derecho es la vida y que una *mala praxis* legislativa y un erróneo obrar por parte de los operadores jurídicos, pueden

[20] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, señala que "existe una cierta práctica en España que (…) prescinde de las correspondientes reglas (…) para aplicar la ley propia del territorio en el que actúa la autoridad: la ley catalana, si está conociendo un juez en Cataluña, la ley balear, si está conociendo un juez en las Islas Baleares" ("Cuestiones de Derecho Interregional…", *op. cit.*, p. 21).

[21] ECLI: ES:TS:2021:532.

[22] Roj: SAP T 1861/2022, de 16 de noviembre de 2022.

[23] Roj: SAP M 17893/2022, de 1 de diciembre de 2022.

complicar la vida de los ciudadanos. Muchas veces desconocen la realidad de que se van a ver sometidos a Derechos que no esperan y que puede que no conozcan, de ahí, la importancia de la información. A su vez, se debe continuar profundizando en el estudio del Derecho Interregional y denunciar, las veces que sean necesarias, las distorsiones del sistema. Todo ello con la esperanza de que algún día, las aladas palabras se conviertan en adecuadas iniciativas legislativas y en buena administración de justicia.

EL USUFRUCTO DE VIUDEDAD ARAGONÉS EN EL ESCENARIO DE LOS CONFLICTOS DE LEYES INTERNACIONALES E INTERNOS

THE ARAGONIAN WIDOWHOOD USUFRUCT IN THE SCENARIO OF INTERNATIONAL AND DOMESTIC CONFLICTS OF LAWS

Mª Elena Zabalo Escudero*

Palabras clave: Usufructo de viudedad aragonés, Derecho aragonés, conflictos de leyes, sistemas plurilegislativos.

Keywords: Aragonian widowhood usufruct, Aragon Law, conflicts of laws, multilegislative systems.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. SUCESIÓN CON ELEMENTO DE EXTRANJERÍA. 3. SUCESIÓN INTERREGIONAL. 4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Establece el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) en su artículo 192, siguiendo sus precedentes históricos, y dentro del título "Efectos generales del matrimonio", que la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca, viudedad que regula el Título V, y que da lugar, durante el matrimonio, a un derecho expectante y en el momento del fallecimiento, a la atribución del usufructo sobre los bienes del premuerto (art. 283. Comienzo y extinción del usufructo vidual).

La doctrina civilista ha escrito ríos de tinta sobre la naturaleza jurídica de dicha institución, resaltando su calificación matrimonial al vincularse su nacimiento a la celebración del matrimonio, y con independencia de cuál sea el concreto régimen económico, legal o pactado, en el marco de dicho ordenamiento jurídico aragonés. El derecho de viudedad durante el matrimonio fue el objeto del discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación del Notario de Zaragoza D. Adolfo Calatayud, publicado en el Anuario de la Academia (2017) a cuya lectura remito, así como a su bibliografía citada, para un riguroso estudio y análisis crítico de esta institución y de su calificación jurídica[1].

* Catedrática de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Zaragoza (ezabalo@unizar.es). Estudio realizado en el marco del Grupo de Investigación *Ius Familiae* S30_23R.

[1] Discurso de ingreso en la AAJL de D. Adolfo CALATAYUD SIERRA: "El derecho expectante de viudedad: su necesaria reconsideración", *Anuario de la AAJL*, 2017, p. 15 y ss. y Discurso de contestación de Dª Elena Zabalo Escudero, *Anuario de la AAJL*, 2017, pp. 141–149.

Pero no es el objeto de este trabajo ahondar en la regulación de la viudedad aragonesa, ni siquiera en su naturaleza, sino en como solventar el conflicto de leyes que se genera cuando existen elementos que llevan dicha institución a jugar en un marco de internacionalidad o de interregionalidad. En el primero de los casos, debido a la existencia de un elemento de extranjería en la relación jurídica, o en el segundo de los casos, de heterogeneidad, lo que en ambos casos lleva a poner en contacto el Derecho aragonés con otro ordenamiento jurídico.

2. SUCESIÓN CON ELEMENTO DE EXTRANJERÍA

¿Cómo afecta la presencia de un elemento de extranjería al usufructo de viudedad aragonés? Obsérvese que esta circunstancia se va a producir con facilidad cuando se trate de aragoneses que residan fuera de España, o de extranjeros que residan en Aragón, al margen de otros posibles elementos que puedan dotar a la sucesión de un carácter transfronterizo[2]. La atribución o no del mencionado derecho de usufructo dependerá de la previa solución del conflicto de leyes que genera la concurrencia de los ordenamientos que presentan conexión con la relación jurídica.

En este nivel conflictual, la solución la van a aportar las normas de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea, Reglamentos de carácter universal en cuanto a la ley aplicable, y que desplazan a la normativa interna en su coincidente ámbito material. Tales instrumentos determinarán la ley estatal, española o extranjera, conforme a la que se atribuirán los derechos qué según dicho ordenamiento, correspondan al cónyuge supérstite. En el caso de resultar designada la ley española, habrá que determinar, en una segunda fase, cuál de los ordenamientos civiles españoles se aplicará. Esta última cuestión dependerá de las normas de remisión a ordenamientos plurilegislativos, establecidas también en los referidos Reglamentos.

Son dos los instrumentos de la Unión Europea en materia de Derecho Internacional Privado que se refieren a los derechos del cónyuge supérstite. Por una parte, el Reglamento 2016/1103 en materia de regímenes económicos matrimoniales (en adelante REM), y por otra el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones (en adelante RS).

El primero de ellos (REM), aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges que resulten del matrimonio o de su disolución (Considerando 18), los excluye, al dejar fuera de su ámbito material, literalmente en su artí-

Disponible *on line*: *https://aajl.es/publicaciones/publicaciones-de-la-academia/*

[2] Sobre el concepto autónomo de sucesión transfronteriza véanse las sentencias del TJUE, asunto C-20/17, ECLI:EU:C:2018:485, y en el asunto C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569; *Vid*.: CARRILLO POZO, Luis Francisco: "Una síntesis del reglamento 650/2012: residencia habitual del de *cuius*, funciones judiciales, *professio iuris*. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (sala primera) de 16 de julio de 2020, asunto c-80/19" *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2021), Vol. 13, nº1, pp. 755-766.

culo 1.2.d), la sucesión por causa de muerte de uno de los cónyuges, mientras que el segundo (RS) incluye en el ámbito de la ley rectora de la sucesión los derechos sucesorios del cónyuge o pareja supérstite (art. 23.2.b), excluyendo expresamente las cuestiones relativas a los regímenes económico matrimoniales. La única relación entre ambas materias prevista en el RS, es que "las autoridades que sustancien la sucesión tengan en cuenta, en función de la situación, la liquidación del régimen económico matrimonial o de un régimen patrimonial similar del causante para determinar la herencia de éste y las cuotas hereditarias de los beneficiarios" (Considerando 12).

Se colige de esta delimitación normativa, que los instrumentos a aplicar a la situación del supérstite, cuya economía depende de la disolución del régimen matrimonial y de los derechos que se le atribuyen a causa del fallecimiento del causante, son distintos y las normas de conflicto de cada uno de ellos, aplicadas al caso en cuestión, pueden fácilmente dar lugar a la aplicación de ordenamientos distintos, y con ello a desajustes por acumulación o ausencia de derechos. Desajustes tradicionalmente corregibles en Derecho Internacional Privado a través de los denominados mecanismos de adaptación[3]; clásico problema de aplicación de la norma de conflicto[4] al que, a diferencia de la solución prevista en el Derecho autónomo, ex art. 9.8 *in fine* del Código Civil (en adelante CC), el Derecho de la Unión Europea, aparentemente, no aporta solución específica[5].

A título de ejemplo, el matrimonio que al tiempo de contraerse reside en España, sin haber otorgado capitulaciones ni pactado su régimen matrimonial, y en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges residen en Francia, tendrá como régimen matrimonial a liquidar el determinado por la ley española (art. 26.1 a) REM), mientras que sus derechos sucesorios se determinarán por la ley francesa (art.21.1 RS), todo ello en defecto de ejercicio de autonomía de la voluntad (cuestión que se tratará más adelante). Si además tuvieran vecindad civil aragonesa, o residieran en Aragón al tiempo del matrimonio, la pregunta es ¿se le atribuirá el usufructo de viudedad aragonés? En el caso inverso, residencia en Francia al tiempo del matrimonio y residencia en Aragón al tiempo del fallecimiento, el régimen matrimonial es el que resulte del derecho francés y el sucesorio del derecho español. Se repite la pregunta ¿se le atribuirá el usufructo de viudedad aragonés?

---

[3] En relación con los derechos de viudedad, *vid*: BOUZA VIDAL, Nuria, *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional*. Madrid, Tecnos 1977; ZABALO ESCUDERO, Elena, *La situación jurídica del cónyuge viudo en Derecho Internacional Privado e interregional*. Pamplona, Aranzadi, 1993.

[4] Problema clásico de los conflictos de leyes, *vid*. un tratamiento general del tema y sus orígenes doctrinales en FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, "Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 25, 2009, pp. 9-44.

[5] Como pone de relieve FONTANELLAS MORELL, Josep María, "Los derechos legales del cónyuge supérstite en los instrumentos europeos de Derecho Internacional Privado (1) *LA LEY Unión Europea*, nº 61, 31 de jul. de 2018, Editorial Wolters Kluwer.

Para responder a tal interrogante es necesario resolver dos clásicos problemas de aplicación de la norma de conflicto, en primer lugar, la calificación de la institución, y en segundo lugar, la solución de la remisión a los sistemas plurilegislativos, y todo ello en clave de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea[6].

La primera operación consiste en la calificación del supuesto de hecho de la norma de conflicto, esto es, de la categoría jurídica en la que se inscriben los derechos del supérstite que traen causa del fallecimiento de su cónyuge, para subsumirlos en su correspondiente norma conflictual. En este caso, la norma de conflicto es de fuente institucional, y a diferencia del mandato del art. 12.1 CC ordenando una calificación *lege fori*, los conceptos de los Reglamentos de la Unión son conceptos autónomos, objeto de interpretación uniforme por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), a los efectos de la aplicación de dichos textos normativos.

Dada la inclusión explicita de los derechos sucesorios del cónyuge en el RS, la cuestión a resolver es ¿son aplicables las normas de conflicto del RS al usufructo de viudedad aragonés?, ¿cuál será el concepto autónomo de "derechos sucesorios" del cónyuge? ¿Acogerá todo derecho que se atribuya al tiempo del fallecimiento, con independencia de su causa o naturaleza según el Derecho al que pertenezca?

En el momento en el que se escriben estas líneas, existe tan solo un precedente en la Jurisprudencia del Tribunal de la Unión, que es la sentencia de 1 de marzo de 2018, recaída en el asunto Mahnkopf (C-558/16)[7]. El Tribunal responde a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Berlín, consistente en determinar si está comprendido en el ámbito material del RS, un derecho establecido por el ordenamiento alemán que atribuye al supérstite (en la disolución del régimen matrimonial de participación en las ganancias) un incremento en un cuarto adicional de la parte alícuota de legítima.

Importa resaltar, en primer lugar, la siguiente afirmación del Tribunal relativa a la calificación autónoma: "de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que

---

[6] Ver, entre otros, IGLESIAS BUHIGUES, José Luis, "La remisión a la ley española en materia sucesoria y de régimen económico matrimonial", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2018), Vol. 10, nº1, pp. 233-247; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "El Reglamento 650/2012 sobre sucesiones y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o simplemente llamativos", *Revista de Derecho Civil*, vol. II. nº4, 2015 p. 7 y ss.; ZABALO ESCUDERO, Elena, "La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea", VVAA, *Perspectivas del derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, Madrid 2009. pp. 137-155.

[7] ECLI:EU:C:2018:138. Sobre la Sentencia, véase FONTANELLAS MORELL, Josep María, *op.cit.* 2018; ANTÓN JUÁREZ, Isabel, "Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge supérstite y certificado sucesorio europeo. ¿Una combinación explosiva?" *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2018), Vol. 10, nº 2, pp. 769 y ss.

el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme (sentencia de 18 de octubre de 2016, Nikiforidis, C-135/15, EU:C:2016:774, apartado 28 y jurisprudencia citada), interpretación que debe buscarse teniendo en cuenta no solo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte".

En segundo lugar, recuerda el Tribunal, que el REM excluye expresamente la sucesión por causa de muerte, y por último, que la calificación como sucesoria de dicha parte alícuota permite hacerla constar en el certificado sucesorio europeo y que la consecución de los objetivos de tal certificado podría verse obstaculizada si no contuviera información completa de todos los derechos hereditarios del cónyuge supérstite.

Concluye así el Tribunal, que está comprendido en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento un precepto de Derecho nacional, como el controvertido en el litigio principal, que establece, para el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges, el reparto a tanto alzado de las ganancias mediante un incremento de la parte alícuota de la herencia del cónyuge supérstite.

De seguirse una calificación expansiva de los derechos que se atribuyen al supérstite al fallecimiento de su cónyuge, como derechos sucesorios, la suerte del derecho de usufructo aragonés vendría determinada por la norma de conflicto del RS, según la cual será de aplicación, como conexión objetiva y en defecto de elección de la ley nacional, la ley de residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, y si dicha residencia se localiza en España, la ley española se aplicará, con independencia de la nacionalidad, a la sucesión de quien residiera en nuestro país.

A partir de esta premisa, y para responder a la interrogante de partida, ¿cuándo procederá la atribución del usufructo aragonés?, se hace preciso determinar cuál de los ordenamientos civiles españoles va a ser de aplicación. Al tratarse de una sucesión internacional la respuesta la suministra el propio RS, que en su art. 36.1, remite a las normas de conflicto de leyes internas para la determinación de la ley aplicable en los ordenamientos plurales (remisión indirecta), y a falta de tales normas, el apartado 2 establece que toda referencia a la ley de residencia habitual se entenderá como una referencia a la ley de la correspondiente unidad territorial (remisión directa).

Una vez identificada la ley española por el RS como ley aplicable a la sucesión, siguiendo el mandato del artículo 36.1 RS, será de aplicación el artículo 16.1, con su remisión al 9.8 CC, de donde resulta la aplicación de la ley de la vecindad civil del causante a la sucesión. De manera qué si el causante tuviera vecindad civil aragonesa en el momento de su fallecimiento, su viudo o viuda gozará del usufructo establecido por el mencionado ordenamiento

aragonés, siendo igualmente aplicable este ordenamiento en el caso de que el causante de nacionalidad extranjera hubiera fallecido con residencia habitual en Aragón[8]. A esta última conclusión se llega, bien por el juego del 36.1 RS, junto con el 16.1, 9.8 y la solución subsidiaria del artículo 9.10 CC (al que también llega la remisión del 16.1), o por entender aplicable la vía de la remisión directa del 36.2 RS a la unidad territorial de residencia habitual del causante[9]. Todo ello con independencia de la naturaleza jurídica o calificación que el Derecho aragonés pudiera atribuir a tal derecho, pues su aplicación se ve arrastrada por una norma de conflicto europea que se aplica con sus propias calificaciones[10], y que incluye los derechos "sucesorios" del cónyuge viudo en la ley sucesoria.

Dicho esto, no conviene olvidar el papel que los Reglamentos de la Unión, tanto en materia de régimen matrimonial como en materia sucesoria, atribuyen a la autonomía de la voluntad, si bien de manera limitada. La posibilidad establecida en el art. 22 del REM de elegir, como ley aplicable al régimen económico matrimonial, la ley de la residencia habitual o nacionalidad de cualquiera de los cónyuges en el momento del acuerdo, junto a la que ofrece el art. 22.1 de elegir como ley sucesoria la ley nacional, permite hacer coincidir ambas leyes, eliminando la fragmentación normativa entre el régimen matrimonial y el sucesorio[11]. Solución ésta muy recomendable en el caso en que se opte por someter el conjunto de la ordenación patrimonial a la ley española, y que de las normas de remisión a las normas de conflicto de leyes internos resulte aplicable el derecho aragonés, dada la unidad que en este ordenamiento presenta el usufructo de viudedad con el matrimonio y su derecho expectante.

---

[8] Sin que la nacionalidad extranjera (y consiguiente ausencia de vecindad civil) fuera óbice para su aplicación, ZABALO ESCUDERO, Elena, "Pactos sucesorios de extranjeros residentes en España: la respuesta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su resolución de 10 de agosto de 2020". *Revista de Derecho Civil Aragonés,* 2020-2021, pp. 157 ss.

[9] Véase el análisis sobre esta cuestión realizado en estudio anterior y bibliografía citada, por ZABALO ESCUDERO, Elena, "Los conflictos de leyes internos: una perspectiva actual del panorama interregional español", VVAA, *Repensar la Unión Europea. XXVII Jornadas de la AEPDIRI*. Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 341–356.

[10] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *op.cit*. 2015, p. 14: "Los arts. 36 y 37 del Reglamento son «normas de aplicación» o de funcionamiento y han de desempeñar tal papel. Las normas de conflicto que han identificado la ley aplicable como la de un Estado plurilegislativo no pasan el testigo a las normas internas, para que estas asuman la tarea como si se tratase de un caso meramente interno". *Ibidem*: *op. cit*. p. 21-22: "Es, por otro lado, lo que pasaría si el supuesto fuese exclusivamente nacional; si fuese un supuesto simple de Derecho interregional. Ocurre que no lo es y que, a mi juicio, la norma de Derecho interregional (el art. 16.2 CC o el art. 9.8 CC en el caso de no estar involucrada la viudedad aragonesa) no puede resucitar lo que el Reglamento liquidó. Pienso que en este caso la remisión que el art. 36.1 del Reglamento hace a las normas españolas sobre conflictos de leyes internos habría de omitir las reglas especiales sobre derechos del cónyuge supérstite"

[11] ANTÓN JUÁREZ, Isabel, *op.cit*. p. 775.

3. SUCESIÓN INTERREGIONAL

La ausencia de elementos de extranjería en la relación jurídica matrimonial y sucesoria hace que el devenir de los derechos de los cónyuges dependa exclusivamente del ordenamiento interno, pero no deja de ser susceptible de producir conflictos de leyes, cuando dicha relación presenta elementos de contacto con más de uno de los ordenamientos civiles que coexisten, en pie de igualdad, en España.

Los Reglamentos de la Unión Europea se declaran inaplicables a las situaciones puramente internas, estableciendo cláusulas de exclusión, como las que pueden leerse en el art. 38 del RS o en el 34 del REM, que eximen a los Estados plurilegislativos de la obligación de aplicar dichas normas a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre los ordenamientos de las distintas unidades territoriales[12], lo que no significa, como señalara Alegría Borrás[13], que no se puedan aplicar si el legislador estatal así lo dispone[14], no siendo este el caso de los conflictos de leyes internos en materia de régimen matrimonial y sucesorio.

Descartada la aplicación de los Reglamentos de la UE, la determinación del derecho aplicable de entre los distintos Derechos civiles españoles, con los que la situación del cónyuge supérstite presente conexión, viene indicada en el art. 16.1 CC con su remisión a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar, esto es, a las normas de Derecho Internacional Privado autónomo.

En ellas debería hallarse la respuesta a la cuestión de si corresponde al supérstite el usufructo de viudedad aragonés. El artículo 9.8, al que el 16.1 remite para su aplicación a los conflictos de leyes internos, incluye en su inciso final una solución especial para los derechos de viudedad, que ordena determinarlos por la ley rectora de los efectos del matrimonio. Pero además el artículo 16 en su apartado 2º contiene una solución específica para el derecho de viudedad "regulado en la Compilación aragonesa" (*sic*), hoy en el Código de Derecho Foral de Aragón.

Las primeras reacciones doctrinales a la introducción del inciso final del artículo 9.8 por la Ley 11/1990, pusieron de relieve el impacto que la norma pudiera tener sobre el artículo 16.2 del mismo Código en su redacción de

---

[12] ZABALO ESCUDERO, Elena, "Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias", *Bitácora Millennium DIPr* nº 3, 2016, p. 11 y 12. Disponible en: *https://www.millenniumdipr.com/ba-40-conflictos-de-leyes-internos-e-internacionales-conexiones-y-divergenciase*

[13] BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "El Derecho interregional: realidades y perspectivas" en VVAA: *La codificación del Derecho civil de Cataluña*, Madrid, 2011, p. 555: Todos los textos convencionales y comunitarios se ocupan de destacar que el Estado plurilegislativo "no estará obligado" a aplicar dichos instrumentos a los conflictos puramente internos, pero tampoco es, por tanto, imposible hacerlo si se desea, lo cual, dada la movilidad de las personas, es una solución positiva, dando idéntica solución a ambos tipos de supuestos.

[14] Como ha sucedido con los textos convencionales en materia de responsabilidad parental y alimentos, *vid*. ZABALO ESCUDERO, Elena, *op. cit*., 2016, p. 14 y 15.

1974, sin que el legislador pareciera haberlo observado al mantenerlo sin modificación en la redacción de 1990[15]. A ello hay que añadir las diferentes interpretaciones a que la redacción de dicha norma diera lugar, hasta que la esclarecedora sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014 recondujera el sentido de su aplicación[16].

La pervivencia del artículo 16.2 CC carece de sentido tras la introducción del inciso final del 9.8, es una norma innecesaria, ni siquiera en su consideración de norma especial, que es como se viene justificando su aplicación en la práctica. Una norma especial da respuesta a un problema jurídico que requiere una solución diferente de la solución general y no es este el caso contemplado en el art. 16.2 a partir de 1990, ni en su primer párrafo, ni en el párrafo tercero.

Es necesario realizar una lectura actualizada[17] del citado artículo 16.2, que se refiere al derecho regulado en "la Compilación" y al desajuste producido por un cambio de vecindad, "aunque después cambie su vecindad civil", ya que por el juego de las vigentes normas de conflicto aplicables al régimen matrimonial y sucesorio, puede reproducirse el mismo desajuste sin cambio alguno de vecindad. Por ejemplo, sería el caso de cónyuges de vecindad civil catalana y común que residen en Zaragoza al tiempo de la celebración, su matrimonio se rige por derecho aragonés por la conexión subsidiaria del 9.2, mientras que en caso de fallecimiento de cualquiera de los cónyuges la ley sucesoria sería otra. Los derechos de viudedad, en virtud el 9.8 *in fine*, se determinarán por la ley aplicable a los efectos del matrimonio, la aragonesa.

El primer párrafo del artículo 16.2, atribuye el usufructo aragonés a los cónyuges cuyo régimen matrimonial se rige por el derecho aragonés, con exclusión de la legítima que pudiera provenir de una ley sucesoria distinta. Sin embargo, no hay legítima que tenga que ser excluida, porque la ley sucesoria no es aplicable a los derechos que por ministerio de la ley correspondan al cónyuge viudo, al quedar estos determinados por la ley de los efectos del matrimonio. De manera que el 9.8 *in fine* erradica el problema de acumulación de derechos entre el usufructo aragonés y otros derechos legitimarios que pretende solucionar el 16.2, llegando además a la misma solución. Al no nacer el problema, sobra la solución, lo que hace inaplicable el 16.2, párrafo primero.

El tercer párrafo del art. 16.2 plantea la solución inversa, atribuye el usufructo aragonés de viudedad si el cónyuge fallecido tiene vecindad civil aragonesa en el momento de la muerte, lo que a juicio de la doctrina civilista

---

[15] DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, "Comentario al artículo 16.2 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T.I, Vol. 2, 1995, p. 1286 y 1287.

[16] Comentario de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, en *REDI*, 2014, 2, pp. 285-288.

[17] *Vid*. desarrollado este argumento en ZABALO ESCUDERO, Elena, *La situación jurídica del cónyuge viudo*, Pamplona, Aranzadi, 1993, pp. 195 a 197.

aragonesa supone dotarlo de un carácter sucesorio que difiere de la calificación matrimonial derivada del ordenamiento aragonés[18]. Procede también hacer una lectura actualizada de dicha solución para ver si resulta necesaria tal norma "especial". Cuando un aragonés fallece gozando de dicha vecindad en el momento de su fallecimiento, la ley sucesoria es la ley aragonesa (art. 16.1 y 9.8), pero dado que el Derecho aragonés no establece ningún derecho de viudedad de naturaleza sucesoria (por la calificación matrimonial que lo inspira), la citada norma atribuye ese usufructo para que no se produzca una ausencia de beneficios viduales cuando la ley rectora del matrimonio ha sido otra y no los contempla en sede matrimonial.

Pues bien, tal problema no se plantea a partir de la introducción del inciso final del articulo 9.8, pues el viudo tendrá los derechos que por ministerio de la ley le atribuyan la ley rectora de los efectos del matrimonio. Otra vez la solución general erradica el problema al que quiere dar solución la supuesta norma especial, cuya aplicación ciega supondría una acumulación de derechos, al añadir el usufructo aragonés a los derechos de viudedad que deriven de la ley aplicable al régimen matrimonial, e incluso podría contravenir el principio de igualdad de los derechos civiles coexistentes[19].

Desde la ciencia de los conflictos de leyes, tanto el art. 9.8 *in fine*, como el 16.2, constituyen ejemplos de mecanismos de ajuste, conocidos como técnicas de adaptación, que buscan equilibrar los derechos derivados de la concurrencia de leyes distintas sobre una misma situación jurídica[20], en este caso, los derechos que pertenecen al cónyuge viudo por el fallecimiento del consorte. Los mecanismos de ajuste pueden operar sobre las normas de conflicto, adaptación conflictual, o sobre los derechos materiales derivados del concurso de tales normas, adaptación material[21].

El artículo 9.8 *in fine* se sitúa en el primer grupo, produciendo una adaptación conflictual, en cuanto excluye una de las normas de conflicto en juego, la ley sucesoria, e incluye los derechos del cónyuge supérstite en la norma de conflicto sobre los efectos del matrimonio, con independencia de su naturaleza. Al operar una sola ley, ya no pueden producirse desajustes entre derechos materiales proveniente de diferentes ordenamientos.

Por el contrario, el art. 16.2, realiza una adaptación material, entre un derecho que deriva del ordenamiento aragonés, de naturaleza matrimonial, como es el usufructo de viudedad y los que puedan derivarse de la concurrencia de otros ordenamientos que entren en escena como derechos sucesorios.

---

[18] CALATAYUD SIERRA, Adolfo, *op.cit*., 2017, p. 19 y nota 8; BAYOD LÓPEZ, Carmen, *El Derecho civil aragonés en el Siglo XXI: Algunas cuestiones prácticas*, Zaragoza, Gobierno de Aragón, 2022, p. 44.

[19] ZABALO ESCUDERO, Elena, *op.cit*., 1993, pp. 198 y 199.

[20] FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *op.cit.*, 2009, pp. 9-44.

[21] BOUZA VIDAL, Nuria, *op. cit*., 1977; ZABALO ESCUDERO, Elena, *op.cit*., 1993 y referencias doctrinales allí citadas.

Derechos del cónyuge viudo, estos últimos, que ya no concurren al haberse descartado, vía adaptación conflictual, la ley sucesoria.

Por ello, la adaptación conflictual se dirige a eliminar de raíz el problema de concurrencia o ausencia de beneficios viudales, al someterlos a una única ley, y al no existir concurrencia o ausencia de derechos se excluye por sí misma una adaptación material. De lo expuesto se colige que el art. 9.8 *in fine* hace perder su sentido y funcionalidad al 16.2, al eliminar el problema al que esta última norma daba respuesta, al margen de que ha quedado desactualizada en el contexto de las vigentes soluciones conflictuales, como se ha puesto de relieve anteriormente[22].

4. CONCLUSIONES FINALES

A modo de conclusión, y tras las anteriores reflexiones, la respuesta al interrogante de a quien corresponde el usufructo de viudedad aragonés, dependerá del escenario en el que se situé la relación jurídica de la que deriva, esto es, la sucesión del causante como consecuencia de su fallecimiento.

En el ordenamiento español el vínculo que une a los españoles con su correspondiente Derecho civil es la vecindad civil, como bien reza el artículo 14.1 CC, y por lo que se refiere en concreto al Derecho civil foral aragonés, el propio Estatuto de Autonomía de Aragón, que en su artículo 9.2 le atribuye eficacia personal y lo declara aplicable a quienes ostenten la vecindad civil aragonesa. No cabe duda alguna de qué si la relación jurídica de la que deriva el apreciado derecho de viudedad es homogénea, esto es, todos sus elementos se conectan al ordenamiento aragonés, este se aplicará directamente, y el viudo/a tendrá su usufructo, sin entrada en escena de norma de conflicto alguna, al no existir elementos conectados a otros ordenamientos civiles españoles que hagan necesario resolver un conflicto de leyes.

Pero si la situación ya no depende sólo del ordenamiento aragonés, por ser este uno más de los que concurren en la relación jurídica, entonces su aplicación pasa a depender de la previa solución del conflicto de leyes, y esta solución será diferente según si la relación jurídica se sitúa en el plano interregional o internacional.

En el ámbito interregional, cuando la situación es heterogénea por presentar puntos de contacto con distintos Derechos civiles españoles, el usufructo aragonés procederá si como consecuencia de las conexiones del artículo 9 CC, la ley aragonesa es la aplicable a los efectos del matrimonio, ley que determina a su vez los derechos de viudedad conforme al 9.8 *in fine* (por remisión del 16.1) aunque la ley sucesoria fuera distinta, haciendo dicho artículo desaparecer los desajustes a los que daba respuesta el art. 16.2.

[22] ZABALO ESCUDERO, Elena: *op.cit*., 1993, p. 200.

El último escenario nos sitúa en el plano internacional, al existir elementos extranjeros en la situación jurídica. La solución de conflicto de leyes viene entonces de la mano de la normativa de la Unión Europea, que incluye los derechos sucesorios del cónyuge en el ámbito material del RS; y si en virtud del mismo resulta aplicable la ley española, sus normas de remisión a los sistemas plurilegislativos llevarán a la aplicación del derecho aragonés, ya por ser este ordenamiento el de la residencia habitual del causante si fuere extranjero, ya por ser el de la vecindad civil si el causante fuera aragonés y residiera también en España o hubiera elegido la ley española conforme al referido Reglamento.

Solución esta última con visos de provisionalidad, a la espera de que el TJUE consolide el concepto autónomo de derechos "sucesorios" del cónyuge, de lo que dependerá la subsunción en tal concepto del usufructo de viudedad aragonés, independientemente de la calificación que le corresponde conforme a la legislación nacional y, en concreto, a la aragonesa.

Coordinación a cargo de
Enrique MARTÍNEZ PÉREZ

LA GUERRA EN GAZA
THE WAR IN GAZA

NOTA INTRODUCTORIA
INTRODUCTORY NOTE

Enrique J. Martínez Pérez*

La guerra entre Israel y Hamás en Gaza continúa después de más de cuatro meses desde los salvajes ataques cometidos por las milicias de Hamás y otros grupos yihadistas el 7 de octubre de 2023. Ese día murieron más de 1000 personas y cerca de 200 fueron secuestradas, soldados y civiles. La mortífera respuesta militar israelí en la Franja de Gaza ha supuesto una catástrofe humanitaria con cerca de 30.000 fallecidos y 70.000 heridos, la destrucción de instalaciones civiles y el desplazamiento forzado de millones de palestinos.

Ambas actuaciones plantean numerosas cuestiones desde la perspectiva del Derecho Internacional que la Revista no podía dejar de abordar. Distintas contribuciones se incluyen en esta sección del Foro, lugar de reflexión y debate académico entre juristas que tiene la intención de contribuir a la construcción de conocimientos teóricos y prácticos desde una perspectiva analítica, crítica y axiológica.

Para ello, hemos contado con cuatro profesores de Derecho Internacional Público, todos ellos miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI). Por supuesto, hubiéramos deseado abrir este encuentro académico a más colegas de nuestra disciplina, pero por razones editoriales teníamos limitadas las intervenciones. En todo caso, viendo como transcurren los acontecimientos, seguro que será necesario volver a abordar las cuestiones aquí planteadas.

* Profesor Titular de la Universidad de Valladolid. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista y coordinador de la Sección "Foro" del área de Derecho Internacional Público (enriquejesus.martinez@uva.es).

DOI: 10.36151/REDI.76.1.12

Los autores de estas contribuciones han tenido total libertad para elegir cualquiera de los temas que plantea este conflicto. Así pues, algunas cuestiones se repetirán, aunque examinadas desde diferentes perspectivas. Entre otras, se debate acerca de: el concepto de terrorismo internacional; los posibles crímenes internacionales conforme a los que se calificarían jurídicamente los hechos; la justificación de la legítima defensa; diferentes aspectos del Derecho Internacional Humanitario, incluida la ocupación y el Derecho aplicable; la respuesta de la Comunidad Internacional; o el papel de la Corte International de Justicia y de la Corte Penal Internacional.

Aunque sinceramente creo no necesitan presentación, permítanme unas líneas sobre los profesores que participan. Romualdo Bermejo García es catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Doctor por la Universidad de Friburgo y Diplomado en diferentes Institutos (Estudios Europeos de Ginebra; Derechos Humanos de Estrasburgo; Derecho Internacional de Salónica y Altos Estudios Internacionales de Ginebra), ha sido profesor en las Universidades de Alicante, Valencia, León y profesor visitante en la Universidad de Friburgo (Suiza). Concepción Escobar Hernández es catedrática de Derecho Internacional Público en la UNED; es directora del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de Cruz Roja Española y ha sido miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (2011-2022). Antonio Remiro Brotóns es catedrático emérito de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Madrid y miembro del Instituto de Derecho Internacional; ha sido abogado y consejero de diferentes países en litigios ante la Corte Internacional de Justicia y en arbitrajes internacionales. Ana Salinas de Frías es catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Málaga y es actualmente ~~es~~ Juez *Ad Hoc* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en nombre del Reino de España; preside la AEPDIRI y es miembro del *Board* de la *European Society of International Law* (ESIL).

A todos ellos, en nombre del equipo editorial de la Revista, queremos agradecerles, muy sinceramente, su esfuerzo y su dedicación. La calidad y la exhaustividad del análisis realizado en sus contribuciones bien merecen un pequeño parón en nuestra rutina diaria para dedicarle unos minutos a su lectura, que seguro nos hará reflexionar sobre esta terrible tragedia.

EL CONFLICTO DE GAZA TRAS LOS ATAQUES DE HAMÁS DEL 7 DE OCTUBRE

THE CONFLICT OF GAZA AFTER THE ATTACKS OF HAMAS OCTOBER 7

Romualdo Bermejo García*

Palabras clave: Conflicto en Gaza, reacción israelí, Gaza no es territorio ocupado, legítima defensa, Derecho internacional humanitario.

Keywords: The Conflict in Gaza, Gaza is not an Occupied Territory, Self-defense, International Humanitarian Law.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LOS ATAQUES DE HAMÁS DEL 7 DE OCTUBRE Y LA REACCIÓN ISRAELÍ. 2. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA FRANJA DE GAZA: ¿SE TRATA DE UN TERRITORIO OCUPADO O NO?. 3. LA LEGÍTIMA DEFENSA. 4. LOS PROBLEMAS SURGIDOS RELACIONADOS CON EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO.

1. INTRODUCCIÓN: LOS ATAQUES DE HAMÁS DEL 7 DE OCTUBRE Y LA REACCIÓN ISRAELÍ

Los ataques de Hamás en Israel dejaron un reguero de atrocidades que poco a poco se han ido conociendo, pues no solo mataron sin piedad a los soldados que por una razón o por otra defendieron los Kibbutzs, las aldeas y otras zonas de poblaciones no solo ya cercanas a la frontera, sino que lograron introducirse más al interior cometiendo amputaciones y violaciones, etc., llevándose a Gaza unos 240 rehenes. Los que ya han sido liberados han declarado que muchos los mataban de hambre y los drogaron, manteniéndolos en túneles húmedos o áticos oscuros, siendo muchos de ellos apaleados y golpeados por sus captores o incluso por grupos de palestinos furiosos, quemando a otros las piernas con los tubos de escape de las motos en las que los transportaban para que pudieran ser identificados en el caso de que pudieran huir. Durante los casi cincuenta días que ha durado el secuestro de estos que ya han sido liberados, los rehenes han declarado que los amenazaban con rifles, dejándolos en una soledad aterradora, sobre todo a los niños.

Aparte de que todo esto tendrá que ser investigado de una forma más pormenorizada, es evidente que ya se tiene conocimiento de que también se violaron a los hombres, tal y como estos han declarado, por lo que el horror quizás solo acaba de empezar. Ya ha habido musulmanes que han señalado que nada de esto forma parte del Islam, mientras otros han mostrado su ho-

* Catedrático de Derecho Internacional Público. Visitante-Investigador en Friburgo (rberg@unileon.es).

rror ante lo sucedido. Por ejemplo, Mansur Abbas, líder del Partido *Raam*, que ha sido la primera fracción independiente de mayoría árabe en unirse con una coalición israelí, ha declarado en relación con los ataques de Hamás del 7 de octubre que "*… toute action entreprise contre des personnes innocentes —contre des femmes, des enfants, des personnes* âgées*— est inhumaine et va* également *à l'encontre des valeurs de l'islam. Nous condamnons catégoriquement cela. Cela ne peut pas être discuté ou justifié car cela va à l'encontre de toute les valeurs humaines et religieuses… mais en même temps, nous ne pouvons pas oublier qu'une lutte politique est en cours*"[1]. Sin embargo, para este líder árabe, las acciones violentas llevadas a cabo por los grupos armados siempre han fracasado, castigando así al pueblo palestino. De ahí que haya abogado por que los grupos armados palestinos de distinta índole depongan las armas y empiecen a trabajar conjuntamente con la Autoridad Palestina. No obstante, cabe preguntarse si esto es suficiente, dadas las dudas que en muchos casos genera Mahmud Abbas.

El impacto que estos ataques y la captura de rehenes ha tenido en Israel es ya conocido, como no podía ser de otra manera, y la reacción ha sido inmediata, al considerar tales hechos como una especie de segundo Holocausto. Dejando de lado las opiniones de unos y otros sobre la reforma judicial y sobre Netanyahu, el pueblo israelí, y el judío a nivel internacional, se han unido en una especie de alzamiento popular para venir en ayuda del Estado de Israel, con el resultado nunca visto de haber movilizado a 360.000 soldados, entre los voluntarios que han acudido a filas y los reservistas. Pocos Estados pueden enorgullecerse de estos resultados, puesto que, en otros casos, en vez de acudir a filas, huían por donde podían al extranjero, y ejemplos recientes así lo ponen de manifiesto.

Tras los ataques se creó inmediatamente un Gabinete de Guerra compuesto por Netanyahu más otros cinco miembros, Benny Gantz, exjefe del Estado Mayor, Yoav Gallant, actual Ministro de Defensa, Ron Dermer, Ministro de Asuntos Estratégicos, Herzi Halevi, Jefe de Estado Mayor de las Fuerzas de Defensa de Israel, y Gadi Eisenkot, Ministro sin cartera, y antiguo Jefe de Estado Mayor. Estos dos últimos con rango de "observadores", lo que implica que no pueden votar, y otros dos con poder de voto, Benny Gantz y Yoar Gallant, mientras que el actual Jefe de Estado Mayor, Halevi, será consultado. El Gabinete tiene la potestad de adoptar cualquier decisión sobre la guerra sin consultar a la Knesset, guardando Netanyahu la última palabra. Todos ellos, han jurado de una forma o de otra "borrar a Hamás de la faz de la tierra", aunque con distintas fórmulas.

En efecto, la conmoción de estos ataques en Israel ha sido tal que, al margen de los errores que haya habido por parte de los servicios de inteligencia

[1] Cfr. MAGIC, Jacob, "Mansour Abbas appelle les groupes armés palestiniens à déposer les armes et à travailler avec l'AP", *The Times of Israël*, 1 Déc. 2023.

israelíes, incluso se habla de un complot traidor que permitió a los milicianos de Hamás obtener mapas detallados de las bases militares israelíes años antes de los ataques, según ha puesto de manifiesto un Informe de *The Guardian* el 4 de diciembre de 2023. Lo cierto es que el Mossad israelí, según ha declarado su Director Ronen Bar, ha afirmado lanzar una "operación" similar a la que se desencadenó en 1972 con el nombre *"Operation Wrath of God"* para eliminar los terroristas de la matanza de los atletas israelíes en las Olimpiadas de Munich. Así las cosas, lo que ha ocurrido el 7 de octubre de 2023 es nuestro "Munich", y *"We'll kill Hamas leaders in Qatar, Turkey, etc."*.

Es la primera vez que el Director del Mossad comenta los actuales acontecimientos en Gaza. Tampoco hay que dejar de lado ciertos comentarios en este sentido del Ministro de Defensa israelí, Yoav Gallant, al indicar que los líderes de Hamás estaban viviendo "*on borroved time*" ya que *"they are marked for death"*. Por su parte, el Primer Ministro, Benjamin Netanyahu, también ha salido a la palestra para anunciar el 22 de noviembre de 2023: *"I have instructed the Mossad to act against the heads of Hamas wherever they are"*. La capacidad de acción del Mossad está, como se sabe, fuera de toda duda, ya que según Ronen Bergman, autor del libro *"Rise and Kill First"*, más de 2700 operaciones han sido llevadas a cabo por estos servicios de inteligencia desde la Segunda Guerra Mundial. Una de las últimas operaciones atribuidas a Israel ha sido el asesinato del científico nuclear iraní Mohsen Fakhrizadeh el 27 de noviembre de 2020, que cayó en una emboscada a unos 90 km. de Teherán.

Las condenas que estos ataques han suscitado en la comunidad internacional, salvo algunas excepciones procedentes de grupos armados radicales, o de países islámicos, no ha evitado que la respuesta militar israelí sobre Gaza no haya sido del gusto de todos, al considerarla por parte sobre todo de los organismos onusianos, no solo "desproporcionada", sino incluso como inútil, al castigar no tanto a los milicianos de Hamás, sino al pueblo de Gaza, dadas las especificidades que encierra la Franja tanto a nivel de su escasa superficie, 365 km^2, como de su numerosa población, en torno a 2.400.000 habitantes. Bajo este mismo prisma se han planteado las reacciones de los Gobiernos de algunos Estados, aunque unos más que otros, como Brasil o España. Esto ha empañado las claras condenas a los ataques del 7 de diciembre, introduciendo en ellas una serie de matices que dejaban de lado, o casi ignoraban, los ataques iniciales de Hamás, centrando los reproches en cómo Israel llevaba a cabo las operaciones militares sobre el terreno, resquebrajándose así las francas condenas, por inadmisibles a todas luces, en torno a cómo Hamás había llevado a cabo los ataques, para centrarse en las acerbas críticas contra Israel por llevar a cabo las operaciones armadas sin respetar ciertas normas básicas de Derecho internacional humanitario.

Hechas estas consideraciones pasamos ahora a comentar brevemente tres aspectos claves que están presentes en este conflicto: el estatuto jurídico de La Franja de Gaza; la cuestión de saber si tiene Israel el derecho de legítima

defensa; y los problemas surgidos relacionados con el Derecho internacional humanitario (DIH).

2. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA FRANJA DE GAZA: ¿SE TRATA DE UN TERRITORIO OCUPADO O NO?

Las controversias que se han suscitado sobre la cuestión de saber cuál es el estatuto jurídico de Gaza para saber si se trata de un territorio ocupado o no según el Derecho internacional no han cesado desde que Israel se retira completamente de este territorio en septiembre de 2005, aunque los preparativos se inician ya unos años antes bajo el Gobierno de Ariel Sharon. Desde esta perspectiva, la cuestión que surge de forma despiadada es saber cómo calificar en la actualidad la situación en Gaza, ya que, tras la retirada completa de las tropas israelíes, así como de los ocho mil colonos asentados en este territorio, no hay ninguna presencia ni civil ni militar de Israel. Desde entonces, es decir desde 2005, esta nueva situación sobre el terreno trae consigo que es muy difícil seguir considerando a Israel como Potencia Ocupante sobre este territorio a la luz del Derecho internacional humanitario.

Así las cosas, si recurrimos al Derecho que regula la ocupación, conviene apuntar que fue codificado ya en el Reglamento de La Haya del 18 de octubre de 1907, en cuyo artículo 42 se recoge que "Se considera como ocupado un territorio cuando se encuentra colocado de hecho bajo la autoridad del ejército enemigo. La ocupación no se extiende sino a los territorios donde esa autoridad está establecida y en condiciones de ejercerse".

El Reglamento de La Haya, que fue el pilar fundamental en esa época del concepto de "ocupación", sería colmado después por los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, con el fin de reforzar y de asegurar la protección de las víctimas de la guerra al imponer un conjunto de normas a las Potencias Ocupantes, con el fin de garantizar tanto el Derecho internacional humanitario *stricto sensu* como el de los derechos humanos, ambos muy interrelacionados. Esto último se encuentra desarrollado sobre todo en el Cuarto Convenio de Ginebra que versa sobre "la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra". Este marco de protección se encuentra reforzado por el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra del 8 de junio de 1977, aunque Israel no es Parte en él, por lo que solo estaría vinculado por las normas consuetudinarias. No obstante, conviene poner de relieve que ni en el cuarto Convenio de Ginebra ni en el Protocolo se ha dado ninguna otra definición, por lo que se retiene la dada por el precitado Reglamento de La Haya.

Desde este prisma, lo más relevante para que se pueda hablar de una ocupación es saber si el territorio en cuestión está *de hecho* ocupado o no, lo que va a requerir un control del territorio. Por lo tanto, no se va a tratar de un mero estacionamiento de tropas durante una determinada invasión o ataque.

Va a ser ese control del territorio lo que va a permitir establecer una cierta organización y un grado de estabilidad en el poder que se va a ejercer sobre ese territorio por el poder establecido por la Potencia Ocupante, excluyendo así la autoridad de la Potencia Ocupada sobre el territorio objeto de ocupación. Es decir, la sola presencia miliar de fuerzas enemigas para llevar a cabo un ataque o incluso una invasión en territorio enemigo no es suficiente para poder afirmar que hay un control de hecho sobre el territorio al mando de una "autoridad" tal y como prevé el Reglamento de La Haya. Es ese control del territorio el que tiene que permitir que la autoridad en cuestión no solo esté allí, sino que "esté en condiciones de ejercerse", como prevé el artículo 42 del Reglamento de La Haya. La Corte Internacional de Justicia lo dejó muy claro en el Asunto de las actividades armadas en el territorio del Congo, cuando sobre esta cuestión dejó claro y rotundamente que la Corte debe asegurarse que las fuerzas armadas ugandesas presentes en la República Democrática del Congo no estaban estacionadas en tal o tal lugar, sino que ellas habían sustituido a la autoridad del Gobierno congolés por la suya[2]. Es este control "efectivo" sobre el territorio el que da a la Potencia Ocupante el poder y la autoridad de administrar el territorio, a pesar de que el título soberano lo mantenga la Potencia Ocupada. Esta idea *fáctica* está recogida además en varios manuales internos relativos al Derecho de los conflictos armados, como el del Reino Unido, Australia, Alemania, los Estados Unidos, etc.

Por eso, cuando *de facto* tenemos una ocupación sobre un territorio, el reconocimiento de la ocupación por parte del Estado o Estados que lo han invadido y ocupado no es constitutivo, sino pura y simplemente declarativo. Es más, tampoco la legalidad o la ilegalidad de la intervención militar que ha traído consigo la ocupación afecta para nada al hecho de que tenga que aplicar el régimen de la ocupación.

Hechas estas consideraciones en torno a la ocupación, y entrando en el tema específico de Gaza, lo primero que hay que resaltar es si se pondrá fin a la ocupación, cuando la Potencia Ocupante se retira del territorio bien sea por propia voluntad o porque es obligada a ello. Poco importa cómo se haga esto, ya no hay "efectividad" sobre el terreno, y por tanto pierde el control. Si hay revueltas o incluso combates en la zona, esto no quiere decir sin más que se ha puesto fin a la ocupación.

En torno a la cuestión de saber si Israel sigue siendo Potencia Ocupante o no en Gaza, hay dos posicionamientos claros: el de los Organismos onusianos y muchas ONGs, que han considerado a Israel como Potencia Ocupante, y la de Israel y un sector doctrinal importante así como la de varios Estados que consideran que Israel ya no es Potencia Ocupante desde el 12 de septiembre de 2005, fecha en la que las tropas israelíes abandonan la zona a las 7 de la

[2] *Affaire des activités armés sur le territoire du Congo* (République démocratique du Congo c. Ouganda), arrêt, C.I.J. Recueil 2005, p. 168, párrs.166-180, especialmente, párr. 177.

mañana, que venían ocupando desde la Guerra de los Seis Días, de junio de 1967. Desde entonces, esta cuestión viene suscitando acerbas polémicas, algunos con pasión e inteligencia, y otros más con pasión. Hay que dejar claro que cuando se retiran las tropas, estas se llevan consigo a volandas a los ocho mil colonos israelíes que se habían establecido en la zona, tras haber destruido las escuelas y las sinagogas, dejando así clara su voluntad de dejar atrás una época y sus historias. Desde entonces han pasado muchas cosas en Gaza, desde unas elecciones hechas por la Autoridad Palestina en 2006, ganadas por Hamás, a la toma del poder por Hamás en Gaza en 2007, desgajándose *de facto* de la Autoridad Palestina de Mahmoud Abbas. El alcance del Plan de Desconexión y de retirada de Israel quedó muy claro en el discurso del General Kochavi, Comandante jefe de las tropas israelíes en Gaza, señalando "que la responsabilidad de lo que suceda dentro a partir de ese momento corresponde a la Autoridad Palestina", mientras unas horas después esto era confirmado por el Comandante General del Tsahal en el Sur, el General Dan Harel, quien promulgó un decreto declarando el fin de la ocupación militar, derogando así el adoptado el 6 de junio de 1967, que había establecido el régimen de ocupación en la Franja de Gaza. Inútil de señalar que el Plan de Desconexión ya había sido aprobado por la Knéset el 25 de octubre de 2004, incluido por Netanyahu, cuando este en realidad se oponía a la evacuación. Otra prueba más de que la Desconexión era real fue el Acuerdo entre Egipto e Israel para que las fuerzas egipcias suplantasen a las israelíes en el llamado "Corredor de Filadelfia", Corredor que era utilizado por las organizaciones terroristas palestinas para el contrabando de armas.

¿En qué se basan, pues, los que defienden que Israel sigue siendo la "Potencia Ocupante" en Gaza? En que Israel controla las fronteras exteriores de Gaza (aéreas, marítimas y terrestres), aunque por las armas que tiene Hamás, no parece que Israel las controle mucho. Pero es que si extendemos esta teoría fuera de Gaza un buen número de Estados estarían también ocupados, no solo por los Estados Unidos, sino hasta por Elon Musk. El hecho de que Israel controle el paso de mercancías no parece ser un hecho relevante para sostener que es Potencia Ocupante. No se advierte a este respecto que Gaza es un territorio que no tiene conexión con los otros territorios palestinos, sino que está aislado, y sí quiere comerciar con ellos, tiene que pasar por territorio israelí. Por ello, ya en Camp David, en las negociaciones israelo-palestinas sobre la creación de un Estado palestino, se habló del establecimiento de un corredor entre Gaza y Cisjordania pasando por Israel, aunque esto, hoy en día, es harina de otro costal.

Dicho esto, no nos parece correcto sostener que Israel puede ser todavía Potencia Ocupante, pues ni corresponde con los hechos necesarios para el régimen de ocupación tal y como hemos señalado, ni tampoco con la voluntad de Israel. Y esta tesis se ha venido aceptando y ampliando en los últimos tiempos en consonancia con el régimen jurídico aceptado y desarrollado a

nivel internacional[3]. Como han apuntado Robert Kolb y Sylrain Vité, *"il est en effet impossible d'assurer l'ordre et la vie publique d'un territoire depuis l'extérieur. Il serait ainsi paradoxal d'exiger qu'un Etat satisfasse à ses obligations internationales sans qu'il soit en mesure de la faire en raison de son absence des territoires concernés. Pareille interprétation irait à l'encontre des fondements du droit de l'occupation"*[4].

Estos posicionamientos doctrinales contundentes y la evolución sobre el terreno (no hay que olvidar que ya entre diciembre 2008 y enero 2009 tiene lugar la Operación "Cast Lead" por tropas israelíes sobre Gaza) han ido demostrando que la tesis de que Israel seguía siendo Potencia Ocupante era un mito. Y es que ya en el Informe Goldstone se afirma que *"… Since July 2007 Hamas has been* de facto *government authority in Gaza"* y continúa señalando que *"… as recognized by the israelí Government, the Humas-led authorities in Gaza have been responsible for the civilian administration of Gaza"*[5]. Por lo tanto, a partir de estas fechas ya se parte de la premisa de que Hamás tiene un Gobierno *de facto* en Gaza.

Sin embargo, la evolución en el seno del CICR en torno a esta cuestión se hizo más tiempo esperar, sobre todo, a causa del Informe de su Director, Peter Maurer, de 2012 "Obstacles au droit international humanitaire: la politique israélienne d'occupation", en el que defiende a capa y espada que Israel seguía siendo la Potencia Ocupante[6]. Esto le valió una dura respuesta por parte de Alain Baker, ex-Embajador en Canadá, quién le reprocha que está violando los principios fundamentales de imparcialidad y neutralidad tal y como están recogidos en los Estatutos del CICR[7].

3. LA LEGÍTIMA DEFENSA

Ya sabemos los debates doctrinales que ha habido sobre el concepto de legítima defensa y su alcance, en general, pero últimamente los debates se han centrado también en algo más específico, como es saber si un Estado, en este caso Israel, puede invocar la legítima defensa frente al ataque de un grupo armado, como es el caso de Hamás, grupo considerado además por algunos Estados, como los Estados Unidos y los Estados de la UE como organización terrorista, pero no por las Naciones Unidas. Desde esta perspectiva,

[3] Para más detalles, cfr. SHANY, Yuval, "The Law Applicable to Non-occupied Gaza: A comment on Bassiouny v. the Prime Minister of Israel", *Israel Law Review*, 2009, pp. 101-114; de este mismo autor, "Faraway, so close: The Legal Status of Gaza after Israel's Disengagement", *Yearbook of International Humanitarian Law*, 2006, pp. 374 y ss.

[4] Cfr. *Le droit de l'occupation militaire. Perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Brulyent, Bruselas, 2009, pp. 116 y ss.

[5] Doc. A/HRC/12/48, 25 de septiembre de 2009, p. 97, párrafo 383. Ver también las pp. 59-60 en relación con la administración en Gaza antes de 2007.

[6] Cfr. *Revue International de la Croix-Rouge*, 2012, pp. 323-331.

[7] *Ibid*, pp. 335-337.

el debate doctrinal se centró hasta los atentados del 11-S en las condiciones que exigía el concepto de "agresión indirecta", según el cual en el caso de un ataque llevado a cabo por uno de estos grupos no permitía invocar el derecho de legítima defensa, a no ser que el Estado en el que se encontraba ese grupo participara en dicho ataque de una forma "sustancial". Es decir, se recurría a la conocida Resolución 3314 (XXIX) sobre la agresión. Todo esto a pesar de que el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas en ningún sitio señala expresamente que para que haya legítima defensa el ataque tiene que proceder de un Estado. El que suscribe estas líneas siempre defendió la tesis positiva, es decir, que el Estado que había recibido el ataque tenía, por mera lógica, el derecho de legítima defensa. Esto ha sido lo que ha sucedido con los ataques de Hamás del 7 de octubre, aceptando en general el derecho de legítima defensa de Israel por esos ataques, aunque esto no ha sido el caso de los países árabes e islámicos, que parten de la premisa de que los territorios palestinos tienen un determinado derecho a la "resistencia", al considerarlos como "ocupados".

De esta teoría parte también la Corte Internacional de Justicia en su Opinión sobre el Muro del 9 de julio de 2004 al declararlo ilegal, entre otras razones, porque niega a Israel el derecho a invocar la legítima defensa frente a los ataques terroristas o incluso a otras clases de ataques provenientes de los "territorios ocupados". Los fundamentos jurídicos sobre los que se basa la Corte se apoyan también en la teoría antes mencionada, según la cual para poder invocar la legítima defensa es necesario que el ataque proceda de un Estado, bien sea directa o indirectamente, tesis defendida por el Profesor Abi-Saab, condición que no se encuentra en los territorios palestinos, ya que estos están ocupados. La Corte Internacional de Justicia adoptó así un posicionamiento completamente distinto del que una semana antes adoptó la Corte Suprema Israelí el 1 de julio de 2004[8].

A este concepto de la "resistencia" se une también la ya conocida Francesca Albanese, Relatora especial de la ONU para los territorios palestinos, muy conocida por sus diatribas antiisraelíes, quien no duda en afirmar que *"the killing of soldiers-it's, I mean, frankly, it's a tragedy, but it's not a crime… if the palestiniens target military objects do not commit war crimes-they are in line with acts of resistance… Instead very often, when palestinien manage to attack soldiers, they are portrayed as terrorists. And this is a misunderstanding that needs to be addressed"*[9].

A día de hoy, esta teoría, que se podría aplicar a territorios ocupados, no tiene sentido invocarla para Gaza, pues como aquí se ha expuesto no puede considerarse como "territorio ocupado", según el Derecho internacional, a no ser que se considere que hay medio mundo ocupado. Hay que reconocer que

[8] Sobre esta sentencia, ver BERMEJO, Romualdo, *REDI*, 2004, pp. 1035-1042.
[9] "UN OFFICIAL: it's not a Crime to Kill Israeli Soldiers", *World Israeli News*, 22 december 2023.

con relatores de la ONU, como esta italiana, no es extraño que haya Estados, y una cierta opinión pública, que cuando oyen ese nombre, empiecen a descalabrar todo el sistema. Hoy en día, Gaza es una cosa y los otros territorios palestinos "ocupados" o "disputados" es otra.

Conviene apuntar a este respecto que el reconocimiento de la legítima defensa que ha ocurrido ahora con Hamás, ya sucedió en realidad con la Guerra de Israel contra Hezbolláh en la denominada "Guerra de los 33 días", durante el verano de 2006, en la que ya los países europeos, los Estados Unidos y otros reconocieron ese derecho de legítima defensa. Sin embargo, hay que reconocer que no se hizo de una forma tan contundente como ahora.

4. LOS PROBLEMAS SURGIDOS RELACIONADOS CON EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Si nos trasladamos ahora al DIH, lo primero que hay que resaltar es que no solo la legítima defensa, sino que cualquier acción armada debe llevarse a cabo respetando el principio de *proporcionalidad*, principio que constituye algo esencial cuando se recurre a la legítima defensa. Este principio no está recogido expresamente en la Carta de la ONU, pero forma parte del Derecho consuetudinario, y es uno de los pilares del DIH en general. Por eso, no es una casualidad que sea el mayor reproche que se hace a la respuesta israelí a las atrocidades cometidas previamente por Hamás, como asesinatos, amputaciones de miembros, toma de rehenes, torturas, etc. Todo esto tendrá que ser investigado seriamente por "Comisiones especiales" para poder comprender realmente el alcance de estos crímenes. Y todo esto, que cada vez parece estar más claro, no entra dentro de ese "derecho a la resistencia" de ninguna manera, incluso tratándose de territorios ocupados, y, por lo tanto, mucho menos tratándose de territorios *no ocupados*, como es el caso actualmente en Gaza.

Sin embargo, pasados los primeros días tras los ataques del 7 de octubre, los reproches de graves violaciones del DIH se trasladan a Israel, al considerar los organismos onusianos, con su Secretario General a la cabeza, los palestinos de Mahmoud Abbas, la Liga Árabe y otros muchos países islámicos, a los bombardeos sin piedad de la población civil de Gaza, así como sobre hospitales, mezquitas, escuelas, sedes de la UNRWA, etc., etc., como graves violaciones del DIH. Esto es condenado también por algunos Estados europeos, entre ellos el nuestro, más Francia, Noruega, Portugal, Bélgica, que se muestran los *más belicosos en este aspecto, y hablan abiertamente de "ataques desproporcionados". Pero*, en realidad, esto ha sido una constante no solo en todas y cada una de las operaciones lanzadas sobre Gaza por Israel desde la Operación "Plomo Fundido" entre diciembre de 2008 y enero de 2009, como ocurrió también durante la guerra contra Hezbolláh, en el verano de 2006.

Dicho esto, hay que recalcar que casi siempre en estos casos hay reproches en este sentido, y viendo lo que es Gaza, tanto por su superficie como por su población, parece imposible evitar que los daños colaterales parezcan "excesivos", sobre todo desde fuera. Se olvida, sin embargo, por parte de estos organismos y Estados que han hecho declaraciones más exacerbadas, que esos daños se tienen que examinar a la luz de la ventaja militar que representan en un momento dado, ecuación que no siempre es fácil de hacer a la luz de lo que prevén los artículos 51 y 57 del Protocolo Adicional I de 1977. Y es que en varios de estos ataques la decisión se tomará sobre el terreno, según lo que el mando militar estime en ese momento dado. Es decir, el Gobierno español podrá considerar que el ataque ha sido excesivo y esta evaluación puede no corresponder ni con las condiciones existente *in situ*, ni con la ventaja que representa ese objetivo para los mandos militares que deciden el ataque. Si hay un ejemplo claro de daños excesivos de los cuales ya no se dice ni pío, son los ataques de la OTAN en la antigua Yugoslavia de 1999, en donde hubo 10.000 muertos serbios y cero víctimas por parte de los países de la OTAN, que bombardeaban sin piedad, incluyendo la Embajada china. Claro, es más fácil levantar la voz en algunos casos que en otros. Y es que es obvio que habrá que investigar también los ataques de Israel, y tendrá que justificar el porqué de los ataques a los hospitales, las mezquitas, las escuelas y las sedes de la UNRWA, aunque en Gaza, a pesar de las dificultades existentes en la zona, la información israelí es constante y muy extendida sobre todo el territorio, utilizando armas de precisión de primer orden. Si a esto añadimos la práctica de Hamás de utilizar, siempre que puede, a la población civil como "escudos humanos", tenemos el cóctel perfecto que suele traer nefastas consecuencias. Solo queremos añadir, sin embargo, que en ninguna operación militar sobre Gaza ha habido tantos civiles muertos como en esta, pero también de soldados israelíes, algo que se esperaban los mandos militares que han tenido el valor de ir a por los milicianos de Hamás en su casa, es decir en los túneles, hospitales, escuelas, Mezquitas, centros de la UNRWA, etc.

Desde otro punto de vista, no conviene olvidar que Israel siempre ha reconocido sus errores, tanto con los suyos, como el actual caso de los tres rehenes israelíes muertos por tiros de sus compatriotas, pero también ha sabido defender las verdades como en el caso de la ¿matanza? de Yenín en 2002, en el de la escuela de Qana el 30 de julio de 2006 en el sur del Líbano, en pleno conflicto con Hezbolláh, incluso con el Informe Goldstone sobre la Operación "Cast Lead".

Y si hablamos de los muertos civiles en Gaza, aunque son muchos, el diario *The Telegraph*, del 18 de diciembre de 2023, nos ilustra un poco al hacer una comparación con otros conflictos que han presentado algunas características similares en el siglo XXI, según el cual, refiriéndose a los muertos en Gaza por los bombardeos aéreos tan solo representan el 0,8% del total de los muertos, mientras que en Mosul (Irak) en 2017 eran 17,1, en Aleppo (Siria)

en 2016 era el 21,7, y en Raqqa (Siria) era el 11,95[10]. Conviene apuntar también que Israel suele adoptar medidas de precaución que se han mostrado al fin y al cabo bastante eficaces en caso de bombardeos aéreos como la de ordenar por todos los medios a su alcance que la población evacúe la zona que va a ser atacada, lo que se ve cotidianamente, y esos desplazados es lo que todo el mundo ve, y por lo tanto no ve solo cadáveres.

Entregado el 13 de enero de 2024

[10] "Ben Wallace is wrong: Israel's tactics are the only way to cush Hamas", en: https://www.telegraph.com.uk/news/2023/12/18/ben-wallace-is-wrong-israel-tactics-only-way-to-cush:hamas/.

UNA ESTRATEGIA JUDICIAL PARA LA FRANJA DE GAZA

A JUDICIAL STRATEGY FOR THE GAZA STRIP

Concepción Escobar Hernández*

Palabras clave: Franja de Gaza, Corte Internacional de Justicia, Corte Penal Internacional, Crímenes internacionales, Genocidio.

Keywords: Gaza Strip, International Court of Justice, International Criminal Court, International crimes, Genocide.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA ACCIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. 3. LA ACCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. 4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La violenta reacción militar de Israel en Gaza tras los ataques terroristas de Hamás del pasado 7 de octubre ha generado un notable interés en la opinión pública y en los ámbitos académicos, produciéndose una reacción similar a la que tuvo lugar hace escasamente dos años a raíz de la invasión de Ucrania por las tropas rusas y la consiguiente guerra de agresión.

Este paralelismo en la reacción frente a los conflictos de Ucrania y Gaza ha tenido también su reflejo en la jurisdicción internacional, apreciándose un cierto seguimiento de la estrategia judicial empleada en el caso de Ucrania, tanto ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ o la Corte) como ante la Corte Penal Internacional (en adelante CPI o la Corte). También en esta ocasión, el recurso a los principales tribunales internacionales de ámbito universal se ha percibido por los Estados como un instrumento útil para dar respuesta a las gravísimas violaciones del Derecho Internacional que se están produciendo en Gaza.

2. LA ACCIÓN DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Sin duda, la actividad judicial que ha alcanzado una mayor notoriedad es la que se viene desarrollando ante la CIJ a raíz de la demanda presentada por Sudáfrica contra Israel por la violación de la Convención para la prevención y la sanción del genocidio[1]. En esta nueva demanda, que se viene a sumar a

* Catedrática de Derecho Internacional Público, UNED. Directora del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española. Antigua miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (cescobar@der.uned.es).

[1] Los documentos relacionados con este asunto pueden consultarse en www/https://icj-cij.org/pending-cases, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*.

otros importantes asuntos y procedimientos sobre Palestina que se han sustanciado o se están sustanciando ante la CIJ, Sudáfrica ha seguido el camino abierto en su día en el caso de los Rohinyas[2] y, sobre todo, por la demanda contra Rusia introducida por Ucrania[3].

En esta ocasión, Sudáfrica ha aprovechado la vía de legitimación activa basada en la existencia de obligaciones *erga omnes parte* que fue confirmada por la CIJ en el asunto Gambia c. Myanmar y que parece haber sido admitida también por la Corte, aunque sea *prima facie*, en el Auto sobre las medidas cautelares solicitadas por Sudáfrica[4]. Y, al igual que ha sucedido en los casos en que se inspira la demanda sudafricana, la presentación de la demanda ha venido acompañada de la petición de medidas cautelares, lo que ha obligado a la CIJ a entrar inmediatamente en el análisis de una situación en la que las violaciones del Derecho Internacional son evidentes.

Como es lógico, la Corte no ha entrado en el examen del fondo de dichas violaciones y se ha visto obligada a limitar su examen al objeto del litigio, que —como la propia demanda ha definido— se concreta en la violación de obligaciones derivadas de la Convención contra el genocidio, descartando ocuparse de otras violaciones del Derecho Internacional, en particular las relacionadas con la prohibición del uso de la fuerza y las obligaciones derivadas del Derecho Internacional Humanitario. La Corte no se ha pronunciado más que sobre su competencia *prima facie* como requisito para la adopción de las medidas solicitadas. No obstante, el Auto sobre medidas cautelares contiene elementos que merecen ser destacados, tanto por lo que se refiere a las medidas cautelares ordenadas como por la referencia a otras normas de Derecho Internacional[5].

Por lo que se refiere a las medidas cautelares, no puede dejar de señalarse, en primer lugar, que la CIJ no ha ordenado el alto el fuego por parte de Israel tal y como solicitaba Sudáfrica. Aunque el rechazo de dicha medida cautelar ha sido objeto de críticas desde distintos sectores, incluidos algunos académicos, la decisión de la Corte debe ser sometida a una valoración más medida, en la que es necesario tener en cuenta distintos elementos. En primer lugar, para entender la decisión de la Corte no puede obviarse el hecho de que la declaración de alto el fuego tiene un especial significado en el caso de Gaza, ya que iría dirigida únicamente a las fuerzas armadas de Israel y no habría tenido efecto sobre las actividades de Hamás que, al margen de su calificación como actos terroristas, no por ello pueden dejar de entenderse en el marco de un conflicto armado y, por tanto, como actos hostiles. En segundo

[2] *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar)*.

[3] *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*.

[4] Véase *Application of the Convention.... (South Africa v. Israel), Order of 26 January 2024*, párrs. 33 y 34.

[5] *Ibidem*, fallo, párr. 86 del Auto.

lugar, debe destacarse igualmente que al no ordenar el alto el fuego, la CIJ ha evitado entrar en el debate sobre la relación de la Convención del genocidio, por un lado, y la prohibición del uso de la fuerza y el alcance de la legítima defensa, por otro. Una cuestión que ha tenido una negativa respuesta por parte de la Corte en su reciente sentencia sobre excepciones preliminares en el caso de Ucrania[6]. Y, en tercer lugar, no puede pasarse por alto el hecho de que el auto ha tenido en cuenta los actos de uso de la fuerza de Israel en Gaza para definir una situación de grave crisis humanitaria que podría entrar en colisión con la Convención sobre el genocidio y, sobre dicha base, ha dictado medidas cautelares de gran calado. En resumen, aunque es cierto que la Corte no ha ordenado el alto el fuego, no puede concluirse que ello implique un reconocimiento de la legítima defensa de Israel al empleo de la fuerza ni un desconocimiento de que las acciones armadas de Israel en Gaza pueden ser constitutivas de violaciones graves del Derecho Internacional.

Junto a ello, conviene recordar que buena parte de las medidas cautelares dictadas por la Corte imponen obligaciones que inciden sobre la conducción de las hostilidades y que, por tanto, están llamadas a tener un efecto práctico similar al del alto el fuego. En especial la obligación dirigida a las autoridades israelíes de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir que se cometan actos que puedan causar la muerte de gazatíes, que les causen serios daños físicos o morales, que les impongan condiciones de vida dirigidas a la destrucción, total o parcial, del grupo así identificado, o que tiendan a evitar nacimientos en dicho grupo (medida cautelar 1); así como la obligación de asegurar con efecto inmediato que sus fuerzas armadas no cometan ninguno de estos actos (medida cautelar 2). A lo que ha de añadirse la obligación de adoptar de forma inmediata medidas efectivas para permitir el suministro urgente de los servicios básicos y la prestación de la asistencia humanitaria necesaria para responder a las condiciones de vida adversas a que se enfrentan los palestinos en la Franja de Gaza (medida cautelar 4).

Dichas obligaciones adquieren, además, un significado especial si se ponen en relación con el recordatorio que hace la Corte de que el Derecho Internacional Humanitario es vinculante para todas las partes en el conflicto, en el que se menciona expresamente a Hamás, pero cuya aplicación a las tropas israelíes está fuera de toda duda[7]. Es evidente que este recordatorio no es sino un *obiter dictum*, pero no por ello deja de ser relevante en la medida en que constituye una declaración de una norma de derecho internacional general, oponible incluso a terceros. Y que —además— puede jugar un cierto papel en el contexto de la acción judicial que se desarrolla ante la Corte Penal Internacional a la que luego se hará referencia. Las sinergias entre ambas jurisdicciones tienen, además, un reflejo especial en relación con una medida provisional que ha pasado

[6] Véase la Sentencia sobre excepciones preliminares de 2 de febrero de 2024, en especial el apartado IV, párrs. 119-148.

[7] Véase párr. 85.

de alguna medida desapercibida: la obligación de adoptar las medidas necesarias para evitar la destrucción y preservar las pruebas de los actos de genocidio alegados por Sudáfrica (medida cautelar 5).

Por último, debe ser igualmente destacada la medida referida a la prevención y represión de la apología del genocidio, que ocupa un lugar muy importante en el caso de Gaza en relación con las graves declaraciones realizadas por lideres civiles y militares de alto nivel en Israel (medida cautelar 3).

Todo ello, junto a la obligación impuesta a Israel de informar a la Corte en el plazo de un mes sobre las medidas adoptadas para dar cumplimiento al Auto (medida cautelar 6), permitirían emitir una valoración positiva del mismo, al menos en términos abstractos. Sin embargo, la reacción de Israel y la continuación e incremento de su actividad militar en la Franja de Gaza obligan a reflexionar sobre su eficacia; algo que —por otro lado— no es ajeno al desconocimiento de las medidas cautelares dictadas por la Corte en otros casos.

Es evidente que Israel no está respetando las medidas cautelares decretadas por la CIJ, más bien al contrario, y que garantizar la eficacia de las decisiones de la Corte no es tarea fácil. En este sentido cabe entender la reacción de Sudáfrica introduciendo una nueva petición de medidas cautelares el 12 de febrero, apenas dos semanas después de que la CIJ decretara las medidas antes examinadas. En su escrito insta a la Corte a que adopte medidas cautelares urgentes de conformidad con el procedimiento expeditivo previsto en el artículo 75.1 de su Reglamento, que le permiten hacerlo *propio motu* sin necesidad de celebrar audiencias. La intención de Sudáfrica de situar a la Corte frente a su compromiso con el Derecho Internacional y su dimensión humanitaria queda suficientemente clara por la referencia al asunto *LaGrand* y por la frase final del escrito que se reproduce a continuación: *"In* LaGrand*, the Court exercised its Article 75(1) power in a situation of extreme urgency affecting one individual. Here there is a situation of extreme urgency affecting an estimated 1.4 million vulnerable Palestinians in Rafah, at least half of them children. They are at serious risk of irreparable harm to their right to be protected from acts of genocide contrary to Articles II and II* (sic.) *of the Genocide Convention, by a State which has already been found by this Court to be acting in plausible breach of its obligations under that Convention"*. Cuestión distinta es el efecto que este loable esfuerzo de Sudáfrica pueda tener sobre el comportamiento de Israel e, incluso, sobre la propia CIJ. Las observaciones de Israel a esta segunda petición de medidas provisionales, presentadas el 15 de febrero, no dejan demasiado margen al optimismo.

3. LA ACCIÓN DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Aunque ha generado un menor interés mediático y académico, la Corte Penal Internacional está desplegando también su actividad judicial sobre la situación que se vive actualmente en la Franja de Gaza.

El tratamiento por la CPI de la situación de los crímenes de derecho internacional cometidos en Palestina ha pasado por un largo y complejo *iter* procesal, cuyos principales hitos son los siguientes. El 1 de enero de 2015, Palestina formuló una declaración de aceptación de la competencia de la Corte en virtud del artículo 12.3 del Estatuto de Roma (que prevé dicha posibilidad para los Estados que no son partes en el Estatuto) aceptando que la Corte pudiera entender de los crímenes cometidos en los territorios palestinos ocupados por miembros de las fuerzas armadas israelíes o por colonos de dicha nacionalidad. Un día después, el 2 de enero de 2015, Palestina depositó su instrumento de adhesión al Estatuto de Roma, que fue tramitado por el Secretario General de Naciones Unidas, en su condición de depositario, conforme a las reglas y prácticas de la Organización. Al no haberse producido más objeción que la de Canadá, el Secretario General inscribió el instrumento de adhesión en el registro de tratados, produciéndose su entrada en vigor el 1 de abril de 2015. Como ha señalado la CPI, a partir de ese momento Palestina se ha convertido en Estado Parte en el Estatuto de Roma a todos los efectos.

Con base en dichas acciones, el 16 de enero de 2015 la Fiscal de la CPI abrió un examen preliminar sobre la denominada "situación del Estado de Palestina" que finalizó el 20 de diciembre de 2019, concluyendo que se cumplían los requisitos exigidos por el art. 53.1 del Estatuto de Roma para ejercer la jurisdicción sobre los crímenes que se hubieran podido cometer en dicho territorio[8]. Por su parte, el 22 de mayo de 2019, Palestina, ya como Estado Parte, hizo uso de la potestad prevista en los artículos 13.a) y 14 del Estatuto, remitiendo al Fiscal una situación definida en los siguientes términos: i) la competencia de la Corte se ejercería sobre los crímenes cometidos en el territorio de Palestina; ii) los crímenes a investigar serían los enumerados en los artículos 7 (lesa humanidad) y 8 (guerra) del Estatuto, a los que añade "todos las cuestiones relacionadas con el régimen de los asentamientos israelíes"; y iii) la situación comprendería los hechos cometidos a partir del 13 de junio de 2014, sin fijar una fecha de finalización.

Finalmente, la Fiscal Bensouda inició la investigación formal sobre los crímenes presuntamente cometidos en el territorio del Estado de Palestina el 3 de marzo de 2021, no sin antes someter a consideración de la Sala de Cuestiones Preliminares la cuestión de la determinación del ámbito territorial de aplicación de dicha situación. La Sala se pronunció sobre estas cuestiones mediante decisión de 5 de febrero de 2021[9]. A pesar de lo cual no se constituyó un equipo integrado de investigación hasta junio de 2022.

---

[8] Véase icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/210303-office-of-the-prosecutor-palestine-summary-finding-eng.pdf.

[9] Véase, asunto ICC-01/18, *Decision on the Prosecution request pursuant to article 19(3) for a ruling on the Court's territorial jurisdiction on Palestine* (doc. CR2021_01165.pdf). La Decisión fue adoptada por dos votos contra uno, emitiendo su voto en contra el Juez Péter Kovács, Presidente de la Sala. Su opinión disidente se contiene en el doc. CR2021_01167.pdf.

Como puede deducirse fácilmente del breve resumen histórico que se acaba de realizar, los trabajos de la CPI sobre la denominada "situación del Estado de Palestina" no han estado libres de controversia, que se ha centrado fundamentalmente en dos cuestiones: la discutida estatalidad de Palestina y la difícil determinación del territorio que podría calificarse como "territorio del Estado Parte", es decir, de Palestina. Se trata de dos cuestiones de enorme trascendencia, tanto política como jurídica, que superan con mucho el objeto de la presente contribución, pero que han sobrevolado de forma inevitable sobre el ejercicio de su jurisdicción por la CPI. Ambos elementos explican, en buena medida, las reticencias a llevar a cabo una investigación que han atenazado el trabajo de la Fiscalía, la decisión de Palestina de adherirse al Estatuto y la decisión no menos relevante de remitir la situación a la Corte en 2018, a pesar de que la Fiscal Bensouda ya había decidido con anterioridad llevar a cabo un examen preliminar.

Ambos elementos han sido abordados en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares con una aproximación restrictiva, basada en la naturaleza y funciones de la Corte, que le ha permitido delimitar los conceptos de "Estado parte" y "territorio de un Estado parte" a la luz del Estatuto, sin necesidad de pronunciarse sobre la estatalidad de Palestina conforme al Derecho Internacional General[10]. Aunque es evidente que, de este modo, la CPI obvia el objeto central del debate político y jurídico, no es menos cierto que todo pronunciamiento sobre dicha cuestión habría sido controvertido, y podría haber generado un cuestionamiento de la legitimidad social de la Institución y serias críticas sobre el correcto ejercicio de sus competencias. Desde esta perspectiva, limitar su decisión al tema del ámbito territorial de aplicación del Estatuto en la situación del Estado de Palestina e, indirectamente, sobre el concepto de Estado Parte a los efectos del Estatuto, ha de valorarse positivamente desde la perspectiva de los elementos centrales que definen la función y competencia de la Corte, que no son otros que la depuración de la responsabilidad penal individual y la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes de Derecho internacional.

La valoración positiva de esta opción, que refuerza la seguridad jurídica requerida por toda acción penal, se ve incrementada por la forma en que la Corte delimita el "territorio de un Estado Parte" en esta situación, que es coherente y sigue la definición que desde Naciones Unidas se ha venido dando al territorio en que el pueblo palestino tiene derecho a ejercer su libre determinación, a saber: los territorios palestinos ocupados, incluidos Cisjordania, la Franja de Gaza y Jerusalén Este.

A la luz de esta delimitación del ámbito territorial de la denominada "situación del Estado de Palestina", resulta obvio que la CPI tenía competencia para ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes cometidos en la Franja

[10] Véase *Decision*…., párrs. 61-61, 89-113, 114-123 y 130.

de Gaza a raíz de los atentados de Hamás y la intervención militar de Israel, sin necesidad de que Palestina o cualquier otro Estado Parte realizasen actividad alguna para activar (o reactivar) la jurisdicción de la Corte respecto de dichos crímenes. A pesar de ello, el 17 de noviembre pasado, Sudáfrica, Bangladesh, el Estado Plurinacional de Bolivia, Comores y Djibouti han remitido al Fiscal de la Corte la situación de la Franja de Gaza, instándole a que lleve a cabo una investigación específica[11], a los que se han unido posteriormente las remisiones de México y Chile[12]. Se ha producido así una acción concertada y en cadena que se asemeja a la estrategia seguida por otros Estados en relación con las situaciones de Venezuela y, sobre todo, de Ucrania.

Las razones que han motivado estas acciones no son evidentes, pero con las mismas se ha venido a reforzar la remisión que había hecho con anterioridad la propia Palestina, eliminándose posibles debates sobre la legitimidad de incluir en la investigación en curso los crímenes cometidos en la Franja de Gaza tras el 7 de octubre. Un reforzamiento que, aunque no fuese estrictamente necesario, quizás pueda entenderse a la luz de la lenta reacción del Fiscal Khan frente a estos nuevos y gravísimos crímenes, que contrasta con la rápida reacción para activar la investigación en el caso de Ucrania. Así como en conexión con las dudas que pudieran haberse generado en la delimitación del ámbito territorial de la situación tras la primera visita del Fiscal al puesto de Rafah que se produjo el 29 de octubre de 2023, en cuya nota de prensa se refirió a la "situación en el Estado de Palestina e Israel"[13]. En todo caso, no puede dejar de recordarse que la competencia de la Corte en relación con Gaza se extiende no sólo a los crímenes que hubieran podido cometerse en el territorio de Palestina sino también a los que hayan podido cometer nacionales palestinos (incluidos los miembros de Hamás) en conexión con dicha situación, sin que tenga valor alguno la limitación subjetiva contenida en las remisiones de 2023 y 2024, que tan sólo se refieren a los actos cometidos por las fuerzas armadas israelíes. Igualmente cabe recordar que la identificación de los crímenes a investigar corresponde a la Corte, de forma que, aunque en la actualidad parece limitarse a los crímenes de guerra y lesa humanidad, nada impide que pueda quedar incluido el genocidio a que hacen referencia las mencionadas remisiones.

La investigación de la Fiscalía de la CPI respecto de la "situación en el Estado de Palestina" se encuentra aún en una fase temprana y las primeras actas de acusación tardarán tiempo en llegar a la Corte y ser sometidas a la Sala de Cuestiones Preliminares para la confirmación de cargos. Ello nos si-

[11] Véase icc-cpi.int/sites/default/files/2023-11/ICC-Referral-Palestine-Final-17-November-2023.pdf.
[12] Véase icc-cpi.int/sites/default/files/2024-01/2024-01-18-Referral_Chile_Mexico.pdf.
[13] Véase, icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-Karin-kc-cairo-situation-state palestine and Israel. Esa referencia ha sido modificada en una nota de prensa ulterior en la que ya se ha vuelto a referir de forma exclusiva a la "situación en el Estado de Palestina". Véase icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-international-criminal-court-Karim-aa-Khan-kc.situation state Palestine.

túa en un horizonte temporal de varios años antes de que la CPI pueda iniciar el enjuiciamiento efectivo de los presuntos culpables.

Un horizonte temporal que, sin duda, se prolongará en el caso de los crímenes cometidos en la Franja de Gaza tras el 7 de octubre por las especiales circunstancias del caso.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Es evidente que acudir a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Penal Internacional en relación con la grave situación que se vive en la Franja de Gaza no son actos autónomos ni accidentales. Por el contrario, responden a una estrategia judicial que se asemeja a otras similares que se vienen desarrollando en los últimos años respecto de grandes crisis internacionales, entre las que destaca la referida a Ucrania. En estas situaciones se ha generado un activismo judicial que forma parte de una estrategia política más amplia y que, por tanto, está influido por los componentes políticos que definen esta estrategia global. En este caso, es evidente que la estrategia judicial para la Franja de Gaza forma parte de la estrategia política de aproximación al eterno conflicto palestino-israelí.

Esta conexión entre estrategia política y estrategia judicial no merece reproches. Al fin y al cabo, es una manifestación más de la propia naturaleza del Derecho Internacional como instrumento de control y pacificación social. Sin embargo, aun siendo legítimo y deseable, el recurso a la CIJ y a la CPI deber ser entendida y valorada de forma prudente y en sus justos términos. Ambos tribunales pueden ofrecer una importante contribución al respeto del Derecho Internacional en la guerra en Gaza, pero ninguno de ellos tiene capacidad para resolver el problema de fondo que subyace al conflicto ni, desgraciadamente, para conseguir coercitivamente la protección efectiva de la población gazatí. Su contribución al respeto del Derecho Internacional y, por ende, a la protección de los gazatíes, depende de múltiples variables. Desde las limitaciones competenciales y procesales de ambas Cortes a la voluntad real de los Estados interesados de cooperar con estos tribunales y de aceptar sus decisiones. Lamentablemente, la posición de Israel respecto de las medidas cautelares dictadas por la CIJ no ofrece perspectivas halagüeñas. Y sin el apoyo firme de la comunidad internacional se corre el peligro cierto de que tanto la CIJ como la CPI se sumerjan en un ejercicio infructuoso y frustrante de sus respectivas jurisdicciones.

En el caso de la estrategia judicial para la Franja de Gaza (al igual que en la de Ucrania) nos encontramos ante un terreno incierto y difícil de evaluar. Las incógnitas son muchas y no son fáciles de responder: ¿es eficaz? ¿Es adecuada y conveniente? ¿Qué consecuencias tendrá para la propia jurisdicción internacional? En todo caso, frente a este confuso panorama, al menos es

posible concluir con una doble declaración de optimismo: la jurisdicción internacional está viva y los países del Sur Global la consideran un instrumento útil. Pero el optimismo necesita también de un contrapunto de prudencia y razonabilidad: no olvidemos que ni la CIJ ni la CPI son, por sí mismas, la panacea para todos los problemas a los que se enfrentan la sociedad y el Derecho Internacional contemporáneos.

UN PUEBLO DEAMBULA EN GAZA

A PEOPLE WANDER IN GAZA

Antonio Remiro Brotons*

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia, Genocidio, Medidas provisionales, Palestina, Israel

Keywords: Genocide, International Court of Justice, Israel, Palestine, Provisional Measures.

SUMARIO: 1. PRELIMINARES. 2. LA LEGÍTIMA DEFENSA. 3. EL CONTEXTO. 4. CISJORDANIA Y GAZA, BAJO OCUPACIÓN ISRAELÍ. 5. PAZ POR (MENOS) TERRITORIO. 6. DE LA HOJA DE RUTA A LA HOJA DE PARRA, LA CORTE INCORDIANDO. 7. DIOS TE GUARDE DE LA SIMETRÍA DE LOS ASIMÉTRICOS. 8. DE VUELTA AL CALOR DE LA CORTE PORQUE EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA ESTÁ CONGELADO. 9. EL ÓRDAGO DE ÁFRICA DEL SUR. 10. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN UNA ESTRATEGIA PROCESAL. 11. LOS RELATOS ENFRENTADOS. 12. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ÁFRICA DEL SUR. 13. LA EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES. 14. LA PROCEDENCIA DE MEDIDAS PROVISIONALES: LA 'INTENCIÓN GENOCIDA'. 15. ¿PULVERIZACIÓN DEL TEST DE LA 'PLAUSIBILIDAD'? 16. PERJUICIO IRREPARABLE Y URGENCIA. 17. LAS MEDIDAS OPORTUNAS. 18. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS (JUDICIALES). 19. PALESTINA NO ES UN PROBLEMA, ES UNA TRAGEDIA.

1. PRELIMINARES

El 7 de octubre de 2023 se ha incorporado ya a la lista sin fin de efemérides trágicas de nuestra reciente historia. *Hamas,* con la colaboración de la *Jihad Islámica*, asestó el más duro golpe padecido por Israel desde su creación en 1947. Introduciéndose en su territorio desde Gaza, a pesar de ser ésta una de las fronteras más vigiladas del planeta, los guerrilleros palestinos abatieron a no menos de mil doscientas personas, hirieron a varios miles, capturando y arrastrando consigo a la *Franja* a más de doscientas, militares y civiles, de cualquier género y edad.

El gobierno israelí desearía que cualquier análisis se detuviera aquí, en este criminal hecho, de todo punto condenable, y se hiciera abstracción de su reacción, que debería darse por legítima y justificada con independencia de sus medios y consecuencias. El jefe Netanyahu, y en su estela toda clase de ministros y voceros, han utilizado, incluso, un lenguaje intimidatorio para atajar que los pensamientos de algunos —sean políticos o académicos— se transformen en opinión libremente expresada. El señor Netanyahu, con la arrogancia del león herido, ha llegado a exigir el cese del Secretario General

* Catedrático emérito de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid. Miembro del Instituto de Derecho Internacional (antonio.remiro@gmail.com).

de las Naciones Unidas, señor Antonio Guterres. La acusación de *antisemitismo* está lista para quienes no batan palmas por la operación armada desencadenada por Israel para responder a tan gravísima ofensa.

A partir de ahí han de hacerse varias puntualizaciones. En primer lugar, si del examen de la situación se desprende la condena de la operación armada israelí tal y como se ha llevado —y se está llevando— a cabo al escribir estas líneas, ello no convierte a los críticos en *antisemitas*. Es imposible que lo sean, conceptualmente, pues *semitas* son todas las partes implicadas. Tampoco son *antijudíos* porque, aunque la acción ejecutada parece contar con un apoyo masivo de la población judía asentada en Israel, no faltan en ella las voces discrepantes, que se multiplican más allá. Pueden ser considerados, eso sí, *antisionistas,* pues el *sionismo* que inspira al gobierno que preside el señor Netanyahu es, en sí mismo, una permanente amenaza para la paz por el expansionismo racista que promueve, de todo punto incompatible con las normas fundamentales del Derecho Internacional.

2. LA LEGÍTIMA DEFENSA

Examinar la operación armada de Israel desde el punto de vista de la *legítima defensa* plantea problemas de principio. El primero aflora cuando se considera la condición del atacante. Si se sostiene que la legítima defensa es un derecho natural, inmanente, frente al ataque armado de otro *Estado,* ¿habrá de aceptarse que *Hamas,* autoridad *de facto* en Gaza, lo representa? ¿Qué Estado es ese? ¿Palestina? Israel no reconoce su existencia. Gaza y Cisjordania tienen la consideración de territorios *ocupados* por Israel, responsable de su seguridad dentro del cumplimiento de sus obligaciones como Estado ocupante. Por otro lado, si prescindiendo de este dato, se asume el prisma de la legítima defensa, la acción de Hamas *et al.* es de guerra y se configura como crimen de esta naturaleza en la medida en que incurre en hechos tipificados como tales, y hasta puede ser calificada como genocidio, habida cuenta del ideario declarado de los atacantes. La legítima defensa no permite, en todo caso, una liberación incondicional y absoluta de la fuerza armada; la acción, amén de inmediata, ha de ser necesaria y proporcionada para atajar la agresión, a la espera —que puede ser eterna, ciertamente— de que el Consejo de Seguridad se haga cargo de la situación. El recurso a la fuerza armada, aun legítimo, ha de operar dentro de los límites del Derecho Internacional. No se puede responder al crimen con el crimen. Además, las represalias armadas están fuera de la ley.

La *ley del talión —ojo por ojo…*— no es sólo judía; pero el Antiguo Testamento se refiere a ella en más de un pasaje y los sionistas le tienen no menos devoción que la que guardan a la Biblia como fuente de títulos jurídicos sobre el *Gran Israel.* La *ley del talión* es, sin embargo, un pálido reflejo de la fuerza aplicada en Gaza por las fuerzas armadas israelíes (el IDF), asistidas en Cis-

jordania por la banda canalla de colonos militantes. Las estadísticas aumentan cada día, pero al cerrar estas líneas se contabilizan en Gaza más de veintisiete mil muertos (de ellos el setenta por ciento mujeres y niños), siete mil desaparecidos bajo los escombros, decenas de miles de heridos, cerca de dos millones de desplazados, veintitrés de los treinta y seis hospitales totalmente fuera de servicio, infraestructuras arruinadas, barrios enteros destruidos, carencia de alimentos, combustible y toda clase de servicios básicos… una, en definitiva, "catástrofe épica humanitaria".

3. EL CONTEXTO

Naturalmente, es obligado situar los hechos en su contexto. *Hamas et al.* no han surgido de la nada como una hidra venenosa; son un nuevo apunte en el libro-registro de una historia de violencia que ha alimentado y consolidado las posturas más radicales, hasta acabar adoptando, junto a una línea de acción política y de gestión social, otra de acción bélica que incluye métodos terroristas.

Esos métodos no fueron ajenos a los patriotas judíos en los orígenes del Estado de Israel. Fueron ellos quienes pusieron la bomba en el Hotel Rey David que acabó con la vida del conde Bernadotte, enviado del Secretario General de Naciones Unidas, en 1948. Seguramente no estaba en sus cuentas, pero esta acción, impune, permitió a la Corte Internacional de Justicia, en una de sus primeras opiniones consultivas, afirmar la institución de la *protección funcional*, que faculta a una Organización Internacional doblar con su protección la *diplomática* de la que es titular el Estado de la nacionalidad de la víctima, Suecia en el caso en cuestión. No sé la condición profesional de los empleados de la UNRWA, pero son más de un largo centenar las victimas mortales de la actual operación israelí.

Esa misma organización —la UNRWA— fue consecuencia de la vigorosa acción de expulsión de palestinos de sus hogares y aldeas —la *Nabka*— en 1948 para dar al nuevo Estado de Israel una cierta continuidad en un territorio expandido a expensas del que adjudicaba a Palestina la resolución fundadora de la Asamblea General (res.181-II). Como los refugiados han aumentado sobrecogedoramente en el mundo, Naciones Unidas tuvo que crear una Agencia global, la ACNUR; pero, a pesar de la insistente presión de Israel para liquidar la UNRWA, que considera poco menos que un vial de agentes hostiles (y algunos, entre miles de empleados, lo han sido), la agencia ha sobrevivido, entre enormes dificultades, pagando su tributo en sangre. Sus instalaciones han sido bombardeadas, a pesar de que las fuerzas armadas israelíes conocían sus coordenadas. Y ahora dieciséis respetables países de *Occidente* —no España que, por el contrario, ha aumentado su aportación— han decidido cortar sus contribuciones, aplicando un castigo colectivo a los desamparados refugiados palestinos en el momento de mayor zozobra. No

me faltan las palabras para calificar el hecho, pero la naturaleza académica del medio para el que escribo estas líneas reclama mi contención.

Ciertamente, el dibujo territorial discontinuo, como manchas de leopardo, previsto por la resolución 181-II era, en sí mismo, poco realista y muy disfuncional, entre poblaciones enfrentadas, una de las cuales contaba con los medios y la determinación de ejecutar sus planes. Israel salió reforzado territorialmente de la primera de las guerras árabe-israelíes e ingresó en la ONU en 1949. El Estado palestino quedó en barbecho, con Cisjordania y Jerusalén oriental ocupados y anexionados por Jordania en 1950 y Gaza bajo la administración militar de Egipto.

4. CISJORDANIA Y GAZA, BAJO OCUPACIÓN ISRAELÍ

Estos territorios revirtieron a Israel en 1967 como consecuencia de su victoria en la llamada *guerra de los seis días* y me parece oportuno señalar los hitos más significativos de la acción y omisión del Consejo de Seguridad en relación con ellos.

Siete de las doce resoluciones adoptadas por el Consejo en 1967 tuvieron que ver con esta guerra. A su terminación, el Consejo (res. 237) instó a Israel a que garantizase la protección de los habitantes de los territorios ocupados, facilitase el regreso de los desplazados y respetase escrupulosamente los principios humanitarios en el trato de los prisioneros de guerra y de los civiles conforme a los Convenios de Ginebra (1949). Unos meses después el Consejo (res. 242) sentó los *principios* de una *paz justa y duradera*: 1) el retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios ocupados; y 2) el respeto y reconocimiento de la soberanía, integridad territorial e independencia política de todos los Estados de la zona y de su derecho a vivir en paz dentro de fronteras seguras y reconocidas. El Consejo afirmaba, además, la *necesidad* de garantizar este objetivo con medidas como la creación de *zonas desmilitarizadas,* la libertad de navegación por las vías internacionales y una *solución justa del problema de los refugiados*.

Como se volvió a la guerra en 1973 (*guerra del Yom Kippur*), el Consejo hubo de *instar* de nuevo a las partes (res. 338) a la aplicación íntegra de la res. 242 (1967). Desde antes (res. 252, de 1968; 298, de 1971) el Consejo advirtió que las medidas legislativas y administrativas para modificar el estatuto de Jerusalén y de los territorios ocupados, incluidas las expropiaciones de tierras, eran nulas. Israel no sólo no hizo caso, sino que fue a más, hasta acabar anexionando formalmente la parte oriental de la Ciudad Santa en 1981, lo que fue rechazado enfáticamente y declaró internacionalmente ilegal el Consejo (res. 476 y 478, de 1980; 497 de 1981).

Otro tanto ocurrió con los asentamientos de colonos judíos en los territorios ocupados. Obviamente no existían antes de 1967. Diez años después los

colonos eran apenas cuatro mil. El Consejo advirtió que la política de asentamientos no tenía validez legal, constituía una violación manifiesta del Cuarto Convenio de Ginebra (1949) y era un serio obstáculo para una paz completa, justa y duradera en Oriente Próximo; incluso estableció una comisión de tres miembros para examinar la situación (res. 446 y 452, de 1979; 465, de 1980). Israel no sólo se negó a cooperar, sino que rechazó oficialmente las resoluciones.

Al disponer de armas, los colonos más extremistas provocaron algunos incidentes luctuosos de los que se hizo eco el Consejo (res. 471, de 1980). Ya en 1990 los civiles palestinos muertos y heridos en enfrentamiento con las fuerzas de seguridad de Israel dieron pie a nuevas resoluciones, incluso al ademán de enviar misiones de encuesta, rechazadas por Israel (v. res. 672 y 673). Asimismo, el Consejo hubo de señalar la violación de las obligaciones de Israel conforme al Cuarto Convenio de Ginebra al hilo de la práctica sistemática de la deportación de civiles palestinos (v., por ej., res. 607, de 1988, 694, de 1991, 799, de 1992). Al comenzar la última década del siglo XX, los colonos judíos eran ya cien mil. El efecto del retorno de los judíos a Palestina era amplificado por la negativa a admitir el mismo derecho de los palestinos refugiados en otros países al que ya se había referido la Asamblea General (res. 194-III, de 1948), al término de la primera *guerra árabe-israelí,* y el Consejo de Seguridad (res. 237, de 1967), al concluir la de los *seis días*.

5. PAZ POR(MENOS) TERRITORIO

En octubre de 1991 se abrió en Madrid una Conferencia para la Paz en Oriente Próximo que giró fundamentalmente sobre la cuestión palestina. Uno de sus frutos fue la firma en Oslo, en septiembre de 1993, de una Declaración de Principios por Israel y la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), que abría una puerta a la solución definitiva del conflicto. La OLP renunciaba a los métodos terroristas y reconocía a Israel. Mutada en Autoridad Nacional Palestina (ANP) con competencias limitadas en Gaza y Cisjordania, la OLP era el interlocutor válido y aceptado en una negociación que debía buscar acuerdos para acabar con los asentamientos judíos en los territorios ocupados, decidir el estatuto de Jerusalén oriental, resolver el problema de los refugiados y ofrecer fronteras seguras a Israel. Las partes se dieron cinco años para llegar a un "arreglo permanente" *justo, global y duradero,* sobre la base de las resoluciones 242 (1967) y 338 (1973). La Declaración se consideró por muchos como el embrión del futuro Estado palestino (que, por otra parte, había sido proclamado por el Consejo Nacional palestino en el otoño de 1988, una vez que Jordania renunció a todo derecho sobre Cisjordania). *Paz por territorios* fue el eslogan simplificador del objetivo perseguido.

Lamentablemente, las sucesivas rondas de negociaciones no prosperaron. Israel, dispuesto a desmantelar los asentamientos de colonos judíos en Gaza

(lo que hizo en la primavera de 2006), donde su situación era insostenible, no detuvo su política de asentamientos en Cisjordania, sino que la amplió, especialmente en los alrededores de una Jerusalén declarada capital del Estado única e indivisible, que no estaba dispuesto a compartir; planteó nuevas reducciones territoriales del futuro Estado palestino en Cisjordania (*paz por menos territorios*), haciendo arabescos semánticos con la interpretación de las resoluciones del Consejo de Seguridad; volatilizó las expectativas del retorno de los refugiados palestinos más allá de los gestos simbólicos; reclamó el control de vías y recursos estratégicos en Cisjordania, del espacio marítimo y aéreo… Prácticamente concibió el futuro de los palestinos en Cisjordania y Gaza en términos similares a los que en África del Sur inspiraron la creación de los *bantustanes*.

Eso condujo a un nuevo levantamiento civil (*intifada*) en 2000 (antes lo había habido en 1987), y a la aparición y desarrollo de partidos y movimientos más radicales (*Hamas, Jihad islámica…*) que, con el tiempo, acompañaron con métodos terroristas el ejercicio del derecho de resistencia frente a la ocupación y a una represión de las fuerzas armadas de Israel con más de cinco mil víctimas mortales palestinas en lo que va de siglo y métodos que no resisten la prueba de las llamadas *reglas de La Haya,* de la Cuarta Convención de Ginebra y los principios fundamentales del DI humanitario o de los Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos.

6. DE LA HOJA DE RUTA A LA HOJA DE PARRA, LA CORTE INCORDIANDO

En 2003, Estados Unidos, Rusia, la Unión Europea y el Secretario General de las Naciones Unidas (el *Cuarteto*), respondiendo a una incitación del Consejo de Seguridad (res. 1397, de 2002), convino una *hoja de ruta* (que el Consejo hizo suya, res. 1515, de 2003) a fin de reanimar la negociación de una solución política que hiciese realidad en 2005, sobre la base de las resoluciones 242 (1967), 338 (1973) y 1397 (2002), la visión de dos Estados viviendo uno junto a otro en paz y seguridad.

El 9 de julio de 2004 la Corte Internacional de Justicia tuvo ocasión de pronunciarse sobre la situación de Palestina, requerida por la Asamblea General a aclarar las *Consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado*; un muro de seiscientos kilómetros levantado para hacer irreversible la ampliación de un Jerusalén judío, los asentamientos en Judea y Samaria y la seguridad de Israel. La Corte estimó que la localización y trazado del *muro,* justificado por Israel como una medida temporal para luchar eficazmente contra el terrorismo, era una medida desproporcionada en relación con el propósito declarado, violatoria de las obligaciones de Israel como potencia ocupante e incompatible —un obstáculo grave— con el ejercicio de la libre determinación del pueblo palestino, al

consagrar con un *fait accompli* la anexión ilegal de una parte de los territorios ocupados (donde se encuentra el ochenta por ciento de los asentamientos judíos "en contravención del Derecho Internacional") y forzar nuevas modificaciones demográficas por el abandono inducido de los palestinos. La Corte sacó las debidas consecuencias: Israel debía desmantelar el muro y reparar los daños producidos; los miembros de las Naciones Unidas no sólo no debían reconocer la situación creada, sino que debían hacer respetar a Israel el Derecho Internacional, en particular el Derecho Internacional Humanitario.

En la primavera de 2006, *Al Fatah,* históricamente dominante en la OLP y en la ANP, perdió las elecciones parlamentarias. La victoria de *Hamas,* calificada como organización *terrorista por* Israel, Estados Unidos y la mismísima Unión Europea, condujo a la retirada de los planes de asistencia internacional por conductos oficiales, a la enésima retención de fondos palestinos por las autoridades israelíes y a desarrollar nuevas operaciones militares en Gaza y Cisjordania, desde donde se lanzan regularmente cohetes contra asentamientos judíos en los territorios ocupados y poblaciones israelíes limítrofes, que crean más zozobra que daño…

En estos años, las resoluciones del Consejo han apoyado el "concepto de una región en que dos Estados, Israel y Palestina, vivan uno junto al otro dentro de fronteras seguras y reconocidas" y han exhortado a las partes a negociar conforme a planes elaborados por sucesivos enviados especiales norteamericanos y, más adelante (res. 1515, de 2003), siguiendo la *hoja de ruta* elaborada por el *Cuarteto*; pero ha pasado por alto que las hechuras del Estado llamado Palestina será, en el mejor de los casos, un *bantustán* de Israel. La hoja de ruta acabó siendo de parra.

7. DIOS TE GUARDE DE LA SIMETRÍA DE LOS ASIMÉTRICOS

Las resoluciones del Consejo han sido falaces al predicar la simetría, la equidistancia, de las formas frente a la asimetría de los ilícitos y la manifiesta desigualdad de las partes. Puede buscarse una atenuante para el Consejo en el hecho de que Estados Unidos bajo sucesivas administraciones ha impuesto su veto siempre que se ha querido condenar la violencia israelí, su uso desproporcionado de la fuerza, sus represalias armadas, sacar consecuencias de su incumplimiento de la resolución 242 (1967), enviar observadores o misiones de investigación a los territorios ocupados. Lo ha hecho siempre que se ha querido adoptar una resolución con base en el Capítulo VII de la Carta, jamás mencionado, arguyendo que condenar sólo a Israel no propicia el apaciguamiento de la región y la aproximación de las partes. Pero Estados Unidos ha vetado también proyectos que condenaban los ataques de colonos y fuerzas de seguridad israelíes contra civiles palestinos considerándolos —dice— *desequilibrados*.

La actitud del Consejo, sobre todo en los últimos años, ha sido el principal nutriente de la justificada acusación de agravio comparativo, de *doble rasero*. No hay, seguramente, en la historia de la Organización un infractor más persistente de sus resoluciones que Israel ¿Por qué, después de más de cincuenta años de recalcitrante desafío a la ley internacional como potencia ocupante de (Gaza y) Cisjordania no se le han impuesto sanciones, no se ha situado en los territorios ocupados una misión de mantenimiento de la paz, unos observadores siquiera? La pregunta es pertinente, sobre todo si se tiene en cuenta que ya en 1980 el Consejo, tras constatar, una vez más, "la persistente negativa de Israel" a dar cumplimiento a sus resoluciones, *reafirmaba* su *determinación* de "examinar medios prácticos" de conformidad con la Carta, para lograr su cabal aplicación (res. 476). Sólo estupefacción puede causar leer que el 30 de junio de 2010 el Consejo (res. 1934) solicitaba de nuevo a las *partes interesadas* la aplicación *inmediata* de la resolución 338 (1973), aprobada treinta y siete años antes. Y no digamos ahora. En fin…

8. DE VUELTA AL CALOR DE LA CORTE PORQUE EL CAPÍTULO VII DE LA CARTA ESTÁ CONGELADO

El 30 de diciembre de 2022, la Asamblea General acudió de nuevo a la Corte por vía consultiva instando su pronunciamiento sobre las *consecuencias jurídicas de las políticas y prácticas israelíes (que afectan a derechos humanos del pueblo palestino) en el territorio palestino ocupado*. El voto en la Asamblea fue, desde luego, muy dividido. Luego, en el procedimiento escrito, han participado una cincuentena de Estados y organizaciones internacionales autorizadas a tal fin. El procedimiento oral debe abrirse el 19 de febrero de 2024. Cuando escribo estas líneas faltan tres semanas; cuando tú las leas puede que las audiencias se hayan cerrado y se haya iniciado la fase de deliberación de la Corte. Es razonable pensar que la situación desencadenada por la acción de *Hamás et al.* el 7 de octubre de 2023 y la reacción del gobierno y fuerzas armadas de Israel en Gaza, va a ser objeto de particular escrutinio.

Más aún cuando en el camino se ha cruzado un año después, el 29 de diciembre de 2023, la demanda que por vía contenciosa ha interpuesto África del Sur contra Israel, a la que acusa de genocidio. Y no está de más recordar que unas semanas antes, el 17 de noviembre, la misma África del Sur, con otros países (entre ellos, Bolivia), requirió del Procurador de la Corte Penal Internacional la inclusión del genocidio en la investigación de los posibles crímenes ocurridos en los territorios ocupados, que inició el 3 de marzo de 2021 y avanza con ciertas dificultades. Esta investigación podría desembocar en la imputación de crímenes internacionales a cualesquiera individuos a los que puedan ser atribuidos, incluido el señor Netanyahu.

Pero ciñámonos ahora al procedimiento incoado por África del Sur ante la Corte Internacional de Justicia. El demandante ¿habría tomado esta iniciati-

va de haber ejercido debidamente sus competencias el Consejo de Seguridad? Éste, condicionado siempre por Estados Unidos, ha sido incapaz de ordenar un *alto el fuego*. El 6 de diciembre el Secretario General invocó la facultad que le atribuye el artículo 99 de la Carta, instando al Consejo a ordenarlo. Israel se sintió muy ofendido; aún faltaba mucho para rematar la tarea y no pensaba cejar en su furia destructora. Un proyecto de resolución votado el 8 de diciembre obtuvo trece votos a favor. Reino Unido se abstuvo y Estados Unidos lo hizo, una vez más, en contra, impidiendo su adopción. Cabe preguntarse la clase de liderazgo al que aspira Estados Unidos. El apoyo diplomático, la ayuda financiera y el suministro de armas a Israel, no parece la mejor expresión de la búsqueda de la paz.

Vista la inoperancia del Consejo, la Asamblea General adoptó el 12 de diciembre una resolución (A/RES/ES/-10-22), no vinculante, en que se reclamaba el *alto el fuego* en Gaza. Una vez más los miembros de la Unión Europea actuaron en orden disperso: dos votaron en contra (Austria y la República Checa) y siete se abstuvieron (entre ellos, ¡ay! la España del gobierno *de progreso*). Debe creer la Unión que, evitando el colapso de la Autoridad Nacional Palestina con subvenciones, lava su imagen, escamotea su escasa relevancia y puede seguir viéndose a sí misma como adalid de los derechos humanos y severo fiscal de los crímenes internacionales.

Antes (el 15 de noviembre) y después (el 22 de diciembre) el Consejo de Seguridad logró, sí, aprobar sendas resoluciones (la 2712 y la 2720), ajenas al ejercicio de los formidables poderes que otorga al Consejo el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, centradas en la facilitación de la asistencia humanitaria a una población civil palestina que deambulaba de un lugar a otro, huyendo de las bombas y buscando desesperadamente agua, pan y cobijo.

La segunda resolución es más extensa y precisa. Para entonces ya se había producido una primera "pausa humanitaria", que no tuvo continuidad. En su parte dispositiva, reitera la exigencia de "liberación inmediata e incondicional de todos los rehenes", deplora "todos los ataques contra civiles y bienes de carácter civil,…y todos los actos de terrorismo", reafirmando el deber de todas las partes de abstenerse de atacar y destruir bienes indispensables para la supervivencia de la población civil y exigiendo que las partes permitan y faciliten "la entrega inmediata, segura y sin trabas de asistencia humanitaria a gran escala directamente a la población civil palestina", pidiendo que se adopten medidas urgentes para "crear condiciones que lleven al cese sostenible de las hostilidades". La resolución solicita al Secretario General que nombre rápidamente un "Coordinador Superior de Asuntos Humanitarios y de la Reconstrucción", a fin de que, con el personal y equipo necesarios, establezca un "mecanismo de las Naciones Unidas para acelerar la entrega de los envíos de socorro… a través de Estados que no son partes en el conflicto, consultando a todas las partes pertinentes", a las que exige cooperar con el

Coordinador, ayudando a garantizar que la ayuda llegue a su destino civil. La resolución reitera su "inquebrantable compromiso con la aspiración a la solución bi-estatal" y destaca "la importancia de unificar la Franja de Gaza con la Ribera Occidental (Cisjordania) bajo la Autoridad Palestina". La resolución exhorta a todas las partes a que hagan pleno uso de los mecanismos de notificación humanitaria y evitación de conflictos para proteger todos los emplazamientos humanitarios, incluidos los locales de las Naciones Unidas, y facilitar la circulación de los convoyes de ayuda. Como vemos, el Consejo limita su capacidad operativa a la asistencia humanitaria en un conflicto que es incapaz de atajar; mucho menos atribuir responsabilidades.

9. EL ÓRDAGO DE ÁFRICA DEL SUR

La demanda de África del Sur, (co)redactada según parece, por John Dugard, acreditado jusinternacionalista, miembro del *Institut de droit international,* es (84 páginas), más extensa de lo habitual y muy documentada (574 notas al pie). Probablemente Dugard estaba implicado en la tarea cuando el 19 de noviembre el *Bureau* del Instituto sometió al voto de sus miembros una *Declaración sobre la situación presente en Oriente Medio,* tan pulcra como aséptica, y bastante contemporizadora desde un punto de vista político. Dugard se abstuvo motivadamente, señalando que el documento no intentaba siquiera contextualizar la situación, para reflejar su gravedad, o pronunciarse sobre la respuesta de las instituciones internacionales encargadas de mantener la paz, garantizando el respeto del Derecho Internacional y el escrutinio de la conducta de los responsables. La *Declaración,* dice Dugard, presenta los principios relevantes del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos en un vacío, sin reconocer que la "presente situación" es la consecuencia de 76 años de injusticia internacional hacia los palestinos. Crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad y posible genocidio habían sido cometidos a gran escala. Las instituciones internacionales (el Consejo de Seguridad, debido sobre todo a Estados Unidos; la Corte Penal Internacional, la Unión Europea), habían fallado en su tarea primordial de mantener la paz y asegurar el respeto del Derecho Internacional Humanitario y de los derechos humanos. No cabe más que estar de acuerdo con sus palabras. Si la *Declaración* fue endosada por noventa y nueve miembros del Instituto, de ciento doce votantes (con cuatro votos negativos y nueve abstenciones), fue porque un buen número de ellos, incluidos los miembros del grupo español, aun insatisfechos, consideraron que eso era mejor que nada.

África del Sur ha insistido en que ha debido asumir su obligación como parte en la Convención sobre el genocidio porque la "comunidad internacional" ha fallado al pueblo palestino, como antes falló en Ruanda, en Bosnia-Herzegovina o en Myanmar. Ahora, se habla mucho de respaldar la de-

manda de África del Sur. No hay ningún obstáculo para hacerlo en términos políticos, mediante las oportunas declaraciones que pueden difundirse y hacerse llegar a la Corte. En este sentido, al iniciarse las audiencias orales el 11 de enero, doce Estados (Palestina, Malasia, Turquía, Jordania, Maldivas, Bolivia, Venezuela, Pakistán, Bangladesh, Namibia, Nicaragua y Brasil) y dos organizaciones regionales (la Liga Árabe y la Organización de Cooperación Islámica) habían expresado su apoyo a la demanda. Como puede observarse, no aparece en la relación ningún miembro de la OTAN, salvo la excéntrica Turquía, ni de la Unión Europea. En España, la vicepresidente segunda del Gobierno, ha solicitado respaldar la demanda sudafricana, pero el presidente tiene otras preocupaciones.

10. LAS MEDIDAS PROVISIONALES EN UNA ESTRATEGIA PROCESAL

Con la demanda, África del Sur solicitó la adopción de medidas provisionales, a saber, la inmediata suspensión de todas las operaciones militares de Israel en y contra Gaza; asimismo, que desistiese de cualesquiera acciones que pudiesen conducir a la muerte, daño físico o mental, o infligir al pueblo condiciones de vida concebidas para su destrucción total o parcial, como pueden ser, entre otras, la expulsión y desplazamiento forzoso, la privación de agua, alimentos, medicinas y asistencia humanitaria; también debía Israel abstenerse de cualquier acción susceptible de agravar o extender la disputa y tomar todas las medidas razonables a su alcance para prevenir el genocidio y castigar todas las conductas que conduzcan a él y para conservar las pruebas, permitiendo a tal fin el libre acceso de misiones de encuesta; Israel, por último, debería informar a la Corte de las medidas tomadas en el plazo de una semana y, luego, a intervalos regulares. La Corte reaccionó con notable rapidez, al convocar audiencias en la segunda semana de enero (los días 11 y 12) y decidir mediante Orden del 26. Habían transcurrido, pues, 28 días desde que se presentó la solicitud, y 14 desde que se inició la deliberación.

El incidente de medidas provisionales tiene una importancia primordial en los procedimientos por genocidio. Se suele producir en momentos críticos, con gran expectación pública, es patente la gravedad de la situación subyacente, se evacuan rápidamente y, si nos atenemos a los precedentes, con buenos resultados en general para los solicitantes.

Así ha ocurrido en los casos *Gambia c. Myanmar,* acusado del genocidio de una minoría de religión musulmana (los *Rohingya*), y *Ucrania c. Rusia*, a la que no se acusa de genocidio, sino de emplear la fuerza armada bajo la falsa alegación de que Ucrania estaba cometiéndolo sobre las poblaciones de las regiones orientales de Donetsk y Lugansk. En el caso *Gambia c. Myanmar* la Orden se adoptó por unanimidad. En el de *Ucrania c. Rusia,* por trece contra dos. Ahora, en el caso *África del Sur c. Israel*, las votaciones han sido de quin-

ce contra dos/dieciséis contra uno, según los diferentes apartados de la parte dispositiva.

Luego, el procedimiento se demora, porque el demandado suele plantear excepciones preliminares a la competencia de la Corte o a la admisibilidad de la demanda, que consumen su tiempo. Además, la prueba es compleja y costosa. Después de largos años puede ocurrir que las excepciones prosperen o que las sentencias de fondo acaben con reconocimientos parciales y limitados (*Bosnia-Herzegovina c. Serbia y Montenegro*) o fracasando (*Croacia c. Serbia*). El procedimiento instado por Bosnia-Herzegovina consumió cerca de catorce años. El de Croacia, más de quince. Gambia demandó a Myanmar el 11 de noviembre de 2019 y se prevé cerrar el procedimiento escrito sobre el fondo el 16 de diciembre de 2024. La demanda de Ucrania contra Rusia, de 26 de febrero de 2022, está pendiente de que la Corte se pronuncie, ahora, dos años después, sobre las excepciones preliminares de Rusia. Lo va a hacer el 2 de febrero de 2024, dentro de tres días cuando redacto esta contribución. Ya lo habrá hecho cuando la leas.

11. LOS RELATOS ENFRENTADOS

En sus alegatos ante la Corte, África del Sur condena los hechos del 7 de octubre de 2023, pero sitúa la respuesta de Israel en el contexto de la continua violación de los derechos de los palestinos desde su guerra fundacional de 1948. Israel, en cambio, no quiere saber nada del pasado anterior al 7 de octubre, la mayor matanza planificada de judíos en un solo día desde el Holocausto, con más de un centenar de rehenes aún en manos de *Hamas*, culpable absoluto. Según Israel, África del Sur distorsiona los hechos al presentarlos como un enfrentamiento entre una población inerme y un ejército genocida; el conflicto real es entre un *Hamas* genocida y unas fuerzas armadas respetuosas del Derecho Internacional Humanitario. Israel llega a acusar a África del Sur de complicidad con Hamas; hace con ello un arabesco; pero no se atreve a retrucar planteando la violación por el demandante de la Convención sobre el genocidio. En su declaración, el juez Nolte llama la atención sobre la incapacidad de las partes en percibir al *otro*.

En la Orden del 26 de enero, la Corte hace sucinta referencia a los hechos del 7 de octubre y a las consecuencias de la operación militar "de gran envergadura" que ha sido su respuesta para fijar el contexto del asunto planteado y su plena toma de conciencia de la tragedia humana sobrevenida. La Corte señala que distintos órganos e instituciones de Naciones Unidas se ocupan del asunto; se citan en particular las resoluciones pertinentes de la Asamblea General (A/RES/ES-10-21, de 27 de octubre, y 10/22, de 12 de diciembre de 2023) y del Consejo de Seguridad (2712, de 15 de noviembre, y 2720, de 22 de diciembre) y se advierte que la intervención de la Corte es limitada por su objeto: la aplicación de la Convención sobre el genocidio.

12. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA DE ÁFRICA DEL SUR

Justamente, África del Sur ha justificado su demanda por el derecho y el deber que le incumbe, como parte de la Convención, de prevenir y perseguir este gravísimo crimen. Cualquier otro Estado parte, que no hubiera formulado una reserva al artículo IX (que incorpora la cláusula por la que pueden someterse a la Corte las controversias sobre la interpretación y aplicación de la Convención), podría haberlo hecho. En números, ciento treinta y cinco de ciento cincuenta y tres Estados partes.

Que sea África del Sur la demandante permite evocar los tiempos, hace cincuenta años, en que esa misma África del Sur, bajo un régimen de segregación racial (*apartheid*) y subordinación de la mayoría negra, era demandada por dos países del continente, Liberia y Etiopía, ante una Corte que les negó su legitimación activa por carecer de un interés propio dañado por el demandado. Esta "denegación de justicia", como recuerda ahora la juez Xue en su declaración, produjo una gran indignación y ensució sobremanera la reputación de la Corte. De hecho, condujo a su ostracismo por varios años. Ahora, África del Sur rinde homenaje a su propia historia, demandando a un país al que considera infractor de derechos humanos fundamentales de un pueblo, el palestino, cuyo territorio ocupa o controla. Al hacerlo, África del Sur asume un liderazgo del que otros, más próximos a los palestinos, se han escabullido.

Israel no ha impugnado la legitimación activa de África del Sur para demandarle; no obstante, la Corte ha querido recordar que en el asunto *Gambia c. Myanmar* (Orden de 23 de enero de 2020) ya advirtió que las obligaciones asumidas en la Convención son *erga omnes partes* y, en consecuencia, el interés común de prevenir, reprimir y castigar el genocidio implica que cualquier Estado parte puede, de darse el caso, invocar la responsabilidad de otro y acudir a la Corte en los términos en que lo permite el artículo IX de la Convención. Se trataba, pues, de un punto jurisprudencialmente resuelto, que la Corte ha querido remachar. Myanmar había hecho juegos malabares para discutir la legitimación de Gambia, arguyendo, *inter alia*, que sólo los Estados directa y particularmente implicados en la situación podían servirse del artículo IX de la Convención, lo que conducía a Bangladesh (a cuyo territorio habían huido cientos de miles de individuos de la minoría *rohingya*), país que había formulado una reserva al artículo IX y, por lo tanto, no podría invocar el artículo IX contra Myanmar.

13. LA EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES

Ahora bien, la operación del artículo IX de la Convención arranca, como premisa, de la existencia de una controversia entre las partes en la fecha del depósito de la demanda, en nuestro caso, el 29 de diciembre de 2023. Para un

lego el punto no ofrece duda: ¿cómo negar que África del Sur ha denunciado a Israel por genocidio e Israel lo rechaza en términos categóricos?, pero ante la Corte hay que hilar más fino y la posibilidad de escapar por ahí es siempre tentadora. Se trata de una cuestión de fondo, no de forma ni procedimiento. Si no había controversia en esa fecha, no sólo decaería la solicitud de medidas provisionales, sino la misma demanda, por muerte súbita. Myanmar lo intentó frente a Gambia, sin éxito. Pero recordemos que este expediente sirvió a la Corte para desembarazarse —si bien con una votación muy dividida (nueve a siete en dos casos y empate con voto dirimente del presidente en otro) de las demandas planteadas por las Islas Marshall contra India, Paquistán y Reino Unido en relación con las obligaciones relativas a la negociación de la cesación de la carrera de las armas nucleares y del desarme nuclear.

Ahora Israel ha jugado a fondo esta carta y lo ha hecho con habilidad, pero sin fortuna. La negación de que la controversia había cristalizado antes del 29 de diciembre de 2023, como sostenía África del Sur, giraba en torno al hecho de que la correspondencia diplomática bilateral sobre este asunto era tardía; había comenzado sólo el 21 de diciembre, ocho días antes del depósito de la demanda, y no había habido oportunidad de tratar de salvar las discrepancias mediante una reunión de las partes. El juez *ad hoc* Barak, en su opinión separada, deja caer sobre África del Sur una sospecha de mala fe.

La Corte, sin embargo, no ha concedido particular importancia al intercambio diplomático bilateral, realmente lo desdeña por omisión y, atendiendo a declaraciones públicas de las partes, algunas en instituciones multilaterales, de autorizados representantes de unos y otros, ha estimado existente la controversia el 29 de diciembre de 2023.

14. LA PROCEDENCIA DE MEDIDAS PROVISIONALES: LA 'INTENCIÓN GENOCIDA'

Una vez que ha constatado la existencia de controversia entre las partes, la Corte ha pasado a examinar las condiciones que le permiten adoptar medidas provisionales, a saber: 1) que es competente *prima facie* sobre el fondo del asunto; 2) que es *plausible* la existencia de los derechos que se trata de proteger y su relación con las medidas requeridas; y, 3) que pueden darse perjuicios irreparables si no se procede urgentemente.

En esta contribución sólo quiero destacar un elemento: el *dolus specialis*, la intención genocida, el ánimo de destrucción de al menos una parte sustancial de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, ínsito en este crimen, que permite no sólo caracterizarlo, sino diferenciarlo de otros crímenes (de guerra, de lesa humanidad), también muy graves, pero sobre los que la Corte carece de competencia. Sabemos que, llegado el momento de tomar una decisión de fondo o sobre excepciones preliminares, la Corte exigirá un estándar

altísimo de prueba de la intención genocida, al punto de reclamar una prueba directa o, al menos, la prueba de que esa intención es la única y necesaria inferencia que se deriva de los hechos probados. Pero, ¿ahora?

La intención genocida juega en dos tableros, en el de la apreciación de la competencia *prima facie* de la Corte, y en el de la *plausibilidad* de los derechos recogidos en la Convención que se trata de proteger frente al riesgo de un perjuicio irreparable. Los derechos son *plausibles* si *plausible* es una intención genocida, también requerida para establecer *ratione materiae* la competencia de la Corte. El estándar de apreciación de la intención genocida se rebaja en este incidente, pero ¿hasta qué punto?

En sus alegatos, África del Sur advierte en las acciones de Israel un patrón sistemático de conducta que, vinculando los hechos a los tipos registrados en el art. II de la Convención, permiten inferir el genocidio. Las declaraciones incendiarias de conspicuos representantes israelíes vendrían a confirmarlo. África del Sur entiende que, en este trámite, debía ser suficiente con que la intención genocida no sea descartable como hipótesis. Israel ha considerado que se debe ser más exigente; su esfuerzo ha ido dirigido a convencer a la Corte de que esa hipótesis era inverosímil, por sus antecedentes, respetabilidad y conducta virtuosa.

La Corte constata en la Orden que los palestinos de la Franja de Gaza forman una parte sustancial de un grupo protegido, habiendo producido la operación militar de Israel numerosos muertos y heridos, destrucción masiva de viviendas, desplazamiento forzoso de una aplastante mayoría de la población y daños considerables a las infraestructuras civiles. La Corte se apoya en manifestaciones de altos funcionarios de la Secretaría de las Naciones Unidas, OMS, UNRWA, para avalar que Gaza se ha convertido en un lugar inhabitable donde el sentido de humanidad se ha extinguido, y las enlaza con las declaraciones de responsables israelíes que serían incriminatorias. La Corte menciona, asimismo, la inquietud por el claro aumento de los propósitos odiosos de carácter racista y deshumanizador hacia los palestinos desde el 7 de octubre, expresada por el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, y toma nota, sobre todo, del comunicado suscrito por 37 relatores especiales, expertos independientes y miembros de grupos de trabajo en procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, alarmados por la retórica "visiblemente genocida" de altos responsables gubernamentales israelíes.

Sobre esta base, la Corte concluye que al menos ciertos actos y omisiones que África del Sur reprocha a Israel en Gaza parecen susceptibles de entrar dentro de las previsiones de la Convención, y que al menos ciertos derechos que África del Sur reivindica y cuya protección solicita, son plausibles. Es el caso del derecho de los palestinos de Gaza a ser protegidos contra los actos de genocidio y los actos prohibidos conexos contemplados por el artículo III,

y del derecho de África del Sur a solicitar que Israel cumpla con sus obligaciones. A su vez, por su misma naturaleza, al menos algunas de las medidas solicitadas por África del Sur guardan relación con los derechos que la Corte ha considerado plausibles.

Los alegatos israelíes no han tenido efecto en esta etapa del procedimiento. Los daños civiles en un conflicto urbano —inducido por los métodos de lucha de Hamas— son inevitables y legítimos cuando la necesidad militar lo impone, señala Israel que, dice, hace lo posible por mitigarlos y coadyuva a afrontar sus consecuencias mediante asistencia humanitaria. Israel lamenta que sus acciones de mitigación de daños, como los avisos de evacuación de la población civil para su protección, se tergiversen para convertirse en desplazamientos forzosos prohibidos. Israel ha sostenido que sus operaciones militares, en ejercicio de la legítima defensa, son respetuosas en la medida de lo posible de las normas del Derecho Internacional Humanitario y, por supuesto, nada más ajeno a su conducta y voluntad que una intención genocida. Se banaliza el genocidio, apunta. ¿Cómo puede siquiera insinuarse que Israel, un estado de derecho nacido con la divisa del "nunca más" sembrada por el Holocausto, puede ser genocida? Si se cometen otros crímenes, no conciernen a la Corte, su marco es el del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados y, en todo caso, Israel se ha dotado de la legislación e instituciones precisas para perseguirlos y sancionarlos. Por otro lado, las declaraciones de dirigentes israelíes se han manipulado y descontextualizado; no son imputables al núcleo de los responsables de la acción en Gaza. La Fiscalía comenzó a actuar el 9 de enero contra los incitadores al genocidio. En su opinión separada, el juez *ad hoc* Barak recrea este discurso, inspirado por su experiencia personal, como superviviente de un campo de exterminio y, luego, como destacado magistrado en Israel.

15. ¿PULVERIZACIÓN DEL TEST DE LA 'PLAUSIBILIDAD'?

Este punto de la *plausibilidad* no parece definitivamente cerrado en el debate judicial. El juez Cançado Trindade que, de no haber fallecido, habría integrado el colegio de los jueces, detestaba la aplicación de este criterio frente a los gravísimos actos que violentaban la vida, la integridad, la dignidad humana. Posiblemente algunos jueces, sobrecogidos por la dimensión de la tragedia puesta ante sus ojos, han pulverizado *de facto* el estándar de la *plausibilidad*. Así entiendo que lo hizo, por ejemplo, el juez Bennouna en el caso *Ucrania c. Rusia,* pues expresó sus dudas sobre el cumplimiento de un estándar mínimo de apreciación. También podría ser el caso de la juez Xue en esta ocasión, (no en *Ucrania c. Rusia,* donde sostuvo, si mi interpretación no es errónea, que ya, en esta fase del procedimiento, el demandante debe proveer indicios, por débiles que sean, de que la intención genocida es algo más que una mera hipótesis). El juez Bhandari abunda en esta posición. Cuando deba

resolverse el fondo, la existencia del *dolus specialis* exigirá la convicción de que esa es la única inferencia que puede extraerse de los actos en cuestión; pero ahora, la índole de la campaña militar, la amplia destrucción de vidas y haciendas, y las necesidades humanitarias son por sí solas capaces de satisfacer la *plausibilidad* de los derechos reconocidos en el artículo II de la Convención.

En cambio, el juez Nolte que, como los citados, ha votado a favor de las medidas, puntualiza en su declaración que ya en esta fase la plausibilidad de la intención genocida debe basarse en los hechos y circunstancias aportados al procedimiento. Él cree que la Corte debería aplicar, cuando invoca los principios que animan su jurisprudencia, el criterio de distinción entre los casos, pues no son iguales, y señala las diferencias entre el presente asunto y el de *Gambia c. Myanmar*. El juez Nolte no está persuadido de que África del Sur haya demostrado *plausiblemente* que la operación militar de Israel, como tal, albergue una intención genocida, pero las declaraciones de altos funcionarios israelíes ofrecen apoyo a una posible incitación al genocidio, y es esto lo que determina su voto, una vez excluida en la Orden una medida de suspensión de las operaciones militares.

Asimismo, el juez *ad hoc* Barak considera en su opinión separada que "alguna prueba" de la intención genocida es necesaria para que la denuncia de genocidio sea plausible; Barak entiende que dicha prueba brilla por su ausencia, nada comparable a la que se manejó en el caso *Gambia c. Myanmar*; sorprendido porque no se hayan tenido en cuenta los argumentos de Israel, se empeña en desacreditar la "escasa evidencia" que alimenta la conclusión de la Corte.

La juez Sebutinde también opina que la Corte debería haber examinado la prueba disponible para identificar indicios de intención genocida, pues no basta con alegar las graves violaciones tipificadas en el artículo II de la Convención, para establecer la *plausibilidad* de los derechos protegidos; la juez no advierte, desde luego, indicios de dicha intención en nuestro caso. El alegato israelí halla en la juez ugandesa un firme, aunque aislado, baluarte. Llama, pues, la atención que en *Ucrania c. Rusia* votara a favor de las medidas provisionales ordenadas contra Rusia, que implicaban una drástica suspensión de operaciones militares, sin la delicada atención que ahora presta a los estándares de la plausibilidad.

16. PERJUICIO IRREPARABLE Y URGENCIA

Tras endosar la posición de África del Sur, la Corte ha verificado el perjuicio irreparable que pueden sufrir los plausibles derechos protegidos de no tomarse medidas urgentes. La condición de urgencia, recuerda, se cumple cuando los actos susceptibles de causar dicho perjuicio pueden ocurrir "en

cualquier momento". La Corte estima que así ocurre en este caso "a la luz de los valores fundamentales que la Convención sobre el genocidio quiere proteger". A tal efecto, recurre a la apreciación hecha por altos representantes de Naciones Unidas, comenzando por su Secretario General, sobre el riesgo de un agravamiento de la situación humanitaria ya catastrófica; más aún cuando la operación militar de Israel continúa y el primer ministro anunciaba el 18 de enero que la guerra duraría largos meses. Los datos son demoledores y sin medidas urgentes el daño será irreparable para una población que deambula entre el fuego y la inanición. La Corte estima que las medidas adoptadas por Israel en el campo asistencial, así como la persecución penal de conductas de incitación al genocidio, son estimulantes, pero insuficientes.

La consecuencia de esta posición de principio ha supuesto el rechazo de la petición israelí de que la Corte dé carpetazo definitivo a la demanda de África del Sur. El procedimiento sigue adelante. Sólo la juez Sebutinde y el juez *ad hoc* Barak se han manifestado en contra, aunque el juez *ad hoc,* Barak, más pragmático, ha votado a favor de dos de los apartados de la parte dispositiva, basándose en sus convicciones humanitarias y con la esperanza de disminuir tensiones y retóricas dañosas.

17. LAS MEDIDAS OPORTUNAS

África del Sur ha advertido que no adoptar medidas sería muy grave para los Palestinos, la integridad de la Convención y la reputación de la Corte. Los palestinos no merecen menor protección de la ya dada a otros grupos. La incapacidad de Israel para reconocer que ya ha hecho algo mal triturando Gaza, señala África del Sur, no es el mejor punto de partida. En todo caso, su compromiso es unilateral, precario y revocable. Sus operaciones imposibilitan la distribución efectiva de la ayuda.

La Corte ha sido sensible a estas consideraciones, pero también lo ha sido a las de los abogados de Israel, que se han tomado la molestia de desacreditar, una a una, las medidas propuestas por África del Sur, que ya no pudo replicar, al no haber segunda ronda. En su oposición a las medidas solicitadas, Israel ha introducido varias ideas relevantes. Las medidas: 1) no pueden ser unilaterales; 2) no han de prejuzgar el fondo del asunto; 3) han de justificarse debidamente. De particular interés es la crítica a la primera medida solicitada (la suspensión de las operaciones militares de Israel), que quebranta el equilibrio en la protección de los derechos de ambas partes. Israel llega a formular un 'decálogo' de consideraciones para proveer a dicho equilibrio. Destaquemos: ordenar la suspensión de las operaciones de Israel supone restringir su derecho a la autodefensa, causándole un perjuicio irreparable, produciendo una impresión de parcialidad y dando pie a una situación perversa. Israel sostiene que ya ha tomado medidas concretas para garantizar la existencia de los civiles Palestinos en Gaza, está dispuesto a seguir las recomendaciones

del Consejo de Seguridad, y sus agentes han dado garantías de respeto de sus obligaciones internacionales.

La Corte ha reafirmado su potestad de indicar medidas total o parcialmente diferentes a las solicitadas. Actuando en consecuencia ha suprimido unas y ha modificado otras de las solicitadas por África del Sur, atendiendo los reparos del demandado, aunque sin dar ninguna explicación de su conducta. Realmente la página escasa que dedica a su motivación no hace sino anticipar su parte dispositiva.

La Corte se ha abstenido de ordenar la suspensión de las operaciones militares de Israel; ha omitido por completo el punto; la Orden se ha limitado, pues, a exigir que Israel tome todas las medidas a su alcance para prevenir la comisión de actos susceptibles de incurrir en los tipos criminales registrados por la Convención (que implican una intención genocida), velando con efecto inmediato para que su ejército no cometa tales actos. La Orden exige también a Israel que tome todas las medidas necesarias para prevenir y castigar la incitación 'directa y pública' a cometer genocidio, así como medidas efectivas para permitir la asistencia humanitaria (estos dos puntos contaron con el voto favorable del juez *ad hoc* Barak). La Corte ha endosado la solicitud de África del Sur sobre la salvaguarda de los elementos de prueba (pero ha omitido la relativa al acceso de comités de encuesta). Por último, la Corte obliga a Israel a presentarle un informe en el plazo de un mes sobre el conjunto de medidas que haya adoptado para dar efecto a la Orden. La cláusula de evitar todo acto susceptible de agravar o extender la controversia o hacer más difícil su solución ha sido igualmente desestimada, por omisión.

18. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS (JUDICIALES)

Derivar a los jueces situaciones envenenadas por la 'política' es inevitable, incluso imperativo, cuando la 'política' conduce al crimen, más aún cuando el que se barrunta es el de genocidio. La juez Sebutinde sugiere, en su opinión disidente, que África del Sur utiliza la demanda contra Israel como un pretexto para desviar a la Corte un conflicto que ha de ser resuelto por medios diplomáticos y políticos. ¡Qué duda cabe que la decisión de la Corte no terminará con una situación compleja y multiforme como la que se vive en Oriente Próximo!, pero si se cometen crímenes y entran dentro de la competencia de la Corte, no debe ésta escapar de su propia responsabilidad.

En términos generales, ambas partes pueden sentirse satisfechas. La Corte admite preliminarmente que la demanda de África del Sur tiene recorrido. El petitorio de Israel —que no se tomen medidas, por ser innecesarias, y que se cancele el asunto definitivamente— ha sido rechazado. Pero las medidas solicitadas han sido drásticamente recortadas. Las operaciones militares de Israel pueden continuar. Probablemente éste ha sido, junto con la aprecia-

ción de la "intención genocida", el punto más debatido, sobre el que se ha buscado un compromiso que pudiera endosar una amplia mayoría de los jueces. El alegato israelí no ha sido efectivo para atajar la procedencia de las medidas, pero sí para recortar su alcance.

En definitiva, no se pide a Israel nada que Israel no afirme que ya está cumpliendo y la exigencia de que presente un informe no más tarde del 26 de febrero podría reducirse al engorro burocrático de tener que justificarse, con números, gráficos y diagramas bien editados. Sin embargo, puede suponer algo más: una mayor moderación en el uso de la fuerza armada y una actividad más intensa en la persecución de los sionistas que traspasan los límites de la libertad de expresión. En último término, la Orden, que es obligatoria, como tiene interés la Corte en sentar expresamente, viene a añadir una pieza al cuadro de obligaciones internacionales que Israel dice estar cumpliendo. El informe se trasladará a África del Sur para observaciones, y puede dar lugar a alguna actividad judicial vinculada a su cumplimiento. Desde luego, las Órdenes no siempre son cumplidas; y ahí tenemos a Rusia como ejemplo. Pero son un factor no desdeñable en el curso de un conflicto. Estas Órdenes, como luego las sentencias o, en el procedimiento consultivo, las opiniones o dictámenes de la Corte, marcan el campo de los juicios de valor, más allá de los principios éticos, y son un instrumento de presión para que la 'política' recomponga su figura. Además, si la Corte constata que Israel no observa las medidas, África del Sur podría acudir al Consejo de Seguridad para garantizar su cumplimiento. El veto de Estados Unidos sería ahora políticamente mucho más costoso.

Estas medidas pueden estar en vigor durante años, mientras la Corte no se pronuncia sobre posibles excepciones preliminares del demandado o, descartadas éstas, lo hace sobre el fondo. Si, finalmente, se declara incompetente o descarta la infracción de la Convención sobre el Genocidio, las medidas provisionales habrán servido para poner coto a otros crímenes (de guerra, de lesa humanidad) sobre los que la Corte carece de jurisdicción.

La Corte ha querido tener un gesto con los rehenes israelíes en Gaza y les ha dedicado el último párrafo de la Orden que precede a su parte dispositiva; en él señala que todas las partes en el conflicto están obligadas por el Derecho Internacional Humanitario y, en este contexto, expresa su grave preocupación por la suerte de las personas capturadas durante el ataque del 7 de octubre de 2023 y retenidas desde entonces por *Hamas* y otros grupos armados, apelando su liberación inmediata e incondicional. El juez *ad hoc* Barak lo subraya en su opinión separada, aunque le hubiera gustado verlo reflejado en la parte dispositiva, tal como se ha hecho, al requerir de Israel que tome sin dilación todas las medidas efectivas para facilitar la ayuda humanitaria a la población de Gaza, que él mismo ha respaldado con su voto, una medida que, ciertamente, escapa a la economía de una Orden de esta naturaleza. La juez Sebutinde invita a África del Sur a aprovechar la cordial

relación que —se dice— mantienen algunos de sus órganos con los líderes de *Hamas,* para persuadirlos a la entrega incondicional e inmediata de los rehenes, como gesto de buena voluntad. No podría decir si se trata de una ironía o de una sugerencia bien intencionada.

El día 5 de febrero, cuatro de los actuales miembros de la Corte (Donohue, Gevorgian, Bennouna y Robinson) terminan su mandato. También se elegirá entre sus miembros nuevo presidente y vicepresidente. Con esta composición modificada la Corte afrontará futuros pasos. El presidente convocará a los agentes de las partes para fijar un calendario para el procedimiento escrito: Memoria (de África del Sur) y Contra-memoria (de Israel). Israel puede, si se deja llevar por sus emociones, reanudar de inmediato las hostilidades procesales. Pero si actúa con cálculo y frialdad esperará a que África del Sur deposite su Memoria sobre el fondo del asunto y en la fecha límite que marca el Reglamento planteará excepciones preliminares a la competencia de la Corte y a la admisibilidad de la demanda. Entonces el fantasma de la "intención genocida" volverá a hacerse presente con más fuerza, porque no bastará ya con aceptar una hipótesis, sino que será preciso probar directamente esa intención o convencer a los jueces de que esa es la única y necesaria inferencia de otros hechos probados.

19. PALESTINA NO ES UN PROBLEMA, ES UNA TRAGEDIA

La Asamblea General reconoció enfáticamente los derechos *inalienables* del pueblo palestino a la libre determinación (res. 3236-XXIX, de 1974) y a la OLP, constituida en 1964, como su representante legítimo (res. 3375-XXX, de 1975). A partir de ese momento *la mayoría mecánica* de la Asamblea puso la dialéctica descolonizadora al servicio de la causa palestina hasta el extremo de propugnar (res. 31/20...) el establecimiento de un Estado soberano sobre el solar palestino, ignorando la existencia de Israel, miembro de la Organización, declarándolo Estado *no pacífico* (res. ES-9/1, 1982). La inoperancia del Consejo de Seguridad explica la radicalización de la Asamblea, que ha aprobado durante decenios centenares de resoluciones sobre la situación de Palestina y convocado sesiones extraordinarias y conferencias internacionales, con la habitual abstención u oposición del grueso de países *occidentales*.

Palestina ha sido reconocida como Estado soberano por más del setenta por ciento de los miembros de las Naciones Unidas; pero no ha podido pasar del *status* de Estado no miembro observador, porque su solicitud de ingreso requiere una recomendación del Consejo de Seguridad que Estados Unidos bloquea, mientras traslada a Jerusalén su embajada en Israel, una iniciativa que, por cierto, ha dado pie a una demanda de la ANP ante la Corte Internacional de Justicia que, al parecer, duerme la siesta. Adoptando el más respetable de los tonos, Estados Unidos y los más conspicuos miembros de la Unión Europea han invocado cuán importante es negociar la paz sin perder

el tiempo en que Palestina se convierta en miembro de pleno derecho de la ONU; incluso se han atrevido a afirmar que un hecho semejante sería un paso atrás en la búsqueda de la paz, sin precisar de qué paz se trataba. Cierto es que considerar Palestina un Estado requiere imaginación y buena voluntad; pero conviene llamar la atención sobre el cinismo de quienes patrocinan, como nuevas, recetas que han fracasado en el pasado por su insuficiente implicación, cuando no su falsa y fraudulenta mediación y la cobertura que han prestado a la reiterada violación por Israel de las normas internacionales.

Casi dos tercios de Cisjordania, la zona más fértil, están bajo absoluto control militar y civil de Israel, doblando los colonos en número a los palestinos. Israel concibe el futuro de Palestina, ya lo hemos dicho, como un *bantustán* habitado por una población domesticada. El mismo Israel ha entrado en una dinámica que hace incompatible su carácter democrático y su identidad judía. Organizados políticamente, fuertemente motivados y en absoluto ajenos al recurso a la violencia, los colonos son un poder decisivo dentro del Estado, capaz de poner y derribar gobiernos. Probablemente, un Israel sólo judío no puede ser democrático y un Israel democrático no puede ser sólo judío.

Hace más de diez años explicaba la sensación del *déjà vu* que producían los acontecimientos y la regresión vivida en la búsqueda de la paz, tanto por la violencia creciente como por la omisión de sus responsabilidades por el Consejo. Ahora no queda sino reiterarlo. La situación de Palestina ya no es un problema, es una tragedia y Gaza el punto más catastrófico. Israel sólo puede mantener su política mediante el uso continuado de la fuerza, la violación regular de sus obligaciones como potencia ocupante y, eventualmente, la renuncia al Estado democrático. Los movimientos radicales palestinos, al empecinarse en no reconocer a Israel ni las fronteras de 1967, se abocan, a su vez, a un callejón cuya única salida conduce a la escalada de un conflicto regional, que les desborda.

LA GUERRA EN GAZA ¿PUEDE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO JUSTIFICAR UN GENOCIDIO?

THE WAR IN GAZA: CAN THE FIGHT AGAINST TERRORISM JUSTIFY GENOCIDE?

Ana Salinas de Frías*

Palabras clave: guerra Gaza, legítima defensa Israel, Palestina, Derecho Internacional Humanitario, derechos humanos, represalias, rehenes, cooperación penal.

Keywords: Gaza war, Israel self-defence, Palestine, international humanitarian law, human rights, countermeasures, hostages, cooperation in criminal matters.

SUMARIO: 1. UNA RESPUESTA REITERATIVA. 2. UNA RESPUESTA UNILATERAL Y SOSTENIDA EN EL TIEMPO. 3. UNA RESPUESTA EN EL MARCO DE UN TERRITORIO OCUPADO. 4. UNA RESPUESTA DE UNA DIMENSIÓN INTOLERABLE: ¿UN GENOCIDIO? 5. UNA RESPUESTA QUE RECIBE UN SILENCIO CASI UNÁNIME DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL.

En la madrugada del 7 de octubre de 2023, Hamás lanzaba uno de los mayores ataques de su historia contra Israel, desarrollando simultáneamente ofensivas por tierra, mar y aire, y usando al mismo tiempo cohetes convencionales, ataques con drones, ciberataques y la voladura de ciertos pasos en el muro de separación en diversos puntos de la franja de Gaza. Una vez en suelo israelí, los milicianos de Hamás —que reivindicaría más tarde los hechos— atacaron diversas comunidades judías, asesinando a numerosas víctimas, así como secuestrando a un elevado número de rehenes para usarlos como moneda de cambio con Israel para satisfacer ciertas peticiones. Esta ofensiva terrorista de Hamás del día 7 de octubre vendría acompañada del asesinato de un elevado número de civiles israelíes y extranjeros que se encontraban disfrutando de un concierto en una localidad cercana a la frontera[1]. Los métodos utilizados por Hamás —uso de explosivos y matanza de civiles haciendo cundir el terror entre la población, así como la toma de rehenes— responden sin lugar a dudas a una acción terrorista que merece la más firme e incondicional condena, y exigen la liberación inmediata y sin condiciones de absolutamente todos los rehenes, además del procesamiento subsiguiente de los responsables y el cum-

* Dra. Ana SALINAS DE FRÍAS, Catedrática de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga (asalinas@uma.es). La presente reflexión se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-108253RB-C31, Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, dignidad humana y sostenibilidad

[1] Se trata de la llamada operación "Inundación de Al-Aqsa" por parte de Hamás. Véase su gestación en https://www.bbc.com/mundo/articles/ck7p8np1mx9o y su desarrollo en https://www.realinstitutoelcano.org/comentarios/cuando-la-realidad-del-fracaso-supera-la-ficcion/

plimiento del correspondiente castigo que en su caso las autoridades judiciales impongan. Numerosos Estados, Organizaciones Internacionales, instituciones públicas, etc., que se han manifestado respecto de los hechos reivindicados por Hamás los han condenado; ninguno de ellos ha negado ni la gravedad de los hechos, ni el delito que constituyen, ni el castigo que merecen.

Cuestión diferente es la respuesta de Israel a los ataques terroristas perpetrados, amparada en el derecho a su legítima defensa, una respuesta que es (I) reiterativa —si se tienen en cuenta respuestas similares a ataques similares anteriores—; (II) unilateral y sostenida en el tiempo; (III) materializada en un marco jurídico muy concreto, al tener lugar en territorios ocupados por Israel; (IV) de una enorme dimensión, a juzgar por los resultados acumulados en estos ya siete meses de conflicto; (V) y, una vez más, poco contestada por la comunidad internacional más allá de las declaraciones de condena. Las dudas que dicha respuesta plantea ha llevado a la República de Sudáfrica a presentar una demanda ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) contra el Estado de Israel por una potencial violación de sus obligaciones en el marco de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio[2], solicitando de ésta la adopción de medidas cautelares que eviten el genocidio que, en su opinión, se estaría cometiendo contra el pueblo palestino, así como el aseguramiento de la existencia de la población palestina de la Franja de Gaza en tanto se sustancia el proceso y se resuelve la demanda.

Y, en una respuesta excepcional, aunque coherente con otras cuestiones ya analizadas por ésta en relación a Israel y el alcance e incidencia de sus políticas respecto de la población palestina que habita los territorios ocupados, la Corte ha exigido a Israel que cese en una serie de actos que podrían constituir una violación de las obligaciones derivadas de dicho Convenio, además de requerirle la presentación de un informe detallando las medidas específicas adoptadas a tal fin en el plazo máximo de un mes. Aunque para la parte demandante[3] la respuesta no responda al completo al *petitum* de la demanda y para el pueblo palestino sea insuficiente, la respuesta de la Corte no deja de ser clara, exigente, coherente[4] y hasta cierto punto incluso inesperada[5].

---

[2] ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*, demanda presentada por Sudáfrica el 29 de diciembre de 2023, en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf

[3] En fecha 8 de febrero Nicaragua ha solicitado a la Corte participar como tercero interviniente haciendo uso del art. 62 del Estatuto de la CIJ (véase: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240123-int-01-00-en.pdf) ; el 5 de abril de 2024 fue el turno de Colombia (véase: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240405-int-01-00-en.pdf); el 10 de mayo lo hacía Libia (véase: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240510-int-01-00-en.pdf) ; el 24 de mayo de 2024 ha sido México quien ha procedido a solicitar también su intervención (véase https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240524-int-01-00-en.pdf); y el 31 de mayo ha sido Palestina (véase https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240603-int-01-00-en.pdf).

[4] Véase la posición de la CIJ en *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 2004, ICJ Rep at 136.

[5] GARRIDO MUÑOZ, Asier., "Justicia y sobriedad en La Haya", https://elpais.com/internacional/2024-01-30/justicia-y-sobriedad-en-la-haya.html. Veáse la ordenanza de la Corte de 26 enero 2024

1. UNA RESPUESTA REITERATIVA

La respuesta que hasta aquí el gobierno israelí ha articulado y puesto en práctica ha sido exhaustivamente recogida en la demanda ante la Corte. No obstante, y dado que la reacción aún está en curso, ese relato sólo ofrece una foto fija a la fecha de presentación de la demanda, pero sigue desarrollándose y "enriqueciéndose" hasta el momento, e ignoramos si aún ofrecerá facetas hasta ahora desconocidas[6]. No sería descabellado, tras hallazgos posteriores a la demanda como, por ejemplo, la fosas comunes encontradas en dos hospitales de Rafah tras su bombardeo, con centenares de víctimas, y respecto de los cuales Naciones Unidas exige una investigación[7].

Sin embargo, al momento de escribir estas reflexiones, una breve mirada a la historia constata que no resulta un comportamiento muy diferente a los ya ofrecidos a lo largo de los setenta y cinco años de conflicto entre ambos pueblos en este mismo escenario, si acaso tan sólo en la dimensión que en este caso concreto está alcanzando este drama, pero no en los medios o modos utilizados ni en los destinatarios.

En primer lugar, y en cuanto a los medios empleados, las noticias que se reciben con la escasa cobertura internacional permitida por Israel, siempre desde fuera del territorio de Gaza, reportan una y otra vez el bombardeo exhaustivo de todo tipo de instalaciones civiles, ya sean dispensarios médicos, hospitales, supermercados, puestos de policía, escuelas, etc. Ello ha venido acompañado de un severo corte de suministros, en especial de agua potable, prácticamente inexistente durante días, de luz, lo que ha dado pie a la muerte de muchos pacientes en hospitales, especialmente bebés y personas más vulnerables (pacientes con necesidad urgente de cirugías, tratamientos oncológicos, diálisis, etc.), o de medicamentos, obligando a cirugías sin anestesia, incluso para la amputación de miembros. Los desplazamientos forzados de civiles, obligados a abandonar sus hogares y sus pertenencias y conducidos a zonas donde no tenían ni abrigo, ni protección, ni recursos, ha sido una constante en anteriores episodios y, muy marcadamente, en éste, en el que la población civil obligada a hacinarse en Rafah ha sido objeto de bombardeos masivos por parte del ejército con el fin de liberar a los rehenes; esto es, han sido bombardeados allí donde han sido obligados a desplazarse, una acción

(South Africa v. Israel), en https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240126-ord-01-00-en.pdf.

[6] El 13 de febrero de 2024, Sudáfrica solicitó por segunda vez de la CIJ la adopción de medidas provisionales que parasen la anunciada operación militar de Israel en Rafah, donde se encuentra concentrados la mayoría de la población palestina en este momento por mandato israelí: https://www.huffingtonpost.es/global/sudafrica-lanza-peticion-urgente-haya-use-poderes-ofensiva-israeli-rafah.html En el mismo sentido se ha pronunciado en diversas ocasiones Estados Unidas, peticiones todas ellas a las que Israel ha hecho oídos sordos.

[7] Véase https://cnnespanol.cnn.com/2024/04/24/lonu-exige-investigacion-hallazgo-fosas-comunes-hospitales-gaza-por-israel-trax/

como se sabe prohibida por el Derecho Internacional Humanitario[8]. En segundo lugar, y en cuanto a los modos, es ya tradicional la no discriminación de objetivos civiles o militares en los ataques del ejército israelí; no ya la no protección, sino el ataque activo contra instalaciones y puestos de Naciones Unidas; la destrucción de la infraestructura más básica del pueblo palestino que pueda dar soporte material a la vida civil comunitaria del mismo, cualquiera sea su gobierno. Se ha tratado, además, siempre de una acción que no acepta ningún tipo de crítica, es más, con las mismas respuestas, equiparando en todo caso cualquier crítica al antisemitismo y al apoyo al terrorismo, como lo atestiguan las respuestas en redes sociales a los reconocimientos del Estado de Palestina por parte de los gobiernos de Noruega, España e Irlanda, ofrecidas por el ejecutivo israelí o por miembros de éste; descalificando a los "profirientes"[9], y deshumanizando el objetivo de la respuesta. Es, igualmente, una respuesta unilateral, sin ningún intento de cooperación para la persecución, detención y procesamiento de los presuntos culpables (cooperación judicial), sino desarrollada tan sólo por medios militares; sin periodistas que informen[10] u organismo oficiales e independientes que investiguen[11]; y contra civiles desarmados o incluso individuos hospitalizados.

En tercer lugar, en cuanto a los destinatarios: si bien siempre se alega perseguir en dichas operaciones militares la destrucción de los terroristas palestinos, es en cambio la población civil la más afectada y, de forma sistemática, con una gran mayoría de mujeres y niños, además de, como se ha indicado, profesionales de la comunicación y trabajadores humanitarios.

2. UNA RESPUESTA UNILATERAL Y SOSTENIDA EN EL TIEMPO

La Resolución de la AGNU 181 (II), que establecía la partición del territorio palestino y el nacimiento del Estado de Israel, se constituye en desen-

[8] Para una detallada exposición de estos episodios véase el informe de Forensic Architecture "Inhumanae Zones: An assessment of Israel's actions with respect to the provision of aid, shelter, safe passage, and assistance to evacuees in Gaza; response to questions raised in the ICJ on 17 May 2024", disponible en: https://content.forensic-architecture.org/wp-content/uploads/2024/05/Inhumane-Zones-Report-Forensic-Architecture_WEBSITE.pdf

[9] Especialmente dura ha sido en esta ocasión la crítica contra el SGNU, Antonio Guterres, por recordar la situación de asfixiante ocupación de los territorios palestinos durante 56 años: https://elpais.com/internacional/2023-12-07/israel-acusa-a-antonio-guterres-de-respaldar-el-secuestro-de-ninos-y-la-violacion-de-mujeres-por-impulsar-un-alto-el-fuego-en-gaza.html; o a la postura del Alto Representante de la UE: https://www.elindependiente.com/internacional/2024/01/24/borrell-en-la-diana-del-gobierno-israeli-por-sus-criticas-abiertas-a-la-guerra-en-gaza/

[10] Muy llamativas resultan las cifras de periodistas muertos en los siete meses de conflicto armado, que supera ya el centenar. Véase https://www.rsf-es.org/gaza-en-cuatro-meses-de-guerra-el-periodismo-palestino-ha-sido-diezmado-con-impunidad-por-israel/

[11] Justamente es una de las novedades más importantes de la última orden sobre medidas provisionales adoptada por la Corte el pasado 24 de mayo (segunda medida específica adicional), obligando a Israel a permitir el acceso a dichas instituciones u organismos (muy criticado por le juez ad hoc Barak en su opinión disidente sobre las medidas: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240524-sum-01-00-enc.pdf), de todo lo cual deberá informar en el plazo de un mes.

cadenante de la primera guerra árabe-israelí, con la participación de Egipto, Líbano, Siria y Jordania del lado palestino, y se cerrará con la victoria israelí, la suma a su territorio de un tercio más del concedido a costa de un menguado territorio palestino, y la expulsión de más de 700.000 palestinos de sus territorios y hogares, que se refugiarían en los Estados circundantes. La así denominada *Nakba* o catástrofe, ignorada por Israel y sus aliados en sus alegatos de autodefensa, así como en sus propuestas de paz, comienza con una operación inicial calificada como limpieza étnica, en la que Israel destruye cinco pueblos costeros palestinos junto con sus habitantes y una masacre en el norte[12] y que continuaría en tres fases sucesivas hasta 1950, año en el que de los 900.000 palestinos que habitaban los territorios concedidos a Israel sólo quedan 100.000[13]. Expulsión de territorios y asentamiento inmediato de colonos judíos, demostrando un deseo de establecer su superioridad en áreas de población mixta, y acompañados con actos de violencia y masacres ocasionales vienen a coincidir con el concepto de limpieza étnica validado por el informe del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la guerra de los Balcanes, y el intento de reconstrucción de una Gran Serbia, en la que se incluyen conductas tales como la separación de hombres y mujeres, los desplazamientos masivos de población, la destrucción de viviendas y la posterior repoblación de las áreas destruidas con miembros de la etnia oponente, algo bastante similar a lo que se viene testimoniado en este conflicto desde sus inicios[14], y teorizado por uno de los máximos exponentes del movimiento sionista desde sus mismos orígenes[15]. El presidente israelí Peres lo condensó en su máxima "máximo de territorio posible con mínimo de árabes posible"[16].

De hecho, el desplazamiento de población ha sido considerado cada vez más popular, llegándose a proponer, en diversos momentos, y de nuevo ahora, una limpieza total del territorio palestino de toda la población árabe, no ya sólo por las autoridades israelíes[17], sino también incluso por el líder de la mayoría de la Cámara de Representantes de Estados Unidos en momentos no tan lejanos[18]. El analista militar más importante en Israel afirmaba en 1978 que el ejército israelí siempre había atacado a poblaciones civiles conscientemente y a propósito, que nunca había distinguido entre objetivos civiles y militares con el fin último de que las poblaciones atacadas presionaran por

[12] PAPPÉ, Ilan, *The Making of the Arab-Israeli Conflict, 1947-1951*, Tauris, Londres/Nueva York, 1994, p. 36.

[13] CHOMSKY, Noam y PAPPÉ, Ilan, *Gaza en Crisis, Reflexiones sobre la guerra de Israel contra los palestinos*, Taurus, Madrid, 2011, p. 89.

[14] Véase *ibíd.*, pp. 94-95.

[15] Véase la exposición de la doctrina de Theodor Herzl en Masalha, Nur, *A Land Without A People: Israel, Transfer and the Palestinians 1949-96*, Faber & Faber, Londres, 1997.

[16] Véase PERES, Šimon, *Now and Tomorrow*, Mabat Books, Tel-Aviv, 1978, p. 20.

[17] Véanse, entre otras, las declaraciones del ministro de agricultura israelí, en: https://www.nbcnews.com/news/world/gaza-nakba-israels-far-right-palestinian-fears-hamas-war-rcna123909

[18] ENGEL, Matthew, "Senior Republican Calls on Israel to Expel West Bank Arabs", *The Guardian*, 4 de mayo de 2002.

el fin de las hostilidades, en suma, capitularan[19]. Y otro prominente estadista hebreo en la década de los ochenta afirmaba que Israel aplicaba todas las medias posibles que implicasen muerte y desesperación entre la población civil, criticando no este hecho, sino que el primer ministro Begin los expusiese en público, defendiendo de hecho lo que se ha calificado como terrorismo del Estado[20], un obstáculo insalvable a la hora de consensuar una definición en el sistema jurídico internacional del terrorismo. El propio informe de la *UN fact-finding mission* para el conflicto de Gaza establecida por el Consejo de Derechos Humanos así lo afirmaba también en 2009[21], al igual que la comisión independiente de investigación creada por Naciones Unidas a los mismos efectos en 2015[22].

Por citar casos concretos, el 28 de julio de 1988 las Fuerzas Especiales Israelíes secuestraron al Jeque palestino Obeid; el 21 de mayo de 1994 al ciudadano palestino Mustafá Dirani, considerado responsable de la captura del piloto israelí Ron Arad en los bombardeos contra el Líbano de 1986; Israel mantuvo a más de una veintena de libaneses durante periodos prolongados y sin acusación ni juicio previo, utilizándolos para intercambios como moneda de cambio, tal y como denunció la prensa, criticándose los continuos dobles estándares de Israel, que consideraba condenable y militarmente castigable esos hechos del lado palestino, pero los consideraba legítimos en caso de práctica propia[23]. Los resultados de las elecciones realizadas en Gaza bajo supervisión internacional dieron como ganador a Hamás, lo que automáticamente derivó en un bloqueo israelí a la Franja de Gaza impidiendo el paso de alimentos, medicinas, materiales de construcción para rehacer las viviendas continuamente destruidas por las fuerzas israelíes, o gasóleo u otros combustibles.

En diciembre de 2008 y enero de 2009 la operación "plomo fundido", cuyo objetivo declarado era deshacer la infraestructura básica de Hamás, destruyó entre otras las instalaciones de la UNRWA en Gaza, perdiéndose toneladas de alimentos y medicinas para su distribución entre una población atacada por tierra, mar y aire, así como un almacén de la Media Luna Roja palestina y dos plantas del hospital de Al Quds mediante bombas de fósforo blanco, mientras se refugiaban en él cientos de gazatíes que resultaban heridos de numerosas

---

[19] SCHIFF, Zeev, entrevista en *Haaretz*, 15 mayo 1978.

[20] EBAN, Abba, citado en el diario *Jerusalem Post*, 16 agosto 1981. Comentado por CHOMSKY, N. & PAPPÉ, I., Gaza en Crisis, *cit. supra*, pp. 114-115.

[21] Véase Human Rights Council, *Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories, Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, A/HRC/12/48, de 25 septiembre 2009, párrs. 55, 50, 390-92, 1214-15, 105 y 1927-29, en: http://undocs.org/A/HRC/12/48

[22] Véase Human Rights Council, *Report of the independent commission of inquiry established pursuant to Human Rights Council resolution S-21/1*, A/HRC/29/52, de 24 junio 2015, entre otros, en párrs. 26, 36-7, 44-45 y 55-58, en http://undocs/org/A/HRC/29/52

[23] Véase SAAD-GHORAYEB, Amal, "Will Hizballah intervene in the Gaza Conflict?, *The Daily Star* (Líbano), 13 enero 2009, en: https://electronicintifada.net/content/will-hizballah-intervene-gaza-conflict/7957

quemaduras resultado del uso de dicha sustancia[24]. En estos mismos años, y en respuesta a la mala elección de un gobierno de Hamás por parte de la población palestina, las mayores productoras agrícolas de Gaza fueron destruidas[25] y la flota palestina severamente mermada[26], así como fueron destruidas diversas facultades y escuelas universitarias, e incluso la Universidad Islámica[27]. Todo ello sería recogido amplia, aunque cautelosamente, en el Informe Goldstone[28]. Entonces y ahora Israel mantiene en su poder las infraestructuras de agua y electricidad, lo que le ha permitido tradicionalmente recurrir al corte de su suministro para castigar a la población palestina, tal y como lo ha hecho también en el presente conflicto, siendo ésta otra arma más del asedio o práctica medieval de guerra, prohibida no obstante por el Derecho Internacional Humanitario.

Conforme a lo hasta aquí relatado la respuesta reiterada de Israel, con la existencia de ataque previo o no por parte de movimientos palestinos y/u organizaciones terroristas palestinas, ha sido sostenida en el tiempo, de la misma naturaleza, y se prolonga desde 1948, esto es, setenta y cinco años a fecha de hoy. La pregunta parecería obvia, pero no por ello menos necesaria o importante ¿es esta la única respuesta posible a un nuevo ataque terrorista? Y, sobre todo, dada no sólo su reiteración en el tiempo y, particularmente, la escalada en su gravedad y dimensiones, ¿es una respuesta útil, eficaz? Las operaciones desarrolladas en Gaza desde el 7 de septiembre responden a un ataque previo; sin embargo, los ataques armados y el bloqueo de Gaza habido entre 2006 y 2008 y la petición expresa de la disolución voluntaria o la alternativa aniquilación de Hamás, no ha dado frutos, a juzgar por las relaciones en los años transcurridos con posterioridad a 2008 y, sobre todo, por los hechos que están en el origen de esta nueva guerra, como la califica Israel[29]. Al contrario, este comportamiento no ha hecho sino avivar el odio contra Israel y la radicalización de la población palestina, obligada a vivir en condiciones infrahumanas de miseria y bajo permanente hostigamiento[30].

---

[24] Véase Amnistía Internacional: "*Israel/Occupied Palestinian Territories: Israel's Use of White Phosphorus Against Gaza Civilians Clear and Undeniable*", 19 enero 2009, https://www.amnesty.org/en/latest/press-release/2009/01/israeloccupied-palestinian-territories-israel039s-use-white-phosphorus-a/

[25] BEAUMONT, Peter, "Gaza desperately Short of Food after Israel Destroys Farmland", *The Observer*, 1 febrero 2009; MACINTYRE, Donald, "An Assault on the Peace Process", *The Independent*, 26 enero 2009.

[26] LEVY, Gideon, "The Ebb, the Tide, the Sighs", Haaretz, 16 noviembre 2008.

[27] Véase Oficina de Naciones Unidas para la Coordinación de Asuntos Humanitarios (IRIN): "*Tough Times for University Students in Gaza*", 26 marzo 2009, https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-195222/

[28] Véase Human Rights Council, *Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict*, A/HRC/12/48, 29 september 2009, en:
https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g09/158/69/pdf/g0915869.pdf?token=MuMgiXCQmycsieJwn3&fe=true

[29] Véanse las declaraciones del Primer Ministro Netanyahu en https://www.gov.il/en/departments/news/event-statement091023

[30] Véase General Assembly, "*Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development", Report of the Special Rapporteur on the*

Como hemos tenido ocasión de defender en trabajos anteriores, la respuesta militar de cualquier Estado como única respuesta posible a un ataque terrorista que, por supuesto, merece el correspondiente castigo, ni es la más eficaz, ni es la única posible, ni es tampoco ni mucho menos obligatoria; antes bien, podría afirmarse que con la deriva del terrorismo internacional tras los atentados del 11-S, 11-M, 5-J etc., es la reacción que menos se aviene al espíritu del marco jurídico internacional de lucha contra el terrorismo, que aboga por una cooperación judicial y policial y de los servicios de inteligencia a fin de aunar fuerzas para investigar, detener y procesar debidamente a cualquier persona sospechosa de estar implicada en la comisión de este tipo de ofensas penales, conforme a leyes que se ajustan al principio del estado de derecho y del respeto de los derechos humanos.

Cierto que Israel no es parte en muchos de los Convenios de lucha contra el terrorismo; tan sólo ha ratificado la Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra las personas internacionalmente protegidas y el convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo. Sin embargo, y como poco, Israel ha firmado el Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear y la Convención internacional contra la toma de rehenes, en lo que hace al marco convencional universal de lucha contra el terrorismo, por lo que se le presume un deber de comportamiento de buena fe libre de acciones que comprometan el objeto y fin del tratado en cuestión en tanto no ratifique los mismos[31]. Y en ambos convenios, como en todos los demás de esta índole, prima la cooperación entre Estados en la lucha contra el terrorismo, estando todos ellos presididos por el principio *aut dedere aut judicare* y privilegiando, mediante amplios criterios de jurisdicción, la persecución judicial y no el uso de la fuerza. Son pues, instrumentos que no obligan a Israel a usar la fuerza armada en respuesta a un ataque terrorista; antes bien priorizan otro tipo de acciones de persecución de tales crímenes, buscando siempre la lucha contra la impunidad.

De otra parte, la invocación sistemática de Israel de su derecho a la legítima defensa no deja de ser en primer lugar contradictoria, si aunamos la definición en sí de ésta y su ejercicio por parte de los Estados y el no reconocimiento por Israel de Palestina como Estado, siendo así que es frente a ésta que reivindica dicho derecho. Y, en segundo lugar, tampoco deja de ser un salvoconducto para someter a la población palestina al uso de la fuerza, pues la única vía aceptada por el Derecho Internacional para el ejercicio de tal posibilidad, tal y como recoge el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas (CNU), estando sujeta a los requisitos de todos conocidos y que en el presente caso, como en todos los anteriores de los que se ha dado somera

promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism, Martin Scheinin, A/HRC/6/17, 21 November 2007.

[31] Véase art. 18, a) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

cuenta, nunca se han cumplido: si bien se ha tratado en general de una respuesta en caliente, no ha sido comunicada y puesta en manos del Consejo de Seguridad *a posteriori* para la decisión de las medidas subsiguientes a adoptar y, como a todas luces los hechos muestran, no ha sido proporcionada. Finalmente, también en este caso, como en todos los anteriores "episodios de guerra" contra Hamás o el pueblo palestino en general, se trata de una respuesta unilateral, que desoye también las llamadas a la cooperación, que los tratados de lucha contra el terrorismo antes mencionados y en general la filosofía general de la cooperación penal internacional entre Estados y las actuales características del terrorismo, apoyan[32]. Así lo demuestran, entre otros muchos, los diversos bombardeos contra el Líbano llevados a cabo por Israel a lo largo de este conflicto[33], o el caso omiso a la Resolución del Consejo de Seguridad instando a Israel a un inmediato alto el fuego[34].

3. UNA RESPUESTA EN EL MARCO DE UN TERRITORIO OCUPADO

La respuesta armada de Israel durante estos siete meses se produce en el marco de la ocupación ilegal de territorios llevada a cabo por Israel desde hace décadas, en contravención de las consabidas resoluciones históricas de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y están sujetas por tanto al derecho que las rige, los Convenios de Ginebra 1949 y sus Protocolos adicionales de 1977, como núcleo duro del Derecho Internacional Humanitario, en particular el art. 2 común a los cuatro convenios, así como el Reglamento de La Haya de 1907, que establecen los deberes y obligaciones de la potencia ocupante, esto es, Israel, y ello independientemente del calificativo que la ocupación reciba: legal o ilegal, con resistencia o no, con mayor o menor control o control efectivo.

Por tanto, los deberes de Israel, como potencia ocupante, y que vienen recogidos principalmente en los arts. 42 a 56 del Reglamento de La Haya de 1907, en los arts. 27 a 34 y 46 a 78 del IV Convenio de Ginebra, así como en ciertas disposiciones del Protocolo adicional I y del Derecho Internacional Humanitario consuetudinario, atienden sobre todo a consideraciones humanitarias que deben proteger a las personas sujetas a dicha situación, esto es, tanto el personal combatiente palestino como su población civil, sin poder quedar limitados por ningún tipo de acuerdo ni poder ser objeto de renuncia. Y de forma muy concisa y atendiendo a las más esenciales,

[32] Véase concretamente en el caso del conflicto armado palestino-israelí SÁNCHEZ FRÍAS, Alejandro, "Bringing Terrorist to Justice in the Context of Armed Conflict: Interaction between International Humanitarian Law and the UN Conventions Against Terrorism, *Israel Law Review*, vol. 53, 2020, pp. 71 y ss.

[33] Véase al respecto https://elpais.com/internacional/2023-10-22/israel-intensifica-los-bombardeos-sobre-gaza-y-golpea-cisjordania-y-el-sur-de-libano.html

[34] Resolución 2728 (2024), de 25 de marzo de 2024, disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/4042189?ln=en&v=pdf , adoptada con la sola abstención en contra de Estados Unidos.

podrían resumirse en: la obligación de mantener el orden y la seguridad pública, lo que implica la imposibilidad de originar deliberadamente el caos, la inseguridad y la desprotección; asegurar y mantener niveles suficientes de higiene y sanidad pública, y abastecer de víveres y material médico y medicamentos suficientemente a la población, inconsistente con el bloqueo de Gaza, el cierre de las fronteras y la negativa de un alto el fuego adecuado; prohibición absoluta de los traslados en masa dentro del territorio ocupado o hacia fuera de éste, contrariamente a lo que viene sucediendo desde el primer minuto de esta guerra; prohibición de los castigos colectivos; prohibición de las represalias contra las personas protegidas y sus bienes[35]; obligación de respetar los bienes culturales; obligación de someter a juicio a las personas sospechosas de ofensas penales en pleno respeto de los debidos derechos y obligadas garantías procesales reconocidas internacionalmente; y obligación del permitir el acceso al CICR al territorio ocupado para desarrollar sus labores humanitarias.

Que el conflicto armado en el territorio ocupado tenga lugar como consecuencia de un ataque terrorista no está previsto en ningún momento por este marco normativo como excepción a dichas obligaciones o como causa que justifique la desprotección de la población de la potencia ocupante. Es más, incluso aquellos sospechosos de haber tomado parte en los ataques terroristas deben ser sometidos a un proceso penal con las debidas garantías[36], lo que a todas luces contrasta con algunos de los ejemplos que Israel está ofreciendo en este conflicto, en particular el asesinato de tres heridos ingresados en un hospital y bajo tratamiento médico, que ha sido rápidamente considerado como ejecución sumaria o extrajudicial, absolutamente prohibida en tiempo de paz o de guerra[37].

De otra parte, es hoy ya un debate superado el intento de escapar a las obligaciones que comprometen a las partes conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos en caso de conflicto armado como consecuencia de la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, complementariedad

[35] A este respecto llama la atención la Relatora especial sobre la situación de los derechos de los palestinos en los territorios ocupados al documentar la práctica sistemática de obstaculizar la construcción o reconstrucción de viviendas por parte de los palestinos, las denegaciones de licencias y las demoliciones de casas sobre todo en áreas rurales en cuyo suelo se permite a posteriori el asentamiento de colonos. Véase *Report*, *cit. infra*, párr. 53.

[36] Respeto que la Relatora espacial sobre la situación de los derechos humanos en los territorios palestinos ocupados denuncia por su ausencia tan sólo dos meses antes del ataque de Hamás del 7 de octubre. Véase Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in the Palestinian territories occupied since 1967*, A/HRC/53/59, 28 August 2023, en http://undosc.org/A/HRC/53/59.

[37] Véase Office of the High Commissioner for Human Rights, *Israel's alleged undercover killings in occupied West Bank hospital may amount to extrajudicial killings and war crimes: UN experts*, 9 February 2024, en https://www.ohchr.org/en/press-releases/2024/02/israels-alleged-undercover-killings-occupied-west-bank-hospital-may-amount

perfectamente aclarada entre otros por el Comité de Derechos Humanos[38], por lo que Israel no podría sustraerse a sus obligaciones conforme a los convenios de derechos humanos en los que es parte que, pese a no ser muchos, sí son especialmente significativos por la forma en la que se está desarrollando este conflicto, como es el caso de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, del que Israel es parte desde el año 1979; el Pacto internacional de derechos civiles y políticos que consagra el derecho a la libertad de circulación de toda persona, que Israel ratificó en 1991; el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, con el que se comprometió en 1989; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y su Protocolo facultativo contra la tortura, desde 1991; y muy particularmente la Convención sobre los derechos del niño y su Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en conflictos armados en 1991, así como la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificado en 2012. Obviamos reproducir los centenares de ejemplos de violaciones de los derechos contenidos en todos y cada uno de estos convenios y protocolos en relación a los casi dos millones de palestinos que se desplazan a golpe militar donde el ejército israelí les obliga a ir, o que sufren indigencia, desnutrición, falta de medicinas y, por supuesto, todos los miles de niños que han muerto de las más de 36.000 víctimas que acumula ya el conflicto, del que se calcula que éstos constituyen el 40% aproximadamente[39]. Tampoco de esas violaciones le exime el hecho de responder a un ataque terrorista, pues ninguna excepción existe en ninguno de los dos bloques normativos convencionales citados, los de cooperación contra el terrorismo y los de protección de derechos humanos, ni pueden ignorarse tampoco dichas obligaciones en amparo del ejercicio de una más que discutible legítima defensa.

---

[38] Véanse las *Observaciones generales Nº 29* (2001), sobre los estados de excepción, (art. 4), párr. 3, y las *Observaciones generales Nº 31* (2004), sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto, párr. 11. A pesar de todo, la vicepresidenta de la CIJ Sebutinde sostiene este argumento para fundamentar su opinión disidente a la orden de nuevas medidas provisionales de la Corte de 24 de mayo. Véase ésta en https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240524-ord-01-01-en.pdf

De igual forma, en el *asunto Prosecutor v. Anto Furundžija*, la Sala de Primera Instancia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, éste dejó claro que el principio general del respeto por la dignidad humana es la base fundamental tanto de las normas de derechos humanos como del Derecho Internacional Humanitario. Véase asunto núm. IT-95-17/1-T, de 10 de diciembre de 1998, párr. 183.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso Juan Carlos Abella c. la Argentina*, estableció que su autoridad para aplicar el Derecho Internacional Humanitario podría derivarse de la superposición entre las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las de los Convenios de Ginebra, señalando que *"las disposiciones del artículo 3 común son, de hecho, normas puras sobre derechos humanos [...] Básicamente, el artículo 3 requiere que el Estado haga, en gran medida, lo que ya está obligado a hacer legalmente en el marco de la Convención Americana"*. Véase Informe Nº 55/97, caso 11.137, nota 19. O la afirmación en este mismo sentido hecha por el Consejo de Derechos Humanos en su Informe A/HRC/11/31, párr. 5.

[39] Véase balance hecho al respecto por Save the Children: https://www.savethechildren.es/notas-prensa/gaza-10000-ninos-y-ninas-fallecidos-en-casi-100-dias-de-guerra

4. UNA RESPUESTA DE UNA DIMENSIÓN INTOLERABLE: ¿UN GENOCIDIO?

La demanda de Sudáfrica es consciente de la dificultad de hacer entrar a la CIJ a decidir en un asunto sin duda jurídico, pero envuelto en una enorme y larga controversia política, acompañada de un importante ruido propagandístico y mediático que, de entrada, repelería a cualquier tribunal que se precie. Y plantea con gran inteligencia el incumplimiento de la parte demandada de sus obligaciones en relación al crimen de genocidio y el convenio que sanciona su comisión, en el que ambas partes están comprometidas. Como se sabe, de momento la Corte tan sólo ha dictado unas sobrias y contenidas medidas provisionales en enero de 2024, que ha renovado en marzo y, nuevamente, el 24 de mayo, tras la insistencia de Sudáfrica hasta en cuatro ocasiones y ante las explicaciones poco convincentes de Israel a la Corte[40], a la espera de decidir sobre el fondo, en virtud de la plausibilidad apreciada, *prima facie*, de los argumentos desarrollados por la demandante[41].

Hay que alabar no sólo la valentía de Sudáfrica al plantear la demanda ante la Corte, vista la agresividad y las amenazas de Israel contra cualquiera que contradiga sus acciones, sino también la coherencia con su propia historia y su lucha contra la discriminación en el disfrute de derechos y la protección de los derechos humanos[42], y la petición al fiscal de la Corte Penal Internacional que incluya en su investigación abierta en 2015 a petición de la Autoridad Nacional Palestina y tras aceptar su competencia[43], las actuales acciones desarrolladas en el contexto de la guerra en la franja de Gaza, a fin de depurar posibles responsabilidades penales individuales[44], petición a la

[40] Véanse las explicaciones de Israel en https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240518-oth-01-00-en.pdf?__cf_chl_tk=_Ib.Rtzu1t_e8gi73_mF4A2zFmAe_gPG3mpdoRPd-wrw-1716839573-0.0.1.1-1749; la respuesta de Sudáfrica a éstas en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240520-oth-01-00-en.pdf; y las nuevas medidas provisionales de la Corte en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240524-ord-01-00-en.pdf

[41] Para un comentario sobre la demanda véase REMIRO BROTONS, Antonio., "Perspectivas e implicaciones de la Orden de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Sudáfrica contra Israel", https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/perspectivas-e-implicaciones-de-la-orden-de-la-corte-internacional-de-justicia-cij-en-el-caso-sudafrica-contra-israel/

[42] No en vano se ha venido calificando el régimen discriminatorio establecido por Israel respecto del estatuto jurídico de los colonos y el de los palestinos asentados en los mismos territorios como un apartheid, contra el que Sudáfrica lucho por décadas. Véanse, entre otros muchos, SAID, Edward W. *La cuestión palestina*, Debolsillo, Barcelona, 2013, pp. 99 y ss; Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD), *Concluding Observations on the combined Seventeenth to Nineteenth Reports of Israel*, CERD/C/ISR/CO/17-19, de 27 enero 2020, en https://www.ohchr.org/en/documents/concluding-observations/cerdcisrco17-19-committee-elimination-racial-discrimination; Amnesty International, *Israel's Apartheid Against Palestinians A Look into Decades of Oppression and Domination* (2022), en https://www.amnesty.org/en/documents/mde15/5141/2022/en/

[43] Véase BOLLO AROCENA, María Dolores, "La declaración unilateral de aceptación de la competencia de la Corte Penal Internacional (artículo 12.3 del ECPI). De la formulación estatutaria a su puesta en práctica (Costa de Marfil, Uganda, Palestina, Ucrania...)", *REEI*, vol. 31, 2016, pp. 1-34.

[44] A este respecto véase el estudio de PONS RAFOLS, Xavier, "La guerra en Gaza y el conflicto palestino-israelí: un punto de inflexión en medio de un ciclo sin fin de violencia", *Peace & Security-Paix et Sécurité Internationales*, vol. 12, 2024, pp. 25 y ss.

que se han sumado la República Popular de Bangladesh, Bolivia, la Islas Comoras y la República de Djibouti[45]. La República de Sudáfrica ha hecho uso de la crucial afirmación hecha por la Corte en relación con los efectos *erga omnes partes* del Convenio de genocidio en el *asunto Gambia c. Myanmar*[46] y el interés legítimo de todos los Estados parte en la misma por velar por el cumplimiento de las obligaciones en él contenidas.

Sudáfrica desgrana poco a poco los diferentes comportamientos desarrollados por Israel en su respuesta al ataque terrorista de Hamás de 7 de octubre de 2023 y la apreciación, en ellos, de los elementos que, conforme al Convenio de 1948, configuran el crimen de genocidio. En este sentido, una vez hecha la enumeración de hechos materiales que traten de demostrar un patrón sistemático de conducta, y consciente de que la mayor dificultad radica sin duda en la prueba del dolo especial (intencionalidad) que dicho crimen exige, detalla minuciosamente las declaraciones realizadas por diversas autoridades israelíes, en definitiva, actos unilaterales comprometedores de la responsabilidad del Estado, que probarían dicho dolo. En su apoyo cita además el hecho de que dichas acciones merezcan la misma calificación por parte de dignatarios y altos funcionarios de 22 Estados[47], pero también el hecho de haber sido utilizada por los relatores especiales de UN en diversas de las áreas más graves en materia de derechos humanos[48], así como por diversas organizaciones e instituciones internacionales[49].

Y se queda corta la demanda en la enumeración pues no recoge, por ejemplo, por producirse con posterioridad, el desarrollo realizado por el Ministro de Asuntos Exteriores israelí —ante la reunión del Consejo de la UE de asuntos exteriores, al que fue invitado— de la idea ya anunciada siete años atrás de construir una isla artificial dependiente en su suministros básicos de Israel, donde ubicar al conjunto de la población palestina, liberando así al completo el territorio del antiguo mandato palestino repartido, que ha sido duramente respondido por el Alto Representante de la UE para la política exterior y de defensa[50].

---

[45] Véase la solicitud en https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-11/ICC-Referral-Palestine-Final-17-November-2023.pdf

[46] Véase la orden de la Corte de 23 de enero de 2020 (The Gambya v. Myanmarr), en https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/178/178-20200123-ORD-01-00-EN.pdf

[47] Véase *Application instituting proceedings and request for the indication of provisional measures*, pp. 4-5, https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231228-app-01-00-en.pdf

[48] Véase Office of the High Commissioner for Human Rights, *Gaza: UN experts call on international community to prevent genocide against the Palestinian people*, 16 November 2023, en https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/11/gaza-un-experts-call-international-community-prevent-genocide-against

[49] Véase *ibíd*., pp. 67-70.

[50] Véase https://www.huffingtonpost.es/global/israel-responde-plan-europeo-dos-estados-propuesta-crear-isla-artificialbr.html; https://www.elconfidencial.com/mundo/2024-01-22/guerra-israel-hamas-ayuda-gaza-directo-hoy_3815160/ En todo caso, y tras diversos intentos infructuosos por arte del Alto Representante de la UE para la PESC de dirigir algún tipo de gesto reprobatorio contra Israel por parte de la organización internacional, finalmente parece haberse decidido la convocatoria del embajador israelí y su comparecencia ante el Consejo bilateral UE-Israel, instituido en virtud del acuerdo de asociación económica entre ambas partes, con base en la cláusula por derechos humanos que dicho acuerdo, como es tradicional, también

Lo que sí parece que podría calificarse de incitación al odio contra los palestinos son la apelación ya clásica de los palestinos como "perros humanos" por parte de autoridades israelíes[51] que, en el contexto de crispación en el que se producen —por la no devolución de los rehenes por Hamás—, y acompañadas de una privación absoluta de recursos médicos, sanitarios, alimenticios, energéticos, etc., por parte de la población civil palestina, sobrepasarían con creces el insulto o la descalificación.

Sudáfrica agrupa los hechos que considera genocidas por parte de Israel en torno a tres grandes categorías: matanza de población civil a gran escala en Gaza, provocación de graves daños corporales y mentales a dicha población, y sometimiento a vivir en unas condiciones tales que conduzcan a la destrucción de tal grupo social, lo que incluye: expulsiones y desplazamientos de población a gran escala y destrucción en masa de sus hogares; privación de recursos alimenticios y agua; privación de asistencia y cuidados médicos adecuados; privación de acceso a adecuado refugio, ropa y condiciones higiénicas y sanitarias; y destrucción de la vida política y social de los palestinos en Gaza (destrucción completa de las infraestructuras para la vida cívica y social del grupo), además de actos encaminados a evitar nuevos nacimientos en el seno del grupo. La población civil palestina ha sido masivamente bombardeada en los lugares de donde se les ha ordenado partir, pero también en aquellos a donde se les ha obligado a dirigirse y en las rutas hacia los mismos, en escuelas, hospitales, casas, zonas residenciales, iglesias, cementerios, universidades, etc. La descripción de los daños físicos y emocionales sobre la población infantil documentada en la demanda es sobrecogedora, destacando una nueva categoría de niños enfermos sin ningún miembro vivo de su familia, además de ser los niños las víctimas más débiles de la hambruna provocada por el asedio, el cierre de las fronteras, el bloqueo de la entrada de la ayuda humanitaria y la destrucción de la industria alimentaria local[52]. No sorprende, ante los hechos que en este sentido trascienden a la opinión pública, que el juez Nolte de la CIJ solicitase a Israel un informe acerca de las medidas concretas que dicho Estado habría tomado a fin de proveer a la población palestina de alimentos, agua, suministros varios y refugio físico, ni tampoco el tono con el que estas cuestiones se responden por parte del Estado demandado, elogiando, entre otros, la existencia de un suministro de agua a disposición de los evacuados -varios centenares de miles-en el área de

incluye, planeando en este caso la posibilidad de la suspensión del mismo por incumplimiento de la citada obligación. Se trata de una petición planteada hace tres meses por España e Irlanda, que no ha podido ser aprobada con urgencia dado que requiere de la unanimidad.

[51] Véase, entre otros, las declaraciones públicas del ministro israelí de defensa arengando a su ejército de 9 de octubre de 2023, compiladas por Sudáfrica en su demanda, *Application instituting proceedings…cit. supra*, pp. 60-61.

[52] Véase *Application instituting proceedings… cit. supra*, pp. 35 y ss.

Al-Mawasi de 2000 litros diarios, apenas el que disfruta una vivienda unifamiliar normal en el mundo occidental[53].

De igual forma, la privación de recursos médicos ya sean instalaciones, medicinas, equipos, transportes, etc., así como el asesinato del personal sanitario, alcanzan tal entidad y están causando tales niveles de muerte que Sudáfrica los presenta en su demanda como acciones destinadas a impedir la pervivencia del grupo ahora y en el futuro, en especial por los trágicos efectos para las madres y los niños más pequeños, viniendo al mismo tiempo estas privaciones acompañadas del bombardeo incesante contra la población civil. Así se considera igualmente la destrucción total del acceso a la cultura y a la educación presente o futura, no sólo por la destrucción de los edificios o infraestructuras para tales fines, sino también por la matanza de intelectuales, historiadores, profesores, etc., y la falta de personal cualificado en el futuro que acometa estas tareas. Y todo ello además de destruir los archivos[54], la historia, la memoria colectiva del grupo y su propia identidad[55].

Es posible que sea difícil demostrar con la rotundidad necesaria el dolo especial del crimen de genocidio, lo sabe y apunta muy bien el juez Barak en su opinión disidente; lo que no cabe duda es que buena parte de las autoridades israelíes han recurrido a imágenes y descripciones grotescas, malvadas y especialmente odiosas de la población palestina en sus discursos públicos, pudiendo considerarse claramente como una incitación al odio contra los palestinos de la que la demanda da buena cuenta y, en definitiva, de una invitación a su completa expulsión y erradicación del exiguo territorio que hoy ocupa. Tal vez el punto más débil sea la argumentación en relación al intento de evitar los nacimientos en el grupo a fin de provocar su extinción, que podría solaparse con los efectos normales del asedio que, a la postre, implica una privación también de los recursos y la asistencia médica que afecta no sólo a la reproducción o perpetuación del grupo, sino a cualquier otra faceta de la salud humana. En todo caso, las acciones especialmente odiosas y crueles que Israel acumula en este nuevo conflicto tristemente no suponen una novedad, pero sí un aumento exponencial en la escalada de violencia contra la población palestina, inadmisible desde el punto de vista jurídico y que no debería quedar impune una vez más.

---

[53] Véase ICJ, Response of the State of Israel to the question posed by Judge Nolte at the oral hearing of 17 May 2024 on South Africa's fourth request for provisional measures, 18 May 2024, disponible en: https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240518-oth-01-00-en.pdf?__cf_chl_tk=_Ib.Rtzu1t_e8gi73_mF4A2zFmAe_gPG3mpdoRPdwrw-1716839573-0.0.1.1-1749

[54] Véase ibidem., pp. 54-56.

[55] Cabe recordar, en este sentido, la sentencia condenatoria de la Corte Penal Internacional en el *caso Al-Madhi*, precisamente como consecuencia de la destrucción de bienes culturales en Mali, en https://www.icc-cpi.int/taxonomy/term/645#:~:text=The%20Chamber%20unanimously%20found%20Mr,in%20June%20and%20July%202012.

5. UNA RESPUESTA QUE RECIBE DE NUEVO UNA TIBIA RÉPLICA DE LA COMUNIDAD INTERNACIONAL

Tras el relato muy sucinto del conflicto armado entre palestinos e israelíes desde hace ya setenta y cinco años, y de las continuas violaciones por ambas partes de todo tipo de obligaciones internacionales —en particular de los más elementales derechos humanos— con gravísimo y creciente quebranto de la situación de la población palestina, en condiciones incomparablemente precarias— y de las reacciones que el mismo ha suscitado internacionalmente, quizá lo que más destaque de esa respuesta sea precisamente su ausencia. O su silencio. Lo cierto es que ante violaciones muy graves de ciertas obligaciones por ambas partes, pero en especial por parte de Israel —en superioridad de condiciones y con el control que su situación de potencia ocupante le confiere— nunca hasta aquí se han producido reacciones que superen las declaraciones más o menos públicas y más o menos retóricas de condena de la situación, pero el veto sobre todo de Estados Unidos en el Consejo de Seguridad ha impedido la adopción de ninguna medida "contundente" para intentar corregir la situación en aplicación de los poderes conferidos a éste por la CNU[56] y que han sido activados en otras situaciones. De ahí la gran significación de la demanda presentada por Sudáfrica ante la CIJ y la expectación por la decisión definitiva que ésta adopte previsiblemente dentro de al menos unos meses.

Seguramente el hecho de que este conflicto armado coincida con la guerra en Ucrania y las diferentes acciones activadas contra Rusia, muy especialmente las sanciones internacionales por su agresión contra aquel Estado, han enfatizado sin duda la importancia de ese silencio o de la falta de adopción de medidas que contribuyan a paliar la situación y restablezcan el respeto de la legalidad internacional, mostrando la faz de un molesto doble rasero cuando de cumplir obligaciones internacionales se trata.

Lo cierto es que una comparativa en ambos casos arroja enseguida una gran diferencia en detrimento de la situación de los palestinos y la cantidad de víctimas ya acumuladas en dicho conflicto. Tal vez por ello las críticas de doble estándar sobre todo en los países del ámbito occidental, y muy particu-

[56] Tan sólo tres resoluciones han sido adoptadas a fecha de hoy por el Consejo de Seguridad, la Resolución 2712 (2023), de 5 de noviembre, exhortando a la adopción de pausas y corredores humanitarios y el respeto de la legalidad internacional, que claramente no se está cumpliendo por parte del atacante; la Resolución 2720 (2023), de 22 de diciembre, en el mismo sentido, pero adoptada con la abstención de Estados Unidos y Rusia; y la Resolución 2728, de 25 de marzo de 2024, adoptada con la sola abstención de Estados Unidos, pidiendo a Israel un alto el fuego en Gaza durante el Ramadán, además de un alto el fuego duradero con carácter general, así como el libre acceso de la ayuda humanitaria por parte de la población civil palestina (véase ésta última en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/S_RES_2728_(2024)-ES.pdf). De la misma forma se están incumpliendo hasta el momento las dos resoluciones adoptadas en el mismo sentido por la Asamblea General, la Resolución A/RES/ES–10/21, de 27 de octubre; y la Resolución A/RES/ES–10/22, de 12 de diciembre.

larmente en la UE, se hayan reforzado[57]. Lo cierto es que esa respuesta hasta aquí, y salvo la honrosa iniciativa judicial de Sudáfrica, ha sido tibia y nunca fuera del marco de las declaraciones genéricas. Llama también la atención la ausencia de adhesiones formales a dicha demanda (terceros intervinientes) de Estados que pudieran ejercer cierta fuerza en este caso[58], y que traduce la máxima prudencia con la que los Estados evalúan las respuestas de Israel a la situación, incluido nuestro país[59]. La acción más bien se ha decantado por el reconocimiento de Palestina como Estado por parte de algunos miembros de la UE, caso de España, Irlanda y Noruega, desatando en todo caso la ira verbal de Israel, además de la simbólica votación de la Asamblea General de Naciones Unidas en favor de la ampliación de los derechos de los que actualmente disfruta Palestina como miembro observador reconocido ya como Estado por 143 de los 193 actuales miembros de NU, dado que la consideración de su estatuto de miembro de pleno derecho quedaría frustrada por el veto de Estados Unidos en el Consejo de Seguridad[60]. Sin embargo, a día de hoy cualquier intento de imposición de sanciones internacionales o de algún tipo de embargo, en particular de armas, sobre Israel, parece abocado al fracaso.

De la misma forma sorprende la menor inversión en ayuda humanitaria en este conflicto, si se compara con la ofrecida a Ucrania; o el sentimiento de emergencia por parte de las potencias occidentales en el caso de la agresión contra Ucrania y la lentitud en la reacción ante la situación en Gaza, como por ejemplo en relación a las muestras de interés por parte de la Fiscalía de la CPI, que sólo ahora -aunque la menos sea ahora- ha solicitado a la Corte Penal Internacional dictar órdenes de detención contra Netanyahu, como cabeza del gobierno israelí, y contra Sinwar, como líder de Hamás, además del ministro de defensa israelí y dos miembros más del cuadro de mando de Hamás[61].

Sin embargo, las dimensiones alcanzadas por el conflicto en esta ocasión y los métodos utilizados —más visibles que nunca, pese a los esfuerzos por mantenerlos fuera del foco mediático— hacen más dramática no sólo la situación que se vive en Gaza, tanto por parte de los palestinos como de los rehenes aún en poder de Hamás y de sus familiares, sino también y sobre todo

[57] Véase al respecto: https://english.elpais.com/international/2023-11-29/the-wests-perceived-double-standards-in-gaza-widen-the-gap-with-the-global-south.html; https://www.middleeastmonitor.com/20231211-the-gaza-war-international-selectivity-and-double-standards/;
https://www.theguardian.com/world/2023/oct/11/israel-palestine-war-biden-zelenskiy

[58] Las declaraciones solicitando intervención en el proceso hasta el momento son de Nicaragua, Colombia, Libia, México y la propia Palestina.

[59] Si bien España y Bélgica han criticado la respuesta israelí y al gobierno de Netanyahu por la misma, se han declarado "neutrales" ante la demanda de Sudáfrica, habiendo sufrido no obstante gestos diplomáticos hostiles (llamada de embajadores) por parte de Israel en respuesta a las críticas: https://english.elpais.com/international/2023-11-24/israel-summons-spanish-belgian-ambassadors-following-criticism-during-visit-to-rafah.html

[60] Véase ésta y comentario adicional en: https://anue.org/es/2024/05/15/el-nuevo-estatus-de-palestina-ante-la-asamblea-general/

[61] Véase la solicitud del fiscal de la CPI en: https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-kc-applications-arrest-warrants-situation-state

hacen insoportable el silencio —cuando no la obstrucción— de Estados que se dicen democráticos y seguidores del principio del estado de derecho y de la protección de los derechos humanos. Y ello es así especialmente a la vista del constante recrudecimiento y de las dimensiones de las represalias armadas israelíes —pese a que pareciera imposible endurecerlas— y el tiempo que tardará aún la CIJ en dar un pronunciamiento definitivo, aunque fiarlo todo a la Corte puede que no sea la mejor opción a corto plazo, que es cuando se decide la vida.

III. PRÁCTICA ESPAÑOLA / *SPANISH PRACTICE*

Coordinación a cargo de
Helena Torroja Mateu y José Luis Iriarte Ángel

EL TRATADO DE AMISTAD Y COOPERACIÓN ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPÚBLICA FRANCESA, FIRMADO EL 19 DE ENERO DE 2023

THE TREATY OF FRIENDSHIP AND COOPERATION BETWEEN THE KINGDOM OF SPAIN AND THE FRENCH REPUBLIC, SIGNED ON JANUARY 19, 2023

Carlos Fernández De Casadevante Romani*

Palabras clave: Francia, buena vecindad, cooperación, amistad

Keywords: France, good neighbourliness, cooperation, friendship

SUMARIO: 1. LOS TRATADOS DE BUENA VECINDAD, AMISTAD Y COOPERACIÓN CELEBRADOS POR ESPAÑA CON PORTUGAL, EL PRINCIPADO DE ANDORRA Y FRANCIA. 2. EL MARCO GENERAL DE LAS RELACIONES DE AMISTAD Y COOPERACIÓN. 3. ÁMBITOS DE LA COOPERACIÓN.

1. LOS TRATADOS DE BUENA VECINDAD, AMISTAD Y COOPERACIÓN CELEBRADOS POR ESPAÑA CON PORTUGAL, EL PRINCIPADO DE ANDORRA Y FRANCIA

En palabras del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación el Tratado de Amistad y Cooperación entre el Reino de España y la República Francesa, firmado el 19 de enero de 2023[1] constituye un "nuevo instrumento que

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad Rey Juan Carlos

[1] https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2023/190123-Tratado%20de%20Amistad%20y%20Cooperaci%C3%B3n_ES.pdf

eleva la relación bilateral a un nuevo nivel, fortaleciéndola y estructurándola, y dotándola de nuevos mecanismos para afrontar los desafíos actuales en el escenario europeo y global"[1].

El nuevo Tratado afirma un marco general de actuación en el ámbito de la cooperación hispano-francesa y continúa la estela de la cooperación de España con los Estados vecinos —iniciada en 1977 con Portugal— mediante tratados que tienen por título la amistad, la cooperación y la buena vecindad.

Como acabamos de indicar, el primer tratado de este tipo fue concluido con Portugal hace cuarenta y seis años: el Tratado de Amistad y Cooperación, hecho en Madrid el 22 de noviembre de 1977[2] seguido, después, del Tratado de Amistad y Cooperación, firmado en 2021[3]. Ahora bien, como precisa el art. 18.1 de este último aquél continúa vigente[4]. En realidad, son tratados complementarios dado que el de 2021 (VI Títulos y 23 artículos) complementa y desarrolla ampliamente el de 1977 (12 artículos sin Títulos).

De los tratados de cooperación celebrados por España con los Estados vecinos el más diferente es el concluido conjuntamente con Francia con el Principado de Andorra: el Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación, hecho en Madrid y París el 1 de junio de 1993 y en Andorra la Vieja el 3 de junio de 1993[5]. La explicación puede residir en el hecho de que (a pesar del título del tratado) su objeto sea manifestar la posición de España y de Francia respecto del Principado de Andorra. Y esto, por ejemplo, desde el primer artículo en el que ambos Estados "reconocen al Principado de Andorra como Estado soberano" para, posteriormente, establecer relaciones diplomáticas con el Principado (art. 2) y declarar que "respetan la soberanía y la independencia del Principado de Andorra, así como la integridad de su territorio" comprometiéndose "en caso de violación o de amenaza de violación de la soberanía, de la independencia o de la integridad territorial del Principado, a proceder entre ellos y con el Gobierno andorrano, a consultas con vistas a examinar las medidas que pudieran resultar necesarias con el fin de garantizar su respeto." (art. 3).

Por lo tanto, un tratado que, pese a su título, nada tiene que ver con los concluidos con Portugal (2021) y con Francia (2023) en materia de amistad

---

[1] https://www.hablamosdeeuropa.es/es/Paginas/Noticias/Espa%C3%B1a-y-Francia-refuerzan-sus-relaciones-bilaterales-con-la-firma-de-un-Tratado-de-Amistad-y-Cooperaci%C3%B3n—.aspx

[2] *BOE*, *núm.* 128, de 30 de mayo de 1978.

[3] *BOE*, *núm.* 92, de 18 de abril de 2023. Entrada en vigor: el 11 de mayo de 2023.

[4] El art. 18.1 dice: "1. El Presente tratado no afectará a la vigencia de los convenios bilaterales concluidos anteriormente entre las Partes, tales como el Tratado de Amistad y Cooperación entre Portugal y España, hecho en Madrid el 22 de noviembre de 1977, el Convenio de Valencia sobre cooperación transfronteriza entre instancias y entidades territoriales, firmado en Valencia el 3 de octubre de 2002, o el Convenio de Albufeira sobre cooperación para la protección y aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas y el Protocolo Adicional, firmados en Albufeira el 30 de noviembre de 1998."

[5] *BOE*, *núm.* 155, de 30 de junio de 1993.

y de cooperación. En estos, la referencia inicial al marco de las relaciones va acompañado de sendos títulos en los que se abordan los ámbitos de esas relaciones de amistad y de cooperación[6]. Como en el de Portugal, en el firmado con Francia el 19 de enero de 2023 las Partes establecen una marco general y amplio de la cooperación que pretenden desarrollar; marco general que se manifiesta no sólo en los ámbitos de cooperación escogidos por ellas[7] sino, también, en las continuas obligaciones de comportamiento que caracterizan su articulado.

2. EL MARCO GENERAL DE LAS RELACIONES DE AMISTAD Y COOPERACIÓN

Con el fin de profundizar y estructurar sus relaciones ambos Estados se comprometen en el marco de este tratado a intensificar su diálogo político y su cooperación bilateral en todos los ámbitos previstos en él[8], "trabajando así, por el fortalecimiento del proyecto europeo" (art. 1.)[9].

Los mecanismos e instrumentos contemplados a tal fin se concretan en una *Cumbre bilateral anual* —que se celebrará alternativamente en España y Francia— presidida, respectivamente, por los presidentes de la República Francesa y del Gobierno español. Dicha Cumbre, "constituye el principal marco político de consulta y cooperación entre las Partes" (art. 2.1), al final de la cual se adoptará una *Declaración Conjunta* en la que se hará un balance sobre la relación hispano-francesa y sobre la implementación del tratado. Además, la Declaración "define las orientaciones estratégicas de la relación bilateral" (art. 2.2)[10].

El seguimiento de la implementación del tratado, de las orientaciones y prioridades definidas en la Cumbre bilateral, así como en la hoja de ruta prevista en el art. 2.2 se asegura a través de "consultas regulares" entre los Ministerios encargados de los Asuntos Exteriores, a nivel de sus Secretarios Generales o equivalentes.

A destacar como novedad significativa en este tipo de relaciones la participación, en calidad de invitado, de un miembro del Gobierno en el Consejo

---

[6] Con Portugal, los ámbitos siguientes: cooperación transfronteriza, lenguas, educación y cultura; medio ambiente; conectividad; energía; ciencia y tecnología; economía; seguridad y defensa, justicia e interior y protección civil; salud pública; trabajo, empleo y política social; y regiones ultraperiféricas.

Con *Francia*: concertación europea; política exterior, de seguridad y defensa; justicia y asuntos de interior; cultura, educación, enseñanza superior, ciencia, juventud y deportes; economía, industria, conectividad y turismo; desarrollo sostenible, energía, transportes, agricultura y alimentación; sanidad, trabajo y asuntos sociales; cooperación transfronteriza.

[7] Vid. la nota precedente.

[8] Vid. la nota 7.

[9] Objeto de desarrollo en el *Título III. Concertación Europea* (arts.3 a 5).

[10] El art. 2.2 finaliza añadiendo: "Una hoja de ruta operacional, plurianual y revisable regularmente por las Partes, precisará los proyectos a implementar en aplicación de esas orientaciones estratégicas y del presente Tratado."

de Ministros del otro, lo que tendrá lugar "al menos" una vez cada tres meses y por rotación (art. 2.3). Con carácter adicional, y con el fin de promover su cooperación, el art. 2.5 contempla la posibilidad de establecer "otros diálogos estructurados" que reúnan a uno o varios ministerios, "en función de las cuestiones a tratar, y en el marco de sus competencias respectivas".

La cooperación organizada a través de las vías e instituciones anteriores se completa ampliándose a otros colectivos públicos y privados. Es el caso de la organización de intercambios y encuentros entre funcionarios de las Administraciones Públicas respectivas, así como entre sus escuelas de Administración Pública (art. 2.6). También, de la articulada a través de la promoción de "mecanismos estructurados de diálogo" entre los parlamentos, las sociedades civiles, las empresas y los interlocutores sociales de ambas Partes". Todo ello "con el fin de fomentar iniciativas sobre cuestiones de interés común y reforzar los ya estrechos vínculos humanos entre los dos países." (art. 2.7).

Se trata de un marco general que complementa "otros acuerdos bilaterales celebrados anteriormente entre las Partes" y que también puede ser complementado por otros instrumentos cuando las Partes lo consideren necesario (art. 32).

3. ÁMBITOS DE LA COOPERACIÓN[11]

De los X Títulos de los que consta el Tratado, llama la atención el hecho de que sea el relativo a la *política exterior, de seguridad y defensa* (el *Título III*) el más extenso (consta de seis artículos). Y dentro de él, la referencia contenida en el art. 9.2 aludiendo a la obligación de asistencia mutua regulada tanto en el art. 5 del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) como en el art. 42.7 TUE, de acuerdo con la cual:

> "De conformidad con el artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte y el apartado 7 del artículo 42 del Tratado de la Unión Europea, las Partes se prestarán asistencia en caso de agresión armada en sus territorios."[12]

El marco de actuación en este ámbito de la política exterior, de seguridad y defensa, viene precedido por el compromiso de ambos Estados en orden a promover un orden mundial "basado en el Derecho Internacional y apoyado en el papel central de las Naciones Unidas. Trabajarán por la paz, la estabilidad, la prosperidad y el progreso humano, social y económico, basándose

[11] Dadas las limitaciones de espacio, nos limitaremos a un breve comentario de algunos de ellos.

[12] Y que recuerda al art. 3 del el Tratado de Buena Vecindad, Amistad y Cooperación, hecho en Madrid y París el 1 de junio de 1993 y en Andorra la Vieja el 3 de junio de 1993, que dice: "El Reino de España y la República Francesa respetan la soberanía y la independencia del Principado de Andorra, así como la integridad de su territorio. Se comprometen, en caso de violación o de amenaza de violación de la soberanía, de la independencia o de la integridad territorial del Principado, a proceder entre ellos y con el Gobierno andorrano, a consultas con vistas a examinar las medidas que pudieran resultar necesarias con el fin de garantizar su respeto."

en los principios de la democracia, el Estado de Derecho y el respeto de los Derechos Humanos." (art. 6.1). A continuación, mencionan la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y el Acuerdo de París "como una hoja de ruta común" para promover la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático (art. 6.2).

En cuanto al ámbito geográfico de su acción en este cambio, reconocen "la importancia estratégica" del Mediterráneo, África y el Indo-Pacífico y "la prioridad que estas regiones representan para su diálogo bilateral sobre política exterior, desarrollo, defensa y seguridad." (art. 7.1). En segundo término, reconocen "la importancia y la profundidad de sus vínculos" con América Latina y del Caribe, comprometiéndose a trabajar conjuntamente para reforzar las relaciones de la UE con esos países (art. 7.2).

En el *plano institucional*, acuerdan consultarse "periódicamente" a nivel de Ministros de Asuntos Exteriores sobre cuestiones de política exterior, mencionado "en particular las que afecten a sus intereses nacionales, así como en caso de crisis y antes de los grandes acontecimientos internacionales. Asimismo, identificarán las acciones e iniciativas bilaterales, europeas e internacionales que puedan emprender conjuntamente." (art. 8.1).

Contemplan también la organización "de forma regular" de consultas en materia de política exterior y de seguridad y de cuestiones globales entre altos funcionarios de los Ministerios responsables de Asuntos Exteriores, las Representaciones Permanentes ante las Organizaciones Internacionales y sus respectivas Embajadas. Todo ello "con el fin de compartir sus análisis, definir posiciones comunes y promover sus intereses comunes" (art. 8.2).

Al más alto nivel se configuran la reunión anual del *Consejo hispano-francés de Defensa y Seguridad* (en el que participan los respectivos Ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa) para "examinar conjuntamente las cuestiones de política exterior y los avances en materia de política de defensa y seguridad, tanto a nivel bilateral como europeo e internacional" (art. 10.1), así como las consultas periódicas y el trabajo "en posiciones comunes y en el refuerzo de su cooperación en cualquier tema de interés común" de los Ministros de Asuntos Exteriores y de los Ministros de Defensa de ambos Estados (art. 10.2).

El objetivo de la cooperación en *justicia e interior* (*Título IV*) es contribuir a reforzar el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia, "en el marco de los Tratados de la Unión" (art. 13.1). En este ámbito los dos Estados se congratulan por el alto grado de cooperación alcanzado entre sus fuerzas de seguridad, sus autoridades judiciales y sus instituciones penitenciarias y reiteran su compromiso prioritario en la lucha contra diversas formas de delincuencia: el terrorismo[13], el extremismo violento, la delincuencia organizada y

[13] En relación con el terrorismo, en el art. 14.2 manifiestan que cooperarán entre sí en el reconocimiento y la atención a las víctimas del terrorismo.

el tráfico ilícito (en particular de drogas, armas y la trata de seres humanos), la ciberdelincuencia, la corrupción, la delincuencia financiera, el blanqueo de dinero y la delincuencia medioambiental (art. 14.1). Asimismo, manifiestan que proseguirán y promoverán el intercambio de información entre sus respectivas fuerzas de seguridad y autoridades judiciales, así como operaciones conjuntas e investigaciones conjuntas "para luchar cada vez más eficazmente contra el terrorismo y la delincuencia organizada transnacional, reforzando los mecanismos de cooperación bilateral que han establecido y movilizando todas las herramientas de cooperación operativa, en particular las unidades permanentes de inteligencia" (art. 14.3)[14].

En el *plano institucional* la cooperación en este ámbito se articula a través de consultas periódicas entre los ministros de Interior, de Justicia y, "en caso necesario", también entre los ministros o servicios encargados de aduanas (art. 15.1). Esta cooperación se completa con las reuniones del *Grupo de Trabajo Hispano-francés de Lucha Antiterrorista* (GLAT) y del *Grupo de Trabajo Hispano-francés de Enlace Antidroga* (GLAD), con los intercambios de buenas prácticas, encuentros entre jueces, magistrados y fiscales, y otros profesionales de la Justicia y, en su caso, grupos de trabajo temáticos, con el apoyo de magistrados de enlace franceses y españoles, con la ejecución las órdenes europeas de detención y entrega (OEDE), las órdenes europeas de investigación (OEI), los certificados de embargo y decomiso, las transferencias de procedimientos penales y, "siempre que sea necesario", la creación de equipos conjuntos de investigación (ECI) (art. 15.5). Completan la lista la cooperación entre los Centros de Cooperación Policial y Aduanera (CCPA) (art. 15.6), entre los servicios de guardacostas franceses y españoles ("asociando a todas las administraciones competentes de las dos partes en materia de acción marítima del Estado") (art. 15.8).

Cierra este Título con la cooperación en el ámbito de la gestión de la migración (art. 16) articulada, como en la mayoría de los ámbitos objeto de este tratado, a través de un elenco de obligaciones de comportamiento. La excepción la constituye aquí la obligación de resultado concretada en la creación de un grupo de trabajo hispano-francés sobre cuestiones migratorias (GCM), "que reunirá a los servicios responsables de la gestión de fronteras, migración, asilo, integración y lucha contra las redes de inmigración ilegal en sus respectivas administraciones" (art. 16.2).

La enseñanza de las lenguas española y francesa es abordada con carácter general en el *Título V*, relativo a *Cultura, Educación, Enseñanza Superior,*

[14] A todo ello se añade la cooperación en el ámbito de la lucha contra incendios y la protección civil (reforzando las capacidades de sus servicios especializados en la prevención y gestión de catástrofes naturales y accidentes industriales y tecnológicos) (art. 15.9) y su coordinación en la lucha contra la inseguridad vial y la gestión de los flujos viarios transfronterizos mediante la cooperación y el intercambio de buenas prácticas en los ámbitos de la seguridad vial, del transporte, de las infraestructuras y de sus equipamientos (art. 15.10).

Ciencia, Juventud y Deportes. Sobre este particular el art. 18.1 afirma que "con el fin de promover el aprendizaje y conocimiento mutuos las Partes desarrollarán la enseñanza de las lenguas francesa y española en sus respectivos países" y "prestarán especial atención —tanto— a la movilidad de alumnos y profesores —como— a la formación y movilidad de los estudiantes que deseen convertirse en profesores".

Después, en el marco del *Título X. Cooperación transfronteriza*, el art. 30.3 contempla el hecho fronterizo de ambos Estados en el terreno de la lengua. Lo hace a nuestro parecer de modo muy insuficiente toda vez que no lo aplica expresamente a la enseñanza de ambas lenguas en las zonas fronterizas que comparten, limitándose a afirmar que "Las Partes fomentarán el aprendizaje de la lengua del vecino y su uso en la vida cotidiana en los espacios transfronterizas".

Se trata de una formulación muy insuficiente porque no tiene en cuenta de modo expreso la necesidad de que las lenguas española y francesa estén presentes en la enseñanza de los centros escolares existentes en las respectivas zonas fronterizas. Esto es, allí donde su conocimiento es más necesario para permitir el conocimiento mutuo y recíproco de sus habitantes y los intercambios de todo tipo. Máxime cuando la realidad imperante en este campo, al menos en lo que respecta a la zona fronteriza occidental (Comunidad Autónoma Vasca y Región Nouvelle Aquitaine), se concreta en la inexistencia de la enseñanza de la lengua francesa en los centros escolares españoles. Así, mientras que la lengua española es enseñada en la parte francesa, no ocurre lo mismo con la enseñanza del francés en la española. Hasta el punto de que en los 20 Km. que hay desde la frontera de Irún hasta San Sebastián, sólo algún centro educativo privado lo tiene en su plan de estudios. Y esto, desde hace pocos años[15]. Por el contrario, en la parte francesa (Hendaya) desde hace décadas existen plazas reservadas en los colegios públicos para alumnos españoles; lo que hace que sean muchos los escolares españoles que a lo largo del tiempo han sido formados en la lengua francesa. Incomprensiblemente, la enseñanza pública y concertada de la lengua francesa en la zona fronteriza de la Comunidad Autónoma Vasca con Francia es en la actualidad anecdótica (cabe intuir que también lo es con un carácter más general en su concurrencia con la enseñanza del inglés).

En el marco de la *cooperación transfronteriza*, objeto del Título X (arts. 30 y 32) lo más destacable son los compromisos de reforzar los marcos de cooperación transfronteriza, "incluyendo la definición conjunta de una Estrategia de Cooperación Transfronteriza en aplicación del presente Tratado" (art, 31.2) y de crear un *Comité de Cooperación Fronteriza*, "de carácter consultivo, integrado por representantes de las Administraciones competentes y

[15] El Colegio Francés, dependiente del Gobierno francés, existente con anterioridad en San Sebastián cerró sus puertas en la década de los 80 del siglo pasado.

otras partes interesadas, en particular, para el seguimiento de la implementación de la Estrategia de Cooperación Transfronteriza prevista por el presente Tratado, proponer proyectos concretos y sugerir soluciones que permitan su realización" (art. 31.3).

Por último, dentro del *Título VIII. Sanidad, Trabajo y Asuntos Sociales*, y vinculada a la cooperación transfronteriza, cabe destacar la referencia que el art. 28 hace al Hospital de Cerdanya[16], manifestando "la importancia que —ambas Partes— conceden al buen funcionamiento del hospital binacional de Cerdaña y a su capacidad para reunir en una misma estructura a profesionales de ambos países" en orden a la mejora del acceso a la asistencia sanitaria, "incluida la de urgencia, y por garantizar su continuidad para las poblaciones de la zona fronteriza" (art. 28.4)[17].

En definitiva, estamos ante un tratado marco que define de manera general los ámbitos de la cooperación hispano-francesa objeto de la amistad y de la cooperación mutuas.

[16] Se trata del único Centro de Salud transfronterizo de Europa. Está gestionado por las Administraciones de Cataluña (la Generalitat) y Francia (el Gobierno francés). Se constituyó como una Agrupación Europea de Cooperación Territorial (AECT) al amparo del Reglamento (CE) núm. 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 (*DOUE* serie L 210, de 31 de julio de 2006). Sobre esta AECT vid. https://www.hcerdanya.eu/ca/

[17] Todo ello sobre la base del Acuerdo marco sobre cooperación sanitaria transfronteriza entre Francia y España hecho el 27 de junio de 2008 en Zaragoza (*BOE*, *núm.* 282, de 21 de noviembre de 2014; https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2014-12032) y de la estrategia transfronteriza prevista en el art. 31.2 del presente Tratado de 19 de enero de 2023, que comentamos.

DE LA TEORÍA A LA PRÁCTICA: RETOS DE LA LEY DE COOPERACIÓN PARA EL DESARROLLO SOSTENIBLE Y LA SOLIDARIDAD GLOBAL

FROM THEORY TO PRACTICE: CHALLENGES OF THE LAW OF COOPERATION FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND GLOBAL SOLIDARITY

Ana García Juanatey*

Palabras clave: Cooperación al desarrollo, desarrollo sostenible, ayuda humanitaria, solidaridad global.

Keywords: Development cooperation, sustainable development, humanitarian aid, global solidarity

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES DE LA LEY. 3. UN ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY: MARCO CONCEPTUAL, INSTRUMENTOS Y REFORMA INSTITUCIONAL. 3.1. El preámbulo y el marco conceptual de la ley: una apuesta por los derechos humanos, el feminismo y la justicia global. 3.2. Los instrumentos y las modalidades de cooperación. 3.3. Aspectos institucionales: la reforma de la AECID y el reconocimiento de la cooperación descentralizada. 4. LA RECEPCIÓN DE LA NORMA. 5. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En el momento actual, caracterizado por hondas transformaciones en el plano global tanto de naturaleza ambiental como geopolítica, la política de cooperación internacional y ayuda humanitaria cobra una particular relevancia. Por un lado, la acción combinada del caos climático y de la preocupante pérdida de biodiversidad está generando ya impactos visibles en todos Estados, pero está afectando de manera especialmente intensa a la población más vulnerable de los países del Sur global. Este impacto creciente de desastres naturales, combinado con viejas lacras como los conflictos armados, requieren de un aumento significativo de la ayuda humanitaria. Por otro lado, en un contexto de "retorno de la geopolítica", evidente en conflictos tan diversos como los de Siria, Crimea, el mar del Sur de la China o Ucrania[1], pare-

* Profesora en el CEI International Affairs, centro adscrito a la Universidad de Barcelona (ana.garcia@ceibcn.com). La autora agradece la colaboración en la elaboración de este trabajo a Arturo Angulo, de la Coordinadora de ONG para el Desarrollo y a Pablo Martínez, de Oxfam Intermón. Igualmente, agradece al profesor Ángel J. Rodrigo sus comentarios sobre el texto. Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 11 de diciembre de 2023.

[1] GARCÍA SEGURA, Caterina, PAREJA ALCARAZ, Pablo y RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel J., "La creación de normas globales: entre el cosmopolitismo *soft* y el resurgir de Westfalia, *ORBIS Working Paper*, 2019/08.

ce necesario afirmar con vehemencia algunos de los principios centrales del ordenamiento internacional, como el de respeto del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, así como el principio de solidaridad, que deben apuntalar la política de cooperación y de acción humanitaria.

Es en este marco deberíamos analizar la reciente aprobación de la Ley de Cooperación para el Desarrollo Sostenible y la Solidaridad Global. Esta norma, que sustituye a la primera ley centrada en regular el sistema de cooperación español, la Ley 23/1998 de 7 de julio de 1998, fue aprobada por una amplia mayoría por el Congreso de los Diputados el 9 de febrero de 2023. Así pues, tal y como se indica en su preámbulo, esta ley "promueve una reforma profunda y amplia de la cooperación española", apostando por un marco conceptual cosmopolita, que reafirma el compromiso de España con los principios y valores de la comunidad internacional, e incorporando novedades tanto en sus instrumentos como en su marco institucional. Igualmente, y de manera más concreta, esta ley reconoce por primera vez y da rango de ley al objetivo de incrementar la Ayuda Oficial para el Desarrollo (AOD en adelante) hasta el 0,7 % de la renta nacional bruta (RNB), una vieja demanda de las ONG de desarrollo.

En consecuencia, esta ley supone un indudable avance para una política que sufrió profundamente la crisis económica y financiera de la segunda década del siglo XXI, aunque también presenta algunos importantes desafíos. En efecto, esta ley fue, en general, bien recibida por la comunidad de desarrollo en España[2], así como por la mayor parte de la doctrina[3]. No obstante, existen algunos aspectos de esta norma que han sido criticados por esta misma comunidad como, por ejemplo, el hecho de que el compromiso del 0,7 % no vaya acompañado de una hoja de ruta para su cumplimiento[4]. Igualmente, esta norma sigue dejando algunas cuestiones abiertas sin responder, sobre todo en lo relativo al desarrollo normativo de algunos de sus aspectos fundamentales, como la reforma de la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID en adelante) y del Estatuto del cooperante.

Ante el interés que suscita esta ley, este comentario tiene por objeto analizar de manera sucinta cuáles son las principales aportaciones de esta norma a la política española de cooperación, así como los principales retos que esta tiene por delante. Por razones de brevedad, este análisis se centra en los aspectos más relevantes de esta ley, en particular las novedades en relación a su

[2] BELLO, Irene, "Por qué es importante la nueva Ley de Cooperación", *Eldiario.es*, 10 de febrero de 2023. Disponible en : https://www.eldiario.es/desalambre/importante-nueva-ley-cooperacion_129_9940127.html

[3] Sobre esta cuestión, véase el monográfico de la Revista Española de Desarrollo y Cooperación publicado en 2023, vol. 50, núm. 2. Disponible en: https://revistas.ucm.es/index.php/REDC/issue/view/4281

[4] OXFAM INTERMÓN, "Realidad de la Ayuda 2022: Cooperación Internacional para la Justicia Global", *Oxfam Intermón*, marzo 2022, p. 101. Disponible en: https://cdn2.hubspot.net/hubfs/426027/Oxfam-Website/oi-informes/cooperacion-internacional-justicia-global-web.pdf

marco conceptual, los principales instrumentos de cooperación que recoge y las modificaciones de la estructura institucional encargada del diseño e implementación de esta política. Para ello, a esta introducción le siguen cuatro apartados: un análisis de los antecedentes de la norma; una breve descripción de los aspectos más relevantes de su contenido; un breve comentario de su recepción; y, en último lugar, un apartado final de conclusiones.

2. ANTECEDENTES DE LA LEY

Como se indica en la introducción, la ley 1/2023 sustituye a la Ley 23/1998 de 7 de julio, la primera ley de cooperación española. Esa primera norma, que fue aprobada con un amplio consenso, inició el despegue de la política española de cooperación, en el que se estableció su marco normativo y operativo como parte de la acción exterior del Estado. En efecto, en la década posterior a su aprobación, se desarrollan los primeros Planes Directores y las estrategias sectoriales; se lleva a cabo la reforma de la AECID (2000), que había sido creada en 1988; y se ponen en marcha mecanismos para la coordinación entre los diferentes actores nacionales implicados en la definición e implementación de esta política, como la Comisión Interterritorial de Cooperación para el Desarrollo (2000), y el Consejo de Cooperación (que se reforma en 2001).

No obstante, después de estos años de frenética actividad, el proceso de consolidación de la política se trunca con la crisis económica que se inicia en el año 2008. En consecuencia, en ese año comienza a la denominada "década pérdida de la cooperación"[5], que se prolongaría hasta el año 2018, y que estuvo caracterizada por una reducción muy significativa del presupuesto. Del mismo modo, durante este periodo se pusieron de manifiesto algunos problemas estructurales de su marco institucional, como la debilidad de la AECID, una agencia infradotada tanto en términos presupuestarios como de recursos humanos[6]. Por ello, la inclusión en el año 2019 de la reforma de la ley de cooperación dentro del acuerdo de coalición de gobierno entre PSOE y Podemos (medida 11.5) generó amplias expectativas dentro del sector.

Finalmente, tras un largo periodo de discusión, en el 9 de febrero de 2023 la nueva norma fue aprobada con el voto afirmativo de 298 miembros del Congreso de los Diputados. Sobre esta cuestión, conviene destacar el amplio consenso que refleja esta norma, ya que esta aprobación contó con el apoyo de todos los grupos parlamentarios, con la única excepción del partido político Vox. En consecuencia, esta ley mantiene la cooperación al desarrollo en

[5] OXFAM INTERMÓN, "Realidad de la ayuda 2019: De la década perdida a la agenda 2030", *Oxfam Intermón*, 2019. Disponible en http://www.realidadayuda.org/Informe_RDA_2019_FINAL_270619.pdf

[6] En relación con esta cuestión, véase: OCDE, *OECD Development Co-operation Peer Reviews: Spain 2022. Executive Summary*, OECD Development Co-operation Peer Reviews, 2022, OECD Publishing, Paris. Disponible en: https://doi.org/10.1787/eed71550-en

el rango de política de Estado, una consideración que debería, al menos en teoría, dotarla de cierta estabilidad y protegerla de los vaivenes de la alternancia política.

3. UN ANÁLISIS DEL CONTENIDO DE LA LEY: MARCO CONCEPTUAL, INSTRUMENTOS Y REFORMA INSTITUCIONAL

A continuación, se analizan las principales aportaciones de esta ley, que se estructura en un preámbulo, cinco capítulos y una serie de disposiciones adicionales. Por razones de brevedad, este análisis prestará atención solo a tres aspectos de esta norma, que se consideran especialmente significativos en el contexto actual: en primer lugar, su apuesta por un marco conceptual progresista y cosmopolita, que reafirma el compromiso de España con los principios y valores de la comunidad internacional; en segundo lugar, la reforma de dos de sus instrumentos principales, la cooperación humanitaria y financiera, que pretenden aumentar el impacto y la eficacia de la cooperación española; y, en tercer lugar, la reforma de su marco institucional, en concreto, la reforma de la AECID y del Estatuto del cooperante, necesarios para reforzar el músculo institucional y operativo de esta política.

3.1. El preámbulo y el marco conceptual de la ley: una apuesta por los derechos humanos, el feminismo y la justicia global

Sin duda, una de las grandes aportaciones de esta ley es la actualización de los marcos internacionales de referencia en el ámbito de la política del desarrollo, que se recoge principalmente en el capítulo 1. Este capítulo se divide en dos secciones, una primera que describe el objeto, definición y ámbito de aplicación de la ley, y una segunda que recoge los principios, objetivos y prioridades. En relación a la primera sección, debe destacarse el artículo 1, donde se incluye el compromiso de destinar a esta política "al menos, el 0,7 % de la renta nacional bruta (en adelante, RNB) a la AOD, conforme a los criterios contables acordados en el seno de la OCDE, en el horizonte del año 2030".

Por otro lado, la sección segunda describe los principios (art. 2), los objetivos y los criterios de actuación (art. 4). Por un lado, se recogen nueve principios básicos (art. 2.2), entre los que destacan: la *solidaridad* con las personas más desfavorecidas y con las generaciones futuras; la *universalidad* e indivisibilidad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; la *igualdad de género*, promovida desde un enfoque feminista; los *derechos de la infancia* como elemento transversal; y la *preservación del planeta*, del clima y la biodiversidad, como sustento de la vida humana, y condición ineludible y finalidad del desarrollo sostenible. Por otro lado, en relación a los objetivos de esta política, se destacan como especialmente relevantes la promoción de

la *cobertura sanitaria universal* y de los *derechos de las personas LGTBI*, dos aspectos todavía objeto de discusión en los foros globales.

3.2. Los instrumentos y las modalidades de cooperación

El capítulo dos de la norma recoge los instrumentos y las modalidades de la cooperación española. En relación a los múltiples instrumentos que se recogen, se abordarán solo dos de ellos, por su particular interés e importancia: la cooperación humanitaria y la cooperación financiera. Por un lado, la ayuda humanitaria es un ámbito de la política de cooperación absolutamente crucial en un contexto de cambio ambiental global, donde los impactos del caos climático son cada día más perceptibles a través de desastres ambientales que a menudo golpean países con situaciones humanitarias ya de por sí precarias. Por ello, es fundamental aumentar los recursos destinados a este tipo de ayuda, que debe de tener, por sus especiales características, autonomía con respecto al resto de la política. En esta línea, la ley desarrolla en su art. 13 este instrumento, en el que se reconoce esta autonomía y se explicita que se destinarán "al menos el 10 % de los recursos de la AOD a la acción humanitaria".

Por otro lado, otra modalidad de cooperación que se desarrolla en esa ley es la cooperación financiera, que implica el uso de instrumentos financieros (en general de naturaleza reembolsable, como los créditos) en la cooperación al desarrollo. Esta modalidad de cooperación pretende, según aparece recogido en el art. 14 de la ley, responder a los retos de la financiación global del desarrollo. Así pues, con el objetivo de movilizar recursos para este tipo de ayuda, en España, se creó en el año 2010 el del Fondo para la Promoción del Desarrollo (FONPRODE en adelante), que ha tenido hasta el momento un impacto limitado. En efecto, como se destaca en la reciente revisión del sistema de cooperación española realizada por un mecanismo de *peer review* en el marco del Comité de Ayuda al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en lo sucesivo, CAD de la OCDE), el funcionamiento de este Fondo estaba, en la práctica, "frenando la cooperación financiera", al contar con procesos de aprobación de operaciones muy largos y engorrosos[7].

Para responder a esta situación, en la ley se prevé (en el art. 16) la creación del Fondo Español de Desarrollo Sostenible (FEDES), que sustituiría al actual FONPRODE. Este Fondo se presenta en la ley como el instrumento principal de la cooperación financiera española, sometido a control parlamentario y al régimen de control presupuestario del Estado; no obstante, esta ley no aclara las características de este fondo, dejando esta cuestión en manos de su desarrollo reglamentario. Sobre esta cuestión, es preciso destacar que

[7] OCDE, *op. cit.*

este tipo de cooperación presenta importantes retos que deben ser tenidos en cuenta en su marco reglamentario, en particular a la hora de asegurar su impacto efectivo en el desarrollo de los países que reciben la ayuda y de evitar contribuir a aumentar la carga de la deuda que lastra ya el desarrollo de muchos países; por ello, de cara a la definición de las características del FEDES, es crucial establecer criterios que garanticen la adecuada orientación y contenido de sus actividades[8].

3.3. Aspectos institucionales: la reforma de la AECID y el reconocimiento de la cooperación descentralizada

Otro de los aspectos más esperados de esta norma es reforzar el aparato institucional de la cooperación española. Según la última revisión del sistema de cooperación española realizada en el CAD de la OCDE, se recomendaba reforzar el liderazgo del sistema institucional de la cooperación, mejorando, entre otros aspectos, la coordinación interministerial[9]. Igualmente, desde la sociedad civil organizada, se había demandado también "un mayor liderazgo político", que articulase un centro político que pueda funcionar como mecanismo articulador del sistema[10].

Finalmente, del texto de la ley, parece que se opta por apuntalar a los actores dentro de la estructura existente, sin hacer grandes modificaciones ni reorganizaciones, en concreto reforzando la Secretaría de Estado de Cooperación Internacional (SECI) del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación y la AECID. Por un lado, en el capítulo tres, se recogen las funciones de los órganos competentes del diseño de esta política, entre los que destaca el rol de la SECI, como el órgano superior y directamente responsable de la planificación y la ejecución de la acción del Gobierno en el ámbito de la política de cooperación; por otro lado, en el capítulo cuatro, se definen los órganos competentes en la ejecución, entre los que destaca la AECID. En relación a este último órgano, la norma abre la puerta a la reforma de esta agencia, al indicar (en su art. 31.6) que los "fines, funciones, organización y funcionamiento de la AECID se establecerán en su Estatuto, en el marco de lo dispuesto por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público", velando "por la ejecución ágil y eficaz de sus proyectos".

Por otro lado, se incluye también la intención de mejorar la situación de las personas cooperantes. Según las recomendaciones realizadas en el marco del CAD, un aspecto central a reformar del sistema español de cooperación

[8] Sobre esta cuestión, véase el informe publicado sobre la materia por el Consejo de Cooperación de España, disponible en: https://drive.google.com/file/d/1fntEaHEp4X1u7-zB9OpqZMTdzDsL7i4L/view

[9] OCDE, *op. cit.*, p. 12.

[10] Coordinadora de ONG para el Desarrollo, "Un nuevo sistema de cooperación para transformar el mundo", 2021. Disponible en: https://coordinadoraongd.org/wp-content/uploads/2021/01/documento-reforma-sistema-FINAL.pdf

era la actualización de las políticas de recursos humanos; en particular, se destacaba la importancia de "asegurar el número y la composición del personal en todos los niveles y en todas las instituciones", así como "mejorar los términos y condiciones para retener el talento, incluido el personal expatriado"[11].

La ley responde a estas inquietudes, en concreto en su capítulo cinco, dedicado exclusivamente a las personas al servicio de la cooperación, tanto en el marco de la Administración General del Estado (sección 1), como de las personas cooperantes y voluntarias (sección 2). Por un lado, y en relación al personal del sector público, en el art. 43 se detallan las bases del régimen jurídico del personal de la AECID, especificando que la "política de recursos humanos de la AECID estará orientada a la atracción, retención, capacitación, especialización y promoción de personal". Por otro lado, en la sección 2, se definen las condiciones de trabajo de las personas cooperantes (art. 44) y del voluntariado (art..45), que tendrá que ser especificado en el marco de la reforma del Estatuto de cooperante.

4. LA RECEPCIÓN DE LA NORMA

En general, esta ley ha tenido una buena recepción dentro de la comunidad de desarrollo en España. Por una parte, las organizaciones de la sociedad civil, representadas en la Coordinadora de ONG para el Desarrollo (en adelante la Coordinadora), han defendido las ventajas de la nueva ley, destacando principalmente dos elementos: su marco conceptual y la inclusión del objetivo del 0,7 %[12]. No obstante, en relación con este objetivo, algunos actores relevantes como Oxfam Intermón han criticado que esta ley no esté dotada de mecanismos de seguimiento adecuado que permitan monitorear su cumplimiento, sugiriendo que se trata, en definitiva, de un mero "compromiso simbólico"[13].

Por otra parte, la doctrina también ha recibido bien esta ley, aunque también existen voces críticas. Desde el punto de vista de su impacto en la consolidación del Derecho internacional público, y los principios que lo sostienen, E. C. Díaz Galán destacaba en un artículo reciente que esta ley está "en perfecta armonía con los valores en los que se sustenta la actual comunidad internacional y, también, con los principios y normas que integran su ordenamiento jurídico"[14]. En este sentido, esta autora ha destacado en concreto la oportunidad que la nueva ley presenta para avanzar hacia la consecución

[11] OCDE, *op. cit.*, p. 12.

[12] En concreto, Irene Bello, la directora de la Coordinadora, publicó un artículo en elDiario.es en febrero de 2023, en el que defendía la importancia de la ley, por reflejar "un enfoque ecologista, feminista y de derechos humanos", además de por incluir el objetivo del 0'7. Irene BELLO, *op. cit.*

[13] INTERMÓN-OXFAM (2022), *op. cit.*, p. 102.

[14] DÍAZ GALÁN, Elena C., "La Ley de Cooperación para el Desarrollo Sostenible y la Solidaridad Global y el Derecho internacional: el predominio de la Agenda 2030", *Revista Española de Desarrollo y*

de la Agenda 2030, señalando el hecho de que contribuya, desde el punto de vista jurídico, a "iniciar el camino para dotar a esta Agenda de cierta eficacia jurídica"[15]. Sin embargo, y desde otras perspectivas, también ha habido voces críticas, como S. Colina Martín y C. Mayeur, quiénes echan en falta que la búsqueda de resiliencia, crucial en un contexto de cambio ambiental global, no tenga un papel más protagonista en esta norma[16].

5. CONCLUSIÓN

La conclusión principal de este análisis es que la Ley 1/2023 supone un paso adelante en la construcción de un sistema de cooperación más eficaz y a la altura de las responsabilidades de un país como España. En concreto, se destacan tres aportaciones principales: en primer lugar, en un momento de claro cuestionamiento de los principios centrales del ordenamiento internacional, como el principio de respeto del Derecho internacional humanitario y de los derechos humanos, esta ley los sitúa en el centro de la política de desarrollo, incorporando además explícitamente marcos internacionales fundamentales como la Agenda 2030. En segundo lugar, la ley incluye el objetivo de alcanzar el 0,7% de la RNB para 2030, así como el de destinar el 10% de la AOD a la ayuda humanitaria, dos compromisos esenciales para responder a las demandas crecientes de ayuda en un momento de cambio ambiental global e inestabilidad geopolítica. En tercer lugar, esta ley, sin ser disruptiva ni hacer grandes reformas, abre la puerta a la mejora de algunos aspectos del sistema institucional de cooperación español, como la reducción de la carga burocrática que sufren los operadores del sistema y la mejora de sus condiciones de trabajo.

Asimismo, es preciso mencionar también que esta ley afronta importantes retos. En este sentido, y como ha mencionado la ONG Oxfam Intermón en un reciente informe, aunque es muy positivo que la cooperación española esté alineada al menos discursivamente con los marcos internacionales de referencia, esta "afronta el reto de trasladar esta visión a buena parte de sus decisiones estratégicas e instrumentales"[17]. Teniendo esto en cuenta, es primordial que, en el proceso de concreción de esta ley a través de instrumentos como los Planes directores y las estrategias sectoriales, se lleve a cabo un buen análisis de las prioridades a la hora de responder a las múltiples crisis que se solapan en la actualidad, presentando atención a aspectos clave como

Cooperación, vol. 50 núm. 2 (2023), p. 1. Disponible en: https://revistas.ucm.es/index.php/REDC/issue/view/4281

[15] *Ibid.*

[16] COLINA MARTÍN, Sergio y Carolina MAYEUR, "El enfoque de resiliencia en la nueva arquitectura de la Cooperación Española", *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, vol. 50, núm. 2, 2023. Disponible en: https://revistas.ucm.es/index.php/REDC/issue/view/4281

[17] OXFAM INTERMÓN (2022), *op. cit.*, p. 86

la resiliencia de los sistemas ecológicos y sociales y la justicia ambiental y climática.

En consecuencia, y a modo de conclusión, es indudable que esta ley supone un paso adelante en la conformación de una política de cooperación más eficaz y alineada con los compromisos internacionales. Sobre esto, a nivel interno, se destaca el amplio consenso que ha generado tanto en el sector de la cooperación como dentro de los partidos políticos. En un momento caracterizado por la polarización y la dificultad de alcanzar consensos, este apoyo permite que la política de cooperación se mantenga como una política de Estado, lo que debería revertir en la estabilidad del marco establecido. No obstante, y en última instancia, para que esta ley despliegue todo su potencial es crucial el compromiso continuado de los actores políticos con la política de cooperación, dotándola de recursos económicos y humanos que sitúen a España a la altura de sus responsabilidades internacionales.

EL DERECHO DEL MAR COMO LÍMITE A LA POTESTAD NORMATIVA: LA STS 1358/2022, DE 24 DE OCTUBRE DE 2022

THE LAW OF THE SEA AS A LIMIT OF RULEMAKING OR SECONDARY LEGISLATION: THE JUDGEMENT OF THE SUPREME COURT 1358/2022, OF 24 OCTOBER 2022

Ana María Maestro Cortizas*
Artak Mkrtichyan Minasyan**

Palabras clave: Derecho del Mar, jurisdicción del Estado ribereño, definición de buque, relación auténtica, transposición

Keywords: Law of the Sea, Coastal State Jurisdiction, definition of ship, genuine link, transposition

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CONTROL DE LA ADECUACIÓN DEL DERECHO NACIONAL AL DERECHO INTERNACIONAL EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER GENERAL. 3. EL ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO RIBEREÑO SOBRE LOS BUQUES Y EXIGENCIA DE REQUISITOS ADICIONALES O ALTERNATIVOS A LA RELACIÓN AUTÉNTICA ENTRE EL BUQUE Y SU ESTADO DE PABELLÓN. 4. LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS Y LOS CONCEPTOS DE "BUQUE" Y "NORMAS DE POLICÍA": UN ANÁLISIS PRAGMÁTICO, PERO INSUFICIENTE. 5. LA UTILIZACIÓN DE VARIAS VERSIONES LINGÜÍSTICAS PARA LA RESOLUCIÓN DE LAGUNAS INTERPRETATIVAS. 6. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª) 1358/2022, de 24 de octubre de 2022, ROJ: STS 3869/2022, ECLI:ES:TS:2022:3869, se desestima íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación de Navegantes de Recreo (ANAVRE) contra el Real Decreto 339/2021, de 18 de mayo, por el que se regula el equipo de seguridad y de prevención de la contaminación de las embarcaciones de recreo[1], con pretensiones subsidiarias: en primer lugar, se impugnaba la disposición recurrida en su integridad por razones procedimentales, y, con carácter subsidiario, se solicitaba la declaración de nulidad

* Doctora en Derecho por la Universidade da Coruña.
** Profesor Interino de Sustitución (acreditado Contratado Doctor) de la Universidade da Coruña. Correo: a.mkrtichyan@udc.es.

[1] Real Decreto 339/2021, de 18 de mayo, por el que se regula el equipo de seguridad y de prevención de la contaminación de las embarcaciones de recreo, BOE, núm. 119, de 19 de mayo de 2021.

de diversos preceptos del mismo. Entre estos últimos se encontraban los arts. 2.1.c), 3.3, 5 y 23.1.b) del Real Decreto (RD), cuyo motivo de impugnación era su incompatibilidad con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay el 10 de diciembre de 1982 (CNUDM[2]), el Convenio Internacional que tiene por objeto prevenir la contaminación por buques de 1973 (MARPOL[3]) y distintas directivas y reglamentos de ejecución de la Unión Europea.

Al margen de las consideraciones que plantea el caso en el ámbito del Derecho administrativo (cambio del rango de las normas reglamentarias durante su tramitación, consecuencias de la duración excesiva del procedimiento de adopción de disposiciones administrativas de carácter general, graduación de las infracciones administrativas, etc.), esta sentencia nos permite apreciar varias cuestiones de Derecho internacional: su aplicación a la luz del principio de jerarquía normativa consagrado en el art. 9.2 de la Constitución (CE), la compatibilidad de la jurisdicción del Estado ribereño con la del Estado de pabellón del buque, la aplicación de requisitos adicionales o alternativos a la relación auténtica entre el buque y su Estado de pabellón, el concepto de "buque" y de "normas de policía" del Estado ribereño y, por último, la relevancia de la utilización de distintas versiones lingüísticas de los actos de Derecho de la Unión Europea (DUE) para resolver los problemas de interpretación que se planteen.

2. EL CONTROL DE LA ADECUACIÓN DEL DERECHO NACIONAL AL DERECHO INTERNACIONAL EN EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE DISPOSICIONES ADMINISTRATIVAS DE CARÁCTER GENERAL

Con respecto a la primera cuestión, a estas alturas del proceso de integración, no plantea ningún tipo de duda el reconocimiento de la primacía de los tratados internacionales y del DUE sobre el Derecho nacional. La posición jerárquica de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno deriva de los arts. 95 y 96 de la CE y viene expresamente reconocida y aclarada en el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTAI)[4]. Su vinculación para todos los poderes públicos se sigue de su integración en el Derecho interno una vez publicados válidamente en España, *ex* art. 96 de la CE, y se fundamenta en el

[2] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM) de 10 de diciembre de 1982, 1833 UNTS, 3, 21 ILM 1261.

[3] Convenio Internacional que tiene por objeto prevenir la contaminación por buques de 1973 (MARPOL), 1340 UNTS, 62.

[4] Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (LTAI), BOE, núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

art. 29 de la LTAI[5]. La impugnación de normas por su incompatibilidad con el Derecho internacional no es una rareza en nuestra jurisprudencia, aunque resulta más frecuente que los recursos correspondientes se funden en el DUE y, particularmente, en la transposición incorrecta de directivas[6].

La aprobación de normas en el ámbito estatal exige un doble control de juridicidad. Como es sabido, de conformidad con el art. 26.3.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno[7], en el procedimiento de elaboración de reglamentos y proyectos de ley, el Gobierno debe incluir en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo un apartado sobre el contenido y análisis jurídico de la propuesta, "con referencia al Derecho nacional y de la Unión Europea". Asimismo, el Ministerio de la Presidencia debe analizar "la congruencia de la iniciativa con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea […]", en virtud del apartado 9.b) del mismo artículo. Por otro lado, el apartado 9.g) refuerza la comprobación de la compatibilidad con el DUE en el caso de las directivas, ya que obliga al Ministerio de la Presidencia a analizar la "posible extralimitación de la iniciativa normativa respecto del contenido de la norma comunitaria que se trasponga al derecho interno". La ausencia de mención a los tratados internacionales no obsta para su inclusión en el ámbito de aplicación de estos preceptos, ya que estos forman parte del Derecho interno, según lo expuesto.

3. EL ALCANCE DE LA JURISDICCIÓN DEL ESTADO RIBEREÑO SOBRE LOS BUQUES Y EXIGENCIA DE REQUISITOS ADICIONALES O ALTERNATIVOS A LA RELACIÓN AUTÉNTICA ENTRE EL BUQUE Y SU ESTADO DE PABELLÓN

La cuestión subyacente de Derecho sustantivo más relevante que plantea la sentencia analizada es la compatibilidad material del RD con los tratados mencionados. El motivo por el que se pretendía la nulidad del art. 2.1.c) del RD impugnado era que extendía su ámbito de aplicación a las embarcaciones, cualquiera que fuera su Estado de pabellón, que navegasen por aguas so-

[5] La primacía de los acuerdos internacionales se aplica también con respecto al DUE, que también está vinculado por la CNUDM, como se ha declarado en múltiples sentencias del TJUE, como la STJUE de 1 de agosto de 2022, *Sea Watch eV*, C-14/21 y C-15/21, EU:C:2022:604, ap. 94.

[6] Por ejemplo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), de 10 de noviembre de 2016, ES:TS:2016:4832, anuló el RD 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los PGE, por ser contrarias sus disposiciones a la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, DOUE, L 167 de 22 de junio de 2001, p. 10-19.

[7] Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, BOE núm. 285, de 28 de noviembre de 1997. El art. 2.1.b) del RD 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la MAIN (BOE núm. 276, de 14 de noviembre de 2017) concreta el tipo de análisis, añadiendo que "resumirá las principales novedades introducidas por la propuesta de norma, incluirá una referencia a su engarce con el derecho nacional y de la Unión Europea y contendrá el listado pormenorizado de las normas que quedarán derogadas como consecuencia de la entrada en vigor de la misma".

metidas a soberanía española y cuyo titular o quien ostentase el uso y disfrute tuviese residencia o domicilio social en España, lo cual sería incompatible con el art. 10.2 del Código Civil (CC) y el art. 94.3 y 4 de la CNUDM, que fundamentan el carácter central del Estado de pabellón como punto de conexión para la determinación del Derecho aplicable y como Estado competente sobre las cuestiones administrativas, técnicas y sociales de los buques que enarbolen su pabellón. Por tanto, el RD supondría la invasión de competencias de los correspondientes Estados de pabellón.

El TS, siguiendo al Consejo de Estado, rechazó este motivo aduciendo que la sujeción de los buques a su Estado de pabellón no excluye que queden sometidos a las competencias del Estado ribereño cuando naveguen por aguas sometidas a su soberanía, poniendo como ejemplo la sujeción del buque a los reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño en su mar territorial y en la zona contigua que se establece en los arts. 19.2.g) y 33.1.a) de la CNUDM. Desde esta perspectiva, el RD, en contra del criterio de la recurrente, constituiría una norma de policía y resultaría de aplicación a "los buques que, pese a estar abanderados en otro, transitan por su territorio o su mar territorial, en los que [el Estado ribereño] ejerce su soberanía" o, dicho de otro modo, "en este caso en espacios marítimos españoles o en los que España ejerza su soberanía" (FJ 3.º), con fundamento en los arts. 8 del CC y 4 y 19 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima[8], que constituyen una excepción compatible con la regla general prevista en el art. 10 del CC. El Tribunal también tuvo en consideración la habitualidad de la utilización de la navegación por un espacio marítimo como punto de conexión para la aplicación de las normas en los tratados internacionales y en el DUE.

No cabe hacer objeciones a la naturaleza limitada de la jurisdicción exclusiva (o, mejor dicho, principal, ya que, como es sabido, conoce excepciones) del Estado de pabellón en alta mar. Sin embargo, resulta curioso que no se mencione el art. 21.1.a) y f) de la CNUDM, que reconoce expresamente la competencia del Estado ribereño para dictar leyes y reglamentos relativos al paso inocente por el mar territorial en materia de seguridad de la navegación, la reglamentación del tráfico marítimo y la protección del medio ambiente (y que se ajustaría mejor a la materia de la norma impugnada). Por ello, a pesar de la claridad con la que se establece la posibilidad de concurrencia de jurisdicciones en la CNUDM, ya que se alega, habría sido conveniente estudiar con mayor profundidad la compatibilidad de las obligaciones establecidas en el RD (siquiera aquellas previstas en los artículos impugnados) con algunos preceptos de la CNUDM cuyos límites podrían precisar aclaración en este caso, como los arts. 21.2 y 4, y 24.1.a), que delimitan las facultades del Estado ribereño.

Frente a las alegaciones de la recurrente, el Tribunal Supremo (TS) también rechazó que la elección del lugar de residencia habitual del titular del

[8] Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, BOE núm. 180, de 25 de junio de 2014.

buque o de su uso y disfrute como forma de asegurar una vinculación real entre el buque y el Estado que ejerce su jurisdicción sobre él pudiese ser determinante de nulidad, ya que pretendía "establecer el arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico" o "una vinculación que valore la integración de una persona en un ámbito regido por un determinado orden jurídico" (FJ 3.º), de manera que se pudiese ejercer un control efectivo sobre la embarcación. Se trata de la misma finalidad que en el art. 91.1 de la CNUDM cumple la relación auténtica exigida entre el buque y su Estado de pabellón para asegurar el orden en alta mar, que no se llegó a definir conforme a ningún criterio en este tratado[9]. De hecho, como destaca el TS, en la Exposición de Motivos del RD se establece expresamente que su finalidad es corregir los abusos o fraudes que venían detectando y asegurar una "vinculación auténtica con España; con la finalidad de evitar que las embarcaciones de recreo se abanderen en otros Estados de pabellón con requisitos de seguridad y prevención de la contaminación más laxos, lo que evidentemente supone un menoscabo en la política de la Marina Mercante". Por tanto, se ha considerado que la residencia constituye un vínculo más fuerte y amplio que la nacionalidad para el ejercicio de jurisdicción efectiva sobre los buques que navegan por aguas españolas, en coherencia con la doctrina formal del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) sobre la relación auténtica, según la cual bastará cualquier conexión (incluso la meramente registral) que asegure que el Estado de pabellón ejerza de manera efectiva su jurisdicción, en los términos del art. 94 de la CNUDM[10].

4. LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS Y LOS CONCEPTOS DE "BUQUE" Y "NORMAS DE POLICÍA": UN ANÁLISIS PRAGMÁTICO, PERO INSUFICIENTE

Por lo que se refiere a la validez de la transposición, el TS ha considerado que el hecho de que los arts. 3.3 y 5 del RD impugnado incorporasen restric-

[9] Esto se debió, entre otras razones, a que, en la última etapa de la elaboración del texto, la CNUCYD se encontraba en desarrollo el Convenio de las Naciones Unidas sobre las Condiciones de Inscripción de los Buques, hecho en Ginebra el 7 de febrero de 1986, que no ha llegado a entrar en vigor. El art. 6.2 de este tratado preveía que el Estado de pabellón adoptase las medidas necesarias para que no solo los propietarios o navieros, sino también cualquier otra persona a la que se pudiera tener por responsable de la administración y explotación de buques, pudieran ser identificados fácilmente por las personas con un interés legítimo en obtener esa información. Su art. 10 imponía como condición de registro que la sociedad propietaria o su filial propietaria del buque se hallasen establecidas en su territorio o tuviesen en él su establecimiento principal o ambas cosas, o bien que contasen con un representante o administrador, que debía ser nacional del Estado de pabellón o tener en él su domicilio. En este caso, en el art. 2.1.c) de la norma impugnada se establecen consideraciones similares para el ejercicio de competencias por parte del Estado ribereño, sin perjuicio de su actuación como Estado de pabellón, *ex* art. 2.1.a).

[10] *M/V "Saiga" (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment, ITLOS Rep 1999*, p. 10, paras. 75–88*; "Grand Prince" (Belize v. France), Prompt Release, Judgment, ITLOS Rep 2001*, p. 17, paras. 82–94*; M/V "Virginia G" (Panama/Guinea-Bissau), Judgment, ITLOS Rep 2014*, p. 4, paras. 107–118.

ciones adicionales a las de la Directiva 2013/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, relativa a las embarcaciones de recreo y a las motos acuáticas, y por la que se deroga la Directiva 94/25/CE[11], "no puede ser considerado contrario a [la misma], pues no contradice lo en ella previsto, simplemente introduce una limitación a la navegación por aguas territoriales españolas no contemplada en la norma de la Unión" (FJ 4.º). El único fundamento que se proporciona es el principio de subsidiariedad, consignado en el art. 5 de la Directiva, sin detenerse en el análisis de jurisprudencia o doctrina al respecto.

Asimismo, la parte actora consideraba la asimilación de las embarcaciones de recreo al concepto de buque, que se realiza en los arts. 5, 12.2.a), 15.8 y 22.3.b) del RD impugnado por remisión al RD 701/2016, contraria a la Directiva 2014/90/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, sobre equipos marinos, y por la que se deroga la Directiva 96/98/CE del Consejo[12], al entender que las embarcaciones de recreo están excluidas de tal concepto (FJ 6.º). *A fortiori*, consideraba que la distinción era relevante, puesto que se trataba de un acto posterior a la Directiva 2013/53/UE, que mencionaba expresamente las embarcaciones de recreo. El TS rechazó este motivo de impugnación por considerar, de manera pragmática, que, aunque en algunos casos se excluyan las embarcaciones de recreo de determinados metros de eslora del ámbito de aplicación de las normas, dicha exclusión no opera de forma automática, sino que debe establecerse de forma expresa. Acompaña a esta afirmación la cita de diversas directivas y sus normas de transposición, e incluso del Convenio MARPOL, en los que se contiene una definición amplia de "buque" que incluye todo tipo de embarcación o artefacto flotante apto para la navegación y sujeto a los tratados internacionales, a excepción de los buques de guerra y otros de régimen especial. A mayor abundamiento, el TS añadió que los requisitos de eslora varían en función de la norma consultada, por lo que las medidas propuestas por los recurrentes no constituirían una regla general. Estas mismas consideraciones se extienden al ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2021/1158, que derogó el Reglamento de Ejecución (UE) 2020/1170 de la Comisión, de 16 de julio de 2020, relativo a los requisitos de diseño, construcción y rendimiento y a las normas de ensayo para los equipos marinos, y por el que se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2019/1397, cuya derogación se alegaba como motivo de nulidad del art. 23.1.b) del RD impugnado. Ciertamente, podría haberse tenido la Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009,

[11] Directiva 94/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de junio de 1994, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a embarcaciones de recreo, DOUE, L 354 de 28 de diciembre de 2013, p. 90-131.

[12] Directiva 96/98/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996 sobre equipos marinos, DOUE, L 257 de 28 de agosto de 2014, p. 146-185.

sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto[13], que establece un concepto de buque compatible con la finalidad de mejora de la seguridad marítima que se propugna en los razonamientos del Tribunal, pero excluye de su ámbito de aplicación a los yates de recreo no dedicados al comercio[14].

La ausencia de un concepto único de buque y su carácter funcional es un tema problemático que no está resuelto en Derecho internacional y merece aclaración con la finalidad de mantener la seguridad jurídica y favorecer la comprensión y la predictibilidad del ordenamiento jurídico para los ciudadanos, especialmente en sectores tan técnicamente regulados como el de las actividades marítimas[15]. Por ello, se puede considerar que el TS ha dejado pasar la oportunidad de aclarar esta cuestión, justificando la aplicabilidad al caso de cada tratado o de las disposiciones más protectoras de DUE. En cuanto al concepto de buque, el FJ 10.º, en el que se analizan los motivos de impugnación del art. 21 del RD impugnado, no incide en el ámbito de aplicación del Convenio MARPOL, por considerar que "[e]l hecho de que un precepto […] se remita a las prescripciones del Convenio MARPOL y del que España es parte, no puede ser motivo de nulidad", ya que las disposiciones del tratado serían aplicables "sin necesidad de remisión alguna". El TS apreció que no existía la falta de concreción ni la imposibilidad o dificultad de cumplimiento que alegaba la parte recurrente.

Lamentablemente, el TS no se detuvo en la aplicación de estándares del Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (SOLAS) a las embarcaciones de recreo, ya que se limitó a considerar que la necesidad de que los equipos de seguridad y salvamento cumplan con determinadas exigencias técnicas y de calidad y sean certificados por los Estados es un requisito del Derecho internacional, como se establece en el Reglamento (UE) 2016/425 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, relativo a los equipos de protección individual y por el que se deroga la Directiva 89/686/CEE del Consejo[16], sin analizar detalladamente su compatibilidad con el Convenio SOLAS (FJ 7.º). Sin embargo, en estos y en otros tratados internacionales se contienen exclusiones o previsiones especiales para las em-

[13] Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto, DOUE, L 131, de 28 de mayo de 2009, p. 57-100. La equiparación entre el concepto de "Estado ribereño", en el sentido de la CNUDM, y el de "Estado rector del puerto", en la Directiva 2009/16/CE, ha sido puesto de manifiesto en la STJUE de 1 de agosto de 2022, *Sea Watch eV*, C-14/21 y C-15/21, EU:C:2022:604, ap. 102.

[14] De hecho, el TJUE también había abordado esta cuestión recientemente. *Ibidem*, aps. 70-74.

[15] Sobre esta cuestión, véase, v. *gr.*, NANDAN, Satya N., y ROSENNE, Shabtai (eds.), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary*, vol. 2, Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1985, p. 45; VAN HOOYDONK, Eric, "The Law of Unmanned Merchant Shipping — An Exploration", *Journal of International Maritime Law*, vol. 20, 2014, pp. 406–409, y KERN, Jhonnie Mikael, "Autonomous Wrecks", en BASU BAL, Abhinayan *et al.*, *Regulation of Risk: Transport, Trade and Environment in Perspective*, Brill, Leiden/Boston, 2023, pp. 377–382.

[16] Directiva 89/686/CEE: equipos de protección individual, DOUE, L 81 de 31 de marzo de 2016, p. 51-98.

barcaciones de recreo o los buques que no superen un determinado tonelaje o eslora, por lo que se podría haber desarrollado más este argumento para salvaguardar la seguridad jurídica.

Otra de las cuestiones planteadas era el concepto de normas de policía, que, según la parte recurrente, debía limitarse a las que afectasen al orden público (FJ 3.º). Esta interpretación fue rechazada por el TS, que consideró acertadamente que la actividad de policía excedía el mantenimiento del orden público y comprendía "una forma de intervención por la que la Administración ejerciendo sus potestades impone a los administrados límites pero sin sustituir con su actuación la actividad de éstos" y "ordena conductas y posteriormente vigila que se observen reaccionando frente a los incumplimientos, en donde la inspección administrativa es una técnica típica de policía" (FJ 3.º). Debía considerarse, por tanto, que incluía la seguridad pública y la prevención de accidentes, que constituían el objeto del RD impugnado (FJ 3.º).

5. LA UTILIZACIÓN DE VARIAS VERSIONES LINGÜÍSTICAS PARA LA RESOLUCIÓN DE LAGUNAS INTERPRETATIVAS

En cuanto al recurso a las distintas versiones lingüísticas de un instrumento jurídico para resolver las lagunas o dificultades interpretativas, la cuestión se deja meramente enunciada, sin que se considere relevante por parte del TS para la determinación de la interpretación de la Directiva 2013/53/UE. Sin embargo, constituye una práctica frecuente en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). De hecho, resultó clave en la determinación del alcance de diversas subpartidas de la nomenclatura combinada referidas a distintos tipos de buque[17], y existen numerosos ejemplos de sentencias del TJUE en las que se ha recurrido a esta técnica en ámbitos no relacionados con las actividades marítimas[18]. Se trata de una práctica más que recomendable para el operador jurídico, puesto que la postura reiterada del TJUE es que, cuando los textos son plurilingües, no puede prevalecer una interpretación literal y aislada de una o varias versiones lingüísticas, sino que se debe realizar una interpretación conjunta, estructural y finalista de las versiones en todas las lenguas disponibles para respetar la igualdad de todas las versiones lingüísti-

[17] STJUE (Sala 7.ª) de 11 de marzo de 2020, *Rensen Shipbuilding BV*, C-192/19, EU:C:2020:194, ap. 30–32 y 37.

[18] *V. gr.*, STJUE (Sala 1.ª) de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, aps. 25–30; STJUE (Sala 3.ª) de 4 de septiembre de 2014, *Damijan Vnuk/Zavarovalnica Triglav d.d.*, C-162/13, EU:C:2014:2146, aps. 43–47; STJUE (Sala 3.ª) de 26 de septiembre de 2013, *Comisión Europea/Reino de España*, C-189/11, EU:C:2013:587, aps. 47–70; STJUE (Sala 5.ª) de 18 de septiembre de 2014, *Vueling Airlines, S.A./Instituto Galego de Consumo de la Xunta de Galicia*, C-487/12, EU:C:2014:2232, aps. 29–35; STJUE (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019, *N Luxembourg 1, X Denmark A/S, C Danmark I, Z Denmark ApS*, C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16, EU:C:2019:134, ap. 89; STJUE (Gran Sala) de 26 de enero de 2021, *Dietrich y Häring / Rundfunk*, C-422/19 y C-423/19, EU:C:2021:63, ap. 65; STJUE (Gran Sala) de 17 de enero de 2023, *Reino de España/Comisión Europea*, C-632/20 P, EU:C:2023:28, aps. 39–47, y las señaladas en la nota siguiente.

cas y asegurar la interpretación uniforme del DUE, incluso en el caso del Derecho originario[19]. En ese sentido, la comparación de versiones lingüísticas de las normas aplicables al caso tampoco es desconocida en la jurisprudencia del TS[20], llegando a interponer este órgano jurisdiccional la pertinente cuestión prejudicial ante el TJUE incluso en sede casacional[21].

6. CONSIDERACIONES FINALES

La sentencia analizada pone de relieve las dificultades que genera la ausencia de un concepto unívoco de buque en Derecho del Mar y la complejidad de la interacción entre el Derecho internacional público y el Derecho nacional en cuestiones técnicas que no solo afectan a las grandes empresas, sino también a las pequeñas y medianas empresas y a los particulares. El asunto reviste en algunos puntos tanta complejidad que el propio TS renuncia a un análisis detallado de la normativa aplicable.

[19] *V. gr.*, STJUE de 12 de noviembre de 1969, *Erich Stauder/Stadt Ulm-Sozialamt*, 29/69, ECLI:EU-:C:1969:57, ap. 3; STJUE de 27 de octubre de 1977, *The Queen/Pierre Bouchereau*, 30/77, EU:C:1977:172, ap. 14; STJUE de 2 de abril de 1998, *EMU Tabac y otros*, C296/95, EU:C:1998:152, ap. 36; STJUE (Sala 5.ª) de 7 de diciembre de 2000, *República Italiana/Comisión de las Comunidades Europeas*, C-482/98, EU:C:2000:672, aps. 49 y 50; STJUE (Sala 8.ª) de 19 de abril de 2007, *Profisa*, C-63/06, EU:C:2007:233, aps. 13 y 14; STJUE (Sala 3.ª) de 9 de junio de 2011, *Eleftheri tileorasi y Giannikos*, C52/10, EU:C:2011:374, aps. 23 y 24; STJUE (Sala 3.ª) de 4 de septiembre de 2014, *Damijan Vnuk y Zavarovalnica Triglav d.d.*, C-162/13, EU:C:2014:2146, ap. 46, y STJUE (Gran Sala) de 17 de enero de 2023, *Reino de España/Comisión Europea*, C-632/20 P, EU:C:2023:28, ap. 42.

[20] STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) 459/2010, de 30 de marzo de 2021. ROJ: STS 1250/2021, ECLI:ES:TS:2021:1250; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) 642/2022, de 31 de mayo de 2022, ROJ: 2572/2022, ECLI:ES:TS:2022:2572; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) 66/2013, de 23 de enero de 2023, ROJ: STS 161/2023, ECLI:ES:TS:2023:161; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) 152/2023, de 8 de febrero de 2023, ROJ: STS 294/2023, ECLI:ES:TS:2023:294.

[21] *V. gr.*, STJUE (Sala 9.ª) de 8 de junio de 2017, *Sharda Europe, BVBA / Administración del Estado y Syngenta Agro, S.A.*, C-293/16, EU:C:2017:430, aps. 17–21, correspondiente a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) 2072/2017, de 21 de diciembre de 2017, ROJ: STS 4668/2017, ECLI:ES:TS:2017:4668.

CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO EN FAVOR DE TRIBUNALES DEL REINO UNIDO EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL (A LONDON TALE AFTER BREXIT)

CHOICE OF FORUM CLAUSES IN FAVOUR OF UK COURTS IN CIVIL AND COMMERCIAL MATTERS (A LONDON TALE AFTER BREXIT)

Miguel Checa Martinez*

Palabras clave: Jurisdicción, cláusulas de elección de foro, Brexit

Keywords: Jurisdiction, choice of forum clauses, Brexit

SUMARIO: 1. LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO EN LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DEL ACUERDO DE RETIRADA DEL REINO UNIDO DE LA UE. 2. INEXISTENCIA DE UN NUEVO MODELO BILATERAL DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL ENTRE LA UE Y EL RU. 3. EL RECHAZO DE LA UE A LA ADHESIÓN DEL RU AL CONVENIO DE LUGANO 2007. 4. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2005 SOBRE ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO. 5. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2019 SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL. 6. LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO EN MATERIA DE ALIMENTOS: EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2007 SOBRE COBRO DE ALIMENTOS. 7. LAS SOLUCIONES UNILATERALES DEL RU: UN NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA INGLATERRA Y GALES.

1. LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO EN LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DEL ACUERDO DE RETIRADA DEL REINO UNIDO DE LA UE

El Acuerdo sobre la Retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea entró en vigor el 1 de febrero de 2020[1]. El periodo transitorio general previsto por el artículo 126 del Acuerdo de Retirada finalizó el 31 de diciembre de 2020. El Acuerdo de Retirada contiene un Título (el Sexto) dedicado a la Cooperación judicial en curso en materia civil y mercantil (Arts. 66 a 69) que añadía disposiciones transitorias específicas aplicables a partir del 1 de enero de 2021 y que serían de gran relevancia práctica pues se trataba esencialmente de cubrir situaciones judiciales que tuvieron comienzo antes del fin del período transitorio y que, por tanto, a su

* Profesor Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Cádiz. (miguel.checa@uca.es).

[1] Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, *DOUE* L 29, 31 de enero de 2020. Desde la perspectiva del sistema jurídico inglés la legislación aplicable es la *European Union (Withdrawal Agreement) Act* 2020.

finalización deberían seguir cubiertas por los Reglamentos europeos de DIPr, pese a no estar ya en vigor en relación con el Reino Unido. En materia de competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y otras cuestiones de cooperación entre autoridades centrales, el Artículo 67 del Acuerdo de Retirada establece que en el Reino Unido, y en los Estados miembros en las situaciones que incumban al Reino Unido, respecto de los procesos judiciales incoados antes del final del período transitorio y respecto de los procesos o acciones que tengan relación con tales procesos judiciales con arreglo a los artículos 29, 30 y 31 del Reglamento (UE) 1215/2012, el artículo 19 del Reglamento (CE) 2201/2003 o los artículos 12 y 13 del Reglamento (CE) 4/2009, seguirán siendo de aplicación las normas de competencia judicial internacional y las normas sobre litispendencia y conexidad contenidas en los respectivos Reglamentos. La aplicación transitoria de las reglas de litispendencia incluía la primacía que el Art. 32.1 Reglamento 1215/2012 otorga a los acuerdos de elección de foro en las situaciones de procesos paralelos.

Sin embargo, no se recogió una eficacia general de los acuerdos de elección de foro formalizados por las partes antes del final del período transitorio (31 de diciembre de 2020) si el litigio surge después de tal fecha, como había solicitado la parte británica en las negociaciones, de modo que la determinación de la eficacia exclusiva de las cláusulas de elección en favor de tribunales ingleses en caso de que la demanda no sea presentada ante la jurisdicción elegida quedó a lo previsto por la regulación de la competencia judicial internacional de cada EM.

2. INEXISTENCIA DE UN NUEVO MODELO BILATERAL DE COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL INTERNACIONAL ENTRE LA UE Y EL RU

Si con el Acuerdo de Retirada se consiguió evitar un Brexit caótico o desordenado (*wild Brexit*), la situación resultante tampoco fue la de un *soft Brexit*, sino un *hard Brexit* ante la existencia de un nuevo modelo de relaciones, que quedó limitado a un Acuerdo de Comercio y Cooperación, firmado el 30 de diciembre de 2020, aplicado provisionalmente desde el 1 de enero de 2021 y que entró en vigor el 1 de mayo de 2021. El Acuerdo supuso el resultado de la difícil conciliación entre la posición británica (el Gobierno del Reino Unido había insistido en alcanzar únicamente un acuerdo de libre comercio) y, por el contrario, la posición de la UE que defendió un modelo de acuerdo más ambicioso de libre comercio, sin aranceles ni cuotas, pero donde las regulaciones a ambos lados del Canal deberían estar alineadas en múltiples ámbitos regulatorios (fiscal, social, medioambiental, etc.).

El Reino Unido había expresado en momentos anteriores su interés en establecer tras su salida un marco de relaciones con la Unión que incluyese un

régimen de cooperación de amplio alcance, mediante "un acuerdo tan completo y efectivo como resultase posible, en materia de competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones, en línea con los principios contenidos en los instrumentos de la Unión en este ámbito" en los que ya participaba[2]. Es decir, fue expresada la voluntad de salvar el acervo del Derecho de la UE en este ámbito, pero a través de un nuevo cauce de aplicación que sería el de un acuerdo bilateral dentro del nuevo marco de relaciones con la UE[3]. La propuesta británica no sólo era relativa al ámbito de familia, un ámbito material en que la propia UE expresó su voluntad de cooperación estrecha, sino también relativa a la protección de consumidores y trabajadores, así como en general en materia civil y mercantil por su importancia para negocios y empresas, incluyendo las reglas actuales en materia de insolvencia. Por el contrario, la posición negociadora inicial de la Comisión Europea sobre cooperación civil fue mucho más escueta y sobre todo centrada únicamente en las reglas transitorias de aplicación de los distintos instrumentos europeos una vez se hubiese producido la salida del Reino Unido en el momento de finalización del período transitorio[4].

La Declaración Política en la que la UE y el Reino Unido exponían el marco de sus relaciones futuras[5], texto que acompaña al Acuerdo de Retirada, dejaba claro que la prioridad para la Unión Europea era la cooperación judicial en materia penal (apartados 80 a 89 de la Declaración, en particular apartado 88). Por el contrario, la cooperación judicial en materia civil sólo era mencionada de forma parcial y además no de forma autónoma, sino tangencialmente por su relación con la movilidad de las personas. Así, el apartado 55 establece que las partes "confirman su compromiso con la aplicación efectiva de los instrumentos jurídicos existentes en materia de Derecho de familia en los que sean Partes; la Unión toma nota de la intención del Reino Unido de adherirse al Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro de alimentos por el que actualmente se encuentra vinculado debido a su pertenencia a la Unión" y el apartado 56 añade que las partes "estudiarán las posibilidades de cooperación judicial en asuntos matrimoniales, cuestiones de responsabilidad parental y otros temas conexos". Es decir, se preveía el mantenimiento de los instrumentos de DIPR de la UE en materia de Derecho de familia vigentes en el Reino Unido (RU), que no son muchos, pero resultan de gran importancia, a saber, sólo el Reglamento Bruselas II bis sobre materia matrimonial y

[2] HM GOVERNMENT: *Providing a cross-border civil judicial cooperation framework: A future partnership paper*, Agosto 2017; ID., *Framework for the UK-EU partnership*: *Civil Judicial Cooperation*, Junio 2018; ID., *The future relationship between the United Kingdom and the European Union*, Julio 2018.

[3] TANG, Zheng Sophia, "Future Partnership in EU-UK Cross-Border Civil Judicial Cooperation European", *European Foreign Affairs Review*, vol. 23, 2018, núm. 4, pp. 565–583; TANG, Zheng Sophia, "UK-EU Civil Judicial Cooperation after Brexit: Five Models", *European Law Review*, núm 5, 2018, pp. 648-668. *Position paper on Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters*, 17 de julio de 2017.

[4] *Position paper on Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters*, 17 de julio de 2017.

[5] Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido, DOUE, C 34, 31 de enero de 2020.

responsabilidad parental y el Reglamento Bruselas III sobre obligaciones de alimentos, con el añadido de la futura ratificación por el RU del Convenio de La Haya de 2007[6].

Sin embargo, en las Directrices para la negociación que fueron presentadas por la Comisión el 3 de febrero de 2020, para su aprobación por el Consejo en la forma de Recomendación, la cooperación judicial internacional en materia civil no aparecía mencionada[7]. La cooperación judicial en materia penal sí estaba entre los objetivos negociadores, pero la cooperación judicial en materia civil no era mencionada ni siquiera de forma accesoria a las negociaciones en materia de movilidad de las personas físicas. En cuanto al mandato negociador británico, hecho también publico en febrero, sí proponía un acuerdo en materia de cooperación judicial en materia civil pero no se correspondía con la pervivencia de instrumentos de la UE, sino que se proponía, por el contrario, seguir avanzando mediante, por una parte, instrumentos multilaterales de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado y, de otro lado, mediante la adhesión del Reino Unido como parte contratante independiente al Convenio de Lugano de 2007[8].

El resultado final en el Acuerdo de Cooperación y Comercio de 24 de diciembre de 2020 fue la ausencia de referencias a la cooperación judicial internacional en materia civil[9]. Por lo que se refiere a las dos líneas avanzadas por el negociador británico, la primera, es decir, la ratificación o adhesión del RU a Convenios de La Haya, sí ha producido resultados a partir de la fecha de finalización del período transitorio[10]. Por el contrario, la propuesta relativa a

---

[6] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Persona y familia en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia tras el Brexit", *La Ley Unión Europea*, núm. 63, 31 de octubre de 2018; SMITH, Gavin, HODSON, David, LE GRICE, Valentine, "Brexit and international family law: a pragmatic approach to divorce and maintenance", *Family Law*, 2018, pp. 1554-1563; LOWE, Nigel, "Some reflections on the options for dealing with international family law following Brexit", *Family Law*, 2017, pp. 399-406; LOWE, Nigel, "What are the implications of the Brexit vote for the law on international child abduction", *CFLQ*, 2017, pp. 253-266; DUTTA, Anatol, "Brexit and international family law from a continental perspective", *CFLQ*, 2017, pp. 199-212; BEAUMONT, Paul, "Private international law concerning children in the UK after Brexit: comparing Hague Treaty law with EU Regulations", *CFLQ,* 2017, pp. 213-232; LAMONT, Ruth, "Not a European Family: Implications of Brexit for International Family Law", *CFLQ*, 2017, pp. 267-280.

[7] Recomendación de decisión del Consejo por la que se autoriza la apertura de negociaciones para una nueva asociación con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, COM (2020) 35 final.

[8] Las directrices del mandato negociador británico se encuentran en el documento titulado "The Future Relationship with the EU: the UK's approach to negotiations", 27 febrero 2020.

[9] Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, por una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra, DOUE, L. 144, 31 de diciembre de 2020. PASTOR PALOMAR, Antonio, *Acuerdo de Comercio y Cooperación de la UE y Euratom con el Reino Unido*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022; OTERO GARCIA-CASTRILLON, Carmen, *Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "Goodbye Britain: Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido", *La Ley Unión Europea*, núm. 88, enero 2021; EECKHOUT, Piet, "Brexit after the negotiation of the Trade and Cooperation Agreement: who takes back control of what?, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2021, núm. 68, pp. 11-22.

[10] La Conferencia de La Haya y sus convenios han asumido una nueva función en el DIPr del RU como medio para, al menos parcialmente, paliar las consecuencias de algunas de las carencias que ha

la adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano de 2007 se ha encontrado con un claro rechazo de la Comisión Europea, seguido por el resto de las instituciones europeas.

3. EL RECHAZO DE LA UE A LA ADHESIÓN DEL RU AL CONVENIO DE LUGANO 2007

La adhesión del RU al Convenio de Lugano de 2007 sólo era posible por aceptación unánime de todas las partes (UE, Dinamarca y los tres Estados miembros de la EFTA que forman parte del Convenio: Suiza, Noruega e Islandia, pero no Liechtenstein) y, en todo caso, el proceso de ratificación posterior por todas las partes podía demorarse en el tiempo. Además, cabe recordar que el Convenio Lugano 2007 no tiene prevista por el momento ninguna ronda de negociaciones dirigidas a su modificación y que se corresponde con el contenido del Reglamento 44/2001, antecedente del actual Reglamento 1215/2012, de manera que su ratificación no dejaría de suponer un cierto retroceso técnico-jurídico en las relaciones del RU con el resto de Estados Miembros (EEMM) de la UE respecto de las anteriormente vigentes; téngase en cuenta además la falta de mecanismos uniformes de interpretación del Convenio de Lugano si se le compara con el Reglamento Bruselas I bis (1215/2012)[11].

Pese a lo anterior, la adhesión del RU al Convenio de Lugano 2007 parecía una buena opción. En realidad, el RU dejó de estar vinculado por tal Convenio en la fecha de plena efectividad del Brexit respecto de Suiza, Noruega e Islandia, el 1 de enero de 2021. Evitar esa pérdida y, por el contrario, ampliar ese régimen a las relaciones del RU con los EEMM de la UE parecía una propuesta razonable. En consecuencia, el 8 de abril de 2020, el RU presentó su solicitud de adhesión ante el Departamento federal suizo para asuntos exteriores, como depositario de la Convención de Lugano 2007, y el 14 de abril de 2020 el depositario suizo había notificado a las partes para que en el plazo de un año respondiesen afirmativamente o negativamente a la solicitud del RU. Los países de la EFTA (Suiza, Noruega e Islandia) llegaron a manifestar su voluntad favorable a que el RU formalizase su adhesión antes del final del período transitorio, pero la negativa de la UE (9 de julio de 2021) resultó fundamental porque la adhesión requería la aceptación unánime de todos los Estados parte[12].

---

provocado el Brexit (*vid*., VAN LOON, Hans, "Le Brexit et les conventions de La Haye", *Revue critique de droit international privé*, vol. 2, 2019, núm. 2, 2019, pp. 353-365.

[11] HESS, Burkhard, "The unsuitability of the Lugano Convention (2007) to Serve as a Bridge between the UK and the EU after Brexit", *MPILux Research Paper* (January 17, 2018), *No. 2*; HESS, Burkhard, "Das Lugano-Übereinkommen und der Brexit", en HESS, Burkhard, JAYME, Erik y MANSEL, Heinz-Peter (eds.), *Europa als Rechts– und Lebensraum. Liber amicorum für Christian Kohler*, Gieseking, Bielefeld, 2018, pp. 179-192, p. 179; POCAR, Fausto, "The Lugano Convention of 30 October 2007 at the test with Brexit", en HESS, Burkhard, JAYME, Erik y MANSEL, Heinz-Peter (eds.), *op. cit.*, pp. 419-423.

[12] El resultado final de falta de negociaciones bilaterales sobre cooperación judicial civil y rechazo de la UE a la vía paralela de solución que suponía el Convenio de Lugano dejaban a finales del período

En la argumentación de la Comisión Europea, el Convenio de Lugano es una medida de acompañamiento del mercado interior en contexto UE-AELC/EEE y, por el contrario, la política coherente de la Unión Europea en relación con terceros Estados es promover la cooperación en el marco multilateral de los Convenios de La Haya. El Reino Unido sería un tercer Estado como cualquier otro, es decir, un país sin un vínculo especial con el mercado interior, de manera que no habría razón alguna para que la Unión Europea se apartase de su enfoque general en relación con el Reino Unido; en consecuencia, son los Convenios de La Haya los que deberían constituir el marco de la futura cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido en el ámbito de la cooperación judicial civil[13]. El mensaje de la Comisión Europea es igualmente trasladable a Suiza, Noruega e Islandia, que deberían considerar su adhesión a los Convenios de la Haya de 2005 y 2019 como futuras vías de cooperación judicial civil con el RU. En la valoración de la Comisión Europea, los Convenios de la Conferencia de La Haya, en particular el Convenio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro y el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones de 2019 (*Judgments Convention*) deberán ser las futuras bases de la cooperación judicial con el RU[14].

4. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2005 SOBRE ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

El RU depositó el 28 de septiembre de 2020 el instrumento de adhesión al Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, con efectos desde la finalización del período transitorio, es decir, el 1 de enero de 2021[15]. La adhesión por el RU del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro resulta de enorme interés por su inmediata aplicación post-Brexit en las relaciones entre el RU y los EEMM de la UE. De acuerdo con lo previsto en su Art. 26.6.a), el Convenio resulta aplicable desde el punto de vista de su ámbito territorial si una de las partes en el acuerdo de elección de foro es residente en un Estado parte que no sea miembro de la UE: por ejemplo, RU; además el Convenio resulta de aplicación en relación con México, Singapur, Montenegro, Dinamarca y Ucrania.

---

transitorio una sensación incómoda *(cliff-edge scenario)* de falta de soluciones para el primer día de efectividad del Brexit (*vid.* CORTESE, Bernardo, "Brexit e diritto internazionale privato tra Roma, Bruxelles e Lugano How can I just let you walk away?", *Cuadernos de Dercho Transnacional*, vol. 13, 2021, núm.1, pp. 153-179).

[13] *Vid.* Assessment on the application of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland to accede to the 2007 Lugano Convention, COM (2021) 222 final, pp. 1-5.

[14] Sobre las consecuencias de la no adhesión de UK al Convenio de Lugano de 2007 para la cooperación judicial en materia civil con la UE, *vid*. BENEDETTO, Lotario, *Ensuring Efficient Cooperation with the UK in Civil Law Matters*, Doc. PE743-340, marzo 2023, pp. 36-44.

[15] La implementación o introducción en el ordenamiento jurídico inglés se ha hecho en la *Civil Jurisdiction and Judgments Act* 1982, al igual que ha ocurrido respecto de los Convenios de La Haya 2007 sobre cobro de alimentos y 1996 sobre protección de menores (*Private International Law-Implementation of Agreements Act*, 2020).

El resultado es que las cláusulas de jurisdicción exclusivas en favor de tribunales ingleses deberán ser respetadas en los EEMM de la UE y demás Estados vinculados por el Convenio en virtud de lo previsto en sus Art. 5 (el tribunal elegido por las partes no podrá declinar su competencia en favor de los tribunales de otro Estado y deberá resolver la controversia que le ha sido asignada) y Art. 6 (obligaciones de un tribunal no elegido): "Cualquier tribunal de un Estado contratante distinto del Estado del tribunal elegido, suspenderá el procedimiento o rechazará la demanda cuando se le presente un litigio al que se le aplique un acuerdo exclusivo de elección de foro", pudiendo ser reconocida la sentencia en el resto de Estados parte de acuerdo con lo previsto en los Arts. 8 y ss. del Convenio.

Además de la eficacia expresa positiva para el tribunal elegido y la negativa o declinatoria para tribunales distintos del elegido, la cláusula de elección de foro puede contar con otros medios de protección, aunque no estén expresamente previstos en el Convenio. Así, los tribunales ingleses podrán proteger la eficacia del acuerdo de elección de foro dispuesto en su favor mediante *anti-suit injuctions* dirigidas a evitar el inicio o la continuación de un procedimiento judicial ante una jurisdicción distinta de la elegida (el Art. 7 del Convenio excluye las medidas cautelares de su ámbito de aplicación, pero no las impide si están disponibles en los Derechos nacionales de los Estados parte)[16]. En segundo lugar, los tribunales elegidos pueden proteger la cláusula de elección de foro mediante condenas por daños derivados de su incumplimiento (desde luego en relación con los gastos legales derivados de la necesidad de actuación procesal o tramitación del proceso en una jurisdicción distinta de la elegida por las partes, pero también frente a una decisión condenatoria), decisiones que podrán también beneficiarse del régimen de reconocimiento y ejecución del Convenio[17].

El Convenio, como bien es sabido, es además un convenio doble, es decir, además de regular un particular foro de atribución de jurisdicción internacional —la sumisión expresa de carácter exclusivo— también garantiza un régimen particular de reconocimiento y ejecución para las sentencias dictadas en un Estado parte a partir de tal atribución expresa de competencia, de manera que la sentencia dictada por un tribunal distinto del elegido por las partes no podrá beneficiarse del régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el Convenio.

Ahora bien, también cabe tener en cuenta las limitaciones del Convenio de La Haya en atención a su ámbito de aplicación. En primer lugar, la sumisión expresa debe tener carácter exclusivo y, en consecuencia, el Convenio no es

[16] BEAUMONT, Paul, KEYES, Mary, "Choice of Court Agreements", en BEAUMONT, Paul, HOLLIDAY, Jayne, *A Guide to Global Private International Law*, Oxford, Hart, 2022, pp. 393-406, p. 404.

[17] THEIMER, Leon, "Protection against the breach of choice of court agreements: A comparative analysis of remedies in English and German Courts", *Journal of Private International Law*, vol. 19, 2023, núm. pp. 208-237.

aplicable si la sumisión no es exclusiva, lo cual también ocurre si la cláusula es asimétrica (*asymmetric/sole option jurisdiction clause*), o si la cláusula de sumisión resulta de cualquier modo facultativa (Art. 3 b): "un acuerdo de elección de foro que designe a los tribunales de un Estado contratante o uno o más tribunales específicos de un Estado contratante se reputará exclusivo, salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario"). En segundo lugar, el ámbito material es más reducido quedando excluidos, entre muchas otras situaciones, los contratos celebrados por consumidores, los contratos de trabajo o el transporte de pasajeros y de mercaderías (Artículo 2: Exclusiones del ámbito de aplicación), a lo que cabe sumar la Declaración de la UE (Declaración de 11 de junio de 2015), repetida ahora por el Reino Unido (Declaración 28 de septiembre de 2020) excluyendo del ámbito de aplicación del Convenio los contratos de seguro, salvo en los casos indicados en la propia Declaración[18].

Otro inconveniente es que el Convenio sólo resulta temporalmente aplicable respecto de acuerdos de elección de foro formalizados tras la entrada en vigor del propio Convenio para el Estado que deba aplicarlo (Artículo 16 Disposiciones transitorias: "1. El presente Convenio se aplicará a los acuerdos exclusivos de elección de foro celebrados después de su entrada en vigor en el Estado del tribunal elegido"), por lo que los acuerdos de elección de foro celebrados con anterioridad al amparo del Reglamento Bruselas I bis no podrán pasar automáticamente a estar regidos por el Convenio de La Haya de 2005[19]. En efecto, el Convenio solo resulta aplicable a los acuerdos de elección de foro realizados tras su entrada en vigor, por tanto, y por lo que se refiere al RU, a partir del 1 de enero de 2021. Sin embargo, el RU ha manifestado que la fecha efectiva de implementación del Convenio es el 1 de octubre de 2015 (cuando la ratificación por la UE produjo efectos para todos los EEMM)[20].

---

[18] BEAUMONT, Paul, "Some Reflections on the Way Ahead for UK Private International Law after Brexit", *Journal of Private International Law*, vol. 17, 2021, núm. 1, pp. 1-17, p. 7.

[19] *Vid*. CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, *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, Granada, 2018, pp. 52-80 y reseña de CHECA MARTÍNEZ, Miguel, *REEI*, 2019, núm. 37; AHMED, Mukarrum, BEAUMONT, Paul, "Exclusive choice of court agreements: some issues on The Hague Convention on choice of court agreements and its relationship with the Brussels I recast especially anti-suit injunctions, concurrent proceedings and the implications of Brexit", vol. 13, *Journal of Private International Law*, 2017, núm. 2, pp. 386-410; WELLER, Matthias, "Choice of Court Agreements under Brussels Ia and under The Hague Convention: Coherences and Clashes", *Journal of Private International Law*, vol. 13, 2017, núm. 1, pp. 91-129; AHMED, Mukarrum, "Brexit and English Jurisdiction Agreements: The Post-Referendum Legal Landscape", *European Business Law Review,* vol. 27, 2016, núm 7, pp. 989-998; AHMED, Mukarrum, "The Validity of Choice of Court Agreements in International Commercial Contrats under The Hague Choice of Court Convention and the Brussels Ia Regulation", en FURMSTON, Michael, *The future of the Law of Contract*, Routledge, Abingdon-on-Thames, 2020, pp. 217-236; BRAND, Ronald, "The 2005 Choice of Court Convention-the Triumph of Party Autonomy", en JOHN, Thomas, *The Elgar Companion to The Hague Conference on Private International Law*, Elgar, Cheltenham, 2020, pp. 298-308; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, "Brexit y acuerdos de elección de foro", *La Ley Unión Europea*, núm. 100, 2022.

[20] La declaración británica que acompaña al instrumento de adhesión de 28 de septiembre de 2020 indica: "Whilst acknowledging that the Instrument of Accession takes effect at 00:00 CET on 1 January

Esta posición no es compartida por la UE, en particular, por la Comisión Europea, que ha indicado que el Convenio sólo es aplicable en relación con el RU en caso de cláusulas de jurisdicción acordadas a partir del 1 de enero de 2021[21].

Por otra parte, el Art. 3 del Convenio regula las condiciones de validez formal en su apartado c), con una redacción mucho más escueta o insuficiente que la prevista en los Arts. 25.1 y 2 del Reglamento Bruselas I bis, en los siguientes términos: "un acuerdo exclusivo de elección de foro debe ser celebrado o documentado: i) por escrito; o ii) por cualquier otro medio de comunicación que pueda hacer accesible la información para su ulterior consulta".

De manera más satisfactoria el Art. 3d) añade, en términos similares al Art. 25.5 Reglamento Bruselas I bis, lo siguiente sobre independencia de la cláusula de sumisión: "un acuerdo exclusivo de elección de foro que forme parte de un contrato será considerado un acuerdo independiente de las demás cláusulas de este. La validez del acuerdo exclusivo de elección de foro no podrá ser impugnada por la sola razón de que el contrato no es válido".

Por otro lado, el Art. 5 del Convenio regula la ley aplicable a la nulidad de pleno Derecho del acuerdo de elección de foro, también prevista en el Art. 25.1 Reglamento Bruselas I bis, con remisión en ambos casos a la aplicación del Derecho del Estado cuyos tribunales han sido elegidos (*lex fori prorogati*).

5. EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2019 SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

En el mismo entorno de la Conferencia de La Haya de DIPr, el Convenio de 2 de julio de 2019 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil (*Judgments Convention* 2019) está llamado a resultar de sumo interés para la cooperación judicial entre el RU y la UE[22]. La entrada en vigor del Convenio se ha producido el 1.09.2023 para los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, en relación con Ucrania, entrando en vigor un año a partir del depósito del segundo instrumento de ratificación

2021, the United Kingdom considers that the 2005 Hague Convention entered into force for the United Kingdom on 1 October 2015 and that the United Kingdom is a Contracting State without interruption from that date".

[21] *Notice to Stakeholders. Withdrawal of the United Kingdom and EU Rules in the field of Civil Justice and Private International Law*, Bruselas, 27 agosto 2020, pp. 8-9: "The Convention will apply between the EU and the United Kingdom to exclusive choice of court agreements concluded after the Convention enters into force in the United Kingdom as party in its own right to the Convention".

[22] GARCIMARTÍN, Francisco y SAUMIER, Geneviève, *Explanatory Report on the Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters (HCCH 2019 Judgments Convention),* Permanent Bureau of The Hague Conference on Private International Law, La Haya, 2020; GARNETT, Richard, "The Judgments Project: fulfilling Asser's dream of free-flowing judgments", en JOHN, Thomas, *op. cit*. pp. 309-321.

o adhesión, pues sólo se requería la existencia de dos Estados parte (Art. 28.1). Asimismo, el 1.10.2024 se producirá su entrada en vigor en relación con Uruguay.

Como es bien conocido, el Convenio ha sido elaborado en un proceso superior a la década (tras la aprobación del Convenio de La Haya sobre Acuerdos de elección de foro de 2005 que vendría a ser su antecedente y del que este segundo Convenio es un complemento dentro de la agenda de la Conferencia de La Haya) y es un convenio simple en el sentido de que sólo regula un régimen de condiciones para el reconocimiento de decisiones judiciales de otros Estados contratantes, sin contener reglas directas de competencia judicial internacional.

Desde su origen ha estado dirigido a cubrir las relaciones de los EM de la UE con terceros Estados contratantes, y particularmente orientado a la relación transatlántica con EEUU, pero el Brexit añade una dimensión adicional de futuro más próximo a este Convenio. La posición oficial del RU en cuanto a la adhesión ya está definida tras haber estado abierto al público un período de consulta hasta el 9 de febrero de 2023 que puede ser considerado como muy favorable a la adhesión[23]. El resultado ha sido la firma del Convenio por el Reino Unido el 12 de enero de 2024, quedando aún pendiente el depósito del instrumento de ratificación por el Reino Unido, de conformidad con lo previsto en el Art. 28.2 del Convenio, con entrada en vigor doce meses después de dicho depósito, por lo que su eficacia plena no se producirá hasta algún momento de 2025. Por el momento, el legislador británico ya ha presentado la legislación interna preparatoria de la ratificación (*The Recognition and Enforcement of Judgments* (2019 *Hague Convention etc*.) *Regulations* 2024) y modificado las *Civil Procedure Rules* para el momento de la entrada en vigor del Convenio (*The Civil Procedure (amendment no. 2) Rules* 2024). En suma, tras el rechazo de la UE a la ratificación por el RU del Convenio de Lugano 2007, la UE prefiere el cauce multilateral de la Conferencia de La Haya y el RU ha aceptado esta solución a fin de regular de forma general el exequátur recíproco de decisiones judiciales en materia civil y mercantil.

6. LAS CLÁUSULAS DE ELECCIÓN DE FORO EN MATERIA DE ALIMENTOS: EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2007 SOBRE COBRO DE ALIMENTOS

Los efectos de la derogación por el RU del Reglamento 4/2009 (Bruselas III) derivada del Brexit podrán quedar paliados, al menos parcialmente, por

[23] La doctrina inglesa no parece retener ningún tipo de duda sobre la conveniencia o incluso necesidad de tal adhesión, *vid.* BEAUMONT, Paul, "Some Reflections on the Way… *op. cit.*, pp. 4-5, donde, entre otros, cita a especialistas en DIPr muy conocidos como son Trevor Hartley y David McClean; NORTH, Cara, "The 2019 HCCH Judgments Convention: A Common Law Perspective ", *IPRax*, 2020, pp. 202-210.

la adhesión del Reino Unido al Convenio de La Haya de 2007 sobre Cobro internacional de alimentos que se produjo el 28 de septiembre de 2020, con efectos desde 1 de enero de 2021, aunque el RU se considera un Estado parte sin interrupción desde 1 de agosto de 2014 cuando el Convenio entró en vigor como consecuencia de su ratificación por la UE[24].

El Convenio de La Haya de 2007 es un convenio de cooperación de autoridades centrales nacionales dirigido al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia de alimentos, carece de reglas directas de determinación de la competencia judicial internacional que sí se contienen en el Reglamento 4/2009 y tampoco contiene reglas sobre el conflicto de leyes en materia de obligaciones alimenticias, ámbito para el que resulta aplicable con carácter universal en los EEMM de la UE el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos (pero no en el Reino Unido, que prefirió queda al margen de tal instrumento convencional).

En consecuencia, la adhesión no es suficiente para salvaguardar la futura eficacia exclusiva de acuerdos de jurisdicción en materia de obligaciones alimenticias en favor de tribunales ingleses ya pactados al amparo de lo previsto en el Art. 4 del Reglamento Bruselas III, que ahora serán valorados en cada EM de la UE conforme a sus normas nacionales de DIPr por referirse a tribunales de un tercer Estado[25]. En el caso español no parece ser posible otorgarles ese efecto exclusivo de acuerdo con lo previsto en Art. 22 quáter LOPJ.

7. LAS SOLUCIONES UNILATERALES DEL RU: UN NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA INGLATERRA Y GALES

Las dificultades para llegar a acuerdos en materia de cooperación judicial civil internacional en un nuevo marco de relaciones con la UE pronto llevaron al legislador británico a prever un horizonte unilateral de soluciones. En consecuencia, el Gobierno del Reino Unido, haciendo uso de los poderes delegados que le confiere la *European Union (Withdrawal Act)* 2018, aprobó como legislación delegada (*statutory instruments*) una serie de Reglamentos (*EU Exit Regulations*) sobre cuestiones de cooperación judicial civil, con eficacia prevista para el final del período transitorio, establecido finalmente para el 31 de diciembre de 2020 por la *European Union (Withdrawal Agreement) Act*

[24] La incorporación en el ordenamiento jurídico inglés ha sido realizada dentro de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act* 1982, de conformidad con lo previsto en la legislación que preveía la adhesión a los tres instrumentos de la Conferencia de La Haya que vinculaban al Reino Unido en su condición de Estado miembro-*Private International Law (Implementation Agreements) Act* 2020—.

[25] BEAUMONT, Paul, "Interaction of the Brussels IIa Regulation and Maintenance Regulations with (Possible) Litigation in Non-EU States: Including Brexit implications", en VIARENGO, Ilaria, VILLATA, Francesca, *Planning the Future of Cross Border Families: A Path Through Coordination*, Hart, Oxford, 2020, pp. 331-346.

2020[26]. En este sentido, el legislador británico previó, ante la falta de previsibles acuerdos, un *hard brexit* en el área de la cooperación judicial civil mediante la transposición o incorporación, reforma y, en su caso, derogación, de aquellas disposiciones contenidas en los Reglamentos de la UE sobre cooperación judicial civil que, de otro modo, seguirían formalmente en vigor de manera inalterada por el efecto inercial o de conservación de vigencia de la legislación europea (*retained EU legislation*) que produce la *European Union (Withdrawal) Act* 2018, —conocida también como la *Great Repeal Bill* por haber sido propuesta inicialmente con este título—[27]. Así, fue establecida la derogación con efectos para Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte en la fecha de finalización del período transitorio (*exit day*) del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis) en *The Civil Jurisdiction and Judgments (Amendment) (EU Exit) Regulations 2019*[28], aunque se mantienen las reglas jurisdiccionales relativas a la protección del consumidor o del trabajador domiciliado en el RU[29], así como la definición del domicilio de personas jurídicas a los efectos de la determinación de la competencia judicial internacional, en forma de nuevas disposiciones en la *Civil Jurisdiction and Judgments Act* 1982[30].

La pérdida del Reglamento Bruselas I bis es un serio revés para la cooperación judicial internacional en materia civil en el RU[31]. El Reglamento Bruselas I bis ha servido en el pasado bajo sus distintas formas (Convenio de

[26] Sobre el proceso de creación de legislación primaria (*European Union Withdrawal Act* 2018) y legislación delegada en forma de *EU Exit Regulations*, así como la naturaleza y régimen de interpretación futura de la legislación retenida *vid*. AHMED, Mukarrum, *Brexit and the Future of Private International Law in English Courts*, OUP Oxford, 2022, pp. 18-30.

[27] GERNERT, Marcel, "Harter Brexit und IPR – Vorbereitende Papiere für einen ungeregelten Austritt des Vereinigten Königreich", *IPRax,* 2019, pp. 365-369.

[28] *Statutory Instruments* 2019 Nº 479 y Nº 1338.

[29] MERRETT, Louise, "International Employment Cases Post-Brexit: Choice of Law, Territorial Scope, Jurisdiction and Enforcement", *Industrial Law Journal*, vol. 50, 2021, núm. 3, pp. 343-374; GRUSIC, Ugjlesa, "L'effet du Brexit sur le droit international privé du travail", *Revue critique de droit international privé*, vol. 108, 2019, núm. 2, pp. 367-384.

[30] Esta Ley ha servido en el RU en el pasado para la introducción original del Convenio de Bruselas de 1968 y para facilitar la aplicación de sus versiones posteriores en forma de Reglamento), además en su sección 16 (y normas contenidas en Schedule 4) se regula la jurisdicción en las situaciones que afecten a partes domiciliadas en diferentes partes del Reino Unido —*intra UK cases*—. *vid.* HOOD, Kirsty, *Conflict of Laws within the UK,* Oxford University Press, Oxford, 2007.

[31] Sobre el retroceso en el ámbito procesal civil internacional que significa la inaplicabilidad futura del Reglamento Bruselas I bis *vid*. DICKINSON, Andrew, "Back to the Future: The UK's EU Exit and the Conflict of Laws", *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, núm. 2, pp. 195-210; DICKINSON, Andrew, "Close the Door on Your Way Out. Free Movement of Judgements in Civil Matters. A "Brexit" Case Study", *Zeitschrift Fur Europaisches Privatrecht*, vol. 3, 2017, pp. 539-568; LEIN, Eva, "Unchartered Territory? A Few Thoughts on Private International Law post Brexit", *Yearbook of Private International Law*, 2015/2016, pp. 33-48; HESS, Burkhard, "Back to the Past: Brexit und das europäische internationale Privat– und Verfahrensrecht", *IPRax: Praxis des Internationalen Privat– und Verfahrensrechts*, vol. 36, 2016, núm. 5, pp. 409-418; SONNENTAG, Michael, *Die Konsequenzen des Brexits für das Internationale Privat–und Zivilverfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2017, pp. 80-84; RÜHL, Giesela, "Judicial Cooperation in Civil and Commercial matters after Brexit: Which way forward", *International and Comparative Law Quarterly,* vol. 67, 2018, núm. 1, pp. 99-128; RÜHL, Giesela, "Private International Law post-Brexit: Between Plague and Cholera", *Revue de droit commercial belge*, 2020, pp. 21-26.

Bruselas de 1968, Reglamento 44/2001 y Reglamento 1215/2012) para consolidar la primacía de Londres como capital judicial de Europa en materia comercial. La exclusividad de los acuerdos de elección de foro en favor de los tribunales ingleses (en particular en favor del *London Commercial Court*) y el reconocimiento y ejecución en el resto de la UE de las sentencias que en consecuencia pudieran adoptar los tribunales ingleses quedaban garantizadas bajo el régimen del Reglamento Bruselas I bis. A partir de ahora, la exclusividad de los acuerdos de jurisdicción en favor de los tribunales ingleses podrá ser mantenida mediante el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, al menos parcialmente dado el limitado ámbito material del Convenio, pero la eficacia exclusiva del acuerdo de elección de foro y el reconocimiento y ejecución en los EEMM de la Unión de las sentencias británicas no quedan garantizadas al margen de ese supuesto. En este sentido, no parece que la jurisprudencia del TJUE haya sostenido hasta el momento la tesis de la eficacia refleja del Art. 25 del Reglamento Bruselas I bis sobre los acuerdos de elección de foro en favor de terceros Estados[32]. En el caso español, si el supuesto no encaja en el Convenio de La Haya de 2005, la eficacia de la cláusula de jurisdicción en favor de tribunales del Reino Unido dependerá en España de lo previsto en el Art. 22 ter 4º LOPJ y el reconocimiento y ejecución en España de la sentencia inglesa estará sujeto al régimen de condiciones previstas en los Arts. 41 y ss. LCJIMC. En cualquier caso, es decir, incluso si resulta aplicable el Convenio de La Haya de 2005, se habrá perdido el reconocimiento automático de decisiones previsto en el Reglamento Bruselas I bis y las sentencias inglesas antes de poder ser ejecutadas en España deberán obtener el correspondiente auto de exequátur o declaración de ejecutividad conforme al procedimiento previsto en los Arts. 52 y ss. de la LCJIMC.

Las dificultades para la cooperación ya descritas (situaciones de jurisdicción en favor de los tribunales de Londres entendidas en los EEMM de la UE como no exclusivas, el riesgo consiguiente de procesos paralelos y un mayor grado de incertidumbre sobre el régimen de reconocimiento y ejecución eventualmente aplicable en cada uno de los EEMM conforme a sus reglas internas de DPR) pueden tener un efecto potenciador de otras capitales judiciales europeas —París, Ámsterdam, Bruselas, Frankfurt y otras capitales europeas ha creado o están en proceso de crear tribunales comerciales internacionales que puedan asumir parte de la litigación que hasta ahora asumía Londres de forma natural[33]—. Naturalmente, también cabe entender que se

[32] VAN CALSTER, Geert, *European Private International Law. Commercial Litigation in the EU*, 3ª ed., Oxford, Hart, 2021, pp. 135-137.

[33] Así, la *Chambre international del Tribunal de commerce* de París como primera instancia y la *Chambre international* de la *Cour d'appel* de París como segunda instancia (*vid*. RÜHL, Giesela, "Settlement of international commercial disputes post-Brexit, or: united we stand taller" en KÄMMERER, Jorn Axel, SCHÄFER, Hans-Bern, *Brexit: Legal and Economic Aspects of a Political Divorce*, Elgar, Cheltenham, 2021, pp. 190-212; KRAMER, Xandra, "A Common Discourse in European Private International Law. A view from the Court System", en VON HEIN, Jan, KIENINGER, Eva Maria, RÜHL, Giesela, *How European is European Private International Law*, Intersentia, Cambridge, 2019, pp. 230-233).

trata sólo de pequeños contratiempos, en particular, la eventual necesidad de seguir, según las necesidades del caso, los procedimientos y condiciones de exequátur de los diferentes EEMM de la UE, y que las ventajas tradicionales que ha venido deparando la sumisión a tribunales ingleses y a la ley inglesa siguen siendo atractivas en comparación con la litigación en otros EEMM de la UE, sin que por el momento en Inglaterra haya podido percibirse una disminución en la atracción de litigación internacional[34].

Por el contrario, la posición de Londres como capital del arbitraje en Europa no se ve comprometida por la pérdida del Reglamento 1215/2012, ya que el arbitraje permanece en gran medida fuera del ámbito de aplicación de los instrumentos de la UE y, por el contrario, el arbitraje en Londres puede beneficiarse de las anteriores incertidumbres que rodean a las soluciones judiciales. La solidez de la *London Court of International Arbitration* y el atractivo de la *Arbitration Act* 1986 no van a desaparecer. El reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales inglesas en el extranjero discurre por el Convenio de Nueva York de 1958, sin interferencia de norma de la UE alguna. También los tribunales ingleses se verán ahora liberados de la Sentencia *West Tankers* del TJUE y, por tanto, podrán proteger la exclusividad de los procedimientos arbitrales en Inglaterra a través de medidas cautelares (*anti-suit injunctions*) en contra de la iniciación de procedimientos judiciales ante tribunales de los Estados miembros de la UE (*torpedo actions*)[35].

En los casos en que no sea aplicable el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales ingleses volverá a discurrir por el excesivo particularismo de las reglas legales (*statutory rules*) inglesas sobre competencia judicial internacional: a) *service on the defendant within England and Wales*, b) *service of process rules on defendants out of the jurisdiction*, aplicables hasta ahora únicamente sobre demandados domiciliados fuera de la UE de acuerdo con lo previsto en la lista de foros (*jurisdictional gateways*) de las *Civil Procedure Rules*[36]. A esto se añaden una serie de dificultades o complejidades como son: a) el riesgo de procesos paralelos derivados de la no existencia de reglas bilaterales sobre litispendencia, b) la posibilidad de las partes de solicitar del tribunal inglés medidas anti-proceso en relación con el inicio o ejercicio de acciones judiciales por la otra parte ante otros tribunales, c) la in-

[34] AHMED, Mukarrum, *Brexit and the Future of Private International Law*…, *op. cit*., pp. 43-45.

[35] HARTLEY, Trevor, "Arbitration and the Brussels I Regulation – Before and After Brexit", *Journal of Private International Law*, vol. 17, 2021, núm. 1, pp. 53-73; DICKINSON, Andrew, "Taming Anti-suit Injunctions", en DICKINSON, Andrew, PEEL, Edwin, *A Conflict of Laws Companion: Essays in Honour of Adrian Briggs*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 77-110; EMANUELE, Ferdinando, MOLFA, Milo, MONICO, Rebecca, "The Impact of Brexit on International Arbitration", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 55, 2019, núm. 4, pp. 856-874; SANCHEZ LORENZO, Sixto, "Brexit y cooperación judicial en materia civil", *La Ley Unión Europea*, núm. 100, 2022.

[36] ARZANDEH, Ardavan, "Gateways within the Civil Procedure Rules and the Future of Service-out Jurisdiction in England", *Journal of Private International Law,* vol. 15, 2019, núm. 3, pp. 516-540; AHMED, Mukarrum, *Brexit and the Future of Private International Law*…, *op. cit*., pp. 66-74.

determinación que provoca el recurso a la excepción jurisdiccional conocida como doctrina del *forum non conveniens*[37].

De manera similar, si no existe cláusula de elección de foro de acuerdo con el Convenio de La Haya 2005, las reglas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en el Derecho de Inglaterra y Gales respecto de sentencias dictadas en los EEMM de la UE deberán ser las anticuadas soluciones del *Common Law* (*Adams v. Cape Industries plc 1990*) en materia de reconocimiento y ejecución respecto de sentencias de terceros países, tanto por el tipo de procedimiento, que no es propiamente de reconocimiento de sentencia extranjera, sino de demanda de pago basada en título extranjero como prueba de la deuda, de acuerdo con lo previsto en las *Civil Procedure Rules,* como por las condiciones o controles del exequátur que son aplicados en relación con la sentencia extranjera (entre ellos, el control de la competencia del tribunal de origen conforme a los criterios de competencia judicial indirecta establecidos por la jurisprudencia del *Common Law*)

Todo lo anterior significa un paso atrás para la posición del sistema jurídico inglés en relación con otras capitales europeas, motivará la constatación de dificultades y la consiguiente expectativa de nuevas regulaciones de DIPr[38]. Además de las reformas unilaterales que el RU pueda realizar, la cooperación judicial civil internacional parece que, por el momento, deberá discurrir por el cauce de los Convenios de La Haya de DIPR: a) Convenio de La Haya de 2005 sobre cláusulas de elección de foro; b) Convenio de La Haya de 2007 sobre Cobro de alimentos; y c) en un futuro muy próximo, también por el Convenio de La Haya de 2019 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil.

---

[37] DAVIES, M., "Forum non Conveniens: Now We Are Much More Than Ten", en DICKINSON, Andrew, PEEL, Edwin, *A Conflict of Laws Companion: Essays in Honour of Adrian Briggs*, Oxford University Press, Oxford, 2021, pp. 31-51; BEAUMONT, Paul, "Forum non Conveniens and the EU Rules on Conflicts of Jurisdiction: A Possible Global Solution", *Revue critique de droit international privé*, vol. 3, 2018, núm. 3, pp 433-447; BRAND, Ronald, JABLONSKI, Scott, *Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future under The Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

[38] Son muchas las razones, por tanto, para concluir que es el momento para la reforma del sistema inglés de DIPR, *vid.* BEAUMONT, Paul, "Some reflections on the way ahead for UK private international law after Brexit", *Journal of Private International Law*, vol. 17, 2021, núm. 1, pp. 1-17; DICKINSON, Andrew, "Realignment of the Planets: Brexit and European Private International Law", *IPRax: Praxis des Internationalen Privat– und Verfahrensrechts*, vol. 41, 2021, núm. 3, pp. 213-221. En particular, sobre el retorno a las reglas del *Common Law* sobre exequatur, que no son siempre bien conocidas y que pueden presentar ventajas por su flexibilidad, pero también desventajas, *vid*. BRIGGS, Adrian, "Brexit and Private International Law: An English Perspective", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 55, 2019, núm. 2, pp. 261-283; TUO, Chiara, "The Consequences of Brexit for Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters: Some Remarks", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, vol. 55, 2019, núm. 2, pp. 302-318; MERRETT, Louise, "La reconnaissance et l'exécution en Angleterre des jugements venant des États de l'Union européenne, post-Brexit", *Revue critique de droit international privé,* vol. 2, 2019, núm. 2, pp. 385-409; ARZANDEH, Ardavan, "Reformulating the Common Law Rules on Recognition and Enforcement of Foreign Judgments", *Legal Studies*, vol. 39, 2019, núm. 1, pp. 39-56.

IV. RECENSIONES / BOOK REVIEWS

Coordinación a cargo de
Joana Abrisketa Uriarte y Pilar Blanco-Morales Limones

Aragonés Molina, Laura, *La revisión de los laudos internacionales del CIADI*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2022, 405 pp.

L. Aragonés Molina ha publicado un estudio ejemplar sobre la revisión de los laudos internacionales del CIADI. En su libro se propone dos objetivos principales: realizar un análisis jurídico meticuloso de la revisión de laudos del CIADI y, de manera más ambiciosa, plantear una tesis sobre el papel del derecho procesal en la configuración de un sistema jurisdiccional de derecho internacional.

En su exégesis del concepto de revisión de sentencias y laudos, la autora explica y destaca con claridad el carácter excepcional de este procedimiento. Como es sabido, la operatividad de la revisión de sentencias depende del descubrimiento de un hecho nuevo, que se define como un hecho existente antes de la publicación de la sentencia cuya revisión se solicita, que debe haber sido descubierto con posterioridad a esa fecha. Para que la revisión tenga éxito, además, ese hecho nuevo debe tener un carácter decisivo. En otras palabras, el conocimiento de ese hecho por parte del tribunal en el momento oportuno antes de la decisión hubiese necesariamente producido una decisión sustancialmente distinta. L. Aragonés Molina analiza estos requisitos, diseñados inevitablemente mediante conceptos jurídicos indeterminados, con acierto y claridad, utilizando todos los medios apropiados de una buena investigadora jurídica: medios históricos, como los trabajos preparatorios de los instrumentos normativos pertinentes; la jurisprudencia de los tribunales CIADI, completada con la jurisprudencia de la CIJ y los tribunales arbitrales mixtos instaurados después de la Segunda Guerra Mundial, los trabajos de los órganos de desarrollo progresivo del derecho internacional, la práctica estatal y, por supuesto, la doctrina jurídica.

La obra se divide en dos grandes partes. La autora comienza el desarrollo de su argumentación en la primera parte del libro con un estudio sobre la especialización, sectorialización y proliferación de tribunales como un desafío para la unidad del sistema jurídico internacional en el plano procesal. Concretamente, se ofrece una descripción de esos desafíos normativos y procesales y se avanza la opinión de que el derecho internacional procesal es un campo propicio para la interacción de tribunales internacionales. Como prueba de esta afirmación, la autora expone las interacciones entre el Estatuto de la CIJ y las normas procesales del CIADI, especialmente, en relación con su objeto de estudio, es decir, la revisión de sentencias y laudos internacionales. Describe la genealogía de las normas procesales que rigen la revisión de sentencias en el Estatuto de la CIJ y su influencia en

DOI: 10.36151/REDI.76.1.21

la formulación de la regla en el Convenio CIADI, y advierte sobre las particularidades de la revisión en los arbitrajes de inversión regulados por el Convenio. También examina los principios que fundamentan la revisión y su operatividad: por un lado, la necesidad de prever recursos apropiados para asegurar la justicia de la decisión; por otro lado, preservar el carácter sagrado de la cosa juzgada, que limita enormemente la eficacia de las solicitudes de revisión, y establecer la carga de la prueba, que recae en la parte que aduce un hecho nuevo.

En la segunda parte de su libro, L. Aragonés Molina realiza un examen detallado de las condiciones de admisibilidad de las solicitudes de revisión de los laudos del CIADI. Se trata de un análisis exhaustivo de los laudos que se han hecho públicos. En los capítulos que comprenden esta parte, la autora estudia con detalle todas las condiciones, de carácter cumulativo, que se exigen para que una revisión sea admisible, es decir, el descubrimiento de un hecho nuevo, que debe tener una influencia decisiva sobre el laudo y cuyo desconocimiento durante el proceso principal no se deba a una conducta negligente por la parte que lo alega. Como se ha señalado, estos capítulos contienen un análisis profundo y detallado de los problemas jurídicos y prácticos que se presentan en la interpretación y aplicación de los conceptos indeterminados que definen a las condiciones de admisibilidad de las solicitudes de revisión. Para este lector es especialmente valiosa la aproximación de derecho comparado que realiza la autora, especialmente respecto del derecho y la práctica de la revisión de las sentencias de la CIJ. Es cierto que esa práctica revela un enfoque muy restringido de la revisión por parte de la CIJ, que ha rechazado las tres solicitudes de revisión de sentencias que le han presentado —hubo una cuarta descontinuada por acuerdo entre las partes—, porque no se probaron las condiciones de admisibilidad del artículo 61 del Estatuto de la Corte. La casuística en el CIADI es más numerosa, pero igualmente prevalece un enfoque restringido en la interpretación y aplicación de las condiciones que establece el artículo 51 del Convenio CIADI. Las estrictas condiciones son una barrera importante, que se unen a la interpretación favorable a la validez de los laudos.

El libro de L. Aragonés Molina ofrece lecturas provechosas tanto para profesionales del derecho dedicados al arbitraje que busquen cuestiones concretas sobre la revisión de laudos del CIADI como para quienes tengan una preocupación teórica por reflexionar sobre la interesante tesis del libro respecto del potencial del derecho procesal internacional como factor de armonización e interacción judicial internacional. Mi apreciación es que la tesis es atrayente y valiosa, pero de difícil generalización en sectores más amplios del derecho procesal aplicados por los diversos tribunales y cortes internacionales. Ojalá la autora continúe investigando cómo se afirma su tesis en otros ámbitos del derecho procesal internacional.

En conclusión, el libro de L. Aragonés Molina representa una aportación significativa al estudio del derecho internacional procesal. Su análisis meticuloso y su aproximación de derecho comparado proporcionan una perspectiva enriquecedora sobre la revisión de laudos en el CIADI y su contexto más amplio en el sistema jurídico internacional.

Carlos Espósito Massicci
Universidad Autónoma de Madrid

BALLESTEROS BARROS, Ángel María, *Ensayo de Derecho internacional privado de sociedades*, Cizur Menor, Aranzadi, 2023, 231 p. 231.

Si bien el Derecho de sociedades ha sido objeto de la atención del legislador de la Unión Europea desde 1968, fecha en que se adoptó la primera Directiva en la materia (Directiva 68/151, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros), no ha ocurrido lo mismo con las cuestiones de Derecho internacional privado, que se han venido abordando por el Tribunal de Justicia, y ello de manera accesoria, al hilo de la libertad de establecimiento. Solo en fecha reciente se han regulado ciertas operaciones transfronterizas, en el marco de las cuales se abordan algunas cuestiones con incidencia en la esfera del Derecho aplicable o la competencia judicial, sin que, sin embargo, sean estas materias el objeto de la regulación (véase la Directiva 2010/2121, sobre conversiones, escisiones y fusiones transfronterizas). Por ello, un trabajo destinado a analizar esas cuestiones de Derecho internacional privado resulta absolutamente pertinente. Si. además, como en este caso, el autor no se limita a describir la situación, sino que se decanta por una propuesta clara de regulación, con la formulación de soluciones de *lege ferenda* respecto de determinadas cuestiones, la utilidad de su aportación es evidente.

La presente obra tiene un objetivo que manifiesta con claridad desde las primeras páginas: determinar si existe convergencia suficiente en el Derecho de sociedades de los Estados miembros de la Unión Europea, que permita proponer normas de conflicto uniformes. Y ese objetivo se cumple, ya que el autor, tras llegar a una conclusión afirmativa, acaba proponiendo tales soluciones. Partiendo de la base, analizada detalladamente a lo largo del texto, de que las diferencias entre los modelos normativos tradicionales de la sede real y de constitución no resultan inconciliables, sino que tienden a converger hacia modelos intermedios, el autor propone unas normas de conflicto para la determinación del Derecho aplicable que califica de "modelos uniformes de convergencia". El modelo propuesto se proyecta sobre tres cuestiones: determinación de la *lex societatis*, ley aplicable al reconocimiento de sociedades y resolución de controversias.

En relación con la primera cuestión, la propuesta es que la *lex societatis* debe coincidir con la elegida por los socios, si bien puede tener excepciones en ciertos casos por razones imperiosas de interés general. En estas situaciones debería aplicarse la ley del país con el que la sociedad presente los vínculos más estrechos, que no es otro que aquél en el que radica su centro de intereses principales (COMI).

Por lo que se refiere al reconocimiento de sociedades, aspecto este quizás más discutible de la construcción, el criterio a utilizar es el del COMI, que se define como el lugar en el que la sociedad lleva a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses y se presume que coincide con el domicilio social fijado en los estatutos y también con el lugar desde el que se administren los intereses de la sociedad. De este modo, una sociedad constituida de acuerdo con la ley de un Estado puede no ser reconocida en otro si esa ley no es, a su vez, la del país donde radica el COMI y en dicho país hay normas imperativas que pudieran resultar vulneradas.

Por último, en la resolución de controversias, y situándonos en la esfera de la competencia judicial, se propone un

foro exclusivo coincidente con el actualmente previsto por el artículo 24 del Reglamento 1215/2012, pero del que deberían excluirse las cuestiones relativas a la impugnación de los actos de los órganos sociales, que, a juicio del autor, tiene un vínculo mayor con la dimensión *ad intra* (relaciones entre socios) que con la que se proyecta *ad extra* (registro). Para las primeras cuestiones, el autor hace una propuesta de *lege ferenda*, consistente en incluir un nuevo foro en el Reglamento citado que establezca que, para las materias no reservadas a la competencia exclusiva (a su vez limitada en el sentido indicado), los conflictos entre sociedad, socios y/o administradores se podrían plantear ante el tribunal del Estado miembro del COMI, salvo sumisión expresa de las partes en estatutos o en un pacto posterior. Solo este último grupo de cuestiones, y no las que se integrarían en la competencia exclusiva debería poder ser resuelto en la vía arbitral.

La estructura del trabajo resulta adecuada para una buena comprensión de cuanto en él se trata y coherente con las conclusiones alcanzadas. El análisis parte de una perspectiva de Derecho comparado y se desarrolla en cuatro partes más unas conclusiones que responden de manera coherente al desarrollo argumental. La primera parte, titulada Competencia entre modelos normativos, se divide a su vez en dos capítulos. El primero de ellos (Modelos regulatorios en Derecho comparado) aborda, en primer lugar, el enfoque propio del análisis económico del Derecho, para analizar a continuación los modelos regulatorios desde una perspectiva comparada, distinguiéndose entre el "federalismo competitivo", del que es máximo exponente Estados Unidos, en el que cada Estado mantiene competencia para la regulación del Derecho de sociedades, y el modelo de subsidiariedad regulatoria propio de la Unión Europea. El segundo capítulo se centra en el estudio de los modelos normativos para la determinación de la *lex societatis,* quizás la parte más estudiada en trabajos previos sobre Derecho internacional privado de sociedades, y se cierra con una recapitulación en la que se expone la "síntesis postmoderna de la convergencia entre modelos normativos" que afirma la posibilidad, desde el punto de vista empírico, de construir modelos intermedios susceptibles de ser aceptados en países que siguen aproximaciones diferentes. El enfoque adoptado, sin negar el paradigma contractual que se encuentra en la base de la creación de las sociedades, responde también al institucional, al dar entrada a las normas del mercado donde opera la sociedad.

La segunda parte se dedica a la "Competencia entre ordenamientos jurídicos" y se estructura en dos capítulos más. El primero de ellos (Capítulo III) se dedica a la reglamentación del Derecho internacional privado de sociedades, con un análisis de la reglamentación material —por vía de unificación o de armonización— y la conflictual, esta última desde la perspectiva de los modelos americano y europeo. El capítulo IV aborda la cuestión del estatuto personal de las sociedades y las diferentes conexiones que se han venido barajando para su concreción para proponer algunos modelos normativos. Este capítulo termina con un epígrafe dedicado a la determinación del ámbito material de la *lex societatis*.

En la parte tercera se aborda una cuestión crucial: el reconocimiento de las sociedades extranjeras y la competencia entre los distintos modelos para llevarlo a cabo. También en este caso el análisis se desarrolla en dos capítulos, el primero(capítulo V) relativo al establecimiento de sociedades y el traslado de sede en los modelos estadounidense y de la Unión Europea y el segundo (capítulo VI) al reconocimiento en sentido estricto, respecto el que se exponen tanto los modelos para alcanzarlo como la codi-

ficación internacional llevada a cabo en este sector. El capítulo termina con una propuesta de modelo de convergencia expuesto en párrafos anteriores.

Por último, la parte cuarta se dedica a la competencia en la resolución de controversias, analizándose tanto los conflictos de jurisdicción en materia societaria como ciertas cuestiones relativas al arbitraje internacional en conflictos societarios (arbitraje y jurisdicción, arbitrabilidad de los conflictos societarios y arbitraje e insolvencia).

La obra presenta el indudable valor de hacer una propuesta de solución clara y razonaba a las diferentes cuestiones que ha venido suscitando el Derecho internacional privado de sociedades que, con independencia de que sea compartida o no por los lectores, responde a un análisis profundo y riguroso. En esta línea, tanto la bibliografía manejada como la jurisprudencia y el uso que se hace de ambas confirman esa valoración.

Elisa Torralba Mendiola
Universidad Autónoma de Madrid

Bertot Triana, Harold, *Estudios sobre jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires, ediciones OLejnik, 2023, 383 pp.

A pesar de la atención que la doctrina especializada viene prestando a la protección de los derechos humanos en América Latina, la obra objeto de esta recensión constituye un interesante estudio monográfico plenamente justificado, no solo por la originalidad en su forma expositiva, sino por las aportaciones que en ella realiza su autor, el profesor H. Bertot Triana (UNIE universidad), quien con acierto ha realizado un riguroso análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los derechos humanos (Corte IDH). Como afirma el autor, América Latina constituye al día de hoy un continente con importantes desafíos en materia de derechos humanos, algunos de los cuales se han agravado en los últimos años por múltiples razones, entre las que destaca la reciente crisis sanitaria que puso en evidencia la irresoluble brecha social que afecta a buena parte de la ciudadanía. En este contexto, la interpretación evolutiva que la Corte IDH ha venido haciendo de los derechos y libertades reconocidos en los textos convencionales ha jugado (y juega) un papel determinante en la consolidación y desarrollo de aquéllos en el continente americano.

La obra que suscita esta recensión ofrece un riguroso análisis de su jurisprudencia a lo largo de ocho capítulos (presentados como apartados), en los que, a modo de clínica jurídica, se abordan interesantes cuestiones que se han situado en el centro del debate publico en los últimos años y a lo que, sin duda, ha contribuido la Corte IDH con sus sentencias y opiniones consultivas. La obra se inicia con un prólogo a cargo de J. E. Roa, profesor en derechos humanos y derecho comparado de la Universidad del Externado (Colombia), quien, lejos de ofrecer un relato descriptivo de la monografía presentada, brinda una interesante reflexión doctrinal sobre la legitimidad social de la protección de los derechos humanos en el continente, bajo el título "La subsidiariedad social y una visión transformadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos". Siguiendo esta lógica argumental, el autor, con gran acierto a nuestro juicio, hace un breve recorrido de la evolución histórica de la protección internacional de los derechos humanos

al inicio de la obra (Palabras introductorias), recordando los rasgos definitorios (y diferenciadores) del sistema interamericano. Tras esta oportuna contextualización de la problemática objeto de estudio, el profesor H. Bertot Triana analiza no solo cuestiones transversales de marcado carácter técnico-jurídico, sino también temas de actualidad que afectan a la sociedad latinoamericana y que interpelan al operador jurídico a intervenir. Entre las primeras destacan las cuestiones relativas al control de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte IDH (capítulo 2 de la obra), a la interpretación y aplicación de los artículos 23 y 26 de la Convención americana de derechos humanos (capítulos 3 y 7) o las relativas a los efectos jurídicos derivados de la denuncia de esta última, así como de la Carta de la Organización de Estados Americanos (capítulo 6). Por lo que respecta a los temas de mayor actualidad y que, sin duda, constituyen un desafío para la protección de los derechos en el continente, el autor no solo se ocupa de temas tradicionales —como el margen de apreciación en tribunales regionales (capítulo 1) o el asilo diplomático en las relaciones internacionales (capítulo 4)—, sino también de otros que vienen suscitando el interés de la doctrina especializada, como los relativos al derecho a consulta o al derecho a la propiedad de los pueblos indígenas (capítulo 5) o el relativo a la reelección indefinida en los sistemas presidenciales en Latinoamérica (capítulo 8).

Llama la atención la ausencia de un capítulo general de conclusiones, lo que no parece haber sido un descuido del autor, sino una licencia metodológica que ha querido incorporar, como puede inferirse no solo de sus Palabras Introductorias (donde advierte no querer "…lanzar conclusiones 'absolutas' ni exponer opiniones acabadas") sino también del subtítulo al que se hace referencia en la página de créditos "Cavilaciones al hilo de temas actuales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos". Por último, es de justicia destacar la bibliografía utilizada. Se trata de una bibliografía cuidada, imparcial y actualizada, que revela un esfuerzo meritorio por abundar en el conocimiento y análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH.

La visión que preside esta obra es, desde luego, una visión jurídica, sin que por ello se hayan ignorado o silenciado cuestiones de otra índole (políticas, históricas o filosóficas) que condicionan la evolución de los derechos humanos y su aplicación en el continente americano. Son numerosas las fortalezas del resultado presentado, siendo una de ellas la experticia del autor, excelente conocedor de la materia, a quien le avala una amplia experiencia profesional sobre el terreno y le precede una interesante actividad investigadora en numerosos centros de reconocido prestigio, entre los que destaca el Centro de Estudios de Iberoamérica de la Universidad Rey Juan Carlos, de cuya revista (*Revista Electrónica Iberoamericana*) es secretario académico.

Para concluir, nos gustaría señalar que estamos en presencia de un trabajo científico, bien documentado, que incorpora interesantes reflexiones y proporciona una valiosa información para quien se interese en el tema. Confío en que esta nueva monografía no solo contribuya a la pretendida discusión académica a la que nos reta el autor, sino a una justa reflexión sobre la vigencia de los derechos humanos reconocidos en textos internacionales y su efectiva implementación en la vida cotidiana del continente. En definitiva, nos encontramos ante una obra útil y de interés en el panorama doctrinal español y latinoamericano a la que doy la bienvenida, con el deseo de que su autor siga ofreciendo nuevos frutos en la materia.

Víctor Luis Gutiérrez Castillo
Universidad de Jaén

CALZADO LLAMAS, Antonio Jesús, *La sustracción internacional de menores: el Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 375 pp.

La obra de Antonio Jesús CALZADO LLAMAS, titulada *La sustracción internacional de menores: el Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*; realiza un profundo análisis de los mecanismos para lograr la restitución de los menores que se encuentran trasladados o retenidos ilícitamente en un país distinto del país de su residencia habitual.

Para lograr la restitución de un menor que ha sido víctima de una sustracción internacional, los mecanismos civiles de restitución más utilizados son el *Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980* y el *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)*, que operan *inter partes*. Por ello, a tales mecanismos dedica acertadamente el autor la mayor parte de su obra.

La obra se estructura en tres Capítulos, comenzado por una pertinente presentación de diferentes normas que tratan de luchar contra la sustracción internacional de menores; seguida del análisis de la complementariedad entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento 2019/1111; y finalizando con el estudio de las novedades que introduce el Reglamento 2019/1111, en el ámbito del procedimiento de restitución del menor.

El primer Capítulo resulta de gran utilidad para comenzar a conocer la regulación existente. Así, el autor presenta diversas normas convencionales: el mencionado Convenio de La Haya de 1980, el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*; el *Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980* y el *Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997*. Con respecto a las normas de la Unión Europea, se presenta el *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000* (Reglamento Bruselas II bis) y el mencionado Reglamento 2019/1111, aplicable desde el 1 de agosto de 2022. A continuación, se introduce la normativa de producción interna española, haciendo referencia al Código Civil, al Código Penal y la LEC. Además, este primer Capítulo comienza con pertinentes datos estadísticos que ayudan enormemente a comprender la dimensión del fenómeno de la sustracción internacional de menores.

En el segundo Capítulo se ocupa el autor de la complementariedad entre el Convenio de La Haya de 1980 y el Reglamento 2019/1111, dado que para las sustracciones entre Estados miembros del Reglamento sigue vigente el mecanismo de restitución del Convenio de La Haya de 1980 con una serie de correcciones. En este Capítulo, se analiza el ámbito de aplicación de tales instrumentos y se reflexio-

na sobre el concepto de traslado o retención ilícitos, el derecho de custodia y el derecho de visita. Resulta especialmente destacable el estudio del concepto de residencia habitual en la jurisprudencia del TJUE, en diversos pronunciamientos de las Audiencias Provinciales y las diferencias que al respecto existen en los Estados parte del Convenio de La Haya de 1980.

En el tercer Capítulo, se examina el procedimiento de restitución, exponiendo las novedades incorporadas por el Reglamento 2019/1111. Se comienza haciendo una detallada exposición de la iniciación del procedimiento, con aspectos de gran relevancia práctica, tanto en lo que respecta a la solicitud de restitución con la asistencia de las Autoridades Centrales, como en lo que se refiere a la demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la sustracción. Por lo que respecta a las medidas para acelerar el procedimiento de restitución, el autor realiza un útil estudio de la relación entre el Reglamento 2019/1111 y la LEC. También se analizan las ventajas de la mediación, se identifican las fases en las que puede acudirse a ella, sus límites y la homologación del acuerdo.

Entre las diversas cuestiones tratadas en este Capítulo tercero, se encuentra totalmente justificado el protagonismo que el autor concede a las medidas provisionales y cautelares, distinguiendo entre medidas para prevenir la sustracción, medidas para garantizar el contacto del menor con quien solicita la restitución y medidas que tratan de lograr una restitución en la que no se materialice el grave riesgo. El Capítulo finaliza distinguiendo dos escenarios: la orden de restitución dictada por el Estado miembro de la sustracción, para la que se examina adecuadamente cómo ha de ejecutarse dicha orden de restitución; y el supuesto de denegación de la restitución, para el que se estudia el *mecanismo de prevalencia*. Este mecanismo permite que el Estado miembro de residencia habitual del menor anterior a la sustracción, pueda dictar una *resolución privilegiada* que implique la restitución, en la medida en que la restitución haya sido denegada previamente por grave riesgo y/o la oposición del menor. Cabe destacar, además, que el autor no se limita a exponer los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución de las resoluciones privilegiadas, sino que se agradecen especialmente las reflexiones en las que el autor plantea en qué medida pueden operar tales motivos de denegación.

Por todo ello, se trata de una obra que destaca por un profundo análisis doctrinal, legal y jurisprudencial, que presta además atención a aspectos de gran relevancia práctica para proteger a los menores que son víctimas de una sustracción internacional.

Celia M. Caamiña Domínguez
Universidad Carlos III de Madrid

Castellanos Ruiz, Esperanza (directora), *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter 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*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 753 pp.

Desde que se aprobase el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sus-

tracción internacional de menores (versión refundida), conocido también como Reglamento Bruselas II ter, muchos han sido los estudios que se han publicado analizando sus complejas soluciones. Algunos de ellos se han centrado en aspectos muy concretos y otros, como el caso de la obra que recensionamos, han abordado de forma integral su regulación. Bajo la batuta de la Dra. Esperanza Castellanos Ruiz, un grupo de profesores de la Universidad Carlos III de Madrid, de la Universidad de Murcia y de la Universidad Nacional de Educación a Distancia comentan sus 105 artículos con el rigor científico que les caracteriza.

El libro, prologado por la Ministra de Justicia Dña. Pilar Llop Cuenca, comienza con una *Introducción*, en la que su directora presenta con mucha destreza cuáles son las principales novedades del Reglamento 2019/1111, al tiempo que realiza una valoración de la regulación finalmente adoptada, sus virtudes y carencias.

El Capítulo I, *Ámbito de aplicación y definiciones*, es comentado por la profesora E. Castellanos Ruiz (art. 1) y por el profesor Javier Carrascosa González (art. 2). El minucioso análisis de ambas disposiciones (las materias incluidas y excluidas, así como la prolija lista de nociones legales que se enumeran, algunas de nuevo cuño) se acompaña de múltiples referencias bibliográficas y jurisprudenciales, lo que resulta de suma utilidad para el operador jurídico.

El estudio del Capítulo II relativo a la *Competencia judicial* es realizado por el Dr. J. Carrascosa González, que se encarga de los foros en materia matrimonial (arts. 4 a 6); por la Dra. María José Castellanos Ruiz, que comenta los foros en materia de responsabilidad parental (arts. 7 a 16); y por la Dra. J. Rodríguez Rodrigo, que analiza los problemas de aplicación de los foros de competencia judicial internacional (arts. 17 a 20) y el derecho del menor a expresar sus opiniones (art. 21).

Fruto de la decisión del legislador europeo de no intervenir en las crisis matrimoniales ha sido que los foros en esta materia sean los mismos que se recogían en los anteriores instrumentos. De ahí que el autor analice no sólo su regulación sino las distintas deficiencias que su aplicación práctica ha puesto de relieve (la carrera a los tribunales, el *forum shopping*…). La única modificación destacable del nuevo Reglamento ha sido la de aclarar, en el art. 6, cuál es el ámbito de aplicación personal del Reglamento, cuestión que había suscitado múltiples problemas interpretativos en el Reglamento 2201/2003. El recurso por parte del profesor J. Carrascosa González a muchos ejemplos, tomados de la jurisprudencia nacional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), facilitan la comprensión de todas estas disposiciones. Por lo que se refiere a los foros en materia de responsabilidad parental puede afirmarse, como señala la profesora Mª J. Castellanos Ruiz, que el Reglamento Bruselas II ter contiene similitudes con respecto a su antecesor, pero también diferencias que la autora va poniendo de relieve, de forma clara y precisa, al hilo de su estudio. Es el caso, por ejemplo, de la nueva dicción del artículo 10 relativo a la elección del órgano jurisdiccional, la regulación en dos disposiciones distintas de la remisión y la transferencia de competencia (arts. 12 y 13) o el precepto relativo a las cuestiones incidentales (art. 16). Pero, sin lugar a dudas, la principal novedad del Capítulo II del Reglamento ha sido la incorporación de un nuevo artículo que confirma el derecho de los menores a expresar libremente sus opiniones. La profesora J. Rodríguez Rodrigo no se limita a analizar el art. 21 sino que aborda la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en el marco nacional, la del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, lo que enriquece de forma notable el estudio de la norma.

A la profesora Isabel Lorente Martínez le corresponde comentar los arts. 22 a 29 que integran el nuevo Capítulo III, *Sustracción internacional de menores*. De especial interés resulta, por su dificultad, el examen que realiza sobre las relaciones entre los distintos instrumentos internacionales que regulan esta materia, así como sus consideraciones sobre el procedimiento de restitución de un menor y el procedimiento siguiente a la denegación de restitución que sigue conservando, aunque de forma más limitada, el tan criticado *mecanismo de última palabra*.

El Capítulo IV, el más extenso de todos, dedicado al *Reconocimiento y ejecución*, es analizado por la Dra. María Asunción Cebrián Salvat (arts. 30 a 50) y por la Dra. Isabel Antón Juárez (arts. 51 a 75). Si el gran avance del Reglamento ha sido la supresión del exequátur para la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, su regulación no está exenta de complejidad al establecerse dos soluciones según se trate de resoluciones privilegiadas o no privilegiadas. Además, como se señala, se recogen unas disposiciones comunes sobre la ejecución y se amplía la regulación de la eficacia de los documentos públicos y acuerdos. Las reflexiones y valoraciones que las autoras realizan al estudiar las distintas disposiciones ayudan al operador jurídico a entender todo este difícil entramado normativo.

Con la finalidad de aclarar y reforzar la cooperación entre las autoridades, pieza fundamental para potenciar la eficacia de las previsiones del Reglamento, se ha modificado de forma considerable esta materia en el nuevo instrumento. Para ello en el Capítulo V, *Cooperación en materia de responsabilidad parental* (arts. 76 a 84), se regula tanto la organización de la cooperación en general como, en particular, la mejora de la cooperación entre autoridades en supuestos de acogimientos transfronterizos de menores. Y en el Capítulo VI, *Disposiciones generales* (arts. 85 a 91), se extiende su aplicación a las peticiones de solicitudes realizadas conforme a los Capítulos III a V. La profesora Mónica Herranz Ballesteros comenta todos estos artículos, dando buena muestra de su profundo conocimiento de este sector al estudiar las soluciones del Reglamento de forma conjunta con las del Convenio de La Haya de 1980 y el Convenio de La Haya de 1996 y analizar la jurisprudencia española más relevante en la materia, así como la del TJUE. A ella también le corresponde el tratamiento del Capítulo VII relativo a los *Actos delegados* (arts. 92 y 93), cuyo contenido a efectos prácticos es de suma importancia.

La coexistencia del Reglamento con otras normas internacionales que regulan materias incluidas en su ámbito de aplicación se regula en el Capítulo VIII, *Relaciones con otros instrumentos* (arts. 94 a 99). Se trata, como afirma la Dra. Isabel Lorente Martínez, de una cuestión de vital importancia para que el operador jurídico sepa aplicar de forma correcta el Reglamento 2019/1111 y pueda ofrecer respuestas precisas a los distintos supuestos planteados. De la nueva regulación destaca el artículo específico sobre la relación con el Convenio de La Haya de 1980 y las modificaciones que se realizan con la finalidad de mejorar los problemas interpretativos que se suscitaban en relación al Convenio de La Haya de 1996. La especialización de la autora en esta materia le permite analizar con detalle las distintas reglas aplicables, así como las *Disposiciones Finales* del Capítulo IX (arts. 100 a 105).

En definitiva, y para concluir, la presente obra constituye un estudio de suma utilidad, tanto para investigadores como para prácticos del Derecho, por lo que solo nos queda dar la enhorabuena a su coordinadora y al resto de autores.

Mª Ángeles Rodríguez Vázquez
Universidad de Sevilla

FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, *Derecho de la Energía Europeo y Cambio Climático*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 678 pp.

Por extensión, rigor y actualidad del tema, la obra objeto de recensión va a ser de obligada referencia para todos aquellos que pretendan acercarse al complejo tema del sector energético internacional. La importancia que tiene este sector en la actualidad no es algo novedoso, aunque la guerra entre Rusia y Ucrania y el actual conflicto entre Israel y Gaza han dado otra vuelta de tuerca al ya apretado sistema energético, y con él, a las economías de todos los países. Unido a esto la obra aborda la vocación de transición verde que lidera la UE y que saca a la luz las tensiones para armonizar el sector energético con el proceso del cambio climático. Pero no se queda ahí, sino que aborda de un modo cuidadoso y técnico la protección de las inversiones y la solución de controversias que el Tratado de la Carta Europea de la Energía trae consigo, lo que confiere al trabajo una dimensión globalizadora para comprender en qué momento nos situamos cuando hablamos de energía y de medio ambiente.

Como bien plantea la profesora Fernández Pérez, los recursos energéticos no pueden obtenerse en todas partes, sino que se producen y almacenan en regiones muy determinadas y concretas; pero al mismo tiempo, se consumen en todas partes, por lo que se convierten fácilmente en objeto de conflictos puesto que los intereses entre los Estados productores, los de tránsito y los dependientes no concurren en los mismos términos, haciendo así que estos productos se conviertan en uno de los más controvertidos del Derecho internacional moderno.

Para abordar este complejo tema la obra se nos presenta en dos partes. Una primera dedicada a la revisión en profundidad del sector energético internacional, y una segunda parte donde se aborda la política energética de la UE estructurada para mostrar la protección de las inversiones y la solución de controversias.

La primera parte de la obra es abordada en tres capítulos en los que se nos guía a través de la internacionalización de los mercados energéticos (Capítulo I), el análisis de los mercados del gas, la electricidad y la transición energética (Capítulo II) y las contradicciones a las que se ve sometido el sector (Capítulo III). Nos conduce la autora a través de ellos a un panorama complejo y actual, donde la transición energética es el eje vertebrador tanto de políticas como de decisiones empresariales y geopolíticas, pero también es un motor capaz de dar lugar a contenciosos inevitables. Un punto focal del capítulo segundo es el dedicado a las energías renovables donde no solo se nos remite a una descripción de las diferentes apuestas actuales (biomasa, geotermia, eólica, fotovoltaica, marítima, nuclear y la estrategia del hidrógeno) sino que se relacionan todas ellas con las estrategias para frenar el cambio climático y llevar a cabo un desarrollo sostenible.

La complejidad del tema que aborda este libro es justamente esta labor de interrelación, ya que el análisis de los recursos energéticos y su irremediable transición han de tener en cuenta avances en la protección medioambiental que obligatoriamente nos llevan a buscar sectores energéticos nuevos. Pero este cambio no siempre se produce a coste cero; las ventajas indudables que lleva aparejada esta transición energética no pueden ni deben ocultar las profundas transformaciones e impactos negativos que también arrastran para empresas, consumidores o paisajes que se van a ver transformados tanto en el plano visual como en el modo de vida de quienes allí se asientan; tampoco del coste que su-

DOI: 10.36151/REDI.76.1.26

ponen en este momento y que las hace poco competitivas en los mercados si no cuentan con subvenciones, lo que lastra algunas consideraciones desde el punto de vista de rentabilidad en el mercado. Sin embargo, las indicaciones y políticas europeas obligan a una transición acorde con el paquete "Objetivo 55", o la Directiva (UE) 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (RED II) que obligará a la Unión a duplicar su producción de energía renovable para 2030 si se quiere conseguir el objetivo del 45% fijado. La loable búsqueda de alcanzar el objetivo de cero emisiones netas en 2050 impregna esta dicotomía entre la dependencia energética y su transición y las dificultades prácticas de alcanzar estos objetivos con mercados y actores no siempre alineados con los mismos objetivos, o con la misma capacidad temporal de consecución de los mismos.

Son a estas contradicciones a las que dedica la autora el tercer capítulo, el más extenso e interesante de esta primera parte, puesto que al ponerlas de relieve desgrana la complejidad del tema del doble reto energético al que hay que hacer frente: por un lado, satisfacer las necesidades de servicios energéticos básicos y modernos a millones de personas y al mismo tiempo hacer una transición mundial hacia sistemas energéticos limpios y con bajas emisiones de carbono. Es en estas páginas cuando nos introduce el elemento central de la segunda parte, las inversiones, ya que esta transición no podrá hacerse sin inversiones por parte de las empresas energéticas, que requieren de seguridad jurídica y protección para invertir en la transición que estamos demandando. Como señala la autora, para hacer frente al cambio climático, los flujos financieros deben apoyar la transición hacia un futuro bajo en carbono. Pero para ello, además de promover las inversiones también hay que protegerlas y darles seguridad jurídica, marco en el cual surge el ECT (*Energy Charter Treaty*) buscando promocionar la inversión y la libre circulación de capitales en el sector de la energía, dotando al inversor extranjero de mecanismos de arbitraje y solución de conflictos ante actuaciones de los Estados con un árbitro privado que actúe como un tercero imparcial.

La obra afronta también las interacciones entre inversión internacional y cambio climático, haciendo una revisión de los litigios climáticos surgidos en los últimos años y que de nuevo se enraízan en la defensa frente al cambio climático y las acciones y políticas gubernamentales a niveles regionales e internacionales, para concluir que la perspectiva desde la que tratar la inversión y las controversias surgidas de esta han de responder a los desafíos actuales, que pasan por atender a los objetivos climáticos internacionales en vigor para todos los actores del sector.

A pesar de que en la primera parte se abordan diferentes respuestas que el Derecho internacional ha ido elaborando sobre el sector energético, los mercados o la protección del medio ambiente, es en la segunda parte del libro cuando se aborda específicamente la política energética y la solución de controversias. Así el Capítulo IV nos hace un recorrido *ad intra* y *ad extra* de lo que ha sido el devenir de la política energética europea desde la propia creación de la UE hasta la situación generada por la guerra de Ucrania y la relación con Rusia y el plan *REPowerUE*, que junto al paquete "Objetivo 55" marcan el camino actual por el que transitamos. Especial atención merece en este capítulo el ECT, donde se analiza no solo su estructura y objetivos sino su relación con otros instrumentos internacionales con los que ha de cohabitar.

Es imprescindible este estudio del ECT puesto que los Capítulos V, VI y so-

bre todo el VII, abordan respectivamente, la protección de las inversiones y la solución de controversias en el ECT, las contradicciones entre el Derecho de la UE y el Derecho de protección e inversiones y la actualización o retirada del ECT para remediar la incompatibilidad generada entre el Tratado y la legislación actual de la UE.

Si bien como se pone de manifiesto, el ECT ha sido el instrumento de referencia si de demandas a gobiernos se trataba, el reto del cambio climático ha modificado las reglas del juego, poniendo contra las cuerdas la propia existencia del Tratado. Cabe señalar que la impugnación más generalizada a la existencia del mismo se centra en que el ECT protege los intereses de las empresas productoras y exportadoras de combustibles fósiles, lo que contraviene los compromisos globales y europeos de lucha contra la crisis climática. Proteger de manera tan exacerbada la inversión de esas empresas de energías tradicionales no solo las coloca en una posición excesivamente favorable en el mercado, sino que frena la transición energética que estamos impulsando desde la UE incumpliendo al mismo tiempo el Acuerdo de París sobre cambio climático. Como acertadamente se nos señala, podría pensarse que el ECT podría amparar demandas (y por tanto cuantiosas indemnizaciones o compensaciones) contra aquellos Estados que decidieran eliminar progresivamente las empresas de combustibles fósiles instaladas en sus territorios como han puesto en evidencia los asuntos *Vatternfall I*, *Uniper* o *RWE*. A pesar de que por el momento ningún tribunal de arbitraje ha concedido una indemnización a un inversor en combustibles fósiles en virtud del ECT lo cierto es que esta amenaza existe y ejerce un cierto efecto amedrentador que no debemos obviar.

Este panorama aboca a una modernización del ECT que, de momento, se ve con reticencias puesto que las propuestas para lograr que el ECT promocione y facilite las inversiones relacionadas con el cambio climático, parten de repercutir los riesgos al contribuyente, lo que ha generado un gran rechazo. En todo caso, y como pone de relieve el Capítulo VII, al callejón sin salida en el que se vio abocada la Comisión Europea fue el detonante para proponer una salida colectiva y coordinada de los 27 Estados miembros del ECT buscando la coherencia con la política del Pacto Verde, el Acuerdo de París y la legislación europea sobre el clima que cimientan la política europea actual. No es desde luego sencillo ni está exento de dificultades esta opción, puesto que, como acertadamente nos señala la profesora Fernández Pérez en sus páginas finales, hay muchos matices que dejan aún entreabierta la puerta de optar por un ECT modernizado.

El resultado de la obra es un completo y exhaustivo estudio que nos pone sobre aviso de la complejidad en la que nos encontramos, puesto que la dependencia energética y el cambio climático son las dos caras de una moneda que ha sido lanzada al aire. Obras como la presente son una inestimable ayuda para conocer la situación real y aportar un sosegado debate sobre las consecuencias de la sinergia entre el derecho de la energía y el cambio climático.

Lorena Sales Pallarés
Universidad de Castilla-La Mancha

García Andrade, Paula (ed.), *Interacciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional Público*, Tirant, Valencia, 2023, 350 pp.

Volver la vista hacia lo que en el título de esta obra se denominan interacciones entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional constituye siempre un valor seguro. Son tantas y tan variadas las cuestiones que pueden abordarse bajo este enunciado genérico, que no resulta difícil encontrar en cualquier momento desarrollos novedosos —y también problemáticos— a los que prestar atención, ya procedan de la acción exterior de la Unión en sentido estricto, ya sean reflejo de otras facetas de esa permanente y fecunda influencia recíproca que se constata entre ambos sistemas jurídicos. Con buen criterio, pues, la Junta Directiva de la AEPDIRI decidió en 2021 dedicar a esta temática uno de los "Seminarios sobre temas de actualidad" —en este caso, de Derecho internacional público— que viene promoviendo desde hace años.

Y si acertada puede considerarse esta elección, no lo fue menos la de encomendar la dirección del evento a P. García Andrade, que fue capaz primero de reunir a un magnífico plantel de especialistas en la Universidad Pontificia de Comillas en Madrid en circunstancias todavía complicadas por la pandemia, y de organizar después de un modo muy solvente la publicación de sus contribuciones en la obra de la que ahora damos noticia. Porque si algo queda claro a este respecto, ya desde la Introducción misma del libro, es que su labor no ha sido la de una mera "compiladora", sino que consigue aportar un claro valor añadido a través de la selección de los temas concretos objeto de estudio y del modo en el que aparecen presentados en el producto final de este esfuerzo colectivo. Como la propia profesora García Andrade explica, su propósito consistió desde un principio en tratar de "actualizar algunos de los retos" a los que se enfrentan las relaciones intersistémicas a la luz de una doble premisa, más o menos clásica: cómo la UE incide, por un lado, con su actividad interna y externa en el desarrollo progresivo del Derecho internacional, y cómo y hasta qué punto la observancia de este último orienta o condiciona, por otro, el diseño y desarrollo de las políticas europeas.

Tres son los ejes en torno a los cuales se articula en la publicación este planteamiento tan amplio y, por tanto, también la quincena de trabajos que la integra, a excepción de la contribución inicial que sirve de pórtico para el resto. En ella —única redactada en inglés—, Eva Kassoti y Ramses A. Wessel proponen una sugerente reflexión sobre el efecto normativo del art. 3.5 TUE en la que repasan la práctica que hasta la fecha ha generado la aplicación de este precepto con la intención de determinar si responde a una visión "constitucionalista" o más bien "internacionalista" del Derecho de la Unión. Aparece aquí, pues, el sempiterno debate sobre la autonomía de este ordenamiento cuando interactúa con el Derecho internacional, que tanta polémica ha suscitado en las dos últimas décadas a raíz de desarrollos jurisprudenciales bien conocidos y al que no se vuelve a prestar atención específica más que en la tercera parte de la obra, concretamente en el trabajo de Manuel López Escudero sobre la UE y los arbitrajes de inversiones; lo cual no quiere decir, por supuesto, que no pueda detectarse su presencia como telón de fondo en algunas otras contribuciones.

El primero de los ejes antes mencionados es el relativo a la UE y los procesos de formación —o las "fuentes"— del Derecho internacional. Al igual que en los otros dos bloques temáticos del libro, en esta parte se combinan varios trabajos más amplios y transversales —fruto de

 DOI: 10.36151/REDI.76.1.27

lo que en el Seminario fueron "ponencias"— con los resultantes de comunicaciones, centrados lógicamente en aspectos específicos y por fuerza también más breves y en ocasiones descriptivos. A la primera categoría corresponden las contribuciones de José Manuel Sobrino, Carmen Martínez Capdevila y Teresa Fajardo, quienes se ocupan, respectivamente, de valorar las aportaciones de la UE a la elaboración y aplicación de las normas internacionales de Derecho del Mar, de revisitar la compleja técnica de los acuerdos mixtos y su virtualidad en la práctica reciente de la acción exterior de la UE a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, y de explorar el papel cada vez más relevante —a juicio de la autora— que la propia Unión desempeña en la formación del *soft law* internacional. El *soft law*, aunque desde la perspectiva concreta de la lucha contra el blanqueo de capitales, es igualmente objeto de atención en una de las contribuciones de dimensiones más limitadas en esta parte de la obra (Mª Esther Jordana), junto al juego que la noción de consenso ofrece al TJUE a la hora de identificar las normas internacionales de carácter consuetudinario que maneja en el ejercicio de su función jurisdiccional (Francisco Pascual—Vives), las confluencias y tensiones entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional en el ámbito de la protección de migrantes y refugiados en el mar (Gustavo de la Orden) y, en fin, la contribución del sistema jurídico de la UE al desarrollo progresivo del Derecho internacional de la Bioética (Natalia Ochoa).

El trabajo general que abre el segundo bloque temático —dedicado a la interacción entre la UE y otras organizaciones internacionales— corre a cargo de Xavier Pons Rafols, que repasa este fenómeno en relación con Naciones Unidas contemplándolo desde la orilla de la organización universal y procurando mostrar, como él mismo reconoce, una actitud empática hacia la Unión Europea. Su análisis transversal de este marco de relaciones se completa en esta parte de la obra con el estudio de un flanco muy concreto del mismo —el que se refiere a la agenda en materia de empresas y derechos humanos— por Daniel Iglesias, así como con sendas contribuciones de Ana Gascón y Carlos Espaliú sobre la UE y los convenios elaborados en el seno del Consejo de Europa— interesantes las reflexiones de la autora sobre las denominadas "cláusulas de desconexión" en favor de los Estados miembros de la Unión dentro de su régimen jurídico— y sobre el primer supuesto de activación de la cláusula de defensa mutua del art. 42.7 TUE y sus implicaciones para el vínculo transatlántico encarnado en la OTAN.

En la tercera parte del libro, en último término, se abordan algunas cuestiones escogidas que ilustran la incidencia de la práctica reciente de la Unión sobre los mecanismos de aplicación del Derecho internacional. Con una perspectiva más amplia, Joana Abrisketa, por un lado, y Manuel López Escudero, por otro, nos proponen una aproximación comparativa al tratamiento que en materia de responsabilidad internacional reciben Naciones Unidas y la propia UE en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, y una presentación sistemática —ya evocada antes— de la evolución de la doctrina del TJUE a propósito de la autonomía del Derecho de la Unión cuando este entra en contacto con las distintas modalidades del arbitraje de inversiones. Con pretensiones más modestas por la extensión de sus contribuciones, Joan David Janer y Ana Sánchez Cobaleda se ocupan también en este bloque temático de la virtualidad de las sanciones secundarias y del denominado estatuto de bloqueo entre los instrumentos de la acción exterior de la UE y del papel que esta viene desempeñando en el desarrollo de los regímenes internacionales de lucha

contra la proliferación de armas de destrucción masiva.

No están, evidentemente, "todos los que son" porque el fenómeno objeto de estudio es materialmente inabarcable, pero la nómina de aspectos seleccionados en esta obra para revisitar la compleja amalgama de interacciones entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional, y el modo en el que aparecen presentados, resultan plenamente convincentes, además de muy útiles para el observador interesado; todo lo cual, unido al rigor y la seriedad en su tratamiento, hacen de ella una contribución doctrinal muy relevante al esfuerzo —siempre abierto e inacabado— por seguir explorando un campo de investigación consustancial a la lógica de la integración jurídica europea.

Luis Norberto González Alonso
Universidad de Salamanca

Heredia Sánchez, Lerdys Saray, *Efectos de la plurinacionalidad en el estatuto personal. Problemas prácticos y soluciones*, Pamplona, Aranzadi, 2023, 396 pp.

Cuando se tiene la posibilidad de hacer un descanso en el frenético ritmo característico de la vida universitaria actual para aparcar momentáneamente los proyectos en los que nos movemos y leer una obra, cuya recensión se nos encomienda, se agradece que se trate de un trabajo con cuya lectura se puede disfrutar. Este es el caso de la monografía publicada por la doctora Lerdys Saray Heredia Sánchez sobre los *Efectos de la plurinacionalidad en el estatuto personal. Problemas prácticos y soluciones*, quizá sea porque siempre sorprende leer sobre un tema que no nos es ajeno y que es abordado desde la perspectiva de otros autores, siempre más enriquecedora que la propia, o quizás sea porque la autora tiene la virtud de redactar de forma clara y comprensible —lo que siempre es de agradecer—, sin que ello esté reñido con el abordaje serio y riguroso de las cuestiones seleccionadas, que la autora ha completado con un amplísimo repertorio de citas doctrinales, tanto clásicas como recientes, tan oportunas como bien seleccionadas, agotando prácticamente todo el repertorio doctrinal incorporándolo para fundamentar su argumentación, por lo que la lectura de su trabajo permite encontrar una fuente inestimable información bibliográfica.

Como bien afirma M. Desantes Real en el segundo de los Prólogos con que cuenta la obra (el primero lo redacta M. Sc. Raiza López Varona, Presidenta de la Sala de lo Civil, de lo Familiar y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba), lo sorprendente de la misma es que no se hubiera escrito antes. Y es que, en efecto, la doctrina ya venía denunciando la inadecuada solución ofertada por el legislador español en el art. 9.9 del Código civil para resolver los problemas que plantea la aplicación de la ley nacional a las situaciones privadas internacionales relativas al estatuto personal en aquellos casos en que la persona ostenta más de una nacionalidad, en particular en los supuestos en que la persona tuviera más de una nacionalidad no prevista por las leyes españolas. Sin embargo, este trabajo tiene el mérito de tratar esta cuestión desde un enfoque amplio y completo, presentando la problemática partiendo de un acercamiento a las instituciones sobre las que se pronuncia, aprovechando para criticar, cuando procede, el mantenimiento del criterio de conexión basado en la nacionalidad alejándose de las opciones de legisladores de nuestro entorno y descendiendo posteriormente a las concretas distorsiones que plantean las soluciones

 DOI: 10.36151/REDI.76.1.28

rígidas y obsoletas —utilizando las palabras de la propia autora— que ofrece el viejo art. 9.9 del Código civil.

Especialmente inadecuado e innecesario deviene este precepto en los cada vez más numerosos supuestos de plurinacionalidad intraeuropeos, o lo que la autora llama cuarto supuesto de plurinacionalidad, cuando la persona interesada ostenta, además de la nacionalidad española otra de un Estado miembro de la Unión Europea (en adelante, UE) o bien es nacional de más de un Estado miembro. En tales supuestos, la fuerza expansiva que proyectan las libertades de circulación sobre las relaciones privadas internacionales (intraeuropeas) impide una aplicación ciega del art. 9.9 del Código civil cuando no exista solución específica en el marco institucional, siendo imprescindible tomar en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y extraer de la misma las reglas pertinentes a fin de evitar una vulneración de derechos incompatible con el Derecho de la UE. Pero, incluso más allá de las situaciones intraeuropeas, la Dra. Heredia Sánchez reclama del Derecho internacional privado el cumplimiento de su función, favorecer la continuidad jurídica de las situaciones privadas internacionales, para lo cual considera imprescindible el respeto a la identidad cultural de las personas y la concesión de un mayor papel a la voluntad de los individuos.

La autora se marca como objetivo demostrar que el art. 9.9 del Código civil "propicia una falsa nacionalidad efectiva a los supuestos de plurinacionalidad en el sistema de Derecho internacional privado español, tanto en el régimen convencional, como en los restantes supuestos de doble nacionalidad previstos por las leyes españolas" y que la norma ofrece una solución rígida, se ha quedado obsoleta, ya no responde a la realidad socio-jurídica propia del tráfico privado externo y propicia gran inseguridad jurídica en la determinación de la ley nacional aplicable en los supuestos de plurinacionalidad en Derecho internacional privado español. Esto se fundamenta, acertadamente, según la autora, en la opción del art. 9.9 del Código civil por el legeforismo y por no conceder margen alguno a la voluntad de las partes en su concreción. La confirmación de su hipótesis le lleva a realizar una propuesta de *lege ferenda* que coloca la voluntad de la persona implicada en la cúspide de la pirámide de la concreción de la ley nacional aplicable al individuo plurinacional, dando relevancia en su defecto a una nacionalidad efectiva real y no impuesta por el legislador.

El libro está dividido en cinco capítulos. La autora comienza su trabajo con un capítulo I muy completo, en el que realiza una aproximación conceptual a la categoría jurídica nacionalidad como punto de conexión del estatuto personal en el sistema de Derecho internacional privado español, distinguiéndola de la vecindad civil y del estado civil. En este sentido, aborda la nacionalidad desde la perspectiva sociológica, en cuanto sentido de pertenencia a una comunidad; desde la perspectiva político-jurídica, en cuanto relación que une a una persona con un Estado y la identifica como miembro de una población determinada; desde el Derecho internacional público, como derecho humano, y desde la perspectiva del estado civil. Al estudio de la nacionalidad como hecho social, como vínculo jurídico-político y como estado, la autora añade una cuarta categoría, derivada de la condición de nacional de un Estado miembro de la UE.

Asimismo, en el capítulo I también resulta de gran interés la aproximación histórica que realiza a la relación entre la categoría nacionalidad y la norma de conflicto en el Derecho internacional privado. Para ello, analiza el proceso co-

dificador y la evolución de la regulación de la nacionalidad desde el originario Código civil de 1889 hasta las distintas reformas de los arts. 17 a 26 del Código civil de 1954, 1982, 1990, 1995, 2002, incluyendo las más recientes, de 2007 (Ley de memoria histórica), las leyes del año 2015 (sobre nacionalidad de los sefardíes, procedimiento de adquisición de la nacionalidad española por residencia y sobre la modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia), pasando por su regulación constitucional, la Ley de memoria democrática y las normas de origen internacional.

Especial interés presenta su explicación histórica y socio-económica del viraje realizado por el legislador español desde una posición contraria a la plurinacionalidad, en cuanto impeditiva de la fidelidad a un solo Estado, hacia su regulación como un elemento clave de las relaciones privadas internacionales, que toma la emigración hacia Iberoamérica como eje vertebrador de la política de relaciones internacionales de España y en el que la política laboral de protección del trabajador emigrante juega un papel fundamental.

Asimismo, la autora mantiene una posición crítica respecto a los "falsos convenios de doble nacionalidad", que, salvo el que nos vincula con Guatemala, que fue objeto de una interpretación favorable a la facilitación de la adquisición de la nacionalidad española por los guatemaltecos ya superada, no contienen ningún régimen privilegiado de adquisición de la nacionalidad, sino reglas para permitir la conservación de la nacionalidad de origen tras la adquisición de la otra nacionalidad, innecesarias tras la promulgación de la Constitución y de las reformas de 1982 y de 1990.

El capítulo 2 lo dedica la autora a un aspecto de gran transcendencia en el marco de la UE, como se desprende de la proliferación de sentencias que el TJUE está dictando sobre aspectos vinculados al estatuto personal y en las que pone de relieve el importante papel que juega el derecho a la identidad personal y las libertades de circulación en la continuidad de las relaciones privadas en el espacio. La autora analiza en este capítulo los aspectos jurídicos de la plurinacionalidad en el contexto europeo, destacando la vinculación entre la nacionalidad de un Estado miembro y la ciudadanía de la UE. En particular, presta especial atención a la jurisprudencia del TJUE que pone de relieve "la capacidad del Derecho europeo para incidir en la aplicación de las normas de los Estados miembros respecto a la adquisición y pérdida de la nacionalidad", pese a la competencia exclusiva de los Estados miembros sobre esta materia, como evidencian, entre otras, las sentencias relativas al caso *Rottmann* y o el asunto *Tjebbes*; así como a la jurisprudencia del TJUE relativa a algunos aspectos del estatuto personal, en particular, en relación con los nombres y apellidos (desde la clásica sentencia en el caso *Konstantinidis*, *García Avello*, *Grunkin Paul*, *Sayn-Wittgenstein*…). De esta jurisprudencia, la Dra. Heredia Sánchez extrae la preferencia por la fórmula del reconocimiento mutuo para dotar de continuidad a las relaciones privadas transfronterizas intraeuropeas y que el TJUE no prioriza la nacionalidad prevalente conforme a las reglas del Derecho del foro, sino que otorga valor a la autonomía de la voluntad de la persona para "elegir", entre varias, la ley nacional que ha de regir su estatuto personal. El relevante problema de la solución a los problemas generados por las normas de conflicto de origen institucional que optan por la conexión nacionalidad en los casos en que la persona sea plurinacional, en cambio, no son abordados en este capítulo, sino en el siguiente, en el que destaca que la función del art. 9.9 del Código civil no es más que determinar la ley personal aplicable a un plurinacional,

no su nacionalidad, por lo que no puede determinar el ámbito de aplicación personal de las libertades comunitarias.

El capítulo 3 se dedica a verificar la ineficacia y rigidez del art. 9.9 del Código civil, partiendo de su reflejo jurisprudencial y poniendo dicho precepto en conexión con otras normas del Código civil relativas al estatuto personal. Para la autora, este precepto es el resultado de un "precipitado normativo" fruto de períodos históricos y de circunstancias socioeconómicas muy diversas y de intereses de política exterior muy concretos, en el que, además, se ha olvidado la situación de los refugiados, para quienes la aplicación de su ley nacional no siempre puede resultar adecuada, dada su situación de vulnerabilidad. En este capítulo, también se incide en que las soluciones de los convenios de doble nacionalidad constituyen una "reliquia del pasado", con escasa operatividad desde 1982 y de nula eficacia desde 1990. En este apartado, la autora comparte mi criterio, según el cual, no puede aplicarse el criterio del art. 9.9 del Código civil de determinación de la ley nacional aplicable en el marco de la sucesión de un doble nacional que ostente la nacionalidad de un Estado miembro de la UE, pues ello limitaría la *professio iuris* admitida por el Reglamento (UE) 650/2012. Asimismo valora la nueva posición del legislador español en relación con el respeto a la nacionalidad de origen de los menores extranjeros adoptados por españoles, en la línea de preservar su identidad cultural. La Dra. Heredia Sánchez también invita a la reflexión acerca de la exigencia impuesta por el Derecho de la UE de poner en un plano de igualdad las nacionalidades de todos los Estados miembros de la UE, lo que no parece compatible con la solución legeforista impuesta por el art. 9.9 del Código civil. La clave de la cuestión se hallará en la aptitud del criterio empleado por el legislador español para proteger los derechos y libertades reconocidos para el estatuto de ciudadano europeo.

Los problemas específicos derivados de la plurinacionalidad vinculados al estatuto personal son abordados en el Capítulo 4, en el que la autora aborda la crisis del estatuto personal y critica una vez más la idoneidad del mantenimiento del criterio de conexión basado en la nacionalidad en detrimento de otras opciones más favorecedoras de la integración del extranjero en el Estado de acogida.

Como problemas específicos, la Dra. Heredia Sánchez se ha centrado concretamente en los relativos a la capacidad de obrar, las medidas de protección de las personas adultas vulnerables y las incoherencias de la regulación estatal a la hora de determinar la ley aplicable a la modificación de la capacidad o a la adopción de medidas de apoyo a estas personas. En particular, distingue las medidas de protección que se adoptan *ex ante* por voluntad de la propia persona, anticipándose a su situación futura y las que se adoptan *ex post*, cuando surge una necesidad de protección, así como las medidas urgentes o provisionales y analiza las opciones por las que se decanta el legislador a nivel internacional.

Igualmente, presta atención a los problemas concernientes a los nombres y apellidos, haciendo un repaso jurisprudencial, especialmente en el marco de la UE, lo que le lleva a afirmar, acertadamente, que ya no puede afirmarse que todos los españoles tienen dos apellidos y que la doble línea de atribución de apellidos sea una cuestión de orden público en España, lo que tiene incidencia en relación con los ciudadanos de la Unión Europea que, además de la nacionalidad española ostenten otra nacionalidad de otro Estado miembro de la UE. Aunque sobre este punto no se pronuncia la autora, quizás ha llegado el momento de extrapolar las soluciones admitidas como válidas en el marco europeo a otros es-

cenarios extraeuropeos, en la medida en que afecten no ya a la libertad de circulación de estas personas, sino a su derecho a la identidad de los individuos y a su derecho a la vida privada, tal y como está siendo interpretado por el TEDH.

El trabajo se cierra con un capítulo donde la autora hace un balance final de la situación y efectúa una propuesta de *lege ferenda* que considera más adaptada a las exigencias derivadas de la nueva realidad de la plurinacionalidad en las sociedades actuales, en particular, para el Derecho internacional privado español.

El resultado final de este trabajo es una obra rigurosa, exhaustiva, completa, bien documentada, en la que los lectores pueden encontrar herramientas útiles para adentrarse en el estudio de los problemas más relevantes del estatuto personal de las personas plurinacionales, con argumentos bien formulados para criticar las soluciones legales denostadas y con propuestas de utilidad para el legislador. En definitiva, se trata de un libro que se convertirá en un trabajo referente en la materia.

Ángeles Lara Aguado
Universidad de Granada

Magallón Elósegui, Nerea, *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los derechos humanos*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, 172 pp. Prólogo de Francisco Javier Zamora Cabot

El tema objeto de la monografía presentada por la profesora Nerea Magallón Elósegui se inserta en una línea de investigación en auge en el derecho internacional: el control y sanción de las empresas por sus actividades extraterritoriales lesivas de los derechos humanos. Esta obra reúne los estudios desarrollados por la autora en la última década, centrando el debate en las nuevas iniciativas legislativas en el marco europeo, relativas a la gestión empresarial sostenible y, a nivel nacional, las normas sobre la transparencia y vigilancia de la empresa matriz sobre sus filiales o socios comerciales. Somos de la opinión que estas tipologías de estudios resultan del mayor interés en nuestro momento histórico, debido a su conexión con el futuro marco normativo en gestación y también por la relevancia que estos temas pueden tener en la problemática del acceso a la justicia de las víctimas de abusos corporativos.

Desde la introducción hasta las conclusiones resulta claro el hilo conductor que acompaña al lector: la falta de tutela judicial efectiva de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y del medioambiente perpetradas en el marco de las actividades empresariales. La autora se aproxima al laberinto normativo existente o, como ha venido llamando, el *ángulo muerto del derecho internacional*, las empresas y los derechos humanos. Y ello, aportando sus conocimientos y propuestas para mejorar las medidas y las estrategias de acceso a la justicia y así luchar contra una impunidad empresarial imperante en este mundo globalizado, e igualmente para diseñar, en un futuro próximo, los mecanismos con los que se pueda exigir a las empresas unas conductas más sostenibles con el medio ambiente, con sus trabajadores y con las comunidades locales donde desarrollan sus actividades.

En los diferentes capítulos nos aproximamos al tema del deber de diligencia debida empresarial como nuevo paradigma en la *gobernanza empresarial sos-*

 DOI: 10.36151/REDI.76.1.29

tenible. La sostenibilidad competitiva, conforme a las políticas europeas, contribuirá a la creación de prácticas comerciales más sostenibles y con efectos de cascada en todos los sectores, marcando un antes y un después en las relaciones comerciales.

La autora, con una amplia trayectoria en el derecho internacional privado, ha, por tanto, optado por un enfoque puramente iusprivatista, delineando la vía a seguir para que se incorpore o se priorice el tema del acceso a los tribunales como garantía del estado de derecho y de tutela judicial efectiva para las víctimas de abusos corporativos. Desde esta perspectiva, somos de la opinión que las obligaciones de diligencia debida, de información, trasparencia, control y acceso al remedio, pueden ser un aliado más en la lucha contra la impunidad empresarial, sobre todo en la etapa de evaluación de los riesgos reales o potenciales y de la puesta en marcha de estrategias empresariales para prevenir o mitigar los impactos. Pero no pueden constituir el único instrumento para hacer frente a los abusos corporativos y para garantizar el remedio efectivo frente unos daños medioambientales o una vulneración de derechos humanos. De forma muy acertada, en esta obra se profundiza en los instrumentos, herramientas, guías sectoriales e iniciativas legislativas en las que encontramos plasmadas las obligaciones de diligencia debida. Podemos ver cómo tanto los instrumentos de *soft law* como los de *hard law* existentes tienen enfoques normativos distintos, dependiendo del proceso de diligencia debida que diseñan, de las obligaciones establecidas, de los ámbitos de aplicación y, finalmente, de las consecuencias por el incumplimiento por parte de las empresas.

Podemos dividir todos estos instrumentos en dos macrobloques, de un lado encontraremos las iniciativas sobre transparencia empresarial y deber de información (como la *California Transparency Act*) y del otro una serie de instrumentos que diseñan un proceso más o menos consistente de debida diligencia (la *Modern Slavery Act*, La ley de vigilancia francesa, etc.). En este segundo bloque estarían también las iniciativas que van más allá e introducen procedimientos sancionatorios por el incumplimiento y conectan el mismo a una responsabilidad extracontractual de las empresas, (este último podría ser un buen punto de partida de cara a una futura ley española sobre el control de las cadenas de valor y acceso a la justicia).

Sobre este aspecto, creemos que la obra tiene una virtud especial, la de haber aparecido justo cuando se está debatiendo en el ámbito europeo la propuesta de directiva en sostenibilidad que servirá de paraguas para los Estados Miembros y que les obligará a trasponer en sus ordenamientos las normas sobre el control de las cadenas de valor, "la Directiva sobre *due diligence* en materia sostenibilidad". En la propuesta de directiva, tema también ampliamente abordado en este libro, las instituciones europeas muestran los diferentes intereses que entran en juego: la protección del mercado único europeo, la competitividad de nuestras empresas en los mercados globales, los derechos de los consumidores y la protección de los trabajadores, comunidades afectadas por las actividades empresariales fuera del territorio europeo y del medioambiente. No todos estos intereses tienen el mismo peso y seguramente habrá algunos que prevalecerán.

No cabe duda de que la directiva por sí sola no podrá resolver el *gap* existente en la lucha frente a la impunidad empresarial. Los Estados tendrán un papel fundamental a la hora, entre muchos otros aspectos, de hacer efectivo el proceso de diligencia debida y reducir las barreras legales y procedimentales existentes y que dificultan el acceso al remedio en

los casos en los que se verifican daños. Somos de la opinión de que las normas estatales, resultado de la transposición de la directiva, tienen que ser muy ambiciosas y establecer claramente el procedimiento sancionatorio en el caso de incumplimiento de los deberes de diligencia debida y propiciar la mejora efectiva para el acceso a los tribunales.

Sobre este tema en particular, resultan de gran interés los tres capítulos en los que se da una aproximación a la materia de responsabilidad civil del empresario, haciendo también un análisis muy exhaustivo de derecho comparado entre la respuesta del ordenamiento alemán, la francesa y el sistema inglés, y las normas de conflicto en materia de responsabilidad civil extracontractual de las empresas por abusos corporativo, y el derecho aplicable en la propuesta de directiva europea. Todo ello, con el fin de esclarecer la realidad sustantiva en materia de diligencia debida en un contexto, el europeo, en el que, como afirma la autora, estamos lejos de instaurar un sistema común de responsabilidad civil extracontractual para las empresas por sus actividades transfronterizas.

Es por todo lo anterior, que el libro recensionado resulta indispensable para abordar y seguir investigando el tema de la tutela judicial efectiva ante las graves afectaciones a los derechos humanos y medioambiente en el marco de las actividades empresariales.

Maria Chiara Marullo
Universidad Jaume I

Marullo, Maria Chiara, Sales Pallarés, Lorena, Zamora Cabot, Francisco Javier. (dirs.): *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos,* Editorial Colex, 2023, 476 pp.

Esta obra colectiva trata un tema absolutamente actual en la agenda internacional de los derechos humanos: el impacto de las actividades empresariales y de toda su cadena de valor sobre los derechos humanos.

Si bien la regulación de los derechos humanos y de las actividades empresariales han pertenecido a familias jurídicas diferentes, ninguna de ellas de forma aislada puede resolver por sí misma todos los problemas y desafíos jurídicos que plantea la regulación de esta materia, intrínsecamente poliédrica, de modo que para abordarla de manera integral y comprehensiva se hace necesario establecer un diálogo entre las diferentes ramas del Derecho público y privado. Y esta es la más importante aportación que hace la presente obra: aunar las más lúcidas contribuciones doctrinales desde el derecho mercantil, penal, laboral, internacional privado y público para abordar transversalmente los retos más significativos que presenta la regulación internacional y doméstica de las actividades de las empresas y de sus cadenas de valor por los impactos negativos que producen sobre los derechos humanos.

La primera parte de la obra, que incluye los capítulos 1 a 4, recoge una serie de importantes aportaciones doctrinales realizadas desde el derecho internacional privado. Rubio, Moreno y Giménez tratan la litigación civil transnacional en Europa como vía para abordar la responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por las operaciones de las empresas o sus cadenas de suministros en terceros Estados. Los autores ponen el foco de su análisis en los obstáculos de carácter procedimental que presenta este

recurso, concluyen en la necesidad de mejorar la eficacia de los instrumentos europeos relativos a la competencia judicial internacional, presentado algunas propuestas concretas. Además, realizan una acertada crítica de la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad de 2022 que abandona la posibilidad de acometer dicha reforma. Iriarte, por otro lado, aborda la cuestión de las sanciones internacionales y cómo éstas pueden crear una problemática paradójica en materia de derechos humanos al ocasionar límites a otros derechos fundamentales relacionados con la actividad de la empresa.

En la segunda parte, de la que forman parte los capítulos del 5 al 8, Recalde, de la Vega, Ruíz y Boldó presentan para ser tratadas cuestiones generales propias del Derecho Mercantil y su difícil o errático encaje en relación con el objeto de estudio. La gestión corporativa en función de intereses distintos a los propiamente corporativos o de los socios, en referencia a los derechos humanos, y la conciliación entre estos, la diferente naturaleza y alcance de la debida diligencia del administrador —*duty of care*— y la llamada "debida diligencia en derechos humanos" —título erróneo de acuerdo con los autores que la califican como *due diligence*—, las dificultades de aplicar en el ámbito privado de las empresas los estándares en materia de derechos humanos, e incluso, la posible distorsión que la adopción de medidas de debida diligencia en el buen funcionamiento del mercado y su impacto sobre el derecho de la competencia son materias que necesitan revisarse en la propuesta de Directica europea de debida diligencia en materia de sostenibilidad ya nombrada.

La tercera parte del libro, capítulo 9, realiza la única aportación a la obra desde el Derecho penal, tratando las limitaciones y los desafíos de la protección penal del medio ambiento a través de esta rama del derecho, que concluye con una reflexión sobre su insuficiencia ontológica. Además, la profesora Arnau aborda cuestiones de plena actualidad en la materia como son la tipificación del crimen de ecocidio o el inapelable establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tanto a nivel nacional como internacional.

La cuarta parte de esta obra, la más amplia entre los capítulos 10 al 21, incluye las contribuciones doctrinales realizadas desde el derecho internacional público. Todas y cada una de ellas responden a algunos de los más importantes debates que se sostienen en la actualidad respecto de la naturaleza, el contenido y el alcance que deben tener los instrumentos que regulan el impacto de las actividades de las empresas sobre los derechos humanos y otros conexos y abordan además temas de especial trascendencia: la emergencia de un consenso internacional, derivado de la práctica de los Estados y de las organizaciones internacionales, respecto de la tutela judicial efectiva de las víctimas de violaciones de derechos humanos y el establecimiento de mecanismos que fiscalicen el cumplimiento de los estándares internacionales por parte de las empresas, de la mano de Pascual-Vives; el análisis que realiza Fernández Liesa del concepto motor de la debida diligencia en derechos humanos en el derecho internacional y las obligaciones del Estado y de la empresa; la expansión de la jurisdicción extraterritorial del Estado en el ámbito del control sobre las actividades extraterritoriales de las empresas, por parte de Carona y Steible; la legalidad de las medidas de protección de los derechos humanos en el régimen internacional del comercio y su eficacia práctica, analizada por Elizalde; la protección jurídica internacional y nacional de las personas defensoras de derechos humanos, planteada por Iglesias; el *land*

grabbing como práctica en países en desarrollo, su impacto sobre los derechos humanos de las comunidad afectadas y la necesidad de un régimen de inversión sostenible, presentada por el profesor Nino; las lagunas que existen tanto en el Derecho internacional como en los ordenamientos jurídicos domésticos para perseguir a las empresas por el crimen de guerra de pillaje, planteada por Esteve; la cuestión del consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas para la gestión sostenible y basada en derechos humanos de los proyectos de desarrollo, elaborada por Klein, Muñoz-Torres y Fernández Izquierdo; la simbiosis entre los intereses económicos de las empresas en los territorios y los conflictos armados y las dificultades de la justicia transnacional para dar respuesta a las brechas y vacíos en la responsabilidad de las empresas a partir del estudio del conflicto colombiano, contribución de Tolé y Vargas; y, por último, la coordinación entre las iniciativas internacionales y nacionales que buscan responsabilizar a las empresas por las violaciones a los derechos humanos, analizando el proyecto de ley brasileño 572/2022, abordada por Roland y De Sà Ribeiro.

La quinta y última parte, capítulos 13 y 14, incorpora dos importantes contribuciones desde el Derecho del Trabajo. El profesor Sanguineti, aborda la protección de los derechos laborales, como categoría aglutinadora de la esfera de la protección del trabajo en el espacio global, a través de la conformación de un nuevo Derecho Transnacional del Trabajo. Finalmente, la profesora Guamán, presenta la realidad de la esclavitud moderna, cuestión que analiza desde la perspectiva de la interacción entre género y cadenas globales de valor, en particular, desde la tiene lugar en el sector del textil.

Se trata, como conclusión, de una obra rigurosa, rica, actualizada, multidisciplinar y transversal que supone una contribución indispensable de la doctrina española para el estudio de la materia.

Libia Arenal Lora
Universidad de Sevilla

Moura Vicente, Dário, *Comparative Law of Obligations,* Croydon, Edward Elgar Publishing, 2023, 475 pp.

El profesor de Lisboa, Dário Moura Vicente es, hoy por hoy, uno de los más acreditados comparatistas del mundo, como acredita su obra general sobre *Direito Comparado*. La editorial Edward Elgar acaba de publica la versión en tapa blanda de la obra que comentamos, originariamente publicada en diciembre de 2021, que constituye una pieza clave para abordar el estudio del Derecho de obligaciones desde una perspectiva comparada. La utilidad de un estudio comparado sobre estos temas es indudable: ayuda a comprender el propio Derecho autónomo, proporciona recursos hermenéuticos para su interpretación, ofrece elementos para una evolución o reforma legislativa y, por supuesto, habilita la posibilidad de aplicar cabalmente un determinado Derecho extranjero. Por añadidura, es un punto de vista indispensable para arrostrar con éxito una unificación del Derecho de obligaciones a escala regional o universal.

Ya desde las primeras páginas advierte el autor sobre el sentido puramente instrumental del título, habida cuenta de que el propio concepto de "Derecho de obligaciones" es ajeno a la cultura jurídica del *common law*, circunstancia que

 DOI: 10.36151/REDI.76.1.31

en modo alguno impide utilizar un concepto propio del *civil law* para abordar el régimen de lo que usualmente conocemos en estos lares por contratos, daños y cuasicontratos. El propio título obedece asimismo a la estructura del estudio, pues no parte de los sistemas jurídicos, sino que se analizan los problemas e instituciones jurídicas para traer a colación los modelos legales, única opción cabal para una verdadera comparación.

Así, en el capítulo II se analiza el régimen de los contratos: su validez sustancial (consentimiento y sus vicios, objeto, causa, *consideration*) y formal; el proceso de formación del contrato (oferta y aceptación, acuerdos preliminares), incluyendo en este punto una institución que el autor conoce bien, por haberla analizado monográficamente en otro estudio, que bien podría situarse en un estadio intermedio entre el régimen de los contratos y el de la responsabilidad por años extracontractuales, como es la responsabilidad negocial; los cánones de interpretación de los contratos; el tratamiento de las condiciones generales y las batallas de formularios; los efectos del contrato entre las partes y frente a terceros; los efectos de la alteración de las circunstancias, los casos de *laesio enormis* y la protección de una parte débil; los principios que rigen el cumplimiento, las acciones por incumplimiento, los supuestos de responsabilidad exonerada y las cláusulas penales. El capítulo no solo analiza de forma muy precisa cada uno de estos *ítems*, sino que el análisis va mucho más allá del obligado contraste entre *civil law* y *common law*, entrelazando problemas clásicos con las fórmulas más desconocidas de algunos Derechos nacionales y las propuestas de los textos recientes de armonización. Profundiza, además, en un último epígrafe de gran interés sobre los fundamentos de la obligatoriedad de los contratos, que balancea entre la autonomía, las expectativas o *reliance*, la equidad o justicia contractual y la eficiencia económica, y que precede a unas muy interesantes conclusiones sobre las diversidades sustanciales y estructurales que ofrece el estudio comparativo.

No es de extrañar que las transacciones unilaterales se analicen en un capítulo aparte. Buena parte de las diferencias clave entre el *civil law* y el *common law* tiene que ver con el origen histórico de las obligaciones unilaterales, al igual que la propia emergencia de la causa como elemento doctrinal. Sabido es que en el *common law* ciertas obligaciones unilaterales o *gifts* no son vinculantes por ausencia de *consideration*. Los sistemas del *civil law* también suelen introducir restricciones, condiciones y *numerus clausus* en las obligaciones unilaterales, cuyas categorías más relevantes son analizadas en este capítulo.

Más extensión y enjundia presenta, como es lógico, el capítulo IV, referido a la responsabilidad no contractual, donde de nuevo el autor pondrá de relieve que las diferencias se explican no en un plano meramente técnico, sino en el axiológico, es decir, en las opciones de política socio-económica que informan las divergencias. El autor entiende que el estudio comparado puede ser ilustrado por tres grandes modelos o sistemas: un sistema de *numerus clausus* en los supuestos de responsabilidad, propio del modelo angloamericano; un sistema abierto basado en un principio o cláusula general de responsabilidad representado por el modelo francés; y sistemas intermedios, tanto germánicos como latinos, que pretenden limitar el amplio efecto de una cláusula general abierta. Sobre este punto de partida, se abordan los elementos determinantes de la responsabilidad (imputación, ilicitud, culpa, daño, causalidad), la responsabilidad objetiva y los remedios compensatorios. Muy oportuno es uno de los epígrafes finales del capítulo en que se esboza un intento de delimitación entre responsabilidad contractual

y extracontractual, uno de los grandes caballos de batalla de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que bien requeriría una consideración más profunda de elementos comparativos que se pueden encontrar en estas páginas. Las conclusiones del estudio comparado explican así por qué el Derecho inglés tiende a una expansión de los supuestos de *torts* por las limitaciones intrínsecas de la responsabilidad contractual. Tampoco se omite el tratamiento de la concurrencia (real o aparente) de ambas responsabilidades.

Los capítulos V y VI se dedican a los dos *cuasicontratos* más característicos: el enriquecimiento injusto y la gestión de negocios ajenos sin mandato. No debe extrañar que las divergencias entre los sistemas del *common law* y el *civil law* expliquen divergencias consecuentes en el tratamiento de estas figuras que cumplen una función jurídica y económica inseparable del régimen de las obligaciones contractuales y no contractuales, y que son fuente habitual de paradojas y errores de planeamiento.

Sería razonable que la obra concluyera con el tratamiento de estas instituciones, pero la presente obra nos depara dos sorpresas finales. Por una parte, en un breve capítulo, el autor realiza una síntesis conclusiva de las concepciones más relevantes del Derecho de obligaciones: *Civil Law, Common Law* y Derecho chino, revelando los principios que sirven de pilares que sustentan cada uno de estos edificios jurídicos diversos. Finalmente, un capítulo final se destina a los procesos de armonización internacional y unificación del Derecho de obligaciones, particularmente en el contexto europeo y en el marco de instituciones como el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) o la Organización para la Armonización en África del Derecho Mercantil (OHADA).

En definitiva, estamos ante un estudio de gran nivel académico, pero que no agota su interés en este ámbito. La profundidad y claridad de las reflexiones y su clara estructura analítica lo convierten al mismo tiempo en una herramienta de inusual utilidad para árbitros, jueces y prácticos del Derecho que, cada vez con más frecuencia, deben lidiar con sistemas jurídicos foráneos o en estrecha comunicación.

Sixto A. Sánchez Lorenzo
Universidad de Granada

Palao Moreno, Guillermo (ed.), *The Singapore Convention on Mediation. A Commentary on the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation*, Elgar, Cheltenham, 2022.

Los comentarios de artículos cumplen una función esencial tanto para la comunidad científica como para el sector profesional, máxime si son de la extraordinaria calidad como el presente libro, con un elenco de firmantes de primer nivel, de distintas procedencias y cultura jurídica. Y todo ello con una factura impecable, donde merecen ser destacados las tablas de casos y legislación y el índice final de voces. El Prólogo de C. Esplugues Mota da fe de lo expuesto, con toda una declaración de intenciones: la mediación no es la panacea, pero debe ser un mecanismo accesible y visible para los operadores.

En este contexto, I. Apter y R. B. David inician el libro con una crónica sobre la Convención de dos "insiders", que han conocido de primera mano su nacimiento. Analizan, así, el mandato amplio de UNCITRAL, la búsqueda de un consenso

del grupo de trabajo, las deliberaciones informales y las reservas y declaraciones que admite la Convención, así como a la posición de la UE respecto del texto, muy activa en las negociaciones, pero cautelosa en promover su ratificación. Por su parte, S. I. Strong comenta el Preámbulo, enfatizando en los beneficios de la mediación para el desarrollo de las relaciones económicas internacionales, la reducción de la litigiosidad, y el aumento de mecanismos alternativos de solución de controversias.

En una primera parte del articulado, P. Cortés analiza su artículo 1 y el ámbito de la Convención, aplicable a todo acuerdo escrito resultante de la mediación en materia comercial y de carácter internacional, por tener las partes sus establecimientos en Estados diferentes, o por el hecho de que una parte sustancial de las obligaciones se debe cumplir en un Estado distinto o de que el objeto del acuerdo de transacción esté más estrechamente vinculado con otro Estado. Estudia, igualmente, la exclusión de las controversias en materia de consumo o familia, así como la de los acuerdos de transacción en el marco de un proceso judicial o incorporados a un laudo arbitral. A continuación N. González Martín comenta el artículo 2, relativo a las definiciones de la Convención. Se profundiza en el concepto de "establecimiento", sustituible por residencia habitual; en el de "celebración por escrito"; y en el propio concepto de "mediación", entendida esta como un procedimiento en el que se trata de llegar a un arreglo amistoso con la asistencia de uno o más terceros que carecen de autoridad para imponer una solución.

Tras esta parte inicial sobre el ámbito de aplicación, se entra de lleno en los preceptos relativos al reconocimiento y ejecución. G. Palao Moreno, en el comentario al artículo 3, analiza los principios generales de la Convención, que son los pilares sobre los que se asienta la arquitectura del texto. Comienza con el efecto ejecutivo del acuerdo conforme a las normas procesales del Estado de ejecución, para continuar con el reconocimiento del efecto de cosa juzgada, dado que las partes pueden alegar que la cuestión ya ha sido resuelta en el acuerdo de mediación. M. T. Kawakami se ocupa de los requisitos para hacer valer un acuerdo de transacción, previstos en el artículo 4. Se enfatiza en la importancia de que conste por escrito, incluidas las comunicaciones electrónicas, y que se pruebe que el acuerdo es el resultado de una mediación. Asimismo, se estudian los requisitos de traducción. D. Yokomizo y P. Mankowski a cuya memoria se dedica el libro en un precioso gesto analizan el artículo 5, referido a los motivos para denegar la ejecución o el reconocimiento. A instancia de parte, se puede denegar el reconocimiento y la ejecución por: la incapacidad de las partes; la nulidad, ineficacia o imposibilidad de cumplimiento del acuerdo, así como su carácter no vinculante, no definitivo o su modificación posterior en el tiempo; cumplimiento ya producido de las obligaciones estipuladas o falta de claridad y comprensibilidad de estas; contrariedad del otorgamiento de medidas con los términos del acuerdo; y, por último, incumplimiento grave del mediador respecto de las normas aplicables o falta de revelación de circunstancias decisivas sobre su imparcialidad e independencia. De oficio se pueden denegar las medias si su otorgamiento es contrario al orden público o el objeto de controversia no era susceptible de resolverse a través de la mediación. Para finalizar esta parte, V. Raizer y B. Moschen se ocupan del artículo 6, relativo a las reclamaciones paralelas, en las que un órgano judicial, un tribunal arbitral u otra autoridad conoce de medidas que pueden afectar al reconocimiento y ejecución del acuerdo, en

cuyo caso pueden aplazar su decisión o pedir garantías apropiadas.

La tercera parte de los comentarios se centra en las disposiciones generales y en los problemas de aplicación. Así, G. Lee comenta el artículo 7 y la posibilidad de que las partes invoquen otra ley o tratado, a modo de ley más favorable. Por su parte, X. Bustamante y G. Balseca analizan el artículo 8 sobre reservas a la Convención, fundamentalmente, la posibilidad de no aplicar la Convención a acuerdos en los que participe cualquier organismo del Estado y la de aplicar la Convención solo en la medida en que las partes lo hayan consentido, sin que procedan otro tipo de reservas. En este contexto, A. Ngwanza se ocupa, en su artículo 9, de la aplicación temporal de la Convención únicamente a acuerdos de transacción celebrados con posterioridad a la entrada en vigor. A. Patrão y D. Lopes comentan el artículo 10, sobre la designación del Secretario General de las Naciones Unidas como depositario, mientras que I. Queirolo y S. Dominelli lo hacen sobre la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (art. 11). Es sabido que la Convención se abrió a la firma en Singapur el 7 de agosto de 2019, sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los propios signatarios y que se abrió a la adhesión de cualquier Estado no signatario mediante depósito de los instrumentos ante el citado Secretario General. T. M. Margellos y S. Stürman se ocupan de la participación de las organizaciones regionales de integración económica (art. 12), en tanto que tengan competencia sobre "alguno de los asuntos" de los que se ocupa la Convención. Dicha organización tendrá los derechos y obligaciones de cualquier parte, sin perjuicio de que no computan, a efectos numéricos, los Estados integrantes de la organización. En este sentido, se analiza cómo la Convención no prevalece sobre las normas de organización regional con las que pudiera entrar en conflicto, sean estas anteriores o posteriores a la entrada en vigor de la Convención. Al tiempo, D. Lopes y A. Patrão, esta vez con distinto orden de firma, analizan el artículo 13 referido a ordenamientos jurídicos no unificados, ya que todo Estado, en el momento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, podrán declarar que la Convención se aplica a todas o a algunas de sus unidades territoriales, con notificación al depositario. Además, cualquier referencia del texto a una ley o a una norma procesal, establecimiento o autoridad se interpretará, cuando sea procedente, como una referencia a la unidad territorial.

Por último, J. Díez-Hochleitner comenta los artículos 14, 15 y 16. Se ocupa, así, de los problemas de la entrada en vigor, prevista a los seis meses del depósito del tercer instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Se analiza, igualmente, las posibilidades de modificación del texto, que puede ser propuesta a la Secretaría General de las Naciones Unidas por todo Estado parte, y que será remitida a todas las partes para que indiquen su posición favorable o no a la convocatoria de una conferencia. El último de los preceptos comentados garantiza el derecho de toda parte a denunciar la convención por notificación formal por escrito dirigida al depositario, denuncia que puede limitarse a alguna de las unidades territoriales que compongan el Estado denunciante. La Convención continuará siendo de aplicación a los acuerdos de transacción celebrados antes de la fecha en la que se hace efectiva la denuncia (*sunset clause*).

Lo expuesto deja patente que se trata de una obra de la mejor escuela de los comentarios por artículos, donde el lector encontrará reflexión y exhaustividad, pero también utilidad y practicidad. Honra, sin duda, a una Convención, que actualmente se encuentra en una encrucijada, pues se aplica al reconocimiento

de acuerdos privados de transacción resultantes de una mediación, sin necesidad de elevación a documento público. Y ello hace que ciertas potencias económicas en el orden mundial y la propia UE se muestren dubitativos y cautelosos en lo que respecta a la ratificación del texto. Pero, gracias a libros como este, de lo que nadie duda es de que la mediación es un mecanismo idóneo para la solución de controversias comerciales internacionales.

Ángel Espiniella Menéndez
Universidad de Oviedo

Ripol Carulla, Santiago, Prado Alegre, Elvira, *Los derechos culturales y el espacio ultraterrestre. Una mirada al patrimonio espacial*, Editorial Kinnamon, Sta. Cruz de Tenerife, 2022, 134 pp.

Debo reconocer que cuando recibí para su recensión el libro de S. Ripol y E. Prado me sorprendió su título y, a pesar de la estupenda presentación de la obra por parte de Juan Manuel de Faramiñán, comencé a leerlo con un cierto escepticismo. Juntar ya en el título dos conceptos aparentemente inconexos como el patrimonio cultural y el espacio ultraterrestre suponía adentrarme en la búsqueda de relaciones complejas. Al poco de empezar su lectura, una congoja mayor se apoderó de mí: me estoy haciendo viejo y no me he dado cuenta.

Y es que cuando hablamos de patrimonio cultural tendemos a pensar en objetos o sitios cuya innegable cualidad (aparte de otras como su interés, relevancia o valor) es la antigüedad. Sitúa nuestro horizonte temporal en el pretérito. Mientras que si hablamos de espacio ultraterrestre, nuestra mirada se pasma en el futuro, en algo por venir, aún en construcción. Y, claro: olvido que tenía casi 4 años cuando en la televisión familiar asistí —con el escaso interés de la edad, pero sobrecogido por la actitud de mis padres— a los primeros pasos del hombre en la Luna. Era el 20 de julio de 1969 y, desde entonces, han pasado (y ya están en el "pasado") nada menos que 54 años. Casi toda una vida, dando tiempo a que lo "antiguo" relacionado con el concepto del patrimonio cultural cobre sentido, cuando —como bien explica el libro— las actividades espaciales se iniciaron décadas antes incluso.

En la obra aquí revisada se da cuenta de todo ello, acabando pronto con el escepticismo inicial. A lo largo de sus cuatro capítulos, los autores nos ofrecen una primera aproximación (pues el trabajo es breve y acaso necesariamente descriptivo) a esas posibles relaciones entre los derechos culturales y el espacio ultraterrestre. En el primer capítulo se trazan las posibles vías de aplicación del Derecho internacional del patrimonio cultural al espacio ultraterrestre. En el segundo, los autores nos aproximan al arte y la creación artística en el espacio. El tercer capítulo versa sobre la protección jurídica del patrimonio histórico generado en y por las misiones espaciales. Finalmente, el capítulo cuarto nos habla de patrimonio espacial español.

Antes de pasar a comentar los dos aspectos que, en mi opinión, más cuestiones suscitan y llaman la atención de la obra, debo aportar cierta crítica: muchos pasajes del texto (y sus notas) son repetitivos, duplicándose en varios apartados o capítulos. Asimismo, en algunas ocasiones, las citas son excesivas o muy largas, lo que atasca a veces la lectura que, por otro lado, y gracias a la buena redacción,

es fácil y amena. Finalmente, la contingencia temporal de la publicación hace prestar a los autores excesiva atención al (nonato o, mejor: abortado) anteproyecto de ley de reforma de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, que resultó ser un fiasco por su mal enfoque y pésima construcción.

Pero son estos meros detalles que no deberían entretenerme y debo mejor valorar dos cuestiones que los autores proponen con acierto, si bien dejando abiertas preguntas que tendrán que recibir respuesta, así como sugieren retos que han de ser afrontados.

El primero es el del lugar del patrimonio inmaterial o intangible en la evaluación del patrimonio espacial. Los autores arriesgan en la p. 34 un concepto de "patrimonio astronómico" bien construido en sus fundamentos teóricos, pero que pone de manifiesto la construcción particularmente occidental (aunque también eslava) de ese patrimonio. Las actividades en el espacio han sido obra esencialmente de las grandes potencias que, rodeadas de sus aliadas, protagonizaron la carrera espacial y la ocupación mental del espacio en el discurso político y, por lo tanto, jurídico. Sus restos en la tierra o el espacio son tangibles en todo caso. A los EE.UU. y la URSS pronto se unieron China y la India, así como otros *outsiders*. Sin embargo, la presencia del cielo y sus meteoros, de las estrellas, la luna y otros cuerpos celestes, en el convivir de muchos pueblos son anteriores a esa carrera por ocupar el espacio. La cosmogonía de numerosos pueblos, como recuerdan los autores en el libro, vinculaba su existencia a los acontecimientos orbitales, estelares y solares. De todo ello se genera un patrimonio inmaterial de difícil encorsetamiento jurídico (como ahora también nos ocurre con ese patrimonio en los océanos ante su explotación minera), pero con múltiples expresiones. La obra nos recuerda algunas: observación astronómica antigua, navegación estelar, ciclos lunares, arte (a veces efímero) de y en el espacio, etc.

La segunda cuestión, más de técnica convencional, la plantean los autores fundamentalmente terminando la obra, en su capítulo tercero, y se refiere a la posible declaración como sitios de patrimonio mundial ligados a la carrera espacial de lugares ciertamente históricos —como *Cabo Cañaveral* o el cosmódromo de *Baikonur*—, bajo los parámetros de la Convención sobre el Patrimonio Cultural y Natural de 1972. Pero a ello añaden los autores la compleja viabilidad de hacer lo propio con lugares lunares —como el *Mar de la Tranquilidad*—, igualmente significativos y que cumplirían con los requisitos de la Convención citada de 1972 de no estar situados más allá del territorio de cualquier Estado. Este mismo problema encontramos cuando conocemos de la existencia de lugares tanto culturales como naturales, o mixtos, en los mares y océanos más allá de la soberanía o jurisdicción estatal. De ahí que el 2016 se propusiera en la UNESCO la posibilidad de extender la aplicación de la Convención a lugares no sometidos a soberanía estatal, límite hoy aun infranqueable (véase FREESTONE, David, LAFFOLEY, Dan, DOUVERE, Fanny, and BADMAN, Tim, *World Heritage in the High Seas: An Idea Whose Time Has Come, See also World Heritage Centre World Heritage Marine Program*, París, UNESCO, 2016, disponible en <https://whc.unesco.org/en/series/44/>). Análogamente, podrían los autores explorar esta posibilidad normativa.

Resaltar finalmente el capítulo cuarto, dedicado a la presencia histórica de España en la carrera espacial, incluyendo una propuesta de regulación y protección del patrimonio espacial tangible inspirada en la normativa estadounidense, que en la reforma de la Ley 16/1985 debería ciertamente tenerse en cuenta. Los datos, razonamientos y propuestas

que los autores incluyen en su monografía deberían ser tenidos en cuenta por nuestro legislador.

En suma, una obra amena e introductoria que tiene como gran virtud ofrecer al lector nuevas vías de análisis y profundización ciertamente interesantes, así como ofrecer al jurista práctico opciones que quizá no tuvo en cuenta al proponer soluciones regulatorias actuales, incluso en otros ámbitos normativos.

Mariano J. Aznar Gómez
Universitat Jaume I

Rodríguez Pineau, Elena y Torralba Mendiola, Elisa, *Delimitación del Derecho aplicable en el Reglamento 2016/679: tutela jurídico privada de la protección de datos*, Valencia Tirant lo Blanch, 2023, 352 pp.

Encargar a una persona la recensión de una obra conlleva el riesgo de que esa persona destaque aspectos que no interesan al público en general, o a los que su autor (o, en este caso, sus autoras) no atribuyan la misma importancia. Puede que ese riesgo se haga realidad en esta recensión por cuanto, a mi modo de ver, la obra de las profesoras E. Rodríguez Pineau y E. Torralba Mendiola, además de constituir una valiosa contribución a las cuestiones de Derecho aplicable del Reglamento general de datos personales, permite extraer importantes conclusiones en relación con una novedosa cuestión de nuestra disciplina que las autoras ponen tímidamente de manifiesto al inicio (p. 22) y al final (p. 189) de la obra: "determinar hasta qué punto el enfoque de Derecho público ha permeado la aproximación a las soluciones de Derecho (internacional) privado".

Son varios autores (A. Gascón Macén, "El Reglamento General de Protección de Datos como modelo de las recientes propuestas de legislación digital europea", *CDT*, Vol 13(2), 2021, pp. 209-232; V. Papakonstantinou, Y P. De Hert, "Post GDPR EU laws and their GDPR mimesis. DGA, DSA, DMA and the EU regulation of AI", *European Law Blog*, 1 abril 2021) entre los que me incluyo (A. Lopez-Tarruella Martinez, "El futuro Reglamento de Inteligencia Artificial y las relaciones con terceros Estados", *REEI*, núm. 45, 2023), que consideran que el RGPD ha sido adoptado como modelo del nuevo paquete regulatorio europeo de los riesgos digitales constituido por las llamadas leyes digitales europeas: Reglamento 2022/868 de gobernanza de los datos (RGD), Reglamento 2022/265 de mercados digitales (RMD), Reglamento 2022/2065 de servicios digitales (RSD), y las propuestas de Reglamento de Inteligencia artificial (PRIA) y de datos (PRD). Todos estos instrumentos comparten con el RGPD cuatro características básicas: a) que son reglamentos y no directivas; b) que establecen un estricto régimen de requisitos y obligaciones para el ejercicio de la actividad empresarial en el entorno digital; c) que obligan a los Estados miembros a nombrar autoridades independientes con competencias para fiscalizar la aplicación de los reglamentos; d) que establecen un organismo colegiado con fines de facilitar la cooperación entre autoridades y garantizar la coherencia en su aplicación.

Todos estos instrumentos comparten los atributos que las profesoras Rodríguez Pineau y Torralba Mendiola atribuyen al RGPD: "norma compleja en la medida en que presenta un carácter híbrido, imperativo y unilateral, al tiempo que en su alcance resulta extraterritorial e incompleta" (p. 50). En consecuencia,

la presente obra ofrecer criterios muy valiosos para el análisis de las leyes digitales europeas desde la óptica del Derecho internacional privado, tarea sobre la que ya existen algunos adelantos (T. Lutzi, "The Scope of the Digital Services Act and Digital Markets Act: Thoughts on the Conflict of Laws" (February 22, 2023), *Dalloz IP/IT*; K.C. Henckel, "Issues of conflicting laws — a closer look at the EU's approach to artificial intelligence", *NIPR*, 2023, afl. 2, p. 199-226; J. Von Hein, "Forward to the Past. A Critical Evaluation of the European Approach to Artificial Intelligence in Private International Law", en S. Voeneky (ed.), *The Cambridge Handbook of Responsible Artificial Intelligence. Interdisciplinary Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 226).

Con el atributo de *híbrido* las autoras se refieren a la necesidad de distinguir los supuestos de aplicación del RGPD que presentan una naturaleza jurídica-pública (aplicación del RGPD desde una perspectiva regulatoria, o por parte de las autoridades nacionales de protección de datos) de aquellos en los que el elemento jurídico-privado está también presente (aplicación del RGPD en el marco de demandas ante tribunales civiles). Las situaciones privadas internacionales (p. ej. las actividades de las empresas de carácter transfronterizo que implica un tratamiento de datos personales) no dejan de serlo por el hecho de no ser objeto de litigio ante los tribunales civiles. Es más, tanto el RGPD como las leyes digitales europeas permiten a los particulares (en el caso del RGPD, los interesados) plantear reclamaciones contra otros particulares (responsables o encargados) ante las autoridades de control, por sí solos o a través de organismos de representación colectivas. Es decir, estas autoridades pueden conocer de reclamaciones entre particulares que presentan una gran similitud con los litigios que se entablan ante los tribunales de justicia. A mi modo de ver, el DIPr tiene mucho que decir en la regulación de estos supuestos de aplicación de aplicación de naturaleza jurídica-pública si bien a partir de técnicas reguladoras particulares: normas de conflicto unilaterales como la del art. 3 RGPD o normas de competencia internacional de autoridades y de cooperación entre ellas, como las analizadas en el capítulo II de esta obra.

En segundo lugar, se trata de normas *unilaterales e imperativas*. Para explicar estos caracteres las autoras utilizan la interesante distinción entre la lógica de la composición y la de la imposición (pp. 81 y 188). La primera es la que rige, con carácter general, la regulación de las situaciones privadas internacionales, y que parte de tratar en pie de igualdad la ley nacional y la ley extranjera, y establecer una norma de conflicto bilateral aplicable a partir de los intereses de los particulares en la materia. La lógica de la imposición entra en juego cuando el Estado, o en este caso la Unión Europea, impone la aplicación imperativa de su regulación en una materia en atención a los intereses de carácter público que la norma está destinada a proteger. Este es el caso del RGPD, por cuanto está destinado a salvaguardar un derecho fundamental: la protección de datos personales. De nuevo, las explicaciones y conclusiones de las autoras son muy útiles para analizar las leyes europeas digitales que, como recuerda la Comisión Europea, parten de la premisa de que "Europa debe consolidar su soberanía digital y establecer las normas, en lugar de seguir las de otros". En cualquier caso, no me parece que resulte conforme con esta lógica de la imposición categorización que las autoras realizan del RGPD: normas de Derecho internacional privado material (pp. 85 y 126). A mi modo de ver, en los supuestos de aplicación del RGPD de tutela jurídico-pública el debate sobre la naturaleza jurídica de esta norma es irrelevante por cuanto el Reglamento se aplica como

Derecho público y prima la correlación *forum-ius*. Y en los supuestos de tutela jurídico-privada, la única manera de garantizar la aplicación de estas normas sobre la hipotética ley extranjera designada por la norma de conflicto es mediante su consideración como leyes de policía del foro. En cualquier caso, el debate sobre la naturaleza jurídica de estas normas está abierto tanto para el RGPD como para el resto de leyes digitales europeas.

En tercer lugar, el libro ofrece un detallado análisis de la *extraterritorialidad* que se deriva de los criterios de conexión utilizados en el art. 3 RGDP. De nuevo se aportan conclusiones extrapolables a la interpretación de las disposiciones que establecen el ámbito territorial de las leyes digitales europeas: arts. 1.1 a) RGD, 1.2 RMD, 2.1 RSD, 2.1 PRIA y 1.2 PRD. Resulta acertados los ejemplos que ofrecen las autoras de supuestos en los que esta extraterritorialidad del RGPD pueden provocar solapamientos con las leyes sobre protección de datos de terceros Estados, circunstancia que genera inseguridad jurídica en las empresas y obstaculiza las actividades digitales transfronterizos. Se trata de un problema que justifica la búsqueda de mecanismos de coordinación o, en última instancia, la búsqueda de consensos internacionales para alcanzar un marco normativo internacional si bien, como se indica en el capítulo II (págs. 69 ss), este consenso no parece cercano. También resultan de gran interés las conclusiones que las autoras alcanzan en relación con la STJUE 24 septiembre 2019, *Google vs. CNIL* (ECLI:EU:C:2019:772) que, de nuevo, son extensibles a las leyes digitales europeas: a) que pueden existir normas en el RGDP (p. ej. el art. 17 que regula el derecho al olvido) con un ámbito de aplicación territorial diferente al fijado por el art. 3 RGPD; b) que, en ocasiones, puede ser conveniente que el aplicador del Derecho autolimite el alcance territorial de ciertas normas para congeniar los intereses del foro con los de terceros Estados ya sea por razones de cortesía internacional o por la necesidad de alcanzar una solución más satisfactoria de la situación concreta.

Y, por último, no menos interesante es el análisis que ofrecen las autoras sobre el carácter *incompleto* del RGPD. Con este adjetivo se hace referencia al hecho de que el Reglamento no determina cómo deben regularse aquellas situaciones de protección de datos personales que se pueden plantear ante autoridades europeas pero que están excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento; ni tampoco la ley aplicable a cuestiones que se pueden plantear en situaciones cubiertas por el Reglamento, pero para las que no establece una respuesta. Acertadamente, las autoras critican que la cuestión se remita a las leyes nacionales en la materia por cuanto los Estados miembros han otorgado ámbitos territoriales muy diversos o, como España, ha hecho depender su aplicación del RGPD (a mi modo de ver, acertadamente). Esta solución podría provocar lagunas o una sobrerregulación. Por ello, las autoras abogan por la extracción, de manera implícita y en atención al contenido y finalidad del RGPD, de dos normas de conflicto: una para los supuestos de tutela jurídico-pública (la ley del establecimiento principal del responsable), y otra para los de tutela jurídico-privada (la ley del centro de intereses del titular de los datos). En su opinión, estas normas implícitas deberían plasmarse en normas de conflicto explícitas cuando llegue el momento de actualizar el Reglamento. Las propuestas me parecen bien fundamentadas, pero, a mi modo de ver, se pueden plantear soluciones alternativas. En los supuestos de tutela jurídico-pública, la autoridad competente debe aplicar su propia ley, solución que sintoniza mejor con el carácter jurídico-público de la situación y que, en la mayoría de ocasiones, coincidirá con la ley del establecimiento del

responsable. No creo que sea necesario para alcanzar este resultado introducir una norma de conflicto en este sentido: la correlación *forum-ius* característica de la materia permite llegar a esa solución. En relación con los supuestos de tutela jurídico-privada, estoy de acuerdo con las autoras en la solución propuesta —ley del centro de intereses del titular de los datos que, presumiblemente, coincidirá con su residencia habitual— pero parece más oportuno incorporar dicha norma de conflicto en el R. Roma II aprovechando una futura reforma del instrumento en el que se introduzca, igualmente, una solución conflictual a las obligaciones extracontractual derivadas de vulneraciones de la personalidad. La razón es que ambas normas deben estar en sintonía por cuanto están informadas por los mismos principios. Nada impide, en cualquier caso, como apuntan en algún momento las autoras que la norma de conflicto en materia de protección de datos copie la regulación existen en materia de infracciones de títulos unitarios de propiedad industrial (art. 8.2) e identifique la ley aplicable a los aspectos no regulados por el RGPD. A mi modo de ver, la inclusión de esta norma de conflicto en el R. Roma II reduce la complejidad. Asumir la propuesta de las autoras implicaría que todas las leyes digitales europeas deberían incluir normas de conflicto especiales para determinar la ley aplicable a los aspectos no regulados por el reglamento respectivo, multiplicándose, por tanto, los instrumentos jurídicos que el aplicador del Derecho debe tener en cuenta para la regulación de las situaciones privadas internacionales. Desde un punto de vista de teoría general del conflicto de leyes, parece preferible que las normas de conflicto sobre cualquier materia se concentren en los instrumentos generales sobre ley aplicable, en particular, R. Roma I y R. Roma II y que las leyes digitales europeas o cualquier otro instrumento de Derecho patrimonial europeo se remitan a ellos.

En definitiva, nos encontramos ante una obra que, aparte de ofrecer un detallado análisis de las cuestiones de conflicto de leyes del RGPD, ofrecer interesantes propuestas extrapolables a las leyes digitales europeas, nuevo campo de estudio de los iusinternacionalprivatistas.

Aurelio López-Tarruella Martínez
Universidad de Alicante

Torrecuadrada García-Lozano, Soledad y Rubio Fernández, Eva (dirs.), *La contribución de la Corte Internacional de Justicia al imperio del Derecho Internacional en tiempos convulsos: aproximaciones críticas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 284 pp.

Nos encontramos con una obra colectiva característica de los interesantes productos que han deparado los proyectos de I+D+i que han impulsado la labor académica de nuestras universidades. Como se refiere en el prólogo, se trata del proyecto de investigación sobre "Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia como mecanismo de solución de controversias internacionales" que, otorgado en 2018, y dirigido con acierto por la profesora Soledad Torrecuadrada, catedrática de la Universidad Autónoma de Madrid, ha propiciado la aparición de tres interesantes obras colectivas. La tercera de ellas es la que se comenta ahora.

Las tres obras guardan como rasgo común el abordaje de variados aspectos relacionados con la labor de la Corte In-

ternacional de Justicia, no tanto en los temas procedimentales cuanto en los de carácter sustantivo. Es de subrayar que algunas de las aportaciones que aparecen en la tercera obra colectiva traen causa de las anteriores, suponiendo una vuelta de tuerca a temas ya tratados previamente. Así sucede con la cuestión de los derechos humanos, con la igualdad entre mujeres y hombres en la CIJ, o con la protección internacional del medio ambiente. Es de elogiar puesto que da sentido y coherencia al esfuerzo desplegado a todo lo largo del proyecto de investigación, que se puede enjuiciar como exitoso a la luz de las tres obras colectivas que de él han surgido.

En cuanto a la obra que ahora nos ocupa, necesariamente se trata de una aproximación selectiva, presidida por razones de interés general y en otras ocasiones de oportunidad en lo que hace a la elección de los temas. Convengamos en que el abanico de temas es interesante y llama a una lectura detenida. Digamos que algunas cuestiones son inmarcesibles: los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte, el mecanismo de la *actio popularis*, la perspectiva de género aplicada a la composición de la Corte Internacional de Justicia o las singulares relaciones entre Estados Unidos y el tribunal de La Haya. Otros están íntimamente vinculados con la actualidad: la guerra de Ucrania, la opinión consultiva solicitada por la Asamblea General de Naciones Unidas (AGNU) este mismo año en materia de cambio climático.

Más allá de las disparidades de estilo entre los autores, la obra es de lectura fácil, se encuentra bien sustentada por una masiva jurisprudencia de la Corte y fundamentada en una muy destacable bibliografía, capítulo a capítulo. Subtitulada la obra "aproximaciones críticas", aún siendo unos capítulos más descriptivos que otros, todos ellos acaban por pasar por el tamiz de las valoraciones de cada autor, dando sentido conclusivo a todo lo anteriormente expuesto.

El Capítulo I, responsabilidad de la profesora Soledad Torrecuadrada, tiene por objeto el análisis de la jurisprudencia sobre derechos humanos emanada tanto de la CPJI como de la CIJ. En lo que hace al primero de esos tribunales, dice la autora, se realiza una interpretación progresiva, no muy conocida, favorecida por la inexistencia de normas interpretativas, lo que facilita el recurso al elemento teleológico. En cuanto a la jurisprudencia de la CIJ, se examinan en el trabajo tanto las luces —relación entre los derechos humanos y el DIH, la afirmación de la obligación de respeto de ambos, la naturaleza jurídica de la prohibición del genocidio, etc.— como sus sombras, en concreto que su jurisprudencia haya defraudado en lo que hace al nivel de protección de derechos humanos exigidos por la sociedad internacional en cada momento, sobre todo cuando se han abordado casos de extrema gravedad. Sobre el tema que aborda la autora ha incidido la proliferación de órganos internacionales, judiciales o no, que tocan los derechos humanos. Y que ha implicado la descentralización del sistema internacional. A este aspecto y, en concreto, a las relaciones de la CIJ con los tribunales penales y los órganos de derechos humanos de Naciones Unidas, dedica la autora el último epígrafe. Ese carácter descentralizado, la cohabitación de la CIJ con esos órganos, ha hecho aflorar discrepancias interpretativas y ha subrayado el carácter arcaico y conservador del tribunal de La Haya. El reto de la Corte, que afronta en la actualidad varios casos de derechos humanos, es el de quedar o como "un tribunal con competencia general pero reducible a cuestiones fronterizas o un órgano judicial solvente capaz de impartir justicia real".

En el segundo capítulo, Alfonso Iglesias aborda el análisis de las demandas

de Ucrania contra Rusia ante la CIJ. Siendo este el anclaje de su trabajo con el tema general de esta obra colectiva, el profesor Iglesias aporta en una primera y amplia parte el contexto político en el que surgen tales demandas, lo que le lleva a examinar sucintamente la situación de Ucrania desde la disolución de la URSS. La mayor parte de los esfuerzos se centran en analizar a Ucrania en la posguerra fría y, sobre todo, la ocupación de Crimea y la situación en el Donbás en 2014, junto a la agresión rusa de 2022. Respecto de esta última, se mencionan las condenas en la sociedad internacional, particularmente las reacciones europeas, incluidas las sanciones de la UE a Rusia y el apoyo logístico a Ucrania o la investigación formal del Fiscal de la CPI. Ya más concretamente sobre la Corte, en el último epígrafe del trabajo describe las mencionadas demandas de Ucrania. Respecto de la primera, relativa a la aplicación del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo y del Convenio internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, se da cuenta de la sentencia de la CIJ de 8 de noviembre de 2019 sobre las excepciones preliminares presentadas por Rusia, y que fueron rechazadas. La segunda demanda, relativa a las alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio, se sustancia en el alegato de Ucrania, auténtica pirueta, de que Rusia le acusa falsamente de genocidio y que eso suponía la violación de la citada Convención. La demanda vino acompañada de una solicitud de medidas provisionales. Esto, junto con el alegato de Rusia de falta de jurisdicción del tribunal, es lo que examina Alfonso Iglesias y, en concreto, la respuesta de la Corte en su Providencia de 16 de marzo de 2022 sobre las medidas provisionales. En cuanto a la decisión sobre la competencia, todavía a esta fecha no ha sido tomada por la Corte. Alfonso Iglesias subraya que, en estos dos asuntos, la Corte está siguiendo su línea jurisprudencial anterior en materia de incidentes procesales, aunque "la extrema gravedad de la situación humanitaria en Ucrania le ha hecho ser muy consciente de su especial responsabilidad como órgano judicial de la ONU".

María García Casas, en el tercer capítulo, pasa revista al estado del *ius ad bellum* en el siglo XXI, siempre en su relación con la CIJ. Se ocupa de tres cuestiones: la primera, de la adopción por el tribunal de La Haya de medidas provisionales en casos vinculados al uso de la fuerza en supuestos en los que se discute su jurisdicción, lo que lleva a la autora a sostener que los que asumen la adopción de tales medidas por el tribunal están defendiendo un rol político en la labor judicial. En segundo lugar, se pasa revista a la concepción del *ius ad bellum* en la jurisprudencia de la Corte, referido por tanto al único supuesto permitido: la legítima defensa. En este sentido, la autora observa que la Corte no ha introducido en su argumentario ningún cambio desde el asunto de Nicaragua, Finalmente, en tercer lugar, se procede al examen de la legalidad de las respuestas frente a un acto de agresión, lo que conduce a la autora a la revisión de la legitimidad de las ayudas prestadas a Ucrania por terceros Estados tras la agresión rusa.

En el cuarto capítulo, Carlos Gil Gandía estudia el mecanismo de la *actio popularis* en el Derecho Internacional y el cierre al mismo de la CIJ, pues "la naturaleza cogente de una norma alegada por un tercero no basta para que el tribunal conozca del caso si no tiene jurisdicción sobre el mismo". A esa previsible conclusión llega la aportación de Gil Gandía, que pretende construir muy acertadamente los cimientos de esta etérea *actio popularis* en las normas imperativas y las obligaciones erga omnes. Ello conduce naturalmente a la responsabilidad inter-

nacional dimanante de las infracciones a esas normas, tal como resulta recogida en los arts. 42 y 48 del proyecto de la CDI sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Esto es, en hipótesis, a la defensa de intereses colectivos por terceros Estados no lesionados por el ilícito. Con estos mimbres acaba el autor por examinar la actitud de la CIJ ante la *actio popularis* para desembocar en lo ya dicho, "que la naturaleza imperativa de una norma en un asunto no genera per se la competencia del órgano judicial".

El estudio en el que consiste el capítulo quinto, obra de Jacqueline Hellmman, gira sobre la asistencia consular violentada en los casos LaGrand y Avena, hilo jurisprudencial que sigue con la sentencia de 17 de julio de 2019, en el asunto India c. Pakistán. Aunque la autora habla de protección consular, la substancia de los casos mencionados se refiere inequívocamente a la asistencia consular, esto es, aquella que se contempla en el art. 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares. Descontada esta observación nimia, la autora analiza con corrección los tres asuntos, para concluir a favor de la coherencia de la jurisprudencia de la Corte en ellos y enfatizar la labor fundamental de aclaración de la aplicación del mencionado precepto de la Convención de Viena de 1963.

El sexto capítulo es un interesante trabajo que, de la mano de Juan Antonio Franco Valdez, consiste en una reflexión sobre el poder, el Derecho y los tribunales internacionales, concretado en la relación fluctuante que ha tenido el país hegemón, Estados Unidos, con el tribunal de La Haya. Marcado el país norteamericano en el ejercicio de su poder hacia el exterior por sempiternas tendencias o chauvinistas —de ensimismamiento político— o mesiánicas —de proyección externa— y sobre la base de su posición singular a lo largo del siglo que muestra su hegemonía, busca en la jurisdicción internacional un tratamiento diferenciador para esta potencia singular. El autor calibra desde esta perspectiva la actitud por fases de Estados Unidos en sus relaciones con la CPJI y la CIJ, esto es, desde la época de la emergencia de la judicatura internacional hasta el momento presente. En la fase inicial, el país norteamericano y su visión estuvieron especialmente involucrados; posteriormente, ya consolidada la institución judicial, se desarrolló una fase de autonomía del tribunal que fue causa de un progresivo distanciamiento estadounidense en la medida en que fue alcanzado y afectado por decisiones judiciales. Ello marcó la predilección del Estado hegemón por el recurso a los mecanismos políticos de arreglo, más susceptibles de ser influidos por su poder, y no por someterse al arreglo judicial, no tan permeable a su singularidad política.

Rosa María Fernández Egea, en el capítulo séptimo, aborda la función consultiva de la CIJ en lo tocante al cambio climático. Tras estudiar los retos que este fenómeno presenta al Derecho Internacional y después de dar algunas claves generales sobre la función consultiva de la Corte, examina la autora aquella opinión consultiva, la relativa a la legalidad de la amenaza y el uso de las armas nucleares, que presenta implicaciones ambientales, en la que la Corte reconoció que ese tipo de armas puede tener efectos catastróficos para el medio ambiente y aclaró la existencia y valor jurídico de las normas que conforman el corpus del Derecho Internacional del medio ambiente. Seguidamente la autora analiza el camino hacia una opinión consultiva de la CIJ en materia climática, examinando las potenciales preguntas que podrían dirigirse a la Corte y las ventajas y desventajas de transitar para este fin por la vía de la jurisdicción consultiva. Como destaca la autora, "una OC sobre estas cuestiones, a pesar de no ser vinculante, aportaría una

coherencia muy necesaria en un corpus jurídico fragmentado como el Derecho ambiental, así como en su relación con el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional público en general, al reunir normas, obligaciones y principios y analizar su interacción en el marco del cambio climático". El perspicaz y constructivo análisis de la profesora Fernández Egea se cerró en el tiempo antes de que tuviera una respuesta parcial. En efecto, el 29 de marzo de 2023, la AGNU adoptó finalmente por consenso una resolución solicitando a la CIJ una opinión consultiva sobre las obligaciones de los Estados en relación con el cambio climático. Ahora falta que se pronuncie la Corte y que no defraude su pronunciamiento.

En el último capítulo, Eva María Rubio Fernández estudia la composición de la CIJ en perspectiva de género. Se pasa revista en primer término a la presencia de juezas en la Corte y al impulso de la reivindicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en una institución tan alejada de la paridad. Posteriormente, la autora escoge un planteamiento que se desarrolla en tres frentes: en el primero, se trata de lo que se deriva de la presencia femenina en la Corte, extrayendo las normas internacionales a las que por esa vía se da cumplimiento, como el mismo art. 8 de la Carta de la Naciones Unidas; en el segundo, se investiga, bajo el principio de que las mujeres no han de tener aportación diferencial para justificar su presencia en la Corte, si esto ha sucedido precisamente así. Se concluye que "parece que la aportación que están haciendo las mujeres a la Corte podría residir más en sus características personales, capacitaciones profesionales y procedencias geográficas que de su condición de mujeres". Finalmente, en el tercero, se atisba si la perspectiva de género puede ir abriéndose camino en la Corte, teniendo nuevas oportunidades para afirmarse, lo que puede venir ligado al examen por el tribunal de controversias relacionadas directamente con la protección internacional de los derechos humanos o con cuestiones conexas como la protección internacional del medio ambiente. En definitiva, se defiende con contundencia que "el respeto del principio de igualdad entre mujeres y hombres, transversal, en letra y esencia, es imprescindible que bañe todos los elementos, estructurales y no estructurales, de lo que se necesita que sea, indiscutidamente, el templo judicial universal en la salvaguarda del estado de Derecho y, con él, de la paz y la seguridad internacionales.

En definitiva, una obra atractiva, con una buena selección de temas, bien tratados, apoyados jurisprudencial y bibliográficamente con suma corrección, que alcanza conclusiones interesantes en aspectos centrales de la actividad jurisprudencial de la Corte Internacional de Justicia.

Luis Pérez-Prat Durbán
Universidad Pablo de Olavide

Urbaneja Cillán, Jorge, *La crisis del Estado de Derecho en los Estados miembros de la Unión Europea*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2023, 342 pp.

El Estado de Derecho ocupa, sin lugar a dudas, un lugar central entre los principios y valores sobre los que descansa el proyecto de construcción europea, lo que encuentra una primera manifestación expresa en el artículo 3 del Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949, que identifi-

ca ese principio rector como imperio del Derecho. El simple recuerdo del contexto histórico en el que surge este principio, y otros como la democracia parlamentaria y la protección de los derechos humanos, parecía bastar para asegurar su respeto, o al menos para eludir grandes quiebras del mismo, ante el temor a repetir conductas como las que condujeron a la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, el tiempo pasa y algunos elementos que parecían marcados a fuego en la memoria colectiva se van difuminando. Eso es lo que parece acontecer respecto de este principio del Estado de Derecho que, desde hace algunos años y desde luego en este momento, se ve sometido a una puesta en cuestión que resulta claramente amenazante para la normal convivencia, al menos como esta ha sido entendida en Europa durante décadas. En relación con esa puesta en cuestión vienen rápidamente a la mente algunos supuestos muy concretos, y pareciera que siempre ajenos, como los casos bien conocidos de Polonia y Hungría. Pero, en realidad ese cuestionamiento, cuando no socavación, de dicho principio es, desgraciadamente, mucho más extenso, lo que se pone de manifiesto especialmente en un momento como el actual, cuando en algunos Gobiernos europeos se encuentran representadas ideologías cuya afinidad con estos principios parece cuando menos dudosa.

Pero el problema es que ese cuestionamiento no parece limitarse a unos pocos casos puntuales, y como se decía siempre lejanos o alejados de nosotros, sino que comienza a adquirir un tono general que desde luego también alcanza nuestra realidad, materializándose en el caso español en forma de ariete que utilizan las principales fuerzas políticas de nuestro país, eso sí de manera adecuada a sus respectivos intereses y siempre arrojando el argumento a la cara del otro al que se considera culpable en sentido exclusivo.

En cualquier caso, esta realidad de la puesta en cuestión del Estado de Derecho viene a recordarnos que nada puede darse por adquirido de manera definitiva y que los grandes valores en los que se asienta nuestra convivencia deben ser defendidos de forma constante. Con ese fin se han venido desarrollando acciones en distintos planos en el contexto de las Organizaciones en las que se articula la construcción europea, de manera principal en el Consejo de Europa y en la Unión Europea. Al estudio de todas esas herramientas, incluyendo la aproximación seguida para la aplicación de las mismas en los distintos supuestos, se dedica esta monografía que, ya solo por la mencionada trascendencia de esta cuestión para nuestro futuro como sociedad, debe ser tenida en su debida consideración. A ello se suma en este caso que se trata de un estudio ambicioso, amplio, que no rehúye cuestiones complejas y que en toda circunstancia mantiene una aproximación que se fundamenta en un enfoque puramente jurídico. Esos rasgos positivos vienen reforzados por el rigor que el autor, el profesor Jorge Urbaneja de la Universidad de Alicante, exhibe a lo largo de las más de 300 páginas del estudio que, además, se sustenta en un aparato doctrinal y jurisprudencial más que sólido. A todo ello se suma el profundo conocimiento que muestra el autor del uso de los instrumentos del Derecho internacional y europeo aplicables al caso.

Al presentar la lista de los rasgos positivos de este estudio se hacía alusión a su carácter amplio y ambicioso, que resulta de que, aunque tiene como objetivo principal el examen crítico de los instrumentos creados, o utilizados, en el Derecho europeo para la defensa del Estado de Derecho, ello no obsta que el análisis de este principio vaya más allá, incluyendo cuestiones conceptuales que ni siquiera se limitan al estricto marco continental europeo. En ese sentido, debe destacarse que la monografía comienza con un Ca-

pítulo I en el que, más allá de una mera introducción, se aborda la condición del Estado de Derecho como valor en el ámbito internacional. El examen genérico de este valor político en el plano internacional llega hasta el punto de valorar la posible consideración del mismo como principio en formación de alcance general. No obstante, la realidad parece conducir a considerar que, al menos de momento y desgraciadamente, no se ha progresado mucho en esa dirección y sigue primando la supuesta neutralidad del ordenamiento jurídico internacional en lo que respecta a la estructura y modo de organización de los Estados.

Por otra parte, la mencionada ambición del estudio podría deducirse también del hecho de que no se limite, ya dentro *stricto sensu* de los instrumentos de Derecho europeo en defensa del Estado de Derecho, al caso, quizás más fácilmente visible, de la Unión Europea, sino que añade y, lo que todavía es más relevante, antepone el estudio de esos instrumentos en el contexto del Consejo de Europa. A ello se dedica el Capítulo II, en el que el autor repasa las iniciativas e instrumentos disponibles en esa Organización, que por distintas razones se configura en muchas ocasiones como una fase previa a la acción de la Unión. En este Capítulo, como en los siguientes destinados a la Unión Europea, la monografía aborda un examen muy completo y con sólido fundamento de iniciativas e instrumentos tanto a nivel político, como el mecanismo de supervisión de la Asamblea Parlamentaria, como jurisprudencial, sostenido en un aparato de pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos absolutamente relevante tanto desde el punto de vista cuantitativo como desde el cualitativo. Y a todo ello se añade, como no podía ser de otra manera, la merecida referencia a un órgano como la Comisión para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia), cuyo papel en este ámbito parece difícilmente sustituible.

Los Capítulos siguientes, del III al VI se dedican al estudio, de nuevo crítico, de las herramientas utilizadas en favor del Estado de Derecho en contexto estricto de la Unión Europea, en los que como ya se adelantó con carácter general, el profesor Urbaneja muestra un profundo conocimiento del funcionamiento de la Unión Europea en su perspectiva jurídica, pero no solo en esta sino también en la política o la económica. Estos cuatro capítulos presentan una metodología clara que facilita la adecuada comprensión de los distintos instrumentos creados.

Así, el Capítulo III se presenta como una suerte de introducción de cuestiones quizá ya abordadas anteriormente, pero que ahora se enfocan desde una perspectiva estrictamente centrada en la Unión Europea. En ese capítulo se estudian un abanico de cuestiones que van desde el lugar del Estado de Derecho entre los valores de la Unión, e incluso más allá como elemento central de la propia identidad europea, hasta el contenido de ese valor desde la perspectiva de la Unión. Todo ello como es lógico sin olvidar la presentación de los mejores ejemplos de crisis de ese valor en el escenario europeo actual, con especial mención como ya se apuntó a los casos de Hungría y Polonia, pero sin limitarse a esos más conocidos, sino incluyendo otros supuestos relevantes, como los de Rumanía y Bulgaria. Incluso podría considerarse conectado con esta parte final del Capítulo II el epílogo dedicado al caso español, como consecuencia de la visión que desde las instituciones se tiene de la renovación del Consejo General del Poder Judicial. En todo caso, razones de cercanía conducen a estimar adecuado ese tratamiento en sede específica del supuesto español, lo que resulta además reforzado por el hecho de que en este epílogo el autor no se limita a abordar la posición de las Instituciones

de la Unión, sino que incluye también opiniones al respecto de órganos como la Comisión de Venecia o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A partir de ese Capítulo III, el estudio va abordando progresivamente los distintos instrumentos disponibles en la Unión Europea en función de su naturaleza, comenzando por los de carácter político, para pasar por el jurisdiccional, en este caso centrado lógicamente en el Tribunal de Luxemburgo, y concluir con el recurso, quizá como última *ratio*, a los instrumentos financieros.

En esa sucesión de instrumentos el Capítulo IV comienza abordando los de naturaleza política, que comprenden tanto los procedimientos preventivo y sancionador integrados en el artículo 7 del Tratado de la Unión Europea, como el procedimiento pre-preventivo creado en 2014 con el objetivo de esquivar posibles obstáculos a la aplicación de los anteriores. Comenzar el estudio de los instrumentos usados en defensa del Estado de Derecho en el marco de la Unión por los de naturaleza política resulta claramente lógico teniendo en cuenta la condición del mismo como valor político esencial de la Unión y de sus Estados miembros. Pero, además, concuerda perfectamente con la concatenación cronológica del recurso a los demás instrumentos. A los que, como el profesor Urbaneja señala, se llega por los resultados claramente insatisfactorios alcanzados en la aplicación de estos instrumentos políticos. En efecto, es precisamente el fracaso de la política, lo que el autor apunta como falta de voluntad política en la aplicación de esos instrumentos, lo que va a abrir la puerta a un segundo nivel de acción en la defensa del Estado de Derecho. Ese segundo nivel de acción es la respuesta jurisdiccional a la que se dedica el Capítulo V del estudio.

Así, el Capítulo V aborda el papel de los jueces de Luxemburgo en relación con la protección del Estado de Derecho, superando de esa forma, o al menos intentándolo, la parálisis resultante del fracaso de los instrumentos políticos analizados en el Capítulo anterior. En este caso, y sobre la base de un análisis jurisprudencial verdaderamente amplio, el profesor Urbaneja muestra los caminos intrincados que el Tribunal de Justicia se ve obligado a seguir para cumplir esa tarea. Así, se presta atención de manera principal al recurso que se lleva a cabo a la independencia judicial, en tanto componente esencial del Estado de Derecho, y que el Tribunal utiliza como puerta de entrada en relación con la defensa de ese valor supremo.

Sin embargo, tal como se concluye en ese Capítulo V, la vía judicial, por más que sea relevante, tan solo constituye una respuesta limitada a crisis sistémicas del Estado de Derecho. Y eso abre la vía al último los Capítulos de esta monografía, el VI, en el que se aborda el intento, complejo y no exento de crítica, de servirse de instrumentos financieros para "incitar" al respeto del Estado de Derecho. En este Capítulo ocupa un lugar importante el proceso seguido para la creación del mecanismo de condicionalidad presupuestaria, incluyendo tanto el acuerdo del Consejo Europeo de diciembre de 2020 como la posterior, y como el propio autor viene a reconocer, controvertida confirmación por el Tribunal de Justicia.

El estudio se cierra, como ya se señaló, con el epílogo que se dedica a la renovación del Consejo General del Poder Judicial en España, que antecede a unas amplias conclusiones que vienen a cerrar un análisis serio, riguroso y ambicioso, por su amplitud, de una de las preocupaciones fundamentales del proceso de construcción europea para un próximo futuro.

Los cambios ocurridos en Estados Miembros como Italia o Países Bajos y los que podrían tener lugar como conse-

cuencia de las numerosas elecciones que se celebrarán en 2024 (Austria, Bélgica, Finlandia o Portugal), unido como es obvio a las elecciones europeas del próximo junio, respecto de las que no faltan augurios pesimistas relativos a un eventual reforzamiento de opciones políticas que amén de dudosamente europeístas defienden postulados que casan poco, o nada, con los postulados básicos de ese principio, convierten a esta cuestión de la defensa del Estado de Derecho en una clara prioridad. Esa conclusión se refuerza más si cabe en un contexto internacional no demasiado favorable, que tiene como punto de referencia difícilmente discutible las elecciones presidenciales de los Estados Unidos en noviembre, de nuevo con la alargada sombra de Donald Trump. Por todo ello, estudios rigurosos como el que ahora se recensiona representan una aportación indispensable desde la doctrina iusinternacionalista a ese proceso de defensa de uno de los pilares fundamentales sobre los que se ha apoyado un experimento de paz y progreso sin precedentes en la historia europea y mundial.

Sergio Salinas Alcega
Universidad de Zaragoza