





REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

VOLUMEN 72
2020, NÚM. 2
JULIO-DICIEMBRE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—
MARCIAL PONS

MADRID-2020

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

La REDI ha recibido el sello de calidad FECYT en su VI convocatoria (2018), así como su renovación en 2020.



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

- © ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES
- © MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISSN: 0034-9380
E-ISSN: 2387-1253
DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi>
- Depósito legal: M. 520-1958
- Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
- Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.
C/ Antonio Gaudí, 15
Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)
MADRID, 2020



REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTOR

Jorge CARDONA LLORENS
Universidad de Valencia

CONSEJO DE REDACCIÓN

Montserrat ABAD CASTELOS
Universidad Carlos III de Madrid

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
Universidad de Sevilla

Miguel GARDEÑES SANTIAGO
Universidad Autónoma de Barcelona

Rafael GRASA HERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Barcelona

Jaume FERRER LLORET
Universidad de Alicante

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
Universidad de Barcelona

Inmaculada MARRERO ROCHA
Universidad de Granada

Andrés RODRÍGUEZ BENOT
Universidad Pablo de Olavide

CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA
Universidad de Oviedo

Celestino DEL ARENAL MOYÚA
Universidad Complutense de Madrid

Antonio A. CANÇADO TRINDADE
Universidad de Brasilia

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Universidad Complutense de Madrid

José Antonio PASTOR RIDRUEJO
Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA
Universidad Nacional de Educación
a Distancia

Fausto POCAR
Universidad de Milán

Antonio REMIRO BROTONS
Universidad Autónoma de Madrid

Linda SILBERMAN
New York University

Christian TOMUSCHAT
Humboldt Universität

Tullio R. TREVES
Universidad de Milán

SECRETARÍA DE LA REVISTA

Josep IBÁÑEZ MUÑOZ
Universidad Pompeu Fabra

Redactores

Marta Abegón - María Asunción Cebrián - Guillem Gabriel
Mercedes Guinea - Francisco Pascual - Antonio Sánchez



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

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

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

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

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

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

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

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

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

Suscripciones

MARCEL PONS

San Sotero, 6 - 28037 Madrid

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

revistas@marcialpons.es

La suscripción anual para España (tanto instituciones como particulares) es de 52 euros. Para el extranjero es de 93,60 euros.
El precio por número suelto: 26 euros.



SUMARIO/CONTENTS

	Pág.
Presentación. Consejo de Redacción	13
Editorial. BARBÉ IZUEL, E., <i>El invierno que no llegó: el orden internacional en tiempos de pandemia</i>	15
— Winter Never Came: International Order in Times of Pandemics	

I. ESTUDIOS/STUDIES

MISCELÁNEA/MISCELLANY

ESPALIÚ BERDUD, C., <i>Locus standi de los Estados y obligaciones erga omnes en la jurisdicción contenciosa de la Corte Internacional de Justicia</i>	33
— <i>Locus Standi of States and Erga Omnes Obligations in the Contentious Jurisdiction of the International Court of Justice</i>	
LÓPEZ JIMÉNEZ, J. A., <i>Bielorrusia existe: equilibrio inestable entre una política exterior multivectorial y el Tratado de Unión con Rusia</i>	61
— Belarús Exists: Unstable Balance Between a Multivector Foreign Policy and the Union Treaty with Russia	
PASS, J., <i>China's Institutional Statecraft Within the Liberal International Order: The Asian Infrastructure Investment Bank</i>	89
— El statecraft institucional de China dentro del orden internacional liberal: el Banco Asiático de Inversión en Infraestructura	
PÉREZ DE LAS HERAS, B., <i>La Unión Europea en la transición hacia la neutralidad climática: retos y estrategias en la implementación del Acuerdo de París</i>	117
— The European Union in the Transition Towards Climate Neutrality: Challenges and Strategies to Implement the Paris Agreement	
SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., <i>Acción de responsabilidad parental vinculada a un proceso de divorcio en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111</i>	143
— Parental Responsibility Action Connected to a Divorce Procedure in the New Regulation (EU) 2019/1111	

ESTUDIOS SOBRE ESPAÑA Y EL DERECHO INTERNACIONAL/ STUDIES ON SPAIN AND INTERNATIONAL LAW

ALCOCEBA GALLEGOS, M.ª A., <i>Límites a la discrecionalidad del Estado español en el ejercicio de la protección diplomática</i>	163
— Limits to the Discretion of the Spanish State in the Exercise of Diplomatic Protection	
CRESPO NAVARRO, E., <i>La naturaleza de la protección diplomática en el caso Couso: la compleja relación entre Derecho internacional y Derecho interno</i>	197
— The Nature of Diplomatic Protection in the Couso Case: The Complex Relationship Between International Law and Domestic Law	

	Pág.
SÁNCHEZ LEGIDO, Á., <i>Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza?</i>	235
— The Spanish Pushback Policy Before the Strasbourg Court: Strengthening the Walls of Fortress Europe?	
VERDÚ BAEZA, J., <i>España y los problemas de aplicación del Convenio de aguas de lastre en el área del estrecho de Gibraltar. A propósito del alga invasora <i>Rugulopterix okamurae</i></i>	261
— Spain and the Problems of Application of the Convention on Ballast Water in the Area of the Straits of Gibraltar. On the Invasive Alga <i>Rugulopterix Okamurae</i>	
II. FOROS/FORA	
EL DERECHO DE LAS RELACIONES EXTERIORES/ THE LAW OF FOREIGN RELATIONS	
Nota introductoria. ABAD CASTELOS, M., <i>El Derecho español de las relaciones exteriores</i>	289
— Introductory Note. The Spanish Law of Foreign Relations	
ESPÓSITO, C., <i>El Derecho español de las relaciones exteriores</i>	291
— The Spanish Law of Foreign Relations	
ROLDÁN BARBERO, J., <i>Derecho español de las relaciones exteriores: ¿Un tertium genus?</i>	299
— Spanish Law of Foreign Relations: A <i>Tertium Genus</i> ?	
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 132/2019/ THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT 132/2019	
Nota introductoria. GARDEÑES SANTIAGO, M., <i>El estado de la plurilegalización civil en España tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019</i>	309
— Introductory Note. The State of Civil Pluri-legislation in Spain After the Judgement of the Constitutional Court 132/2019	
ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., <i>La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña. ¿Incidente o punto de inflexión?</i>	313
— The Judgement of the Constitutional Court 132/2019 about Book VI of Catalonia's Civil Code: Incident or Turning Point	
FONT I SEGURA, A., <i>La STC 132/2019, sobre el Libro VI del Código Civil de Cataluña. ¿Una cuestión de principios?</i>	321
— The Judgement of the Constitutional Court 132/2019 about Book VI of Catalonia's Civil Code: A Matter of Principles?	
75 AÑOS DE NACIONES UNIDAS/ 75 YEARS OF THE UNITED NATIONS	
Nota introductoria. GRASA, R., <i>75 años de Naciones Unidas: balance y reflexiones sobre su futuro en el nuevo sistema internacional</i>	329



Pág.

— 75 years of the United Nations: Assessment and Reflections about its Future in the New International System	
RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, I., <i>Algunas reflexiones teóricas sobre la relevancia actual de Naciones Unidas</i>	331
— Some Theoretical Considerations on the Current Relevance of the United Nations	
BARGUÉS, P., <i>La ONU y la idea de «sostener la paz» en un mundo multipolar</i>	341
— The UN and the Idea of «Sustaining Peace» in a Multipolar World	

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

ESPINOSA CALABUIG, R., <i>Evolución y avance en la unificación del Derecho europeo de familia. Relato del éxito de dos proyectos europeos «EUFam's I» y «EUFam's II»</i>	351
— Evolution and Progress in the Unification of European Family Law. Account of the Success in the Two European Projects, «EUFam's I» y «EUFam's II»	

IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY RECENSIONES/BOOK REVIEWS

AGUDO GONZÁLEZ, J. (dir.), <i>Relaciones jurídicas transnacionales y reconocimiento mutuo</i> , Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 310 pp., por J. I. Paredes Pérez.....	359
BARREÑADA, I. (coord.), ABU-TARBUSH, J., ÁLVAREZ-OSSORIO, I. y SANAHUJA, J. A., <i>Entre España y Palestina. Revisión crítica de unas relaciones</i> , Biblioteca del Islam Contemporáneo, Barcelona, Edicions Bellaterra, 2018, núm. 52, 327 pp., por Miguel Hernando de Larramendi.....	361
BEDJAOUI, M., <i>La Guerra de Argelia, una revolución a la altura del ser humano</i> , Valencia, Tirant Humanidades, 2019, 402 pp., por J. A. González Vega.....	362
CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., <i>El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 julio 2012: análisis crítico</i> , 2. ^a ed., Murcia, Rapid Centro, 2019, 734 pp., por E. Castellanos Ruiz.....	364
CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I. (dirs.), <i>Protección de menores y Derecho internacional privado</i> , Granada, Comares, 2019, 341 pp., por S. Adroher Biosca.....	366
CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I. (dirs.), <i>Innovación docente y Derecho Internacional Privado</i> , Granada, Comares, 2019, 168 pp., por D. Carrizo Aguado	368
FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. (coord.), <i>Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional</i> , Madrid, Dykinson, 2020, 297 pp., por R. A. Alija Fernández.....	369
FERNÁNDEZ MASIÁ, E., <i>La transparencia al rescate del arbitraje inversor-Estado</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 168 pp., por M. V. Cuartero Rubio	371

	Pág.
FOTINOPOLOU BASURKO, O., <i>Habitualidad vs. temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional</i> , Atelier, 2019, 216 pp., por N. Fernández Avello	373
GUTIÉRREZ CASTILLO, V. (coord.), <i>Amnistías y justicia transicional. Límites a la luz del Derecho internacional</i> , Sevilla, Aula Magna. Proyecto Clave-McGraw Hill, 2019, 503 pp., por C. Gil Gandía	375
LORENTE MARTÍNEZ, I., <i>Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico</i> , Madrid, Dykinson, 2019, 283 pp., por C. M. Caamaño Domínguez	376
MÁRQUEZ CARRASCO, C., <i>La Unión Europea y los actores no estatales</i> , Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, 234 pp., por A. Manero Salvador	378
PASCUAL-VIVES, F., <i>La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión</i> , Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, 312 pp., por Ch. G. Sommer....	380
RUIZ RISUEÑO, F. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (coords.), <i>El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 737 pp., por P. A. de Miguel Asensio	382
SÁNCHEZ LEGIDO, A., <i>Controles migratorios y derechos humanos</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 232 pp., por N. Arenas Hidalgo	383
SOLER GARCÍA, C., <i>Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i> , Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, 539 pp., por A. Sánchez Legido	385
TORRES CAZORLA, M. ^a I. (coord.), <i>Bioderecho internacional y universalización: el papel de las Organizaciones y los Tribunales internacionales</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 154 pp., por M. Campins Eritja	387



PRESENTACIÓN

En el presente ejemplar el lector ya encontrará el reflejo de alguna de las improntas que el nuevo Consejo de Redacción de la *Revista* manifestó en el número anterior que deseaba imprimir a la *REDI*.

En primer lugar, el editorial de este número de la *Revista* está fuertemente anclado en la actualidad, no pudiendo dejar de reflexionar sobre la pandemia de la COVID-19 en las relaciones internacionales. No hacer referencia a este fenómeno de consecuencias globales habría sido imperdonable en una revista como la *REDI*. Precisamente al hilo de esta situación excepcional, debemos indicar que el proceso editorial se ha podido desarrollar con normalidad, dentro de los plazos previstos, gracias a la diligencia en la actuación de quienes, con distintos roles, han intervenido en la elaboración de la revista a lo largo de estos meses. Gracias adicionales por ello a todos y todas.

En segundo lugar, en la sección de estudios, encontrará una clasificación entre, de una parte, una miscelánea de estudios de Derecho internacional público, Derecho internacional privado y relaciones internacionales, como es habitual en la *Revista* y, de otra parte, un conjunto de estudios que vienen referidos a diversos aspectos de la práctica española del Derecho internacional. Si bien la sección de práctica española de Derecho internacional es una sección clásica de la revista que se sigue manteniendo, en el apartado al que ahora nos referimos no se contienen solo análisis cortos de elementos de la práctica, sino estudios doctrinales que, como todos los estudios, han sido sometidos previamente a evaluación por especialistas ajenos a la organización editorial de la *Revista* aplicándose el método doble ciego.

En tercer lugar, el lector podrá apreciar también el fortalecimiento de la sección del Foro, que inicia el proceso de fomento del contraste de ideas y de discusión doctrinal. Inicio que, en esta ocasión, está también directamente vinculado, en las secciones de Derecho internacional público y Derecho internacional privado, con el Derecho español.

En próximos números seguiremos profundizando en los cambios anunciados.

El Consejo de Redacción





EDITORIAL

EL INVIERNO QUE NO LLEGÓ: EL ORDEN INTERNACIONAL EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Esther BARBÉ IZUEL*

Catedrática de Relaciones Internacionales
Universitat Autònoma de Barcelona

«À partir de ce moment, il est possible de dire
que la peste fut notre affaire à tous»

Albert CAMUS, *La Peste* (1947)

Entre los internacionalistas, el año 2020 venía marcado por celebraciones. Se celebra el 75 aniversario de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 24 de octubre (Día de las Naciones Unidas, desde ese momento), y también el 25 aniversario de la Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en setiembre de 1995. En Europa se celebra el 70 aniversario de la Declaración Schuman, que puso en marcha el proceso de integración europea. Los tres hechos han generado profundas transformaciones de la sociedad, tanto a nivel interno como internacional. Si bien, establecer diferencias entre interno e internacional no tiene ningún sentido cuando nos enfrentamos a «problemas globales» que difuminan las fronteras e, incluso, las estaciones. No en vano, el invierno 2019-2020 ha sido el invierno más caluroso en la Tierra desde que existen registros. En otras palabras, el invierno no llegó (idea inspirada por un título de la revista *The Economist*, «Winter is not coming»). El «invierno que no llegó» suena a «realismo mágico», pero más bien es una acertada alegoría del cambio climático; un problema que está ahí, es bien real, de alcance global y pone en peligro la supervivencia de la humanidad, tal y como ha proclamado Greta Thunberg. La joven activista sueca se ha convertido en la imagen más representativa de la narrativa del desarrollo sostenible —un desarrollo que es capaz de satisfacer las necesidades actuales sin comprometer los recursos y posibilidades de las futuras generaciones—, insistiendo en la responsabilidad de la generación

* Esther BARBÉ IZUEL es, además, Investigadora Asociada Senior en el Instituto Barcelona de Estudios Internacionales (IBEI).

actual y en la necesidad de actuar escuchando a los científicos en la lucha contra el cambio climático.

Volviendo a las celebraciones, el año 2020 es especialmente simbólico en términos de lucha medioambiental. Los ecologistas celebran su 50 aniversario. El 22 de abril es la fecha en la que cada año se celebra el Día Internacional de la Madre Tierra, en recuerdo de un día fundamental para el nacimiento del movimiento ecologista. El 22 de abril de 1970 más de veinte millones de personas, muchos de ellos estudiantes, salieron a la calle en Estados Unidos para exigir medidas contra la degradación medioambiental, con el apoyo tanto de políticos demócratas como republicanos. Pues bien, este 50 aniversario, esperado por los activistas más jóvenes y para el que se había previsto incluso una huelga en las escuelas liderada por Greta Thunberg, ha quedado totalmente eclipsado por la pandemia de la COVID-19, que ha venido a sumarse, como un tsunami, a todos los problemas existentes, generando una crisis de primera magnitud. Como ha escrito Yuval Noah Harari, autor de uno de los libros más aclamados de la última década, *Sapiens*, la pandemia de la COVID-19 es la «mayor crisis de nuestra generación», una crisis que «marcará el mundo en los próximos años».

Estamos frente a una pandemia, una enfermedad infecciosa que une al mundo, lo paraliza y monopoliza las políticas públicas, tanto a nivel local como a nivel global. De pronto, se ha hecho evidente el valor de la salud en tanto que bien público global. Ahora bien, otros problemas relacionados con bienes públicos globales, como la diversidad biológica o la estabilidad climática, no han desaparecido. Al contrario, los analistas y científicos ponen de relieve la conexión entre los problemas de la agenda internacional. No en vano, uno de los eslóganes del primer Día de la Tierra, el 22 de abril de 1970, fue lo que Barry Commoner, pionero del movimiento medioambientalista, definió como la Primera Ley de la Ecología: «Todo está conectado con Todo». Eso es lo que hace precisamente más difícil entender los cambios en el orden internacional de nuestros días. ¿Cómo va a afectar la pandemia de la COVID-19 al orden internacional?

Es imposible responder a dicha pregunta de manera precisa, pero sí es posible avanzar que la COVID-19 no está haciendo nada más que acelerar y potenciar tendencias ya existentes en las últimas décadas; en realidad, desde el final de la Guerra Fría venimos hablando de un *interregnum* en el orden internacional, en el sentido gramsciano de la palabra; es decir, de «una crisis que consiste precisamente en que lo viejo muere y lo nuevo no puede nacer, y en ese lapso de tiempo aparecen los más diversos síntomas morbosos». ¿Cuáles son esos síntomas en el siglo XXI? El académico libanés Gilbert Achcar, autor de *Morbid symptoms. Relapse in the Arab Uprising* (2016), asocia dicho término, por ejemplo, con el triste destino de las primaveras árabes, con la revitalización de la extrema derecha en Europa o con la victoria de Donald Trump en Estados Unidos.

La idea que defienden estas páginas es que los síntomas, en sentido amplio, estaban ahí. Una idea ampliamente aceptada. Así, en la página digital

de *Agenda Pública*, se puede leer que «ni la crisis de la eurozona ni el declive democrático global comenzaron con la pandemia, tampoco el temor a las tecnologías de control, las disputas por la distribución del poder en los Estados o el avance del populismo autoritario y sus valores conservadores, reaccionarios frente a la agenda progresista del feminismo. Estaban ahí, y ahora se resignifican y reconfiguran en el escenario abierto por una crisis con múltiples aristas».

Nada ha comenzado con la pandemia; aunque esta resignifica y reconfigura, como acabamos de ver, y sobre todo ha traído una descomunal incertidumbre. El «invierno que no llegó» es una metáfora de que las estaciones ya venían cambiadas y cómo se gestionaba ese problema, unido a otros de la agenda internacional, es lo que realmente conforma el orden internacional: quién gobierna, con qué ideas y con qué reglas en un sistema de Estados a la vez descentralizado, con Estados soberanos; y globalizado, con problemas que no conocen de fronteras, como el cambio climático o las pandemias; con una economía totalmente interdependiente, basada en cadenas de valor, y con una evolución tecnológica que ha acabado con la idea de tiempo y de espacio (tecnología de la información) y que está acabando con la idea de los límites humanos (inteligencia artificial, biotecnología).

Desde el final de la Guerra Fría, el orden internacional responde, como hemos visto, a un *interregnum*. Vive en estado de crisis. Lo que afecta al poder, a las ideas y a las instituciones que conforman el orden internacional. ¿Qué nos enseña la pandemia de la COVID-19, calificada por Naciones Unidas como «la mayor crisis que ha vivido el mundo desde el final de la Segunda Guerra Mundial», sobre la crisis (valga la redundancia) del orden internacional? Lisa y llanamente, la pandemia revela, de manera dramática, las grandes incertidumbres del orden internacional del siglo XXI, especialmente en torno al liderazgo del sistema, a las paradojas de la soberanía y a la legitimidad de las instituciones internacionales.

LIDERAZGO: NI ESTÁ NI SE LE ESPERA

La COVID-19 nos ha traído una certeza. No tenemos capitán al frente del timón y, como todo el mundo reconoce, estamos a bordo del mismo barco. En otras palabras, vivimos en un mundo sin liderazgo a nivel sistémico. Todo hay que decirlo, en esta crisis, el tema del liderazgo está siendo centro de atención a todos los niveles (local, regional, global) y desde perspectivas diversas: el papel del populismo, el debate entre democracia y autoritarismo a la hora de hacer frente a la pandemia o la eficacia mostrada por Estados con instituciones democráticas sólidas y liderados por mujeres (desde Islandia hasta Nueva Zelanda, pasando por Taiwán).

En el sistema internacional, en tres décadas, hemos pasado del liderazgo indiscutible de los Estados Unidos al inicio de la década de 1990 a un mundo en el que ningún país o ningún grupo de Estados (pensemos en la Unión

Europea) está en condiciones de liderar, ni el sistema lo permite. El liderazgo presupone capacidades (recursos materiales u otros), voluntad y legitimidad. Tras el final de la Guerra Fría, los Estados Unidos reunían los tres requisitos. El Presidente Bush dejó muy clara la voluntad de liderar un «nuevo orden internacional». En realidad, el nuevo orden no era otra cosa que imponer el «orden liberal occidental» al resto del mundo (mercado, democracia, derechos humanos), en su versión neoliberal en lo económico (reducción del Estado frente al mercado). En cuanto a la legitimidad, la situación era inapelable. Francis Fukuyama lo tradujo en su famoso «fin de la Historia» que, entre otras cosas, apelaba al «fin de las ideologías» de Daniel Bell. El liberalismo había ganado la guerra y, tras la derrota del comunismo, no había alternativa ideológica. Además, en términos de resultados, Occidente no en vano era el «Primer Mundo», legitimado para liderar, a pesar de que pronto cambiaron los términos, del mismo modo que cambiaron las condiciones materiales.

La estructura de poder unipolar, que reflejaba las capacidades materiales (militares y económicas) de los Estados Unidos, se acompañaba de un liderazgo hegemónico, que formateó el mundo ideacionalmente y que estableció las reglas sobre la base de las instituciones multilaterales existentes, creadas tras el final de la Segunda Guerra Mundial (Bretton Woods), durante la Guerra Fría (OTAN) o tras la Guerra Fría (OMC), pero, en cualquier caso, controladas por el mundo occidental. El liderazgo estadounidense ha merecido entre los analistas términos cargados de significado, aunque no necesariamente excluyentes. Así, los Estados Unidos fueron calificados de República Imperial por Raymond Aron, pero también como proveedor de bienes públicos globales por Robert Gilpin. Esto último es relevante si nos enfrentamos al caso de una crisis de salud global, como ocurre con la COVID-19.

El orden del G-7, liderado por Estados Unidos, se debilitó con el ascenso de las economías emergentes. En 2001, Goldman Sachs construyó una idea-fuerza —los BRIC: grupo de países formado por Brasil, Rusia, India y China—, para lanzar un mensaje: dado el crecimiento económico de estos países, el PIB agregado de los BRIC superaría el PIB agregado del G-7 en 2002 y, a partir de ahí, se establecería una carrera entre los países más desarrollados y los países emergentes para subir lo más alto posible en el ranking. La historia es bien conocida en el caso de China. Cualquier cifra prevista se ha quedado atrás. En 1995, China suponía el 2 por 100 del PIB mundial nominal; en 2003, el 4 por 100 y en 2018, el 15,9 por 100, convirtiéndose en la segunda economía del mundo, por detrás de Estados Unidos (24 por 100 del PIB mundial). Japón, pasó de segunda a tercera economía en 2011 y hoy está por debajo del 6 por 100 del PIB nominal total. Si las cifras se presentan en forma de PIB PAA (Paridad de Poder Adquisitivo), utilizado para comparar el nivel de renta entre países, China es, según el FMI, la primera economía del mundo desde 2014.

De esta manera, se cierra el ciclo de dos siglos de dominio occidental sobre la economía internacional. Los amantes de los ciclos largos pueden razonar que hemos vuelto a la «normalidad». Entre el año 1000 y principios del

siglo XIX, la China imperial fue la primera potencia económica del mundo. Si tomamos en consideración las previsiones actuales de los analistas, China podría situarse por delante de Estados Unidos, en términos de PIB nominal, hacia el año 2032. ¿Cómo se traduce en términos políticos? China traduce sus resultados económicos en una narrativa muy elaborada, si atendemos a las intervenciones de sus representantes en Naciones Unidas (Debate General de septiembre de 2019), para construir una imagen de potencia basada en su peso histórico (una civilización de cinco mil años), su carácter de país en desarrollo y sus resultados económico-sociales, que han conseguido sacar a 850 millones de personas de la pobreza, un «milagro en el devenir de la humanidad». Legitimación de China como líder por la vía de los resultados y China como modelo para el Sur global son dos ideas que refuerzan el papel de Beijing en el mundo. En suma, China se sitúa en una situación de competición con Estados Unidos, que se ve en decadencia, en lo material, y desafiado, en lo político.

El avance económico de China ha acarreado en Estados Unidos un debate en torno a las intenciones de la potencia emergente y a las estrategias que hay que adoptar, tanto en el ámbito académico como en el político y en el empresarial. Muestra de ello es el libro de Graham Allison, *La trampa de Tucídides* (2017), que ha tenido gran éxito intelectual y político. El mismo Xi Jinping rechazó en público la hipótesis del libro, tildándola de pensamiento muy americano. La expresión «Trampa de Tucídides» hace referencia a la hipótesis de que la competición por el poder entre una potencia declinante y otra en ascenso las empuje casi inevitablemente a la guerra entre ellas, como muestra el caso de Atenas y Esparta, que condujo a la Guerra del Peloponeso. Esta Trampa se convierte, según Graham Allison, en un patrón histórico, si se analizan los últimos quinientos años.

Ahora bien, si analizamos la competición entre China y Estados Unidos nos encontramos con un escenario muy diferente del que nos podían ofrecer las potencias europeas de siglos anteriores y mucho más próximo a las vivencias de la COVID-19, momento en el que los europeos hemos dejado de vernos como el «modelo para el mundo» para pasar a sentirnos «dependientes» de China. La pandemia ha puesto de manifiesto no la Trampa de Tucídides, pero sí la trampa de la globalización económica; fundamentada en las cadenas de valor para la producción manufacturera, también en materia sanitaria y farmacéutica. Al margen de mascarillas o respiradores, Europa no fabrica ni un gramo de paracetamol, por poner un ejemplo bien próximo a todo el mundo. El 80 por 100 de la fabricación mundial de fármacos se hace en China y en India. Dependemos de Asia.

En otras palabras, la competición entre China y Estados Unidos es una competición más 5Geopolítica que una competición tradicional entre potencias, como las que analiza Graham Allison. Si se hace mención a 5Geopolítica es porque justo en el liderazgo tecnológico (Inteligencia Artificial, 5G, *cloud*, *blockchain*, computador cuántico) es donde se visualiza más claramente la competición entre las dos potencias. El registro de patentes es un indicador

de la potencia tecnológica y de innovación de los Estados. Y, en 2019, China superó a Estados Unidos, presentando 5.900 solicitudes de registro en la OMPI, muchas de ellas de Huawei y, en buena medida, vinculadas a implementación de 5G y a ciberseguridad. Esta claro que ambos Estados persiguen ejercer como líderes en nuevas tecnologías (una estrategia de Estado en el caso de China y una lógica más empresarial en el caso de Estados Unidos). No es baladí citar a las empresas. Una de las evidencias en términos de poder que va a dejar la COVID-19 es la consolidación a una velocidad más rápida de lo que ocurría hasta ahora del poder económico en manos de las grandes empresas de tecnología de la información, tanto en el caso de China como de Estados Unidos (Google, Facebook, WeChat), que manejan macrodatos (*Big Data*). Ciertamente, la competición se extiende a otros ámbitos, como el comercio, más allá de los productos tecnológicos, y la seguridad, en el sentido más clásico (control del Mar de China y del Sur de Asia como zonas más destacadas).

La estrategia de Estados Unidos, como potencia en declive, si adoptamos una lógica de suma cero, se entendió como una relación constructiva durante el periodo Obama, con medidas como la negociación del Acuerdo Trans-Pacífico para contener el rol comercial de China en la región o la adopción de un discurso negociador, como se puede ver en la Estrategia de Seguridad de 2015. En la misma se opta por «gestionar la competición entre los dos países desde una posición de fuerza». Y la idea de liderazgo está ahí, como fundamento del papel de Estados Unidos en el mundo desde el final de la Segunda Guerra Mundial. En palabras del Presidente Obama, los «Estados Unidos lideran» ya que «somos el país indispensable. Y cuando surgen problemas en cualquier lugar del mundo, no llaman a Pekín. No llaman a Moscú. Nos llaman a nosotros».

Contrariamente, la estrategia de Estados Unidos del Presidente Trump se asienta sobre una lógica amigo-enemigo, una rivalidad sistémica. Independientemente de las razones, muchas de ellas compartidas por la administración Obama y por otros países occidentales, la diplomacia de Washington ha planteado la rivalidad que supone China en términos de amenaza y dejando de lado el papel de liderazgo de Estados Unidos en el mundo. No hay narrativa sobre objetivos mundiales (paz, desarrollo sostenible). El discurso de Trump se asienta en una única idea «América primero», que dinamita las bases normativas del multilateralismo, mecanismo tradicional del liderazgo estadounidense. Así, la Estrategia de Seguridad de 2017 apunta que China no solo desafía el poder y los intereses de Estados Unidos, sino que erosiona su seguridad y su prosperidad; el «poder de China se ha expandido a costa de Estados Unidos». En suma, China es una «amenaza sistémica» para Estados Unidos en una lógica trumpiana/empresarial, de resultados contables.

La COVID-19 ha creado una crisis que impacta de lleno en el ámbito de mayor rivalidad entre las dos potencias (investigación, desarrollo e innovación) y genera las posibilidades para que ambas intenten ganar reconocimiento y reputación y, con ello, mayor poder en el sistema internacional. A

medida que la pandemia se ha ido extendiendo, los dos países, cuya relación se había ido deteriorando a pasos agigantados bajo el mandato de Trump (aranceles comerciales, bloqueo de inversiones chinas en Europa, etc.), se han enzarzado en una guerra de recriminaciones sobre el origen y la gestión de la pandemia. Estamos frente a una gran escenificación, que Trump ha convertido, en muchos momentos, en una gran parodia de sí mismo. El término de «virus chino», utilizado habitualmente por el presidente estadounidense, tiene un uso estratégico: mermar la reputación de China en el mundo y, más allá, convertirla en una amenaza para todos (creación de un virus de laboratorio).

La estrategia china, por su parte, se ha centrado sobre todo en la diplomacia médica, una vez superado el pico de la pandemia en aquel país. El envío de material sanitario a Italia, por poner un ejemplo, ha sido un éxito en términos de imagen; como mínimo, a corto plazo. En las encuestas de opinión pública, en Italia y otros países occidentales, gana por goleada China cuando se pregunta por cuál de los dos países ofrece mayor confianza frente a la gestión de la pandemia. China, cuyo poder material ya estaba más que reconocido, ha ampliado su poder ideacional, mediante la propaganda y la creación de mensajes sobre el origen del virus (un laboratorio estadounidense). El desafío por parte de China se traduce en acciones como la subida a las redes de una breve animación, «Érase una vez un virus», en la que dos figuras de Lego —un guerrero de Xian y la Estatua de la Libertad, los dos con mascarilla— representan a ambos países. Su diálogo es una burla de la respuesta de Estados Unidos a la COVID-19.

Lo cierto es que el origen del virus se ha convertido en un juego de culpas mutuas y, a partir de ahí, cualquier investigación para determinar su origen con la intención de crear sistemas de alerta temprana, como ha exigido la presidenta de la Comisión Europea, es inviable. China es reticente a una investigación internacional sobre el origen del virus. Lo que no es ninguna novedad en su comportamiento, si tenemos en cuenta el rechazo habitual de China a adoptar mecanismos de transparencia y de rendición de cuentas como práctica internacional. Como ha escrito Branco Milanović, China ha aprendido que hay normas para países grandes y normas para países pequeños y que China, como Estados Unidos, no aceptará las que no le convienen.

Está claro que la pandemia ha acelerado, en términos de Andrés Ortega, la «diplomacia agresiva» entre las dos potencias, a la vez que ninguna de las dos ejerce, o intenta ejercer, como líder global, poniéndose al frente de acciones colectivas para salir de la crisis. China no lo ha hecho, hasta ahora, y Estados Unidos ha abandonado la función, que tradicionalmente ha ejercido en otras crisis sanitarias (ébola, sida/VIH, H1N1). Estamos en un mundo de G-0, término de Ian Bremmer. No hay líder, ni se le espera. El secretario general de Naciones Unidas, António Guterres, lo ha dejado bien claro; en sus propias palabras, «la relación entre las grandes potencias en el mundo actual es muy disfuncional [...] es obvio que nos falta liderazgo».

SOBERANÍA: LA PARADOJA DEL REGRESO DEL ESTADO

La pandemia de la COVID-19 ha traído a escena un rearme de la soberanía, un proceso de renacionalización o el regreso del Estado; el término que se prefiera, pero, en cualquier caso, lo evidente es que las medidas para luchar contra el virus se han ajustado, en buena medida, a la narrativa de «mi país primero», en palabras de Pol Morillas. En términos analíticos, se ha impuesto el comportamiento del Estado esperado por un realista, un Estado solo puede contar consigo mismo para estar seguro (*self help*). Para el sociólogo, la situación de vulnerabilidad que puede sentir una sociedad frente al peligro de una pandemia la lleva, como ha escrito Lamo de Espinosa, a «buscar refugio en lo conocido». Y ahí está el Estado (junto a la familia) como refugio, frente a un virus biológico. El virus ha radicalizado un proceso ya en marcha y que podíamos percibir en los Estados occidentales.

En las sociedades occidentales, la entrada en el siglo XXI se caracterizó por el crecimiento de una sensación de inseguridad. Anthony Giddens habló de una «sociedad de riesgo», preocupada por la seguridad. Las consecuencias las conocemos: repliegue nacional, rechazo del Otro y aceptación de medidas excepcionales en nombre de la seguridad (securitización de la agenda política), empezando por el lenguaje. El uso del término «guerra» en la lucha contra la COVID-19 es elocuente en ese sentido. Pues bien, el sentimiento de vulnerabilidad o inseguridad, que alcanza niveles no conocidos por las sociedades occidentales desde la Segunda Guerra Mundial, se había gestado con crisis anteriores: la Gran Recesión, que comenzó en 2008, y los ataques terroristas del 11/S, de 2001.

En términos de vulnerabilidad, la Gran Recesión ha comportado una reacción de la sociedad frente a la globalización económica, vista como un «capitalismo salvaje» en términos de Bernie Sanders, que ha dejado en la cuneta a una parte importante de la población en el mundo desarrollado. Entre otras cosas, la salud pública se ha visto claramente afectada por los recortes necesarios para hacer frente a la estabilidad presupuestaria exigida a los países en el marco de la Unión Europea. Así, en la última década hemos vivido, a la vez, síntomas de desglobalización (repatriación de capital, disminución del comercio internacional) y, de manera muy evidente, una polarización social vinculada a la percepción que los ciudadanos tienen, y adquieren a través del discurso político, sobre la globalización y la integración, en el caso de la Unión Europea. Tanto es así, que los politólogos en Europa hablan de una nueva fractura muy polarizada, la politicización (*politicization*), que sustituye o se solapa con la tradicional fractura ideológica entre izquierda y derecha; una fractura que divide a los votantes entre nacionalistas, soberanistas o comunitaristas, por un lado, y globalistas, cosmopolitas o europeístas (en el caso de la Unión Europea), por el otro.

Así, la renacionalización en tanto que expresa la voluntad de desglobalizar y deseuropeizar se ha convertido en dinamizadora de la vida política occidental, generando polarización hacia dentro y hacia fuera de los Estados. Donald

Trump es el mejor ejemplo en ese sentido. En el Debate General de Naciones Unidas, en setiembre de 2019, planteó su visión mundial en términos de polarización: «El futuro no pertenece a los globalistas, pertenece a los patriotas, a los Estados soberanos e independientes que respetan las diferencias que hacen a cada país único». En el caso de la Unión Europea, la crisis del euro, pero sobre todo la crisis de los inmigrantes de 2015, han favorecido un fuerte discurso comunitarista y de rechazo del Otro, asumido por grupos políticos de extrema derecha en numerosos países de la Unión y que ha dinamizado el *Brexit* en el Reino Unido. Victor Orbán es, posiblemente, el mejor ejemplo de la posición soberanista en materia de migración —«los países que no paren la migración están perdidos»— y de la confrontación, según él, entre lo nacional (la patria) y lo internacional o los sin patria, que no tienen ni honor, ni principios y se creen amos del mundo. Estas palabras, sin nombrarlo, están dedicadas al financiero judío, de origen húngaro, George Soros.

Los atentados terroristas del 11/S, por su parte, fueron el punto de inflexión en cuanto a la percepción de vulnerabilidad entre los occidentales ya en el siglo XXI. Las medidas adoptadas, a partir de ese momento, plantean uno de los grandes debates a los que se enfrenta la lucha contra la COVID-19: la tensión entre libertad (estado de Derecho) y seguridad (lucha contra el terrorismo o contra el virus). Al margen de los atentados contra la libertad y la integridad física de las personas (secuestros, tortura) en nombre de la «guerra contra el terrorismo», el acceso a los datos privados (cuentas bancarias, teléfonos) entró de lleno en el ámbito de la privacidad de las personas. La COVID-19 no ha hecho sino darle todo su alcance al tema en un momento en que el desarrollo tecnológico permite un uso tal de los datos individuales que se llegan a poner en duda los derechos y la privacidad de las personas, fundamento de los sistemas liberales.

La COVID-19 ha desatado, como ha dicho Josep Borrell, una «batalla global de narrativas», entre el liberalismo individualista de Occidente y la ética comunitaria de Oriente, en lo relativo al uso de datos, o entre nacionalistas y globalistas, en lo relativo a la gestión de la frontera (comercio, movilidad de personas). Lo cierto es que hemos dejado atrás ideas muy asentadas durante años en el ámbito económico, desde la «retirada del Estado» de Susan Strange hasta la más discutible «muerte del Estado» de los hiperglobalistas. Contrariamente, hoy en día la idea dominante es que la pandemia ha generado «un renacimiento de la ciudad amurallada», en términos de Henry Kissinger. Frente a la pandemia, la narrativa de «mi país primero» ha marcado en buena medida las políticas adoptadas, sin ir más lejos en la Unión Europea. Así, los Estados tomaron medidas como la limitación para exportar material sanitario (mascarillas, respiradores) entre los países de la Unión o el cierre de fronteras entre Estados sin ninguna coordinación a nivel europeo. La imagen del «sálvese quien pueda» y de la reafirmación total de la lógica nacional dejó bien atrás la noción de «Estado europeo posmoderno» (soberanías compartidas), acuñada por Robert Cooper al inicio del siglo XXI, en el sentido de progreso histórico del orden internacional.

La paradoja es que el rearme de la soberanía nacional se da justamente frente a una pandemia que afecta a un bien público global, la salud, que, por definición, no conoce de fronteras estatales. La incorporación del acceso a la salud y al bienestar en los Objetivos de Desarrollo Sostenible se asienta en su carácter de Derecho Humano y Bien Público Global, un bien que no excluye a nadie y que no genera rivalidades. Desgraciadamente, la actitud de empoderamiento nacional frente a los problemas globales está ahí. Tampoco es ninguna novedad, si pensamos en la gobernanza del cambio climático o, mejor dicho, en las dificultades para crear mecanismos de gobernanza creíbles y eficaces, como hemos visto sucesivamente con el Protocolo de Kioto y con los Acuerdos de París. Y tampoco era inesperada una crisis como la de la COVID-19. La gripe asiática de 2004, la gripe A de 2009 y el ébola desde 2012 han sido toques de atención que han llevado a las instancias internacionales de salud y a las estrategias nacionales de seguridad (la española, de 2017, por ejemplo) a prever una crisis por una enfermedad infecciosa de amplio alcance en un planeta hiperconectado. Sin embargo, el mundo occidental actuó con una cierta condescendencia frente a la extensión del virus en China a principios de 2020. A pesar de las estrategias *in mente* y del avance del virus en China, según Pedro Alonso (director del Programa de Malaria de la OMS), «la soberbia y el localismo occidental nos impidió reaccionar a tiempo».

Se reaccionó tarde y descoordinadamente, recurriendo al refugio del Estado soberano. Lo que genera otra paradoja más, si atendemos a lo que escribe el filósofo coreano Byung-Chul Han en *El País* (22 de marzo), para quien las decisiones de los Estados europeos (estado de alarma, cierre de fronteras) responden a viejos modelos de soberanía, teniendo en cuenta que hoy «Es soberano quien dispone de datos». Lo que nos remite al uso por parte de los Estados de los macrodatos (*Big Data*) acumulados por las empresas tecnológicas —utilizados regularmente, a pesar de la regulación existente, con fines comerciales— para vigilar digitalmente a los ciudadanos y controlar así la expansión del virus. Ahí radica, según los expertos, el éxito inicial de China, Taiwán o Corea del Sur en el control de la epidemia en sus países. Una cuestión más que emerge radicalmente con la COVID-19 y que, de alguna manera, ya está presente en el debate político europeo a través del discurso de los partidos políticos nacional-populistas, en torno al peligro que viene de fuera (en este caso, un virus) y a la necesidad de aumentar la vigilancia por parte del Estado para ofrecer más seguridad a los ciudadanos.

En suma, la pandemia contextualiza y da mayor relieve a dos fenómenos. Por una parte, la preocupación mostrada por intelectuales occidentales en torno al poder de las grandes empresas tecnológicas (Google, Facebook) para acumular datos y manipular comportamientos, recogida en el libro de Shoshana Zuboff, *The Age of Surveillance Capitalism* (2019), poniendo en peligro la libertad y la democracia. Por otra parte, los discursos nacional-populistas que cuadran bien con la lógica de «mi país primero» en contra de la gobernanza internacional. Así lo recogió el historiador israelí, Yuval Noah



Harari en un artículo en el *Financial Times* (20 de marzo), muy difundido en la prensa internacional: «En estos momentos de crisis nos enfrentamos a dos decisiones importantes. La primera, entre vigilancia totalitaria y empoderamiento ciudadano. La segunda, entre aislacionismo nacional y solidaridad global».

INSTITUCIONES: VACÍO DE GOBERNANZA

La pandemia de la COVID-19 nos deja con una sensación de vacío, lo llamemos como lo llamemos: vacío de gobernanza, fracaso de la cooperación internacional, crisis del multilateralismo o deslegitimación de las instituciones. No es una situación nueva para cualquier observador del orden internacional de las dos últimas décadas. Simplemente, ahora se ha hecho mucho más evidente y tiene un mayor alcance social, dado el problema que nos afecta: una enfermedad infecciosa que ha alcanzado nivel de pandemia, afectando no solo a las poblaciones habituales (África, Asia) sino también al mundo occidental, y cuyas consecuencias son simultáneas, directas e inmediatas para la vida de las personas, a diferencia de los efectos del cambio climático.

Las instituciones internacionales no tienen una lectura unívoca. Existe una idea dominante; eso es cierto. De hecho, las organizaciones internacionales nacieron de la mano del pensamiento liberal para ofrecer soluciones a problemas comunes. Ahora bien, el pensamiento realista nos explica una historia diferente, al hacer de las instituciones un espacio de poder para los Estados, útil tanto para defender sus intereses como para legitimar sus ideas, haciendo de las mismas ideas universales. Más allá de la racionalidad instrumental (los Estados cooperan para solucionar problemas comunes o cooperan si tienen incentivos para hacerlo; o sea, ganancias en términos de poder), el pensamiento constructivista, muy implantado desde el final de la Guerra Fría, tiene una historia diferente sobre las instituciones internacionales. Las instituciones no solo reflejan poder o solucionan problemas comunes, sino que ayudan a explicar cómo emergen y se difunden las normas a través del sistema internacional y cómo los Estados cambian sus intereses y evolucionan. Son «escuelas» para los Estados, con capacidad transformadora. Y, en ese sentido, su función de legitimación colectiva es un buen ejemplo.

Pues bien, la COVID-19 nos lleva a una lectura realista del momento actual. Pensemos en la OMS o en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, dos casos relevantes. En ambos casos, la institución como espacio de lucha por el poder es la explicación más plausible. De ahí que hablemos de fracaso de la cooperación, en clave liberal, o de deslegitimación de las instituciones, en clave constructivista.

Desde la óptica liberal, los neoinstitucionalistas, liderados por Robert Keohane, explican que las instituciones, entendidas como conjuntos de reglas formales e informales, son la causa de la cooperación internacional, ya

que pautan el comportamiento de los Estados, generan normas (estándares de comportamiento) y disminuyen la incertidumbre. Tal y como oímos desde que comenzó la pandemia, la incertidumbre nunca había sido mayor desde el final de la Segunda Guerra Mundial, como mínimo en Occidente. Indicador suficiente para hablar de fracaso institucional.

En clave constructivista, la legitimidad de las instituciones es un factor fundamental para funcionar correctamente. Ello nos lleva a recordar el trabajo clásico, de 1966, de Inis Claude sobre el papel de los órganos de Naciones Unidas. En él nos decía que, a pesar de sus limitaciones legales y de la falta de instrumentos de poder, los órganos de Naciones Unidas son importantes gracias a la demanda que existe de su actuación; es decir, están legitimados. La legitimidad de la organización viene determinada por la demanda de sus acciones. Pues bien, la COVID-19 ha arrasado con la legitimidad de las instituciones internacionales si nos detenemos en los casos de la OMS y del Consejo de Seguridad.

Todo hay que decirlo, los problemas de legitimidad de las instituciones no han llegado con la pandemia. Estaban ahí, si pensamos que la legitimidad —la demanda de actuación institucional—, se debe o bien a sus resultados (solucionan problemas) o bien al sentimiento de pertenencia existente entre sus miembros. En efecto, crisis del multilateralismo y siglo XXI van a la par. Las grandes manifestaciones de Seattle contra la OMC, en 1999, fueron el punto de arranque de un movimiento antiglobalización que desveló los miedos y la preocupación social existente en torno a cómo la transferencia de autoridad política a expertos e instituciones internacionales no soluciona problemas; al contrario, los crea. En ese sentido, la globalización y la integración europea pueden ser consideradas como dos caras de una misma moneda. Las dos están bajo sospecha en términos de resultados. En efecto, desde la sociedad occidental se contesta tanto la transferencia de autoridad del Estado a instituciones globales como la neutralidad de los expertos de la gobernanza, quienes, durante la Gran Recesión han salvado el crecimiento y el sistema financiero, pero no a las personas y al planeta. La expresión «hombres de negro» es ilustrativa, en el caso de muchos países de la Unión Europea, de su deslegitimación frente a la sociedad.

A nivel interestatal, los problemas de deslegitimación de las organizaciones internacionales están ahí desde el mismo momento de su creación, dada la distribución de poder dentro de las organizaciones en el marco del orden internacional liberal, liderado por Estados Unidos. La emergencia de nuevas potencias y el empoderamiento del Sur Global en el marco del siglo XXI desvelan los problemas de representatividad en las instituciones (FMI, Consejo de Seguridad), deslegitimándolas. El reequilibrio de poder en el orden institucional, solicitado por China, sobre todo a partir de la Gran Recesión, y por otras potencias emergentes y regionales, no ha tenido lugar. De ahí, la crisis de instituciones existentes y la creación de instituciones alternativas, lideradas por China, en el ámbito financiero, como el Banco Asiático para Inversión en Infraestructura (AIIB).

El resultado es que las instituciones, fundamento del orden internacional liberal, no se han adaptado a la nueva realidad (redistribución del poder, crecimiento de la desigualdad, nuevos problemas globales). Tony Judt en su obra *Algo va mal* (2011), uno de los libros más leídos por los estudiantes de ciencias sociales en la última década, nos ha dejado un análisis oportuno, en forma de metáfora bíblica, sobre la incapacidad de Occidente para aceptar la adaptación del «orden institucionalizado» a las nuevas realidades: «No cabe duda de que la caída del muro de Berlín [...] marcó una transición muy importante en la que millones de hombres y mujeres quedaron libres de una ideología funesta y periclitada, y de sus instituciones autoritarias. Pero nadie podría afirmar que el comunismo fue seguido de una era de tranquilidad idílica. [...] En cuanto a los mercados libres, desde luego que florecieron, pero no está claro para quién. Occidente —Europa y Estados Unidos, sobre todo— perdieron una oportunidad única de reconfigurar el mundo en torno a instituciones y prácticas internacionales consensuadas y perfeccionadas. Por el contrario, nos relajamos y nos congratulamos por haber ganado la Guerra Fría: una forma segura de perder la paz. Los años que van de 1989 a 2009 fueron devorados por las langostas».

Es más, Estados Unidos ha erosionado desde dentro el multilateralismo que legitimaba su papel de líder del orden internacional. El ataque de Estados Unidos a Irak, en 2003, sin mandato del Consejo de Seguridad, fue un paso decisivo en ese sentido. Los intentos del Presidente Obama por reorientar a Estados Unidos hacia la senda del «multilateralismo crítico» han dado paso a la negación total del multilateralismo, en tanto que ejercicio de reciprocidad difusa, bajo Donald Trump. Lo que ha llevado a la salida de Estados Unidos de instituciones de signo diverso a nivel global y regional (Acuerdos de París, INF, TPP, acuerdo sobre no proliferación nuclear de Irán), a la retirada de financiación (UNESCO, UNRWA) o a su bloqueo (OMC). Estamos en «punto muerto» o, aún peor, con la COVID-19, las instituciones están totalmente determinadas por la rivalidad geopolítica entre Estados Unidos y China. Lo vemos en el caso de la OMS y del Consejo de Seguridad, con efectos negativos que afectan a la capacidad operativa, a los valores y a las prácticas (negociación, por ejemplo) de las organizaciones.

La OMS, fruto del orden liberal posSegunda Guerra Mundial, ha sido tablero de rivalidades políticas a lo largo de los años: escenario en la Guerra Fría del enfrentamiento entre dos sistemas sanitarios situados en las antípodas (Estados Unidos y Unión Soviética) o arena de la batalla política del Vaticano contra los anticonceptivos. Ya en el siglo XXI, la Organización ha recibido críticas por su proximidad a la industria farmacéutica o por su lentitud para responder a la crisis del ébola. En 2017, la elección del etíope Tedros Adhanom Ghebreyesus como director general fue simbólica; el primer africano en dirigir la OMS y la primera vez que todos los Estados miembro participaban en la elección. La prioridad de Tedros como director de la OMS —el acceso universal a la salud— no gustó entre grandes contribuyentes a la Organización, como Estados Unidos, partidarios de una OMS centrada en la

lucha contra las enfermedades infecciosas. Trump, de acuerdo con su lógica antimultilateralista, propuso ya en ese momento reducir la contribución a la Organización.

Ahora bien, la COVID-19 ha agravado las crisis y diferencias internas anteriores, ya que ha hecho de la OMS el escenario fundamental del enfrentamiento geopolítico entre China y Estados Unidos. Las acusaciones de Estados Unidos en el sentido de que la OMS encubrió a China durante las primeras semanas, apoyando incluso su defensa de la no transmisión del virus entre humanos, acabaron con la decisión de Trump de suspender el pago del año en curso a la Organización. Estados Unidos es el primer contribuyente, un 14,67 por 100 del presupuesto, frente al 1 por 100 de China. El segundo contribuyente al presupuesto de la OMS, la Fundación Bill y Melinda Gates, anunció un aumento de su contribución para paliar los efectos de la decisión del Gobierno estadounidense, con el argumento de que la OMS es la única organización global capaz de combatir la crisis.

Las dudas sobre la actuación de la OMS en las primeras semanas, siguiendo el ritmo marcado por China, están ahí, deslegitimando aparentemente su actuación, pero, la reacción del secretario general de Naciones Unidas y de los países occidentales, aliados de Estados Unidos, ha sido salir en defensa de la OMS como mecanismo multilateral necesario para combatir la pandemia y dejar para más adelante la revisión de los errores que se hayan podido cometer. Hasta dónde llegan esos errores y qué consecuencias tienen ya es motivo de análisis, con opiniones muy diversas. El sinólogo italiano Francesco Sinci ha escrito en la revista *Asia Times* (23 de abril) que la pandemia no es la causa, sino la consecuencia del enfrentamiento geopolítico entre China y Estados Unidos. Este argumento abre una lectura negativa en términos funcionales de la OMS; poco puede hacer la Organización cuando se enfrenta a «una auténtica enfermedad geopolítica, no a un virus».

También es negativa la lectura que hay que hacer del papel desempeñado por el Consejo de Seguridad —«infectado por el virus geopolítico»— incapaz de adoptar una resolución en apoyo de la propuesta, lanzada por el secretario general, de cese el fuego para luchar contra la pandemia en tanto que «amenaza significativa para la paz y la seguridad internacionales». Tras seis semanas de negociaciones, el Consejo tenía sobre la mesa un borrador franco-tunecino que no siguió adelante en la fecha prevista, el 8 de mayo, día en el que el Consejo conmemoraba *online* el final de la Segunda Guerra Mundial en Europa. El proceso de elaboración del borrador se encontró con las trabas habituales en el Consejo para obtener resultados (resoluciones), como la negativa de China a incluir en el texto referencias a los derechos humanos.

No obstante, lo particular en este caso es que el Consejo de Seguridad se ha convertido pura y simplemente en un reflejo del enfrentamiento entre China y Estados Unidos en la OMS. China, por su parte, exigía una cláusula en el texto apoyando a la OMS en su lucha contra la pandemia. Estados Uni-

dos, en cambio, rechazaba cualquier mención en dicho sentido y exigía una referencia al origen del virus (Wuhan), así como una mención al compromiso de los Estados con la transparencia y la rendición de cuentas en el caso de la COVID-19. Ambas prácticas, transparencia y rendición de cuentas, son habitualmente rechazadas por China en las resoluciones, al igual que la mención a los derechos humanos. A pesar de los eufemismos del borrador final —se habla de apoyo a las agencias especializadas en salud de Naciones Unidas, sin mencionar explícitamente a la OMS— la resolución no salió adelante por el tema de la transparencia y la rendición de cuentas, determinante para Estados Unidos. La situación fue definida por Jeremy Greenstock, antiguo embajador de Reino Unido en el Consejo, como «patética». En palabras del especialista en Naciones Unidas, Richard Gowan, el Consejo se ha convertido, pura y simplemente, en «rehén del problema de la OMS» entre China y Estados Unidos.

Estos sonoros fracasos institucionales dejan una situación de vacío de gobernanza, ante la cual han reaccionado actores públicos y privados en defensa de la cooperación multilateral como única vía para combatir la pandemia. El mismo secretario general de Naciones Unidas ha expresado que «la COVID-19 muestra dramáticamente, que, o nos unimos, o podemos ser derrotados». Así, frente a la «carrera por la vacuna» emprendida, individualmente, por Estados Unidos y por China, Boris Johnson, afectado personalmente por la enfermedad, reformuló la actuación a seguir: «No es una competición entre países, sino una empresa compartida».

Resituar la pandemia en el marco multilateral —empresa compartida— es la función política que ha asumido la Comisión Europea. La Unión Europea que ha «perdido su carisma», en palabras de Byung-Chul Han, a causa de la COVID-19 (reacción tardía, «mi país primero», dificultades para alcanzar acuerdos de cara a la recuperación económica, etc.), ha asumido de manera decidida el liderazgo multilateral de cara a la investigación en materia de vacuna y de métodos de diagnóstico eficaces. La convocatoria por parte de la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, de una Conferencia de Donantes, el 4 de mayo, es el paso más significativo de cara a recuperar la credibilidad del multilateralismo en esta crisis. La apuesta de la Comisión (una contribución de 1.000 millones de euros) dio relevancia a la Conferencia *online* que contó con la participación personal de los jefes de Estado y de Gobierno de Francia, Alemania y Canadá, por citar algunos miembros del G7 y todos ellos hicieron aportaciones destacadas, hasta conseguir 7.500 millones de euros en una alianza pública-privada. Estados Unidos no aceptó la invitación y China tuvo un representante de bajo nivel (embajador en Bruselas) que no comprometió recursos. La Fundación Bill y Melinda Gates fue uno de los grandes donantes, siguiendo una línea de gobernanza institucionalizada en materia de salud global. En efecto, la gobernanza en salud global es un espacio altamente institucionalizado con alianzas público/privadas como la Coalición para las Innovaciones en Preparación de Epidemias (CEPI), la Alianza para las Vacunas (GAVI) o

el *Global Fund*, pero también Estados que participan en dichas alianzas, al igual que la Fundación Bill y Melinda Gates, y, todo ello, contando con la maquinaria global de la OMS.

Esta dinámica de gobernanza global se asienta en un principio defendido por el Presidente Macron en la Conferencia de Donantes, la definición de la vacuna como un bien público global; esto es, la vacuna «no pertenecerá a nadie y nos pertenecerá a todos». El hecho de que esté disponible para todos —acceso universal a la vacuna— es el objetivo último de los mecanismos de cooperación puestos en marcha y que solo funcionarán con la voluntad política de las potencias del sistema, lo que incluye a la Unión Europea. No es solo un problema científico —obtener la vacuna— sino político, hacerla disponible para todos.

En ese sentido, Bill Gates escribió en la revista *The Economist* (25 de abril): «Nuestro progreso no será solo científico. Está en nuestras manos hacer que los beneficios de la ciencia sean accesibles a todo el mundo. En los años que vienen, a partir de 2021, creo que tendremos que aprender de los años que siguieron a 1945. Con el final de la Segunda Guerra Mundial, los líderes construyeron instituciones como las Naciones Unidas para prevenir futuros conflictos. Después de la COVID-19, los líderes tendrán que pensar en instituciones para prevenir las pandemias futuras».

A MODO DE CONCLUSIÓN: EL «LARGO SIGLO XX», ENTRE PANDEMIAS

La redacción de este texto se ha realizado en pleno confinamiento y su cierre coincide con una fecha histórica, el 75 aniversario del final de la Segunda Guerra Mundial en Europa; el día 8 de mayo para los europeos occidentales y el día 9 para Rusia. Los actos previstos para la conmemoración no se pudieron celebrar, a causa de la COVID-19. Keith Lowe, historiador británico, ha escrito que no celebrar nada este mes de mayo, a causa de la COVID-19, «tal vez no sea tan mala idea», teniendo en cuenta que en los últimos años «las conmemoraciones se han vuelto divisivas y dañinas». Estamos cansados de ver una y otra vez conmemoraciones que pasan a las páginas de la prensa por las polémicas que suscitan. Tanto es así que el Parlamento Europeo aprobó, en septiembre de 2019, una resolución sobre la importancia de la memoria histórica a causa del malestar generado en los últimos tiempos (luchas de protagonismo, glorificación de grupos fascistas, víctimas del holocausto violentadas por Gobiernos actuales, etc.).

¿En qué medida la pandemia de la COVID-19 será un punto de inflexión en un orden internacional disfuncional que se traduce en todo tipo de divisiones? Este texto sostiene que la pandemia ha puesto de relieve, de manera radical, las disfunciones ya existentes en el orden internacional, entendido como sistema de gobernanza para las relaciones internacionales. El orden vive en crisis en todas sus dimensiones: rivalidad por el poder, controversia

de ideas y crisis de las instituciones. ¿Qué efectos tendrá la pandemia? ¿Estamos al final de un ciclo?

En 1995, el historiador británico Eric Hobsbawm acuñó la idea del «corto siglo XX», que se explica por los rasgos políticos que unen el periodo que va desde 1914 hasta 1991. Con una perspectiva diferente a la de Hobsbawm e inmersos en la incertidumbre provocada por la COVID-19, la pregunta es si estamos todavía en un «largo siglo XX» que comenzó en 1918 con la pandemia de la gripe española, más mortífera que la Primera Guerra Mundial. Infectó a 500 millones de personas y dejó 50 millones de víctimas mortales. Este «largo siglo XX» nos ha dejado una fecha importante para celebrar. Justo treinta y cinco años después del final de la segunda Guerra Mundial en Europa —el 8 de mayo de 1980— se dio por erradicada la viruela en el mundo; una enfermedad que en los cien años anteriores mató a 300 millones de personas. La OMS hizo de la erradicación de la viruela su objetivo prioritario y lo consiguió gracias a vacunaciones masivas. Un éxito científico amparado en la voluntad política y la cooperación internacional.

El «largo siglo XX», entre pandemias, que va de la gripe española a la COVID-19, nos deja instituciones globales, como la OMS e ideas recogidas en la Constitución de esta Organización: «El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano». Son ideas e instituciones que han marcado un «largo siglo XX» y que se prolongan en los Objetivos de Desarrollo Sostenible del siglo XXI, donde «Todo está conectado con Todo» (salud, cambio climático, fin de la pobreza, igualdad de género, educación, reducción de la desigualdad, etc.).

Sin embargo, el Siglo del Desarrollo Sostenible no lo tiene fácil. El virus está siendo un revulsivo social y se habla mucho de revisar nuestra normalidad (no sostenible). En esta lógica, la narrativa de la Comisión Europea formula la reconstrucción económica posCOVID en el marco de un Pacto Verde Europeo. De modo más directo, un grafiti pintado en una pared de Hong Kong, que recogía *The Guardian* (13 de abril), advierte: «No puede haber retorno a la normalidad porque la normalidad era el problema de origen». La pandemia no ha traído los problemas, en plural, como tampoco acabará con ellos. Como ha escrito Byung-Chul Han, «ningún virus es capaz de hacer la revolución», pero las personas sí que son capaces de «repensar y restringir radicalmente el capitalismo destructivo y también nuestra ilimitada y destructiva movilidad, para salvarnos a nosotros, para salvar el clima y nuestro bello planeta». Y recuperar, así, el invierno perdido.

Barcelona, 8 de mayo de 2020
40 aniversario de la erradicación de la viruela



I. ESTUDIOS

MISCELÁNEA/MISCELLANY

LOCUS STANDI DE LOS ESTADOS Y OBLIGACIONES ERGA OMNES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Carlos ESPALIÙ BERDUD*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL RECONOCIMIENTO POR PARTE DE LA CIJ DEL LOCUS STANDI DE LOS ESTADOS EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES.—2.1. El *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes partes*.—2.2. ¿El *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes* en sentido estricto?—3. EL NEXO JURISDICCIONAL Y OTROS LÍMITES AL DERECHO DE LOS ESTADOS A PRESENTARSE ANTE LA CIJ EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES.—3.1. El nexo jurisdiccional como límite al derecho de los Estados a presentarse ante la CIJ en virtud de las obligaciones *erga omnes*.—3.2. Otros límites al derecho de los Estados a presentarse ante la CIJ en virtud de las obligaciones *erga omnes*.—3.2.1. La necesidad de la existencia de una controversia.—3.2.2. Otras cuestiones.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. En su Ordenanza de 23 de enero de 2020 en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Gambia c. Myanmar)*, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) indicó medidas cautelares obligando a Myanmar, entre otras cosas, a que tomara todas las medidas a su alcance para prevenir en su territorio actos de genocidio en contra de los miembros del grupo de los Rohinyá¹. Más allá de la capacidad que pueda tener la ordenanza para evitar en la realidad la comisión de un genocidio, lo que, lógicamente, reviste una gran importancia desde el punto de vista de la protección de los derechos humanos, desde la perspectiva científica y académica, la referida ordenanza supone un paso más en la tendencia

* Catedrático de Derecho internacional público y Derecho de la Unión Europea en la Universidad Antonio de Nebrija; secretario general interino; investigador principal, Grupo de investigación sobre Seguridad, Gestión de Riesgos y Conflictos (cespalu@nebrija.es).

Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 9 de abril de 2020.

¹ Véase *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) Provisional Measures, Order of 23 January 2020, ICJ Reports 2020*, parr. 86.

creciente que ha seguido la alta instancia internacional tanto en el reconocimiento de las obligaciones *erga omnes* en el Derecho internacional como en el de la puesta de relieve de su alcance en este ordenamiento jurídico. En efecto, la CIJ ha pasado de una actitud reticente hacia el propio concepto de obligaciones *erga omnes* —que no empleó hasta el famoso asunto de la *Barcelona Traction* en 1970—², y la negación de que esa figura expanda la noción de interés jurídico —como ocurrió en el asunto del *Sudoeste Africano* en 1966 cuando la CIJ negó el *locus standi* de Etiopía y Liberia como demandantes al no haber sufrido un daño directo en relación con las prácticas de *apartheid* llevadas a cabo por Sudáfrica en el sudoeste africano—³, a ir utilizando el término cada vez con mayor soltura y sin miedo a reconocer su extraordinario alcance en el Derecho internacional, como viene ocurriendo en sus últimas decisiones.

2. Naturalmente, como no podía ser de otro modo, esa evolución tendente hacia la consolidación de las obligaciones *erga omnes*, se enmarca en un horizonte más amplio, el del reconocimiento de la noción de *comunidad internacional*⁴ y de las consecuencias que de ella se desprenden en el ordenamiento jurídico internacional⁵, como la existencia de normas imperativas o de *jus cogens*⁶. Acerca de estas últimas, la propia CIJ, al igual que en el caso

² Véase *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, CIJ Recueil 1970*, p. 32, párr. 33.

³ Véase *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1966*, p. 47, párr. 88. Sobre una explicación de la posición de la Corte en este caso, véase HIGGINS, R., «The International Court and South West Africa: The Implications of the Judgment», *International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1944-)*, vol. 42, 1966, núm. 4, pp. 573-599.

⁴ Entre otros, el Profesor Ángel Rodrigo Hernández ve a «la actual comunidad internacional como una comunidad que no es exclusivamente interestatal ni cosmopolita y que es una comunidad política sin modelo organizativo definido», véase RODRIGO HERNÁNDEZ, A. J., «La constitución invisible de la comunidad internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 51-85, esp. p. 71. Sobre la noción de comunidad internacional, véase también VILLALPANDO, S., *L'émergence de la communauté internationale dans la responsabilité des États*, París, Presses Universitaires de France, PUF, 2005.

⁵ En palabras de Bruno Simma: «Indeed, international law has undoubtedly entered a stage at which it does not exhaust itself in correlative rights and obligations running between states, but also incorporates common interests of the international community as a whole, including not only states but all human beings. In so doing, it begins to display more and more features which do not fit into the "civilist", bilateralist structure of the traditional law. In other words, it is on its way to being a true public international law», véase SIMMA, B., «Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner», *EJIL*, vol. 20, 2009, núm. 2, pp. 265-297, esp. p. 268. En esta misma línea, véase VILLALPANDO, S., «The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law», *EJIL*, vol. 21, 2010, núm. 2, pp. 387-419 esp. p. 388. No obstante, no cabe duda de que la consolidación de la institución de las obligaciones *erga omnes* en el Derecho internacional constituye uno de los elementos más característicos de ese reconocimiento de la comunidad internacional y de los intereses comunes en aquel ordenamiento jurídico. Véase, en ese sentido, TANAKA, Y., «Reflections on Locus Standi in Response to a Breach of Obligations *Erga Omnes Partes*: A Comparative Analysis of the Whaling in the Antarctic and South China Sea Cases», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17, 2018, pp. 527-554, esp. p. 528.

⁶ Del mismo modo, otros fenómenos que tienen lugar en la sociedad internacional y que subrayan el perfil de la noción de comunidad internacional, serían el del *orden público internacional* o el de la existencia de una *constitución* en el ordenamiento jurídico internacional. Sobre la noción de *orden público internacional* véase, entre otros, LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el Derecho inter-

de las obligaciones *erga omnes*, ha pasado de ignorarlas⁷ durante las primeras décadas que siguieron a la inclusión de las mismas en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (CVDT), a emplear la noción en varios asuntos⁸ e, incluso, a identificar alguna de ellas, como la prohibición de genocidio⁹ o la prohibición de la tortura¹⁰.

3. A nadie debería extrañar esta evolución en la jurisprudencia de la Corte, ya que su misión reside en aplicar el Derecho internacional, y este se transforma como un cuerpo jurídico vivo, en cada momento histórico.

En este sentido, no cabe la menor duda de que una evolución en el Derecho internacional de gran relevancia, en general, pero también en especial en relación con el alcance jurídico de las obligaciones *erga omnes*, viene constituida por la adopción por parte de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) del proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en 2001. En el mismo se confirma un incremento de posibilidades a la hora de exigir responsabilidad en la esfera internacional y, por ende, de hacerlo en un tribunal internacional. En efecto, en el proyecto se incluyó un art. 48 en el que se contempla el caso de la invocación de la responsabilidad internacional por parte de un Estado distinto del lesionado, que viene a referirse, sin nombrarlas expresamente, a las obligaciones *erga omnes* y a las dos tipos en las que se pueden clasificar¹¹. Así, conforme al art. 48.1.a), todo Estado que no sea un Estado lesionado¹² tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a un grupo de Estados del que el Estado invocante forma parte y ha sido establecida para la protección de un interés colectivo del gru-

nacional público», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, 2018, núm. 2, pp. 516-535. Sobre la existencia de una cierta *constitución* en el ordenamiento jurídico internacional, véase RODRIGO HERNÁNDEZ, A., *op. cit.*, nota 4, p. 61.

⁷ Sobre el cambio de actitud por parte de la CIJ en relación con las normas de *jus cogens*, de un total desconocimiento, a una progresiva aceptación, véase ESPALIÚ BERDUD, C., «El *Jus Cogens*, ¿salió del garaje?», *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 93-121, esp. pp. 109-111.

⁸ Véanse, por ejemplo, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête): 2002* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), *compétence et recevabilité*, arrêt, *CIJ Recueil 2006*, pp. 31-32, párr. 64; *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion of 22 July 2010, p. 437, párr. 81; *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie)*; *Grèce (intervenant)*, arrêt, *CIJ Recueil 2012*, p. 141, párr. 95; *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *CIJ Recueil 2012*, p. 457, párr. 99; *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, *CIJ Recueil 2015*, pp. 46-47, párr. 87.

⁹ Véase *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête): 2002* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), *compétence et recevabilité*, arrêt, *CIJ Recueil 2006*, pp. 31-32, párr. 64.

¹⁰ Véase *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *CIJ Recueil 2012*, p. 457, párr. 99.

¹¹ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001*, vol. II, 2.^a parte, p. 134.

¹² La CDI define el concepto de Estado lesionado en el art. 42 del proyecto de artículos. Se «trata del Estado cuyo derecho individual ha sido negado o menoscabado por el hecho internacionalmente ilícito o que ha quedado particularmente afectado por ese hecho». Véase *ibid.*, p. 124, 2). Aunque lo expresa en singular, la CDI explica que «más de un Estado puede resultar lesionado por el hecho internacionalmente ilícito y tener derecho a invocar la responsabilidad en tanto que Estado lesionado». Véase *ibid.*, 3).

po. La CDI precisa en su comentario a esta disposición que «las obligaciones que protegen un interés colectivo del grupo pueden derivar de tratados multilaterales o del Derecho internacional consuetudinario» y que «[e]n ocasiones se ha calificado a esas obligaciones de “obligaciones *erga omnes partes*”»¹³. Junto a ello, de acuerdo con las disposiciones del art. 48.1.b) todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto. Naturalmente, en este segundo caso la CDI está recogiendo la doctrina de la CIJ expuesta en su famoso *obiter dictum* en el asunto de la *Barcelona Traction*¹⁴.

Décadas más tarde, el *Institut de Droit International* (IDI), en su sesión de Cracovia de 2005, profundizó en la materia y nos brindó elementos útiles para definirlas y clasificarlas. Así, el IDI estableció una distinción entre obligaciones *erga omnes* y obligaciones *erga omnes partes*. Las primeras, a las que, en aras de claridad, denominaremos en este trabajo obligaciones *erga omnes* en sentido propio o estricto, serían aquellas obligaciones de Derecho internacional general a las que un Estado está obligado en todas las circunstancias con respecto a la comunidad internacional, en razón de sus valores comunes y de su interés en el cumplimiento de esas obligaciones, de modo que su violación da derecho a todos los Estados a reaccionar¹⁵. Por el contrario, las obligaciones *erga omnes partes* vendrían constituidas por aquellas obligaciones en virtud de un tratado multilateral a las que un Estado parte en ese tratado está obligado en todas las circunstancias con respecto a todos los demás Estados parte en el tratado, en razón de sus valores comunes y de su interés en el cumplimiento de esas obligaciones, de modo que su incumplimiento da derecho a todos esos otros Estados a reaccionar¹⁶. Como se puede apreciar, el IDI no incluye entre las obligaciones *erga omnes partes* las que derivarían del Derecho consuetudinario, como sí hizo implícitamente la CDI en su comentario al art. 48 de su proyecto de artículos de 2001 sobre responsabilidad internacional.

4. Habiendo expuesto brevemente algunos factores histórico-jurídicos que han llevado a la Corte hacia los desarrollos que pretendemos analizar en este trabajo, y habiendo presentado las bases conceptuales de las obligaciones *erga omnes* en el Derecho internacional, debemos señalar que el objetivo de este trabajo reside en analizar los desarrollos jurisprudenciales en torno

¹³ *Ibid.*, p. 135.

¹⁴ «Une distinction essentielle doit en particulier être établie entre les obligations des Etats envers la communauté internationale dans son ensemble et celles qui naissent vis-à-vis d'un autre Etat dans le cadre de la protection diplomatique. Par leur nature même, les premières concernent tous les Etats. Vu l'importance des droits en cause, tous les Etats peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés; les obligations dont il s'agit sont des obligations *erga omnes*. Véase *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, arrêt, *CIJ Recueil* 1970, p. 32, párr. 33.

¹⁵ Véase *Institut de droit international*, Resolution: Obligations *Erga Omnes* in International Law, Krakow Session 2005, art. 1 (a), disponible en https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_01_en.pdf.

¹⁶ *Ibid.*, art. 1.b).

al alcance de las mismas como instrumento para otorgar el *locus standi* a los Estados para presentarse en la jurisdicción contenciosa de la CIJ con el fin de que resuelva una controversia.

5. Conviene hacer notar, de entrada, que el *locus standi* para presentar la acción no es el único criterio que examina la Corte para declarar admisible la demanda o declararse competente en la instancia incoada, sino que el alto tribunal debe, por la naturaleza judicial y voluntaria de su jurisdicción, asegurarse que se reúnen en cada caso una serie de condiciones, recogidas en la normativa que le gobierna, y cuya virtualidad ha sido desarrollada por la jurisprudencia¹⁷. Entre esas condiciones podemos señalar: que las partes sean Estados; que exista una controversia entre las partes; que la decisión final pueda desplegar efectos y no sea una decisión sin ninguna efectividad; que se hayan agotado los recursos internos y se constate el vínculo de la nacionalidad en los asuntos presentados en ejercicio de la protección diplomática; que se cuente con el consentimiento de todas las partes en la controversia para conocer de las cuestiones planteadas en los instrumentos introductorios de la instancia, etc. Más en concreto, el *locus standi* de las partes pertenece al grupo de condiciones atenientes a la admisibilidad de la demanda; entendiendo por tal el conjunto de elementos que garantizan el derecho de las partes a solicitar a la Corte que ejerza su función jurisdiccional¹⁸. No obstante, hay que reconocer que la distinción entre competencia y admisibilidad dista mucha de ser pacífica, incluso en la propia jurisprudencia de la Corte¹⁹.

6. Se debe advertir que, en aras de la concreción, nos limitaremos en este artículo a abordar el derecho de los Estados a invocar la responsabilidad de otros Estados por la violación de obligaciones *erga omnes* ante la CIJ, o *locus standi*, sin detenernos a analizar la proyección al escenario de la Corte de la problemática de las categorías de reclamaciones que los Estados pueden hacer al invocar la responsabilidad, cuestión contemplada en el art. 48.2 del proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados, de 2001. Asimismo, excluimos deliberadamente del objeto de estudio de nuestro trabajo la cuestión de la competencia de la Corte en su jurisdicción consultiva —donde los Estados no pueden ser parte y, en relación con el *locus standi*, el foco se sitúa en la capacidad de las organizaciones internacionales de solicitar opiniones consultivas— y el alcance de las obligaciones

¹⁷ Sobre el examen de la competencia de la Corte y la admisibilidad de la demanda, y en particular de las excepciones preliminares, se recomiendan, entre otros: ABI-SAAB, G., *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour Internationale de Justice. Étude des notions fondamentales de procédure et des moyens de leur mise en œuvre*, Paris, Pédone, 1967, y RUIZ-FABRI, H. y SOREL, J.-M. (dirs.), *La saisine des juridictions internationales*, Paris, Pédone, Collection Contentieux International, 2006.

¹⁸ Para Maryline Grange, «[I]l recevabilité d'une requête vise, quant à elle, à s'assurer que l'Etat qui adresse une demande au juge saisi est titulaire d'un droit d'agir en ce sens, et qu'il l'exerce correctement», véase *ibid.*, GRANGE, M., *Compétence du juge et recevabilité de la requête: leurs relations dans l'exercice du pouvoir juridictionnel. L'exemple de la Cour internationale de justice*, Thèse soutenue à l'Université Panthéon-Assas, 2011, p. 619.

¹⁹ A este respecto, véase *ibid.*, pp. 187-188.

erga omnes para facilitar la intervención de los Estados en procedimientos ante la Corte en virtud de los arts. 62 y 63 de su Estatuto. Aunque todas estas cuestiones poseen un gran interés científico y están ligadas a las que estudiaremos, su análisis, sumado a las que analizaremos, desbordaría el marco de un trabajo de estas dimensiones.

7. Para llevar a cabo nuestro objetivo, comenzaremos analizando en la siguiente sección el reconocimiento por la parte de la CIJ del *locus standi* de los Estados derivado de las obligaciones *erga omnes*, dividiendo la sección en dos subsecciones, la primera dedicada al estudio del *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes partes* y una segunda en la que abordaremos el *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes* en sentido estricto. Posteriormente, en la siguiente sección, analizaremos los límites al alcance que poseen las obligaciones *erga omnes* en el marco de la jurisdicción contenciosa de la Corte a la hora de otorgar el *locus standi* a los Estados no lesionados. Lo haremos, asimismo, en dos subsecciones, una primera relacionada con la obligatoriedad de contar con un nexo jurisdiccional para que el tribunal pueda considerarse competente en el asunto, y una segunda subsección relativa al análisis de otros límites, generalmente asociados a su naturaleza judicial y, por tanto, a la admisibilidad de la demanda. Finalmente, presentaremos nuestras conclusiones.

2. EL RECONOCIMIENTO POR PARTE DE LA CIJ DEL LOCUS STANDI DE LOS ESTADOS EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES

2.1. El *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes partes*

8. Sabemos que en la conclusión de su sentencia de 1966 en el asunto del *Sudoeste Africano* la Corte negó en la instancia el *locus standi* de Etiopía y Liberia como demandantes²⁰ al no haber sufrido un daño directo en relación con las prácticas de *apartheid* llevadas a cabo por Sudáfrica, pues ningún texto jurídico, ni el sistema global de Mandatos de la Sociedad de las Naciones, reconocía esa posibilidad, según ella. No obstante, en un pasaje menos conocido de su sentencia, la CIJ abrió la posibilidad en general a que, en el contexto de normas de naturaleza humanitaria, un Estado distinto del afectado directamente, pueda presentar una demanda, pero solo si esa posibilidad es reconocida por un texto o instrumento jurídico, o incluso una regla de Derecho²¹ —lo que para nosotros puede interpretarse como una norma consuetudinaria—²².

9. Posteriormente, como ya se avanzó en la introducción, la CIJ, en su Sentencia de 5 de febrero de 1970, en el asunto de la *Barcelona Traction* uti-

²⁰ Véase *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1966*, p. 51, párr. 99.

²¹ *Ibid.*, pp. 32-33, párr. 44.

²² En este sentido, véase TANAKA, Y., *op. cit.*, nota 5, p. 531.

lizó por primera vez el concepto de las obligaciones *erga omnes*²³; determinó algunas de ellas, como las que se desprenden de la prohibición de la agresión y del genocidio, o de los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, entre ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial²⁴; y ofreció algunas pinceladas sobre la cuestión del *locus standi* de los Estados ante la Corte cuando se violan ese tipo de obligaciones. En la instancia se discutía, en virtud de una excepción preliminar planteada por España, la capacidad de Bélgica para presentar una demanda ante la CIJ con motivo de perjuicios causados a una sociedad canadiense, aunque los accionistas fueran de nacionalidad belga. Para la Corte, el perjuicio causado a los intereses de los accionistas como resultado de la violación de los derechos de la sociedad era insuficiente para fundar una reclamación. Para ella, en el caso de un acto ilícito cometido contra una sociedad que representara capital extranjero, la norma general de Derecho internacional solo autorizaba a ejercer la protección diplomática, a los efectos de obtener una reparación, al Estado de la nacionalidad de la sociedad. Como en el caso concreto la sociedad era de nacionalidad canadiense, la CIJ resolvió que Bélgica carecía de *locus standi* para ejercitar la protección diplomática de los accionistas belgas de una sociedad canadiense respecto a las medidas adoptadas contra esa sociedad en España. De esa forma, acogiendo la excepción preliminar del demandado sobre la admisibilidad de la demanda, la Corte declaró que no estaba facultada para entrar a conocer del fondo del asunto²⁵. Se desprende de la solución adoptada en la instancia que la Corte niega el *locus standi* a Bélgica pues la naturaleza de las obligaciones supuestamente violadas en el caso no eran de naturaleza *erga omnes*, sino obligaciones meramente sinalagmáticas, en cuyo caso solo el titular del interés jurídico violado puede acudir ante la Corte para su protección. Como señaló el alto tribunal, en relación con las obligaciones existentes en el marco de la protección diplomática, no se puede decir que todos los Estados tengan un interés jurídico en su respeto y, por tanto, no pueden presentar una demanda para exigir la reparación de la obligación violada. La Corte recuerda, además, en ese contexto, un principio esencial en la materia que venimos analizando, y que avanzó en su opinión consultiva en el asunto de la *Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas*, que solo la parte en relación con la cual existe una obligación internacional puede presentar una reclamación²⁶. De las palabras de la Corte se puede inferir, a *sensu contrario*, que tratándose de obligaciones *erga omnes*, estas existen en relación con todos los Estados, por lo que todos ellos tienen un interés jurídico en su protección y, como corolario, podrían presentar una reclamación internacional para exigir su reparación²⁷.

²³ Véase *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, CIJ Recueil 1970*, p. 32, párr. 33.

²⁴ *Ibid.*, párr. 34.

²⁵ *Ibid.*, párrs. 32-101.

²⁶ *Ibid.*, p. 32, párr. 35.

²⁷ En este sentido, véase TANAKA, Y., *op. cit.*, nota 5, p. 531.

10. La sentencia en el asunto *Barcelona Traction* ofrece más luces en relación con el *locus standi* de los Estados en el caso de las obligaciones *erga omnes*. En efecto, refiriéndose a los tratados de derechos humanos de ámbito universal, la Corte afirma que los mismos no reconocen la capacidad para proteger a las víctimas de las violaciones de esos derechos a todos los Estados, sino solo a los de la nacionalidad de la víctima. Por lo que habría que examinar la cuestión en los sistemas regionales de protección de los derechos del hombre para ver si alguno de ellos habilita esa posibilidad. La Corte la encuentra en el sistema europeo, en el cual el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950 (CEDH) autoriza a todo Estado parte en el mismo a presentar una demanda contra todo otro Estado parte frente a cualquier violación del Convenio con independencia de la nacionalidad de la víctima²⁸.

11. La posibilidad abierta por la Corte en el asunto de la *Barcelona Traction*, se materializó por primera vez en la historia en el caso sobre las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*. Así es, en 2009, Bélgica interpuso ante la CIJ una demanda contra Senegal en relación con una controversia sobre el posible incumplimiento por parte de este país de su obligación de enjuiciar al ex Presidente de la República del Chad, Sr. Hissène Habré, por su participación en actos que podrían suponer crímenes de tortura y de lesa humanidad, o extraditarlo a Bélgica para someterlo a un proceso penal. Para fundamentar la competencia de la Corte, Bélgica invocó, como cláusula compromisoria, el art. 30.1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, de 1984 (en adelante, la Convención contra la Tortura) y las declaraciones de ambos Estados de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte en virtud del art. 36.2 de su Estatuto. Por su parte, el Estado demandado, Senegal, impugnó la admisibilidad de las demandas de Bélgica alegando que este Estado no tenía capacidad para invocar la responsabilidad internacional de Senegal, ya que, en particular, ninguna de las presuntas víctimas de los actos atribuibles al Sr. Habré era ciudadano belga en la época en que se realizaron²⁹. De esta forma, la Corte se vio obligada a resolver la cuestión del *locus standi* de Bélgica, un Estado parte en la Convención contra la Tortura pero que no era el Estado afectado directamente por las violaciones alegadas, en virtud de las obligaciones *erga omnes partes*. Así, arrancando de la determinación del objeto y del fin de la Convención contra la Tortura, que radica en hacer más eficaz la lucha contra la tortura en todo el mundo, la Corte afirma que los Estados parte en ese instrumento poseen un interés común en asegurar, habida cuenta de los valores que comparten, que se prevengan los actos de tortura y que, de producirse, sus autores no queden impunes, con independencia de la nacionalidad del autor, o de las víctimas, o el lugar en que se hayan cometido los presuntos delitos. La Corte precisa a renglón seguido que:

²⁸ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, CIJ Recueil 1970*, p. 47, párr. 91.

²⁹ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, CIJ Recueil 2012*, p. 448, párr. 64.

«L'ensemble des Etats parties ont "un intérêt juridique" à ce que les droits en cause soient protégés [Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne), deuxième phase, arrêt, CIJ Recueil 1970, p. 32, par. 33]. Les obligations correspondantes peuvent donc être qualifiées d'"obligations erga omnes partes", en ce sens que, quelle que soit l'affaire, chaque Etat partie a un intérêt à ce qu'elles soient respectées»³⁰.

El interés común, continua la Corte, de los Estados parte en que sean respetadas las obligaciones pertinentes enunciadas en la Convención contra la Tortura implica el derecho de cada Estado parte en la Convención para presentar una reclamación relativa a la cesación de una supuesta violación por otro Estado parte³¹. Explica el tribunal a estos efectos que, si se exigiera un interés particular para ello, en muchas ocasiones, ningún Estado estaría en condiciones de presentar tal reclamación. De ahí se deriva que todo Estado parte en la Convención contra la Tortura pueda invocar la responsabilidad de otro Estado parte por no respetar las obligaciones *erga omnes partes* que se derivan de sus disposiciones³². La Corte concluyó que Bélgica, en su condición de Estado parte en la Convención contra la Tortura, estaba legitimada en la instancia para invocar la responsabilidad de Senegal por el presunto incumplimiento de las obligaciones que incumben a ese país en virtud de determinadas disposiciones de la Convención³³.

12. Los mismos razonamientos se reiteraron en el asunto de la *Caza de la ballena en el Antártico* (*Australia c. Japón: intervención de Nueva Zelanda*), en el que la Corte volvió a admitir el *locus standi*, derivado de una obligación *erga omnes partes*, a un Estado no directamente afectado³⁴. Se recordará que, en mayo de 2010, Australia presentó ante la Corte una demanda contra Japón acerca de una controversia tocante a la posible violación de sus obligaciones asumidas con arreglo a la Convención Internacional para la Reglamentación de la Caza de la Ballena de 1946 por la aplicación de un programa de caza de ballenas de gran escala, en concreto por la segunda fase del Programa Japonés de Investigación de Ballenas en la Antártida con Permiso Especial (el programa JARPA II). En el asunto, el demandado no cuestionó el *locus standi* del demandante y la Corte no se planteó la cuestión explícitamente, ya que en los párrafos de su sentencia dedicados a la cuestión de la competencia solo analizó la objeción japonesa tendente a considerar que el objeto de la controversia entraba dentro de una reserva incluida en la declaración australiana de aceptación de la jurisdicción de la Corte en virtud del art. 36.2 de su Estatuto. Sin embargo, al declararse competente reconoció implícitamente el *locus standi* de Australia, que como ella misma había afirmado durante el procedimiento ante una pregunta de un juez du-

³⁰ *Ibid.*, p. 449, párr. 68.

³¹ *Ibid.*, p. 450, párr. 69.

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*, párr. 70.

³⁴ *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, ICJ Reports 2014*, p. 246, párr. 41.

rante la fase oral³⁵, no veía afectado en la instancia ningún derecho o interés particular, sino que se presentaba ante la Corte en defensa de los intereses o derechos comunes reconocidos en la Convención de 1946.

13. Finalmente, como se advirtió en la introducción de este artículo, la Corte, en su Ordenanza de 23 de enero de 2020 sobre medidas cautelares en el asunto relativo a la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Gambia c. Myanmar)*, volvió a reconocer el *locus standi* de un Estado no lesionado en virtud de las obligaciones *erga omnes*. En concreto, Gambia, en su demanda solicitaba protección para todos los miembros del grupo Rohinyá que están en el territorio de Myanmar³⁶, como miembros de un grupo protegido bajo la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Convención sobre el Genocidio), basando la competencia de la Corte en el art. 36.1 de su Estatuto y del art. IX de la Convención sobre el Genocidio, como cláusula compromisoria³⁷. La Corte, al tratarse de la fase de medidas cautelares, debía asegurarse simplemente que las disposiciones invocadas por el demandante pueden, *prima facie*, ofrecer una base sobre la que fundar su competencia, sin necesidad de cerciorarse de manera definitiva de que posee competencia en cuanto al fondo del asunto. Como el art. IX sobre la Convención sobre el Genocidio establece que las controversias entre las partes contratantes relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la misma, incluido las derivadas de la depuración de la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio serán sometidas a la CIJ «a petición de una de las partes en la controversia», la Corte tuvo que centrarse en determinar si existía o no una controversia entre Gambia y Myanmar. Así, el alto tribunal apreció la existencia de una controversia entre las partes en la divergencia de opiniones manifestadas por ellas tanto en la Asamblea General como en un intercambio de correspondencia diplomática posterior a propósito de las conclusiones presentadas por la Misión Internacional Independiente de Investigación sobre Myanmar establecida por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Informe de 8 de agosto de 2019, en el que sostenía que Myanmar incurría en respon-

³⁵ En efecto, el Juez Bhandari preguntó al equipo legal australiano lo siguiente: «*What injury, if any, has Australia suffered as a result of Japan's alleged breach of the ICRW through JARPA II?*», véase Public sitting held on Wednesday 3 July 2013, at 10 a.m., at the Peace Palace, President Tomka presiding, in the case concerning Whaling in the Antarctic (*Australia v. Japan: New Zealand intervening*), Verbatim Record, CR 2013/13, 3 July 2013, p. 73, párr. 35. Un consejero de Australia respondió: «*Australia does not claim to be an injured State [...] Every party has the same interest in ensuring compliance by every other party with its obligations under the 1946 Convention. Australia is seeking to uphold its collective interest, an interest it shares with all other parties*», véase Public sitting held on Tuesday 9 July 2013, at 4.30 p.m., at the Peace Palace, President Tomka presiding, in the case concerning Whaling in the Antarctic (*Australia v. Japan: New Zealand intervening*), Verbatim Record, CR 2013/18, 9 July 2013, p. 28, párr. 19.

³⁶ Por tanto, no se trata ni del territorio de Gambia ni de personas de su nacionalidad, de forma que Gambia no era el Estado lesionado según los parámetros del art. 42 del proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados, de 2001.

³⁷ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (The Gambia v. Myanmar) Provisional Measures, Order of 23 January 2020, ICJ Reports 2020*, párrs. 14-17.

sabilidad internacional en virtud de la prohibición del genocidio³⁸. Junto a ello, en relación con la admisibilidad de la demanda, Myanmar negaba en la instancia que Gambia tuviera la capacidad de presentar un caso ante la Corte en relación con las presuntas violaciones de la Convención sobre el Genocidio, sin verse especialmente afectada por las mismas. Myanmar sostuvo que incumbe al Estado lesionado decidir si invoca la responsabilidad de otro Estado y, en su caso, de qué manera, y que el derecho de los Estados no lesionados a invocar esa responsabilidad es subsidiario. De esta manera, para Myanmar, sería Bangladesh, en su calidad de Estado especialmente afectado por los acontecimientos que son objeto de la demanda, el Estado con derecho a invocar su responsabilidad³⁹. Por el contrario, Gambia consideraba que, dado que las obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio son obligaciones *erga omnes partes*, cualquier Estado parte en la Convención sobre el Genocidio tiene derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado parte por el incumplimiento de sus obligaciones, sin tener que demostrar un interés especial⁴⁰. A la postre, la Corte, recordando su jurisprudencia en el asunto relativo a las *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*, señaló que cualquier Estado parte en la Convención sobre el Genocidio, y no solo un Estado especialmente afectado, podrá invocar la responsabilidad de otro Estado parte con el fin de determinar el presunto incumplimiento de sus obligaciones *erga omnes partes*, y poner fin a ese incumplimiento⁴¹.

14. A la luz de estos últimos desarrollos jurisprudenciales, no cabe la menor duda de que la posibilidad abierta por la CIJ en el asunto *Barcelona Traction* en el sentido de que los Estados pudieran presentarse ante ella en virtud del *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes*, ha quedado confirmada, al menos en lo que refiere a las obligaciones *erga omnes partes* incluidas en un tratado multilateral⁴². Repárese, no obstante, en que en todos los casos en los que la Corte ha reconocido el *locus standi* para invocar

³⁸ *Ibid.*, párrs. 27-31.

³⁹ *Ibid.*, párr. 39.

⁴⁰ *Ibid.*, párr. 40.

⁴¹ *Ibid.*, párr. 41.

⁴² Esta dirección ha sido también seguida en alguna decisión arbitral, como por ejemplo en el asunto del *Mar del Sur de China* que fue dirimido en el marco de la Corte Permanente de Arbitraje. Recuérdese que el 22 de enero de 2013, Filipinas inició un procedimiento arbitral contra la República Popular China en virtud del Anexo VII de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM). El arbitraje se refería al papel de los derechos históricos y la fuente de los derechos marítimos en el Mar del Sur de China; la situación de ciertos elementos marítimos en el Mar del Sur de China, así como la legalidad de ciertas acciones de China en el Mar del Sur de China que Filipinas alegó que violaban ciertas disposiciones de la CNUDM. En el laudo arbitral de 12 de julio de 2016, el tribunal arbitral también reconoció el *locus standi* de Filipinas en la instancia para invocar la responsabilidad de China por posibles violaciones de las obligaciones medioambientales recogidas en la Parte XII de la CNUDM, con independencia de que sus intereses territoriales se vieran directamente afectados. Véase *The South China Sea Arbitration Award (Merits) (the Republic of Philippines v. the People's Republic of China)*, Award of 12 July 2016, p. 370, párr. 927, accesible en <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>. Un análisis del *locus standi* del demandante en este asunto en virtud de las obligaciones *erga omnes partes* se encuentra en TANAKA, Y., *op. cit.*, nota 5, pp. 545-548.

la responsabilidad de violaciones *erga omnes partes*, estábamos en presencia no de cualquier tratado multilateral, sino de tratados destinados a proteger intereses muy amplios, o generales de la comunidad internacional⁴³, y que las obligaciones en cuestión no se derivaban de cualquier norma de esos tratados, sino que respondían a las indicaciones brindadas por el IDI en su sesión de Cracovia de 2005. Es decir, se trataba de obligaciones a las que un Estado parte en el tratado en cuestión está obligado en todas las circunstancias con respecto a todos los demás Estados parte en el tratado, en razón de sus valores comunes y de su interés en el cumplimiento de esas obligaciones, de modo que su incumplimiento da derecho a todos esos otros Estados a reaccionar⁴⁴. Hará falta nuevos desarrollos jurisprudenciales para ir perfilando aún más el tipo de tratados multilaterales y de las obligaciones que entrarían dentro de esos parámetros.

15. Naturalmente, cuando presentamos estos desarrollos en la jurisprudencia de la Corte relativa al *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes partes* lo hacemos para determinar si, en ausencia de disposiciones expresas en el tratado de que se trate sobre qué Estados parte en el mismo pueden presentar demandas ante la CIJ para reclamar por la violación de esas obligaciones, los Estados no directamente lesionados pueden invocar la responsabilidad ante la Corte. De incluirse en las cláusulas compromisorias de los tratados multilaterales indicaciones explícitas sobre el *locus standi* habrá que estarse a lo que dispongan las cláusulas compromisorias. Así, entendemos que nada impide que una cláusula compromisoria de un tratado disponga que solo los Estados directamente lesionados puedan interponer demandas en la CIJ por la violación de las obligaciones *erga omnes partes*⁴⁵.

16. En este contexto, cabe aludir también, aunque sea tangencialmente, a que determinados tratados multilaterales que crean sistemas especializados o regímenes especiales contienen normas secundarias propias implementando mecanismos para exigir responsabilidad por la violación de las normas primarias incluidas en ellos. Sería, por ejemplo, el caso del ya mencionado art. 33 CEDH, que regula las demandas entre Estados en el sistema europeo de derechos humanos, o las disposiciones de la Parte XV —Solución de Controversias— de la CNUDM.

17. La Corte no ha tenido ocasión de confirmar que los Estados pueden presentar demandas ante ella en el supuesto de posibles violaciones de obli-

⁴³ A este respecto, véase RODRIGO, A. y ABEGÓN, M., «El concepto y efectos de los tratados de protección de intereses generales de la comunidad internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 69, 2017, núm. 1, pp. 167-193.

⁴⁴ Para los Profesores Rodrigo y Abegón, este tipo de obligaciones «obligan a todos los Estados parte del tratado, operan de manera integral y no se pueden descomponer en haces de relaciones bilaterales entre los diferentes Estados parte. Se trata de obligaciones “absolutas” debido a su falta de reciprocidad. En particular, ello se traduce en que su cumplimiento es autónomo y no depende del correspondiente cumplimiento por el resto de partes en el tratado». Véase *ibid.*, p. 174.

⁴⁵ A este respecto, véase AHMADOV, F. T., *The Right of Actio Popularis before International Courts and Tribunals*, Leiden, Boston, Brill Nijhoff, 2018, pp. 224-225.

gaciones *erga omnes partes* derivadas de normas consuetudinarias, algo que apuntó la CDI en sus comentarios al proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados de 2001⁴⁶, como vimos anteriormente.

18. Pasemos a abordar los desarrollos jurisprudenciales atenientes al *locus standi* derivado de obligaciones *erga omnes* en sentido estricto.

2.2. ¿El *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes* en sentido estricto?

19. La puerta abierta por la CIJ en el caso de la *Barcelona Traction* para que los Estados puedan presentar demandas en reclamación de la responsabilidad internacional de otros Estados por las violaciones de las obligaciones *erga omnes*, sin necesidad de ser el Estado afectado, sino simplemente como miembro de la comunidad internacional en su conjunto, no ha sido todavía franqueada. Nos encontraríamos en el supuesto contemplado en el art. 48.1.b) del proyecto de artículos de la CDI de 2001 sobre responsabilidad internacional de los Estados. De acuerdo con sus disposiciones, como conocemos, todo Estado que no sea un Estado lesionado tendrá derecho a invocar la responsabilidad de otro Estado si la obligación violada existe con relación a la comunidad internacional en su conjunto.

20. A pesar de no haberse admitido el *locus standi* de ningún Estado todavía derivado de las obligaciones *erga omnes stricto sensu*, cabría preguntarse, en todo caso, ¿en qué supuestos se podría materializar tal situación? O lo que es lo mismo, ¿qué tipo de fuentes del Derecho internacional podría generar una obligación *erga omnes* que pudiera otorgar el *locus standi* para presentar una demanda ante la CIJ a cualquier Estado de la comunidad internacional sin ser el Estado lesionado por la supuesta violación? En mi opinión, tanto podría tratarse de una convención multilateral del que fueran partes todos los Estados de la comunidad internacional o casi todos, o una norma consuetudinaria internacional general o universal, o incluso, una declaración unilateral de un Estado. En el caso de que la obligación *erga omnes* venga contenida en una convención multilateral prácticamente de participación universal, estaríamos, desde mi punto de vista, en el mismo supuesto de una obligación *erga omnes partes*, al menos en lo que se refiere al *locus standi* de los Estados parte en la convención en cuestión. Este supuesto facilitaría, por ejemplo, nada más y nada menos que cualquier Estado parte de la Carta de las Naciones Unidas pudiera presentar una demanda ante la CIJ por la violación de la prohibición del uso de la fuerza recogida en el art. 2.4 de la misma, y que la Corte admitiera esa demanda si se dieran las restantes condiciones que veremos más adelante. El alcance de esta posibilidad es gigantesco, pues allanaría el terreno a que cualquier Estado miembro de las Naciones Unidas pudiera, por ejemplo, demandar ante la CIJ a Rusia por la violación

⁴⁶ Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2001, vol. II, 2.^a parte, p. 135.

del art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas en relación con sus acciones en Crimea, y que la Corte, de respetarse las otras condiciones necesarias, pudiera conocer del asunto. Por otro lado, cabría pensar en que la obligación *erga omnes* derivara de una norma consuetudinaria general prácticamente universal. En este sentido, conviene no olvidar que el propio IDI, cuando se refirió a las obligaciones *erga omnes* en su resolución de Cracovia de 2005, utilizó la expresión «*general international law*»⁴⁷. Aquí nos encontraríamos en la difícil encrucijada de saber qué normas concretas tendrían esa naturaleza, debido a la dificultad intrínseca de determinar las normas consuetudinarias al tratarse de normas no escritas, sumada a la problemática inherente a la institución jurídica de la comunidad internacional en su conjunto, sobre todo en lo tocante a las vías para formar y manifestar su voluntad⁴⁸.

21. Ante esos obstáculos, en la tarea de determinar ese tipo de normas nos podría resultar de utilidad el recurso a la jurisprudencia de los tribunales internacionales y, en particular, la de la propia CIJ. A este respecto, también pueden servir a nuestros propósitos las referencias que ha hecho la Corte a las normas de *jus cogens*, ya que, *mutatis mutandis* podemos tener como normas que generan obligaciones *erga omnes* a las normas de *jus cogens*, aunque no necesariamente todas las obligaciones *erga omnes* derivan de normas de *jus cogens*⁴⁹. Sentada esa advertencia, veamos algunos casos en que la Corte ha determinado normas de *jus cogens* o normas que generan obligaciones *erga omnes*. Así, por ejemplo, en el asunto sobre *Timor Oriental* la Corte señaló que el principio de la libre determinación de los pueblos poseía una naturaleza *erga omnes* y, aunque no se dice expresamente, parece que según ella posee carácter consuetudinario pues derivaría tanto de la Carta como de la práctica de las Naciones Unidas⁵⁰. De modo análogo, en su opinión consultiva sobre la *Legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares* de 1996, el alto tribunal puso de relieve que las normas del Derecho internacional humanitario que reflejan consideraciones elementales de humanidad deben ser respetadas por todos los Estados, «*whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles*

⁴⁷ Véase *Institut de droit international*, Resolution: Obligations *Erga Omnes* in International Law, *op. cit.*, nota 15.

⁴⁸ Para Erika de Wet, hoy en día, por comunidad internacional en su conjunto no debemos entender solo Estados, sino también organizaciones internacionales con personalidad jurídica e individuos, en la medida en que «*they possess international legal personality, for example in the context of global or regional systems for the protection of human rights, international investment dispute settlement and international criminal prosecution*». Véase DE WET, E., «Invoking obligations *erga omnes* in the twenty-first century: Progressive developments since *Barcelona Traction*», *South African Yearbook of International Law*, vol. 38, 2013, núm. 1, pp. 1-19, esp. p. 5.

⁴⁹ En este sentido, véase ACOSTA ESTÉVEZ, J., «Normas de «*ius cogens*», efecto «*erga omnes*», crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. XI, 1995, pp. 3-22, esp. pp. 12-13. Véase también CEBADA ROMERO, A., «Los conceptos de obligación *erga omnes*, *ius cogens*, y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 4, 2002, p. 4. Véase, asimismo, DE WET, *op. cit.*, nota 48, p. 9.

⁵⁰ *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, *ICJ Reports* 1995, p. 102, párr. 29.

*of international customary law»⁵¹. Sobre esas mismas normas, en su opinión consultiva de 2004 sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado, completó su afirmación anterior, advirtiendo que: «Les règles en question incorporent des obligations revêtant par essence un caractère erga omnes»⁵². Asimismo, la Corte, en Sentencia de 4 de julio de 2012, en el asunto de las *Cuestiones concernientes a la obligación de perseguir o extraditar*, señaló que, «l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et elle a acquis le caractère de norme impérative (jus cogens)»⁵³. Recordemos, como ya pusimos de manifiesto más arriba, que en el asunto de la *Barcelona Traction* ya había señalado, en relación con las obligaciones *erga omnes*, que, en el Derecho internacional contemporáneo, tales obligaciones derivan, por ejemplo, de la proscripción de los actos de agresión y de genocidio, y también de los principios y normas relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, en particular la protección frente a la esclavitud y la discriminación racial. Matizando que: «Some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law [...]; others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character»⁵⁴.*

22. Gran parte de lo que acabamos de decir se podría aplicar al supuesto en que las obligaciones *erga omnes* derivaran de unas declaraciones unilaterales de un Estado, algo que si bien no es usual, ha sido reconocido por la propia CIJ en sus Sentencias de 20 de diciembre de 1974 en los asuntos de los *Ensayos nucleares*, o por la CDI cuando aprobó su Texto de los principios rectores aplicables a las declaraciones unilaterales de los Estados capaces de crear obligaciones jurídicas, de 2006. En cuanto a los asuntos de los *Ensayos nucleares* ante la CIJ, es bien sabido que en esos asuntos la Corte consideró que las declaraciones francesas relativas a la suspensión de los ensayos nucleares en la atmósfera, aunque interesaban más directamente a Australia y Nueva Zelanda, así como a ciertos Estados vecinos, fueron hechas *erga omnes* y tenían, por tanto, como destinataria a la comunidad internacional en su conjunto⁵⁵. En relación con el texto mencionado de la CDI, sabemos que en su principio rector 6 señalaba que «[...]as declaraciones unilaterales podrán ser dirigidas a la comunidad internacional en su conjunto, a uno o varios Estados o a otras entidades»⁵⁶ y en su comentario añadía que determinadas declaraciones unilaterales entrañaban obligaciones *erga omnes*⁵⁷.

⁵¹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, p. 257, párr. 79.

⁵² *Conséquences juridiques de l'édition d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ Recueil 2004*, p. 199, párr. 157.

⁵³ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal), arrêt, CIJ Recueil 2012*, p. 457, párr. 99.

⁵⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, arrêt, CIJ Recueil 1970*, p. 32, párr. 34.

⁵⁵ *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, ICJ Reports 1974*, pp. 269-270, párrs. 50-51, y *Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, ICJ Reports 1974*, pp. 474-475, párrs. 52-53.

⁵⁶ *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional 2006*, vol. II, 2.^a parte, p. 177.

⁵⁷ *Ibid.*, Comentario al principio rector 6, p. 181, párr. 2.

23. Insistimos en el tremendo alcance de esta interpretación de la capacidad de las obligaciones *erga omnes* para otorgar *locus standi* a cualquier Estado de la comunidad internacional para introducir una instancia ante la CIJ, algo que, según James Crawford, que era entonces el relator especial sobre responsabilidad de los Estados en la CDI, ya vieron venir algunos Estados en la época de la gestación de lo que luego llegó a ser el art. 48 del proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados. Para algunos de ellos, esa disposición supondría lo mismo que: «*“Opening the flood gates” of litigation*»⁵⁸. El propio James Crawford, probablemente una de las voces más autorizadas en la materia que abordamos en este artículo, señaló en su Curso general sobre Derecho internacional público de la Academia de Derecho Internacional de la Haya que: «*It is now generally accepted that in certain circumstances any State has standing to protect against breaches of fundamental norms, and if necessary to institute proceedings to vindicate its interest as a member of the international community*»⁵⁹.

24. Cabría preguntarse si estaríamos, por tanto, en el supuesto del *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes* frente a un caso de *actio popularis*, entendiendo por esta una institución con raíces en el Derecho romano que contemplaba una acción introducida por un ciudadano ante el tribunal solicitando la protección de un interés público, sin necesidad de demostrar un interés individual en la defensa de su reclamación⁶⁰. El entonces Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Cançado Trindade señaló, a este respecto que, el día en que se consoliden las obligaciones *erga omnes*, «estaría en fin cristalizada la *actio popularis* en el Derecho internacional, para el cumplimiento de las mencionadas obligaciones *erga omnes, lato sensu* (y ya no solo *erga omnes partes*), de protección»⁶¹. Sobre este particular, conviene aclarar que la propia CIJ, en el asunto del *Sudoeste Africano* negó la existencia de una *actio popularis*, en el sentido anteriormente expuesto, en el Derecho internacional de esa época. Para la Corte, aunque un derecho de ese tipo pudiera ser conocido en los ordenamientos nacionales de los Estados: «*It is not known to international law as it stands at present: nor is the Court able to regard it as imported by the “general principles of law” referred to in Article 38, paragraph 1 (c), of its Statute*»⁶². Sin embargo, dada la evolución en

⁵⁸ CRAWFORD, J., *Chance, Order, Change: The Course of International Law. General Course on Public International Law*, La Haya, Hague Academy of International Law, 2014, p. 271.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 270.

⁶⁰ Véase, en este sentido, AHMADOV, F. T., *op. cit.*, nota 45, pp. 13-17. Sobre la *actio popularis* romana véase FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La acción popular romana, *actio popularis*, como instrumento de defensa de los intereses generales, y su proyección en el derecho actual», *Revista General de Derecho Romano*, vol. 31, 2018.

⁶¹ Véase Voto Concurrente del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade a la *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de marzo de 2003, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia, Caso Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, párr. 8.

⁶² *South West Africa, Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1966*, p. 47, párr. 88. Sin embargo, algunos jueces, en las opiniones que vertieron en la sentencia, reconocieron el *locus standi* de los demandantes, así por ejemplo: Dissenting Opinion of Judge Tanaka, *ibid.*, p. 259; Dissenting Opinion of Judge

el Derecho internacional en la dirección de la consolidación de institución la comunidad internacional que trazamos en la introducción y del cambio operado en la propia jurisprudencia de la CIJ en relación con las obligaciones *erga omnes*, podemos afirmar que sí estamos ante un supuesto de *actio popularis* en el Derecho internacional contemporáneo, aunque con todas las limitaciones que expondremos más adelante en este trabajo⁶³.

3. EL NEXO JURISDICCIONAL Y OTROS LÍMITES AL DERECHO DE LOS ESTADOS A PRESENTARSE ANTE LA CIJ EN VIRTUD DE LAS OBLIGACIONES ERGA OMNES

3.1. El nexo jurisdiccional como límite al derecho de los Estados a presentarse ante la CIJ en virtud de las obligaciones *erga omnes*

25. Hasta el momento, hemos podido apreciar en la jurisprudencia de la Corte, de manera destacada en la de los últimos años, como se ha materializado ya la posibilidad de que Estados distintos del lesionado por la violación de una obligación *erga omnes partes* reclamen la responsabilidad del Estado violador mediante una demanda ante el alto tribunal. Se ha advertido ya de que, por el contrario, no se conoce ningún caso en la jurisprudencia de la CIJ en que se haya admitido la demanda de un Estado por violación de obligaciones *erga omnes stricto sensu*, aunque nada lo impide en la teoría, como hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en la sección anterior.

26. Sin embargo, no se puede pensar que el hecho de que el demandante goce del *locus standi* para defender una pretensión ante la Corte ello suponga que ya necesariamente esta deba declararse competente en la instancia o declarar la demanda admisible. La naturaleza mixta de la CIJ, a la vez un órgano jurisdiccional internacional, pero al mismo tiempo el órgano judicial principal de las Naciones Unidas, marca su jurisdicción contenciosa con una serie de condiciones que esencialmente han sido recogidas en su Estatuto, como ya vimos con anterioridad, y entre las que ocupa un papel central la necesidad de contar en la instancia con el consentimiento de todas las partes en la controversia para conocer de todas las cuestiones que se ha solicitado a la Corte que resuelva⁶⁴. La naturaleza de las obligaciones que forman el

Jessup, *ibid.*, p. 382; Dissenting Opinion of Judge Padilla Nervo, *ibid.*, pp. 463 y 473; Dissenting Opinion of Judge Foster, *ibid.*, pp. 479-480; Dissenting Opinion of Judge Mbanefo, *ibid.*, pp. 492-493 y 505.

⁶³ Sobre la cuestión de la *actio popularis* en el contexto del proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad de los Estados de 2001, véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., «¿*Actio popularis* en derecho internacional? (El proyecto definitivo de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado de agosto de 2001)», en DRNAS DE CLÉMENT, Z. (ed.), *Estudios de derecho internacional en homenaje al profesor Ernesto J. Rey Caro*, Marcos Lerner Editora Córdoba, vol. 1, 2002, pp. 549-576.

⁶⁴ Debe tenerse en cuenta que el objeto de la controversia inicialmente planteado por el demandante en su demanda puede verse ampliado en el caso de la presentación de demandas reconvencionales por el demandado tal como contempla el art. 80 del Reglamento de la Corte. O, por supuesto, puede venir determinado en el compromiso, si se ha introducido la demanda mediante un tratado *ad hoc*.

objeto de la controversia, incluso las obligaciones *erga omnes*, no altera esta regla básica e insoslayable, como tampoco lo hace el rango de las normas en cuestión, aunque se trate de normas de *jus cogens*. Veamos como lo ha ido clarificando la Corte en su jurisprudencia. En el asunto relativo a *Timor Oriental* la Corte tuvo que enfrentarse de modo directo a la dicotomía obligaciones *erga omnes*/consentimiento. Recuérdese que Portugal incoó contra Australia un procedimiento relativo a ciertas actividades de Australia con respecto a Timor Oriental. Para el demandante, Australia, por su comportamiento, había dejado de cumplir la obligación de respetar los deberes y facultades de Portugal como la potencia administradora de Timor Oriental y el derecho del pueblo de Timor Oriental a la libre determinación y los derechos conexos, por lo que había incurrido en responsabilidad internacional tanto respecto al pueblo de Timor Oriental como respecto a Portugal. Como base para la competencia, Portugal invocaba las respectivas declaraciones de aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte con arreglo al art. 36.2 del Estatuto⁶⁵. Sin embargo, entre otras excepciones, Australia presentó una dirigida a excluir la competencia de la Corte en atención a que para resolver el fondo de la cuestión, la Corte debería determinar los derechos y obligaciones de Indonesia, que no era parte en la instancia. En efecto, Australia sostenía que el caso presentado por Portugal se limitaba artificialmente a la cuestión de la legalidad de la conducta de Australia, cuando el verdadero demandado era Indonesia, no Australia. Australia lo explicaba advirtiendo que tanto ella como Portugal habían aceptado la jurisdicción obligatoria de la Corte en virtud del art. 36.2 de su Estatuto, iniciativa que Indonesia no había adoptado⁶⁶. Portugal replicó que los derechos que Australia presuntamente había violado eran derechos *erga omnes* y que, en consecuencia, podía exigirle, individualmente, que los respetara, independientemente de si otro Estado se había comportado o no también de un modo ilícito⁶⁷. Para resolver esa excepción, la Corte tuvo que examinar brevemente de modo previo la historia reciente de Timor Oriental y constatar que, aunque Portugal había sido la potencia administradora, ese territorio había pasado a formar parte de Indonesia, algo que Australia había reconocido *de facto* ya en 1978. Además, entre otras cosas, Australia e Indonesia habían adoptado un tratado en 1989 tendente a la exploración y explotación conjunta de los recursos de un área de la plataforma continental, creándose una «Zona de Cooperación» en un área entre la provincia indonesia de Timor Oriental y la parte norte de Australia⁶⁸. Entrando ya en la cuestión de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones supuestamente violadas por Australia, la Corte afirmó que la aseveración de Portugal de que el derecho de los pueblos a la libre determinación, tal como se ha desarrollado a partir de la Carta y de la práctica de las Naciones Unidas, tiene un carácter *erga omnes* era irreprochable. El principio de la libre determinación de los pueblos es uno de los principios esenciales del Derecho

⁶⁵ *East Timor (Portugal v. Australia), Judgment, ICJ Reports 1995*, pp. 92-95, párrs. 1-10.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 99, párr. 21.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 102, párr. 28.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 95-98, párrs. 11-18.

internacional contemporáneo. Sin embargo, la Corte sostuvo con rotundidad que el carácter *erga omnes* de una obligación y la regla del consentimiento a la competencia son dos cosas diferentes. Cualquiera que sea la naturaleza de las obligaciones invocadas, la Corte no puede decidir respecto a la licitud del comportamiento de un Estado cuando su sentencia implicaría el examen de la licitud del comportamiento de otro Estado que no es parte en el caso⁶⁹. La Corte alegó, además, que los efectos de la sentencia solicitada por Portugal equivaldrían a la determinación de que la entrada y la presencia continuada de Indonesia en Timor Oriental eran ilegales y que, como consecuencia, no tenía el poder de hacer tratados en asuntos relacionados con los recursos de la plataforma continental de Timor Oriental. De esa manera, los derechos y obligaciones de Indonesia constituirían el verdadero objeto de la sentencia de la Corte, dictada sin contar con el consentimiento de ese Estado; algo que no podía aceptar en virtud del principio explicitado en el asunto del *Oro amonedado sacado de Roma en 1943*⁷⁰.

27. La Corte tuvo la oportunidad de reiterar que el principio del consentimiento de las partes en su jurisdicción no admite excepciones cualquiera que sea la naturaleza de las obligaciones en cuestión, en varias decisiones en las que el objeto de la controversia era la prohibición del genocidio u otras normas esenciales de derechos humanos. Así, en su sentencia de 2006 sobre la competencia y la admisibilidad en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (nueva demanda: 2002)* (*República Democrática del Congo c. Ruanda*), tras recordar que los derechos y las obligaciones consagrados por la Convención sobre el Genocidio son *erga omnes*, vuelve a traer a colación su decisión en el asunto de *Timor Oriental* en el sentido de que el carácter *erga omnes* de una obligación y la regla del consentimiento a la competencia son dos cosas diferentes y que el solo hecho de que una controversia obligaciones *erga omnes* estén en juego no le otorga automáticamente competencia para juzgarla⁷¹. Y añade la Corte que lo mismo ocurre aunque se trate de normas de *jus cogens*. El hecho de que una controversia verse sobre el respeto de una norma que posea tal carácter, lo que probablemente es el caso de la prohibición del genocidio, no bastaría en sí mismo para otorgar competencia a la Corte para conocer de dicha controversia, pues en virtud del Estatuto, esa competencia está fundada siempre sobre el consentimiento de las partes⁷². Prácticamente a las mismas conclusiones llegó en su Sentencia de 3 de febre-

⁶⁹ *Ibid.*, p. 102, párr. 29.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 105, párr. 34. Sobre el *locus standi* de Portugal en el asunto, véase ESPÓSITO, C., «El Asunto Timor Oriental ante la Corte Internacional de Justicia», *Anuario Español de Derecho International*, vol. XII, 1996, pp. 617-639, esp. pp. 631-634.

⁷¹ *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête: 2002)* (*République démocratique du Congo c. Rwanda*), *compétence et recevabilité*, arrêt, CIJ Recueil 2006, p. 32, párr. 64.

⁷² *Ibid.* Sobre la relación entre normas de *jus cogens* y el principio del consentimiento de los Estados en su jurisdicción, véase QUINDIMIL LÓPEZ, J. A., «Las normas de *iustitia cogens* y el consentimiento de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia: ¿hacia un nuevo fundamento de jurisdicción? (Comentarios sobre la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2006, Actividades armadas sobre el territorio del Congo, República Democrática del Congo contra Ruanda —nueva demanda de 2002—)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 12, 2006, pp. 11-14.

ro de 2015 en el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Croacia c. Serbia)*, añadiendo que el hecho de que su competencia en la instancia derivara exclusivamente de la cláusula compromisoria constituida por el art. IX de la Convención sobre el Genocidio no le permitía conocer de las alegaciones concernientes a la violación del Derecho internacional consuetudinario en materia de genocidio⁷³. Del mismo modo, en su Sentencia de 26 de febrero de 2007 en el caso de la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, advirtió de nuevo el carácter absoluto del principio del consentimiento, esta vez frente a las normas que protegen derechos humanos durante los conflictos armados, y ello incluso aunque las violaciones alegadas afectaban a obligaciones derivadas de normas imperativas, o de obligaciones que protegen valores humanos esenciales, y que puedan deberse *erga omnes*⁷⁴. En la misma línea se manifestó la Corte en su Sentencia de 3 de febrero de 2012 en el asunto de las *Inmunidades Jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia interviniente)*. En aquella ocasión, Alemania interpuso una demanda contra Italia en la que pedía a la Corte que declarara que ese país no había respetado en su práctica judicial las inmunidades jurisdiccionales que el Derecho internacional le reconocía⁷⁵, en relación con la puesta en causa de cierta violaciones del Derecho internacional cometidas por el Tercer Reich durante la Segunda Guerra Mundial. En su sentencia, la CIJ llevó a cabo un paralelismo entre las inmunidades jurisdiccionales que el Derecho internacional reconocía a los Estados y a sus altos representantes con las reglas que rigen su propia jurisdicción; lo que le dio pie a reiterar el principio inderogable del consensualismo de su competencia. En efecto, en esa oportunidad la Corte hizo notar que, si bien las reglas que determinan el alcance y la extensión de su jurisdicción, así como las condiciones en las que esa jurisdicción puede ser ejercida, no derogan las reglas de naturaleza material que poseen rango de *jus cogens*, tampoco hay nada intrínseco a la noción de *jus cogens* que imponga la modificación o la no aplicación de aquellas reglas jurisdiccionales⁷⁶. Ante la rotundidad de las aseveraciones de la Corte en cuanto al carácter absoluto del principio del consentimiento no debe caber la menor duda acerca de que supone una barrera infranqueable al alcance del *locus standi* que las obligaciones *erga omnes* garantizan a los Estados para introducir demandas. Es cierto que la Corte reconocerá la capacidad de los Estados, incluido los no lesionados, para invocar ante ella la responsabilidad por violaciones de obligaciones *erga omnes*, pero no es menos cierto que si la Corte no reconoce como válido un título jurisdiccional —ya sea una cláusula compromisoria de un tratado, o

⁷³ *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, arrêt, CIJ Recueil 2015, p. 46, párr. 87.

⁷⁴ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, ICJ Reports 2007, p. 104, párr. 147.

⁷⁵ *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie); Grèce (intervenant)*, arrêt, CIJ Recueil 2012, p. 105, párr. 1.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 141, párr. 95.

las declaraciones de aceptación de la competencia obligatoria conforme al art. 36.2 del Estatuto, o un tratado cuyo objeto sea precisamente el de llevar una controversia ante la Corte o el *fórum prorrogatum*—, en el que conste el consentimiento de las partes en la controversia para que conozca de las pretensiones de las mismas, no podrá ejercer su función judicial en la instancia.

28. Para finalizar esta sección relativa al nexo jurisdiccional como límite al *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes*, debemos hacer notar, aunque sea obvio, que la naturaleza bien consuetudinaria o convencional de la norma que contenga la obligación *erga omnes* condicionará *de facto* la vía por lo que elevar la controversia ante la Corte. Piénsese que una controversia sobre violaciones de obligaciones *erga omnes* derivadas de normas consuetudinarias no puede ser introducida ante la Corte en virtud de una cláusula compromisoria incluida en un tratado, aunque sí por las otras tres vías de prestar el consentimiento que contempla el Estatuto de la Corte en su art. 36 o ha interpretado la Corte en su jurisprudencia en el caso de la doctrina del *fórum prorrogatum*. Es claro, por tanto, que más allá de los hipotéticos casos en que las dos partes decidan presentar una controversia a la Corte de mutuo acuerdo, quizás la vía más habitual para que la Corte pueda conocer de controversias relativas a la violación de obligaciones *erga omnes* derivadas de normas consuetudinarias sea la de las declaraciones de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte en virtud del art. 36.2 de su Estatuto.

3.2. Otros límites al derecho de los Estados a presentarse ante la CIJ en virtud de las obligaciones *erga omnes*

3.2.1. La necesidad de la existencia de una controversia

29. En sus Sentencias de 5 de octubre de 2016 sobre competencia y admisibilidad en los asuntos de las *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear* que las Islas Marshall habían instituido respectivamente contra Reino Unido, India y Pakistán, la Corte ofreció indicios en relación con otros posibles límites al alcance del *locus standi* de los Estados derivado de la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones en cuestión, en particular sobre la *necesidad de demostrar la existencia de una controversia entre las partes*. Recordemos que, el 24 de abril de 2014, las Islas Marshall había presentado ante la Corte sendas demandas contra nueve Estados —China, Corea del Norte, Estados Unidos de América, Francia, India, Israel, Pakistán, Reino Unido y Rusia— en las que alegaba que estos Estados habían incumplido sus obligaciones dimanantes del Tratado sobre la no proliferación de las armas nucleares de 1968 (TNP) y del Derecho internacional consuetudinario, dependiendo de si esos Estados eran partes o no en el TNP, respecto de la cesación de la carrera de armamentos nucleares y del desarme nuclear. Islas Marshall pretendía fundamentar la competencia de la Corte en las declaraciones formuladas por las partes con arreglo al art. 36.2 de su Estatuto, en el caso de Reino Unido,

India y Pakistán⁷⁷. En el resto de los casos, como no había ninguna base de competencia previa, Islas Marshall trató de fundamentar la competencia de la Corte en un hipotético consentimiento de los demandados manifestado tras la incoación del procedimiento en virtud del art. 38.5 del Reglamento de la Corte⁷⁸; es decir, del *fórum prorrogatum*. Ninguno de esos seis Estados aceptó la competencia de la Corte tras la interposición de la demanda y, por consiguiente, la Corte no los registró en su Lista General de asuntos⁷⁹. En su decisión en la instancia que implicaba a Reino Unido, la Corte, por ocho votos contra ocho, con el voto decisivo del presidente, desestimó la demanda por considerar que no existía ninguna controversia entre el demandante y el demandado antes de la incoación del procedimiento⁸⁰. Por las mismas razones, aunque con unas votaciones menos ajustadas, la Corte desestimó las demandas de Islas Marshall en los otros casos que había instituido contra India y Pakistán⁸¹. Islas Marshall había afirmado que el caso en cuestión implicaba obligaciones de carácter *erga omnes*, que le comprometen como miembro de la comunidad internacional⁸², por lo que poseía en la instancia *locus standi* y la demanda era admisible⁸³. La Corte, por su parte, no entró a analizar ese argumento, lo que sí hicieron incidentalmente el Juez Crawford y la Jueza Xue en las opiniones que anexaron a la sentencia. El Juez Crawford, basándose en las disposiciones del art. 48 del proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional de los Estados, de 2001, dejó sentado el principio general según el cual los Estados pueden ser partes en controversias relativas a obligaciones en cuya ejecución no tienen intereses materiales⁸⁴. Por su parte, la Jueza Xue sostuvo que Islas Marshall no instituyó las causas simplemente para proteger sus propios intereses aunque fuera una víctima de las armas nucleares, sino que lo hizo más bien para proteger el interés de la comunidad internacional⁸⁵. En efecto, aunque la Corte no calificó a las obligaciones

⁷⁷ International Court of Justice, «The Republic of the Marshall Islands files Applications against nine States for their alleged failure to fulfil their obligations with respect to the cessation of the nuclear arms race at an early date and to nuclear disarmament», Press Release Unofficial, núm. 2014/18, 25 de abril de 2014, p. 1.

⁷⁸ *Ibid.* p. 2.

⁷⁹ *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2016*, p. 845, párr. 22.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 856, párr. 59(1).

⁸¹ Véanse *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2016*, p. 277, párr. 56(1); *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. Pakistan), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2016*, p. 573, párr. 56(1). Como los hechos y los argumentos en los tres casos son, *mutatis mutandis* muy similares, en aras de la economía del espacio, a partir de ahora nos limitaremos a referirnos al caso de Reino Unido.

⁸² *Memorial of the Marshall Islands*, 16 de marzo de 2015, p. 19, párr. 26.

⁸³ *Ibid.*, p. 98, párr. 231.

⁸⁴ *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2016*, p. 1102, párr. 22.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 1031, párr. 8.

supuestamente violadas por el demandado como obligaciones *erga omnes*, estamos ante un caso de gran interés a nuestros efectos en este artículo, pues en el TNP son parte 191 Estados, o lo que es lo mismo, como la propia Corte había ya reconocido en el asunto de la *Legalidad de la amenaza o del empleo de armas nucleares* de 1996, la gran mayoría de los Estados de la comunidad internacional⁸⁶. En la instancia, sobre la cuestión de la existencia de la controversia, el alto tribunal comenzó recordando que, tanto el art. 36.2, como el art. 38 de su Estatuto, requieren la existencia de una controversia entre las partes como condición para poder ejercer su competencia⁸⁷, y la clásica definición que ya destiló la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las *Concesiones Mavrommatis en Palestina* según la cual una controversia es un desacuerdo sobre un punto de hecho o de derecho, un conflicto de puntos de vista legales o de intereses entre partes⁸⁸. La Corte añadió que, tal como se refleja en sus decisiones anteriores en las que se examinó la cuestión, existe una controversia cuando se demuestra, sobre la base de las pruebas, que el demandado tenía conocimiento de que sus opiniones se enfrentaban a la oposición manifiesta del demandante, o no lo podía haber desconocido⁸⁹. La Corte expone, por otro lado, que, en principio, la fecha de referencia para determinar la existencia de una controversia en la instancia es la fecha de interposición de la demanda⁹⁰. Prosigue afirmando que, si bien la conducta ulterior a la presentación de la demanda (o la propia demanda) puede revestir importancia en relación con diversos fines, en particular para confirmar la existencia de la controversia, aclarar su objeto o determinar si ha desaparecido en el momento en que adopte su sentencia, ni la demanda, ni la conducta ulterior de las partes, ni las declaraciones formuladas por estas durante el procedimiento le pueden facultar para estimar que la condición de la existencia de controversia se ha cumplido en la instancia de que se trate⁹¹. En el caso concreto que tenía ante sí, la Corte rechazó que los medios de prueba aportados por Islas Marshall demostraran la existencia de una controversia entre las partes con anterioridad a la interposición de la demanda, y terminó por declarar que la excepción preliminar interpuesta por Reino Unido tenía fundamento y, por tanto, debía declinar su competencia en la instancia⁹². Por tanto, queda patente en este caso que la hipotética naturaleza *erga omnes* de las obligaciones en cuestión, no alteran para nada la vigencia de la regla establecida en el Estatuto de la Corte y depurada en su jurisprudencia según la cual, para que la Corte se pueda declarar competente en una instancia, debe existir una controversia en el momento de la interposición de la de-

⁸⁶ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996*, p. 264, párr. 100.

⁸⁷ *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2016*, p. 849, párr. 36.

⁸⁸ *Ibid.*, párr. 37.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 850, párr. 41.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 851, párr. 42.

⁹¹ *Ibid.*, párr. 43.

⁹² *Ibid.*, p. 856, párr. 58.

manda. Es evidente que este hecho limita en buena parte las posibilidades de que se presenten demandas ante la Corte por parte de Estados distintos del lesionado basándose en la presunta violación de obligaciones *erga omnes*.

30. En relación con la necesidad de que exista una controversia relativa a la posible violación de obligaciones *erga omnes*, también son relevantes las decisiones de la CIJ de 20 de diciembre de 1974 en los casos relativos a los *Ensayos nucleares*. En esos textos la Corte señaló que, incluso antes de examinar las cuestiones de competencia y admisibilidad en los asuntos, debía considerar previamente la cuestión preliminar de si existía una controversia. La Corte advirtió a ese respecto que las acciones incoadas el 9 de mayo de 1973 se referían a la legalidad de los ensayos nucleares atmosféricos realizados por Francia en el Pacífico meridional y que el objetivo de los demandantes era obtener la terminación de esos ensayos. Como Francia, en varias declaraciones públicas hechas en 1974 —que como se indicó más arriba fueron hechas *erga omnes* y tenían, por tanto, como destinataria a la comunidad internacional en su conjunto—, había anunciado su intención, tras completar la serie de ensayos atmosféricos de 1974, de abandonar la realización de tales ensayos, la Corte concluyó que el objetivo de los demandantes se había cumplido de hecho, en la medida en que Francia se había comprometido a no efectuar nuevos ensayos nucleares en la atmósfera en el Pacífico meridional. Por tanto, al haber desaparecido así la controversia, la reclamación no tenía ya objeto y no existía nada sobre lo que hubiera que fallar, por lo que se veía imposibilitada de conocer del fondo del asunto, en virtud de las inherentes limitaciones de su función judicial⁹³.

3.2.2. *Otras cuestiones*

31. A lo largo de su existencia, la Corte se ha debido plantear, a instancia de parte o de oficio, además de las que ya hemos analizado, otras cuestiones relativas a su competencia o la admisibilidad de la demanda cuando las posibles violaciones afectaban a obligaciones *erga omnes*, por verse encausada su naturaleza judicial.

32. Así, por ejemplo, dada la complejidad del estatuto jurídico de las distintas ex repúblicas yugoslavas, tuvo que preguntarse, en alguno de los múltiples asuntos de los que conoció tras el desmembramiento de la antigua Yugoslavia, si las partes en la controversia ante la Corte eran Estados parte en la Convención sobre el Genocidio, pues su art. IX fue la cláusula compromisoria que sirvió a la Corte para declararse competente para conocer de algunos de estos asuntos. Hay que resaltar que, en ninguno de esas instancias, el hecho de que la Convención sobre el Genocidio incluyera obligaciones *erga omnes* supuso para la Corte una excepción a la necesidad de contar con

⁹³ *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, *ICJ Reports 1974*, pp. 260-272, párrs. 24-59, y *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, *ICJ Reports 1974*, pp. 463-477, párrs. 22-62.

la seguridad de que todas las partes ante la Corte eran a su vez partes en la Convención⁹⁴.

33. En ese mismo contexto de la antigua Yugoslavia, particular relieve tuvo la excepción preliminar planteada por algunos demandados en los casos relativos a *Legalidad del empleo de la fuerza* en relación con el derecho de Serbia y Montenegro a tener acceso a la Corte en virtud del art. 35 del Estatuto. En efecto, en su Sentencias de 15 de diciembre de 2004, tras el repaso de los acontecimientos históricos tan especiales que rodearon el fin de la antigua Yugoslavia, la Corte acabó negando el *locus standi* de Serbia y Montenegro en las instancias por no haber sido miembro de las Naciones Unidas al interponer la demanda, como exige el art. 35.1 para ser parte del Estatuto, y al no poder demostrar la existencia de ninguna disposición especial en los tratados vigentes en la fecha de entrada en vigor del Estatuto en los que se previera la competencia de la nueva Corte, que, en atención a los términos del art. 35.2 del Estatuto, le permitiera adquirir la condición de parte en el mismo y acceder a la Corte⁹⁵.

4. CONCLUSIONES

34. El desarrollo en el Derecho internacional de la noción de comunidad internacional se ha reflejado en la formación o el desarrollo de diversas instituciones jurídicas, entre otras la de las obligaciones *erga omnes*. La Corte se ha ido haciendo eco de esos procesos en su jurisprudencia y, en consecuencia, en primer lugar, ha reconocido la existencia de esas obligaciones y, en segundo lugar, después, poco a poco, ha testimoniado el gran alcance de las mismas en el ordenamiento internacional. Así, tras su sentencia de 1970 en el asunto de la *Barcelona Traction*, en la que se refirió a aquel concepto, ha ido abriendo la puerta a que cualquier Estado parte en un tratado multilateral pueda reclamar la violación de una obligación *erga omnes partes*, sin ser la parte directamente afectada, en aras de los intereses colectivos protegidos en ese tratado. En efecto, han sido ya varias instancias en las que la Corte ha reconocido de forma más o menos explícita esa posibilidad: *Cuestiones referentes a la obligación de juzgar o extraditar (Bélgica c. Senegal)*; *Caza de la ballena en el Antártico (Australia c. Japón: intervención de Nueva Zelanda)*; *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Gambia c. Myanmar)*.

35. Sin embargo, la CIJ no ha validado todavía la posibilidad de que un Estado presente una demanda por violación de una obligación *erga omnes partes* derivada de una norma consuetudinaria, ni tampoco derivada de

⁹⁴ Véase, por ejemplo, *Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 1996*, pp. 610-614, párrs. 17-26.

⁹⁵ Véase, por ejemplo, *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, CIJ Recueil 2004*, pp. 298-324, párrs. 45-114.

una declaración unilateral o de otra posible fuente del Derecho internacional. Tampoco ha confirmado la Corte, por ahora, la posibilidad de que un Estado no lesionado presente una demanda reclamando la responsabilidad de otro Estado por violación de una obligación *erga omnes* en sentido estricto. Bien es verdad que, para nosotros, es difícil de señalar muchas posibles diferencias entre las obligaciones *erga omnes partes* derivadas de un tratado multilateral de participación casi universal de una obligación *erga omnes stricto sensu* proveniente de normas convencionales, si es que no estaríamos ante el mismo supuesto.

36. Sea como fuere, la tendencia progresiva de la jurisprudencia de la CIJ en el sentido de reconocer el alcance de las obligaciones *erga omnes* a la hora de otorgar el *locus standi* incluso a los Estados no directamente lesionados, no se ha visto acompañada del debilitamiento de principios fundamentales de su jurisdicción contenciosa y recogidos en su Estatuto, exigidos por su naturaleza judicial. Entre esos principios, que en ese sentido los hemos presentado en este trabajo como límites al alcance de las obligaciones *erga omnes* en el marco de la jurisdicción contenciosa de la Corte, se encuentran el de la necesidad de contar con el consentimiento de las partes en el asunto, manifestado por alguna de las cuatro vías en que se posibilita, o el de la existencia de una controversia entre las partes con anterioridad a la presentación de la demanda, tal como hemos podido apreciar en algunas decisiones de su jurisprudencia reciente.

37. No obstante, en mi opinión, si no existieran estas barreras al *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes* se formularían muchas más reservas a las cláusulas compromisorias de los tratados multilaterales o se retirarían muchas declaraciones unilaterales de aceptación de la competencia obligatoria de la Corte en virtud del art. 36.2 del Estatuto, o se introducirían muchas reservas a las mismas, para evitar demandas sorpresivas.

38. Con todo, respetando las debidas condiciones, el hecho de que se facilite que los Estados puedan esgrimir los intereses colectivos de la comunidad internacional para exigir responsabilidad ante violaciones de obligaciones *erga omnes* me parece una gran evolución del Derecho internacional, toda vez que, desgraciadamente, esas violaciones suelen revestir una importante gravedad, y no son infrecuentes.

RESUMEN

LOCUS STANDI DE LOS ESTADOS Y OBLIGACIONES ERGA OMNES EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

La CIJ ha ido progresivamente incorporando la noción de obligaciones *erga omnes*, y otorgándole un mayor alcance en su jurisprudencia. En los últimos años, varias decisiones han reconocido explícita o implícitamente el *locus standi* de los Estados no lesionados para presentar demandas ante la Corte por violaciones de obligaciones *erga omnes partes*. Por el momento, no se ha reconocido el *locus standi* derivado de obligaciones *erga omnes* en sentido estricto. Estos desarrollos demuestran la puesta en valor de los valores colectivos

y de la comunidad internacional en el ordenamiento jurídico internacional. Sin embargo, la ampliación del *locus standi* derivado de las obligaciones *erga omnes* no lleva consigo la desaparición de la exigencia de otras consideraciones requeridas por la naturaleza judicial de la Corte, como el de la existencia de una controversia previamente al inicio del procedimiento y de contar en la instancia con el consentimiento de todas las partes.

Palabras clave: Corte Internacional de Justicia, jurisdicción contenciosa, obligaciones *erga omnes*, *jus cogens*, *locus standi*, nexo jurisdiccional, controversia.

ABSTRACT

LOCUS STANDI OF STATES AND ERGA OMNES OBLIGATIONS IN THE CONTENTIOUS JURISDICTION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

The ICJ has progressively incorporated the notion of obligations *erga omnes*, and given it greater scope in its jurisprudence. In recent years, several decisions have explicitly or implicitly recognized the *locus standi* of non-injured States to bring cases before the Court for violations of obligations *erga omnes partes*. For the time being, the *locus standi* arising from obligations *erga omnes* in the strict sense has not been recognized. These developments demonstrate the relevance of collective values and of the international community in the international legal order. However, the extension of the *locus standi* derived from obligations *erga omnes* does not imply the disappearance of the requirement of other considerations required by the judicial nature of the Court, such as the existence of a dispute prior to the commencement of the proceedings and the consent of all the Parties to the proceedings.

Keywords: International Court of Justice, contentious jurisdiction, obligations *erga omnes*, *jus cogens*, *locus standi*, jurisdictional link, dispute.



BIELORRUSIA EXISTE: EQUILIBRIO INESTABLE ENTRE UNA POLÍTICA EXTERIOR MULTIVECTORIAL Y EL TRATADO DE UNIÓN CON RUSIA

José Ángel LÓPEZ JIMÉNEZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. BIELORRUSIA INDEPENDIENTE: CONSTRUCCIÓN NACIONAL E INSERCIÓN INTERNACIONAL.—2.1. Independencia y proceso de construcción estatal.—2.2. Inserción en la comunidad internacional y política exterior independiente.—3. BIELORRUSIA Y RUSIA: UN MODELO DE RELACIONES BILATERALES ADAPTATIVAS.—4. LAS RELACIONES ENTRE BIELORRUSIA Y LA UNIÓN EUROPEA Y LA BÚSQUEDA DE NUEVOS VECTORES.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Bielorrusia es, con toda probabilidad, uno de los Estados europeos más desconocidos fruto, en buena medida, de la opacidad que rodea al régimen de Lukashenko, Presidente de la antigua república soviética desde el año 1994 hasta la actualidad. La calificación de la misma como «la última dictadura en Europa» obedece a diversos elementos que, sin duda, apuntan directamente hacia esa catalogación. Sin embargo, respecto a algunas características que acompañan a la construcción de la estatalidad independiente de Bielorrusia, no cabe establecer grandes diferencias respecto a algunas otras repúblicas que, igualmente, formaban parte integrante de la extinta Unión Soviética. Aunque es el único Estado —junto con Turkmenistán— que no pertenece al Consejo de Europa y, por tanto, no se somete a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) la posición que Bielorrusia ocupa en los diferentes rankings que evalúan el nivel de ejecución de los instrumentos convencionales en materia de derechos humanos básicos, así como el grado de democratización de las diversas instituciones estatales, no es la más negativa en el conjunto del espacio ex soviético¹.

* Profesor Colaborador Asistente de Derecho internacional público en la Universidad Pontificia Comillas/ICADE (jlopez@comillas.edu). Todas las páginas web referenciadas han sido consultadas por última vez el 24 de mayo de 2020.

¹ El índice más reciente publicado al respecto es el de World Justice Project, *Rule of Law Index 2019*, con el análisis de 126 Estados y jurisdicciones de la comunidad internacional, en el que Bielo-

2. Su posicionamiento en el seno de la comunidad internacional tras la desaparición de la Unión Soviética parecía marcar distancias respecto a Rusia y sus intentos de encabezar el liderazgo de la reorganización regional. Hasta tal punto que la Constitución bielorrusa de 1994, en el art. 18, declaraba la neutralidad de la nueva república, así como la desnuclearización de su territorio². Sin embargo, esta aspiración recogida en el texto constitucional resultaba difícilmente conciliable con la ratificación del Tratado de Seguridad Colectiva (TSC) a finales de 1993, que operaba en el marco de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) pero que, firmado el 15 de mayo de 1992 por Rusia, Kazajistán, Kirguistán, Armenia, Uzbekistán y Tayikistán —con la posterior adhesión de Georgia y Azerbaiyán en 1993— tenía una validez de cinco años. Reconvertida en el año 2002 en Organización del Tratado de Seguridad Colectiva (OTSC) el art. 4 consagraba la defensa colectiva en caso de agresión a uno de los Estados miembros, de conformidad con el art. 51 de la Carta de Naciones Unidas. Bielorrusia es miembro fundador de esta organización internacional de carácter regional que desde el año 2004 tiene el estatus de observador en la Asamblea General de Naciones Unidas³.

3. La identidad étnica de los bielorrusos, contrariamente a lo que suele plantearse, tiene un carácter distintivo y anterior a la rusa y ucraniana —sus hermanos eslavos— según defiende la historiografía oficial de la república⁴. De acuerdo con los datos ofrecidos por el último censo de la república, de un total de aproximadamente 9,5 millones de habitantes, el 83,7 por 100 de ellos son étnicamente bielorrusos, el 8,3 por 100 rusos, el 3,1 por 100 polacos, el 1,7 por 100 ucranianos y el 0,1 por 100 judíos. Datos que confirman un paulatino proceso de homogeneización étnica⁵. Este puede ser un argumento, aunque

rrusia ocupa el puesto 66, situándose en el rango medio de valoración en el conjunto de elementos de análisis, disponible en https://worldjusticeproject.org/sites/default/files/documents/WJP_RuleofLawIndex_2019_Website_reduced.pdf.

En el último informe de Freedom House, *Freedom in the World 2019* comparte, sin embargo, la categoría de Estado no libre con buena parte de las ex repúblicas soviéticas —incluida Rusia— a excepción de los Estados Bálticos, Ucrania, Moldova, Georgia y Armenia, disponible en https://freedomhouse.org/sites/default/files/Feb2019_FH_FITW_2019_Report_ForWeb-compressed.pdf; para otras referencias en torno a Bielorrusia en esta materia se puede consultar el Índice Universal de Derechos Humanos de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, que evalúa la práctica y el cumplimiento de los mecanismos internacionales en la materia de Naciones Unidas; los Órganos de tratado, los Procedimientos Especiales y el Examen Periódico Universal disponible en <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/UniversalHumanRightsIndexDatabase.aspx>.

² Constitución de Bielorrusia de 1994 con las enmiendas y adiciones adoptadas tras los referendos nacionales celebrados el 24 de noviembre de 1996 y el 17 de octubre de 2004, disponible en el portal de internet legal de la República de Bielorrusia, <http://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnye-dokumenty/konstitutsiya-respubliki-belarus/>.

³ Toda la información, estructura y actos normativos emanados desde la OTSC está disponible en la web oficial en ruso <https://odkb-csto.org/25years/>.

⁴ LERHIS, A., «The History of Belarus: Multiply Identities», en KUDORS, A. (ed.), *Belarusian Foreign Policy: 360*, Riga, University of Latvia Press, 2017, p. 12.

⁵ Datos recogidos en el censo de 2009 ya que, en la actualidad, se está trabajando en la actualización de un nuevo censo en 2020, disponible en <https://www.belstat.gov.by/en/ofitsialnaya-statistika/Demographic-and-social-statistics/>. Existe un informe sobre los perfiles demográficos actualizados al año 2019 en https://www.indexmundi.com/belarus/demographics_profile.html.

no el único, de la evidente política de bielorrusianización del Estado llevada a cabo desde hace unos años por parte del Presidente Lukashenko. El líder republicano ha mostrado desde el año 1994 un perfil político más «populista que de constructor nacional»⁶. Sin embargo, como en otras muchas ex repúblicas del antiguo espacio soviético, el nacionalismo de corte identitario ha ofrecido multitud de versiones acomodaticias a los intereses personalistas de los diferentes líderes políticos regionales. Así, por ejemplo, ha ofrecido perfiles plegados a una suerte de pan-nacionalismo ruso del que Bielorrusia participaba sin apenas características diferenciales de la matriz rusa hasta concretarse, en los últimos tiempos, en matizar el carácter étnico específico que, como sucedió históricamente frente a tártaros, polacos o lituanos, le permita consolidar su estatalidad independiente frente a la propia Federación Rusa. Esta identidad flexible obedece al propio pragmatismo de Lukashenko, que le ha permitido sobrevivir desde el año 1994 hasta la actualidad en un entorno extremadamente complejo en el que, a la sombra del Kremlin, lo inusual es la supervivencia política y la independencia estatal. Cuando irrumpió en el escenario político bielorruso desde la Presidencia del Comité de Anticorrupción del Parlamento republicano en el año 1993, solo era conocido por ser el único diputado del Soviet Supremo de la Unión Soviética procedente de la República de Bielorrusia que se opuso a la disolución del Estado soviético⁷. Sin embargo, con un programa netamente populista, fue capaz de imponerse a los candidatos oficiales de larga carrera política y académica en las estructuras soviéticas republicanas, como Stanislav Shushkévich —firmante del Tratado de Belavezha en nombre de Bielorrusia— y el primer ministro republicano desde 1991 hasta 1994, Viacheslav Kébich⁸.

4. Acaba de conmemorarse el trigésimo aniversario de la caída del muro de Berlín, así como el vigésimo aniversario de la firma del Tratado de Unión entre la Federación Rusa y Bielorrusia. A finales del mes de agosto del presente año 2020 se celebrarán las elecciones presidenciales en esta república y sobrevuela la teoría, no demasiado plausible por el momento, de una eventual Presidencia de la Unión de ambos Estados fusionados para Putin a partir del año 2024, cuando le resultaría imposible desde el punto de vista constitucional la renovación de un nuevo mandato presidencial; no obstante hay una reforma constitucional en marcha en la Federación Rusa que se ha visto paralizada por la crisis sanitaria de la COVID-19. En este contexto, el objetivo del presente trabajo reside en el análisis de la evolución de Bielorrusia desde

⁶ WILSON, A., *Bielarus. The Last European Dictatorship*, New Haven, Yale University Press, 2011, p. 134.

⁷ Lukashenko se ha mostrado partidario de la Unión Soviética y contrario a la disolución de la misma mediante la firma del Tratado de Belavezha de 7 de diciembre de 1991; por ejemplo, véanse las declaraciones a RIA Novosti el 12 de octubre de 2013, disponible en <https://web.archive.org/web/20140725003128/http://www.larepublica.es/2013/10/soy-aun-un-sovietico-fui-el-unico-diputado-en-votar-en-contra-de-la-disolucion-de-la-urss/>.

⁸ Boris Eltsin le confesó a Lukashenko después de las elecciones presidenciales de 1994 que no las ganó él, sino que las había perdido Kébich; recogido en la biografía política de Lukashenko realizada por FEDUTA, Alexander y recogida por WILSON, A., *op. cit.*, p. 159.

su declaración de independencia y su complejo proceso de construcción de una estatalidad independiente bajo la sombra de Rusia, en un entorno geopolítico y geoestratégico plagado de conflictos congelados. Para ello nos centraremos en los diversos intentos de compatibilizar el desarrollo de una política exterior multivectorial con las particulares relaciones bilaterales mantenidas con Rusia, especialmente desde la firma del Tratado de Unión entre ambos Estados el 8 de diciembre de 1999. Además, pese a los mencionados proyectos reformistas en curso en el sistema político de la Federación Rusa, las tensiones con la Unión Europea (UE) y la contienda normativa en el vecindario compartido amenazan con persistir. En un contexto regional en el que Bielorrusia puede acabar jugando un papel relevante en términos de seguridad continental parece pertinente prestar atención a una república que adolece del interés académico en España, a tenor de las prácticamente inexistentes publicaciones en nuestro idioma. A pesar de que en el ámbito anglosajón y en Europa Oriental se ha desarrollado cierto nivel de investigación sobre el tema, aunque mucho menos abundante que lo realizado con otras repúblicas vecinas, el enfoque metodológico suele ser bastante repetitivo y condicionado —en cierta medida— desde un prisma más ideológico que académico. Esta perspectiva se muestra más acusada en los trabajos que reafirman la pertinencia de la conexión ruso-bielorrusa o bien, en sentido opuesto, con los que postulan la apuesta por el despliegue de una política exterior independiente por parte de Bielorrusia⁹.

5. La consideración del paradigma neorrealista como un marco de análisis adecuado al actual trabajo merece una aclaración. En primer término, no se pretende obviar la importancia que en el contexto regional objeto de estudio tienen los diferentes intentos de cooperación internacional, elemento principal de interés en el neoliberalismo. Sin embargo, los aspectos vinculados a la seguridad, al poder de los Estados conectado con sus propias capacidades y no tanto derivadas de los eventuales beneficios de la cooperación y de la institucionalización internacional, así como la importancia concedida a las «ganancias relativas» ofrecen un modelo de trabajo apropiado al presente estudio. En segundo lugar, se intentará rehuir del planteamiento segmentado —ya mencionado— que, en mi opinión, caracteriza en buena medida una parte de la actual elaboración científica sobre el tema, intentando adoptar una visión más global del objeto de análisis, menos localista en función del área geopolítica de procedencia o ubicación del analista, que suele afectar «ambientalmente». En último término, la combinación de elementos procedentes del neorrealismo defensivo puede ofrecer un marco teórico adecuado para el análisis de la política exterior rusa en el antiguo espacio

⁹ La primera opción está representada por la doctrina oficialista al servicio del Kremlin; la segunda es defendida mayoritariamente por los analistas occidentales y por los investigadores rusos que trabajan en centros académicos o de investigación occidentales. Una posición intermedia que explora la dimensión personalista de los líderes de ambos Estados y la proyección internacional ligada directamente a sus intereses políticos, y al régimen en el que se sustentan, la representa LESHCHENKO, N., «The National Ideology and the Basis of the Lukashenko Regime in Belarus», *Europe-Asia Studies*, vol. 60, 2008, núm. 8, pp. 1419-1433.

soviético y la influencia, tanto en las relaciones bilaterales con Bielorrusia, como en los intentos de esta última por consolidar una independencia estatal real, que se plasme en una política exterior soberana y multivectorial¹⁰. Sin embargo, más allá del dogmatismo paradigmático, que en ocasiones se tiende a confundir con el rigor metodológico, resulta pertinente recordar como el prisma particular, como nos señalaban Keohane y Nye¹¹, condiciona nuestras aproximaciones al trabajo científico en esta disciplina: es muy complejo aplicar un modelo teórico a un objeto de estudio sin filtrarlo a través de nuestras opiniones o imágenes individuales; de hecho, con frecuencia invertimos el recorrido. Un comentario final. Es evidente que un abanico de múltiples factores que van a afectar al contenido del análisis solo pueden ser recogidos de manera muy sucinta por las características del presente trabajo: los elementos que inciden en la reconstrucción de una identidad nacional en Bielorrusia tras el periodo soviético, las estrechas conexiones económicas y energéticas que condicionan un alto grado de dependencia de Rusia, las complejas relaciones políticas entre Lukashenko y Putin, que se trasladan a la bilateralidad de los Estados y a los intermitentes y poco velados intentos de injerencia en las cuestiones internas del vecino bielorruso, entre muchos otros. Todos podrían constituir por sí mismos un objeto de investigación individualizada.

2. BIELORRUSIA INDEPENDIENTE: CONSTRUCCIÓN NACIONAL E INSERCIÓN INTERNACIONAL

2.1. Independencia y proceso de construcción estatal

6. La independencia de Bielorrusia fue, en esencia, un producto más del proceso de descomposición de la Unión Soviética. Sin embargo, a diferencia de sus vecinas repúblicas (Bálticas, Ucrania y Moldova) el empuje del nacionalismo periférico no fue muy relevante en este caso, en buena medida por su homogeneidad étnica y porque sus aspiraciones de construcción nacional quedaron diluidas casi en su totalidad con su incorporación al proyecto federal soviético¹². Ni la aparición del Frente Popular de Bielorrusia¹³, siguiendo el modelo de los movimientos secesionistas bálticos, pudo eliminar la conexión existente entre la república y la Unión Soviética y, en último término, con Rusia. Surgido al amparo de la *perestroika* y la *glasnost* su actividad se orientó a la recuperación de su memoria histórica como nación y, solo durante los primeros años del mandato inicial de Lukashenko, se caracterizó

¹⁰ WALTZ, K., *Man, the State, and War: A Theoretical Analysis*, Nueva York, Columbia University Press, 2018; del mismo autor, *Theory of International Politics*, Long Grove, Waveland Press, 2010 (reimpresión).

¹¹ KEOHANE, R. y NYE, J., *Power and Interdependence*, Londres, Pearson, 2011.

¹² Véase al respecto el trabajo de GOUJON, A., «Language, Nationalism and Populism in Belarus», *Nationalities Papers*, 1999, núm. 27/4, pp. 661-677.

¹³ ZAPRUDNIK, J., *Belarus. At a Crossroads in History*, Boulder, Westview Press, 1993, p. 132.

por su oposición frontal al régimen soviético como reivindicación de una estatalidad independiente¹⁴.

7. En el imaginario colectivo, incluso después de casi treinta años de existencia como la República de Bielorrusia independiente, su reconocimiento como un Estado diferenciado de otras entidades (Polonia, Unión Soviética, Ucrania) sigue resultando complejo en mayor o menor medida. Incluso tras un breve interregno en el periodo de entreguerras de breve independencia, ha sobrevolado la cuestión de si estamos ante un genuino Estado, aunque fuese una de las quince repúblicas federadas de la Unión Soviética¹⁵. De tal manera que resultaría paradójico que la construcción nacional llegase de la acción de un régimen autoritario como el de Lukashenko (rendido defensor de la Unión Soviética hasta el último momento) y, de igual manera, la consolidación de una estatalidad independiente inédita —al estilo del caso moldavo—.

8. Ambos procesos de construcción nacional diferenciada sobre la que sustentar un Estado independiente (bielorruso y moldavo) constituyen dos modelos muy interesantes de análisis¹⁶. De hecho, la nación como ideología rupturista de la Unión Soviética constituyó el auténtico motor de una eventual reunificación con Rumanía en el modelo moldavo. Aunque, una vez conseguida la independencia, se transformó en un proceso automático —instrumentalizado por las élites locales— de «moldovanización», con un marcado carácter artificialmente diferenciador respecto a Rumanía. Para Bielorrusia ese proceso se inició con posterioridad a la llegada de Lukashenko a la Presidencia de la república, acentuando los rasgos diferenciadores de Rusia como «madre patria»¹⁷. Porque durante el derrumbe soviético el nacionalismo independentista en esta república fue irrelevante.

9. La construcción de una estatalidad independiente en Bielorrusia ha estado ligada de manera esencial al liderazgo personal de Lukashenko. Extendiendo el mismo a la propia caracterización del régimen, como de autoritarismo adaptativo, puede transmitir la sensación de escaso contenido programático. De hecho se le ha calificado en ocasiones de errático, poco previsible, e incluso irracional. Sin embargo, aquellos que han analizado en profundidad los más de veinticinco años de presidencia de Lukashenko consideran que estratégica —pero también tácticamente— su perfil adaptativo a los cambios en las circunstancias le ha permitido consolidar un régimen no democrático, sin apenas oposición interna y con unas relaciones bilaterales con Rusia igualmente adaptivas¹⁸.

10. El modelo bielorruso de construcción/reafirmación de una identidad nacional diferenciada frente a rusos, polacos, o supranacional —soviéticos—

¹⁴ MARPLES, D. R., *Belarus. A denationalized nation*, Abingdon, Routledge, 2012, p. 47.

¹⁵ WILSON, A., *op. cit.* p. xi.

¹⁶ LESHCHENKO, N., «Two Nation-Building Strategies in Post Soviet Belarus», *Nations and Nationalism*, vol. 10, 2004, núm. 3, pp. 333-352.

¹⁷ LESHCHENKO, N., «The National Ideology and the Basis of the Lukashenko Regime in Belarus», *Europe-Asia Studies*, vol. 60, 2008, núm. 8, pp. 1419-1433.

¹⁸ FREAR, M., *Belarus under Lukashenko*, Abingdon, Routledge, 2019.

se ha sustentado en la consolidación de la estatalidad independiente. Es decir, activando un proceso inverso al que normalmente suele producirse¹⁹. Uno de los instrumentos básicos manejados por Rusia en sus políticas de control hacia Bielorrusia ha sido la identificación cultural, etnolingüística y los vínculos históricos entre ambos pueblos. De tal forma que la recuperación de su propia identidad étnico-nacional ha constituido para los bielorrusos un ejercicio de supervivencia estatal frente al expansionismo e unilateralismo ruso en sus fronteras occidentales²⁰.

11. Los debates sobre la neutralidad de Bielorrusia discurrieron en paralelo al inicio de su independencia republicana; no obstante, la firma del TSC el 31 de diciembre de 1993 demostró la inanidad del concepto en el despliegue real de su política exterior. La victoria de Lukashenko en las elecciones presidenciales del mes de julio de 1994 pero, en especial, el referéndum celebrado en 1996, consolidó la extensión de los poderes presidenciales, la disolución del Parlamento y el inicio de la progresiva conversión del sistema político en una autocracia²¹. Las consecuencias en el marco de las relaciones internacionales fueron la reprobación generalizada desde Occidente, el no reconocimiento del Parlamento propuesto por Lukashenko, un aislamiento internacional creciente y, como consecuencia, un estrechamiento de las relaciones con Rusia, su socio natural, frente a la expansión paulatina de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) hasta las fronteras de ambas repúblicas.

2.2. Inserción en la comunidad internacional y política exterior independiente

12. La política exterior de Bielorrusia presenta tres períodos claramente definidos desde su acceso a la independencia: (1992-1994) caracterizado por la consolidación de la estatalidad republicana desde una política de neutralidad y no alineamiento en organizaciones regionales de carácter militar; (1994-2000) con el acceso y consolidación autocrática en el poder de Lukashenko y fundamentado en una intensificación de las relaciones bilaterales con Rusia; (2000-actualidad) con la aparición de Putin los procesos de integración derivados del Tratado de Unión de ambas repúblicas se han ralentizado, cuando no paralizados completamente y, en paralelo, se ha acelerado el intento de crear una política exterior multivectorial que reduzca la dependencia de Moscú²².

¹⁹ ZAPRUDNIK, J., «Belarus. In Search of National Identity between 1986 and 2000», en KOROSTELEVA, E., LAWSON, C. y MARSH, R. (eds.), *Contemporary Belarus. Between Democracy and Dictatorship*, Abingdon, Routledge, 2018, p. 123.

²⁰ IOFFE, G., «Understanding Belarus: Belarussian Identity», *Europe-Asia Studies*, vol. 55, 2003, núm. 8, pp. 1241-1272.

²¹ SILITSKI, V., «Explaining Post-Communist Authoritarianism in Belarus», en KOROSTELEVA, E., LAWSON, C. y MARSH, R. (eds.), *op. cit.*, pp. 36-52.

²² PISS, P., «Belarus: A Significant Chess Piece on the Chessboard of Regional Security», *Journal on Baltic Security*, vol. 4, 2018, núm. 1, p. 40.

13. El primer documento programático en materia de doctrina militar bielorrusa data de 1992 y pretendía consolidar la neutralidad de la república, la no pertenencia a ninguna organización militar, la política de desarme nuclear, la ausencia de amenazas que caracterizaría la política exterior de Bielorrusia y la cooperación en el objetivo de asegurar la paz y la seguridad internacional tras la disolución de la Unión Soviética; principios que, además, fueron incluidos en la Constitución republicana de 1994²³. La actualización del mismo tuvo que esperar al nuevo Concepto de Doctrina Militar de Bielorrusia aprobado el 3 de enero de 2002²⁴, cuyo eje esencial pivotaba alrededor de la consolidación de la independencia de la república y el mantenimiento de la soberanía estatal, dejando al margen el concepto de neutralidad pero recogiendo el marco legal de cooperación con Rusia. La última versión de este documento estratégico²⁵ ofrece perfiles claramente defensivos aunque, a diferencia del documento aprobado en 1992, no impide el uso de las fuerzas armadas republicanas en el exterior debido a sus compromisos adquiridos en el marco de la OTSC. También resulta relevante que, la única referencia a potencias exteriores se centra en Rusia, como socio principal en la cooperación militar e industrial y como modelo programático en la elaboración de este tipo de textos en torno a la doctrina militar y la percepción de amenazas²⁶. La hibridación de los conflictos en la región y una nueva fase de «Guerra Fría» han variado radicalmente la situación con respecto al documento aprobado a principios del siglo XXI, y el impacto derivado del conflicto ruso-ucraniano requería una actualización de la estrategia exterior de Bielorrusia²⁷.

14. Desde la declaración de soberanía de la República Soviética de Bielorrusia —realizada el 27 de julio de 1990— se recogía el objetivo de consolidar una república independiente caracterizada por su neutralidad y desnuclearización (art. 10.2)²⁸. Finalmente se convirtió en el art. 18 de la Constitución de Bielorrusia de 1994. La retirada de tropas rusas del territorio republicano se acompañó igualmente de la eliminación de material nuclear, conforme recogía el mandato constitucional. La membresía en 1998 de Bielorrusia en el Movimiento de los No Alineados completó la última década del siglo XX y la primera de política exterior independiente de Bielorrusia.

²³ DAVIDONIS, R., *The Challenge of Belarus, and European Responses*, Occasional Papers, París, The Institute for Security Studies Western European Union, 2001, núm. 29, p. 6.

²⁴ Ministry of Defence Republic of Belarus, disponible en https://www.mil.by/en/military_policy/basic/.

²⁵ Aprobada el 26 de julio de 2016, disponible en https://www.belarus.by/en/press-center/news/new-military-doctrine-enters-into-force-in-belarus_i_0000043313.html.

²⁶ RACZ, A., «Friends will be Friends: The New Military Doctrine of Belarus», en SPRUDS, A. y POTIOMKINA, D. (eds.), *Coping with Complexity in the Euro-Atlantic Community and Beyond*, Riga Conference Papers 2016, Latvian Institute of International Affairs, pp. 230-238.

²⁷ SVITSKI, A., «Belarus's New Military Doctrine: What's the Message?», *Belarus Digest*, 1 de septiembre de 2016, disponible en <https://belarusdigest.com/story/belarus-new-military-doctrine-whats-the-message/>.

²⁸ Declaración de soberanía de la RSSB, disponible en https://www.servat.unibe.ch/icl/bo02t_.html.

15. La primera década del siglo XXI matizó notablemente el discurso neutralista de la república. Aunque continuó la estrategia declarativa en esta línea, se mostraba en la práctica de la política exterior una aproximación más evidente a Moscú. No solo por el Tratado de Unión ratificado entre ambos Estados a finales de 1999, sino también por una combinación de factores domésticos e internacionales. En primer término, la expansión conjunta de la Unión Europea y de la OTAN alcanzó a las fronteras de Bielorrusia; de manera paulatina las relaciones con Occidente se enturbiaron con los comicios presidenciales de los años 2001 y, notablemente, en 2006, con la aplicación de sanciones al régimen²⁹; las revoluciones de colores que agitaron a Ucrania y Georgia y alertaron a Lukashenko en clave doméstica; la apertura de elementos multivectoriales en su política exterior, por ejemplo, con todas las repúblicas integrantes del GUUAM (Georgia, Ucrania, Uzbekistán, Azerbaiyán y Moldova); por último, los intentos de intensificación de las relaciones con China como elemento de contrapeso que equilibrarse el factor ruso no tuvieron éxito³⁰, como tampoco la posibilidad de adhesión como miembro de pleno derecho en una organización internacional alternativa al liderazgo exclusivo de Rusia —Organización de Cooperación de Shanghái (OCS)—.

16. La asertividad mantenida por Minsk a partir del año 2008, al no alinearse con Moscú después de su intervención en el mes de agosto en Georgia —fundamentalmente en Osetia del Sur y, en menor medida, en Abjasia— acentuó los perfiles neutralistas en su política exterior. No hay unas raíces ideológicas ni programáticas en este posicionamiento neutral de Bielorrusia sino, más bien, un pragmatismo tendente a la supervivencia como Estado independiente³¹. Algunos acontecimientos posteriores permitieron a Lukashenko reafirmar su distanciamiento respecto a la política exterior del Kremlin: la búsqueda de proveedores energéticos alternativos, el asilo político al huido Presidente de Kirguistán (Bakiyev) tras una revolución durante el año 2010 —con la sombra del Kremlin detrás de la misma—³² y, de forma contundente, desde el año 2014 y el unilateralismo ruso en Ucrania y Crimea.

17. Esta intervención acabó por modificar la asimétrica relación bilateral entre ambas repúblicas³³. Bielorrusia no se alineó en absoluto con Moscú

²⁹ Reglamento (CE) núm. 765/2006, relativo a la adopción de medidas restrictivas contra el Presidente Lukashenko y determinados funcionarios de Bielorrusia y el posterior Reglamento de Ejecución (UE) núm. 271/2011, del Consejo, de 21 de marzo, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011R0271&from=EN>.

³⁰ MURPHY, A., «Belarus-China Relations», *Minsk Dialogue Track II Initiative/Wilfred Martens Centre for European Studies and Konrad Adenauer Foundation*, 6 de febrero de 2019, disponible en <https://minskdialogue.by/en/research/memorable-notes/belarus-china-relations>.

³¹ BOHDAN, S. e ISAEV, G., *Elements of Neutrality in Belarusian Foreign Policy and National Security Policy*, Londres-Minsk, Ostrogorski Centre, Analytical Paper, 2016, núm. 7.

³² GÓRECKI, W., «Rusia's Position on the Events in Kyrgyzstan (April-June 2010)», *OSW Commentary*, 27 de julio de 2010, disponible en <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/osw-commentary/2010-07-27/russias-position-events-kyrgyzstan-april-june-2010>.

³³ KHAZARSKI, A., «Belarus inside the Bear Hug. And Its Geopolitical Predicament After The Ukraine Crisis», *Ponars Eurasia Policy Memo*, 2018, núm. 553.

y su renuncia a reconocer la reintegración de Crimea a Rusia se sumó al no reconocimiento de otras entidades separatistas (Osetia del Sur, Abjasia, Transnistria) Lukashenko percibió la fragilidad de las fronteras republicanas desprendida del conflicto entre sus dos poderosos vecinos, y la seguridad regional se resentía en el momento en el que se estaba cerrando el tratado de constitución de la Unión Económica Euroasiática (UEE). El carácter cílico³⁴ y diapasónico de las relaciones bilaterales iniciaba una nueva etapa marcada por el distanciamiento y el endurecimiento del Kremlin con dos instrumentos básicos: el suministro energético y la presión para profundizar en las estructuras de la Unión.

18. Desde 2014 Bielorrusia se debate en un dilema de difícil solución respecto a las relaciones bilaterales con Rusia: la reafirmación de su independencia y soberanía frente a potenciales tentaciones intervencionistas y los beneficios políticos y económicos derivados de su cooperación con Moscú. El no reconocimiento de *iure* —aunque sí *de facto*— de la anexión de Crimea impulsó el conflicto de precios en el suministro energético a Bielorrusia, cuya respuesta fue el progresivo acercamiento a Turquía —íntimo oponente regional de Rusia—. Sin embargo, Lukashenko sigue percibiendo al Kremlin como el principal garante de la soberanía e independencia de Bielorrusia y, en particular, de su régimen autoritario. No hay que olvidar que, en buena medida, la legitimidad del mismo deriva del cierto nivel de bienestar económico logrado mediante un gasto público ligado a las ayudas económicas y financieras rusas³⁵.

19. Algunos autores han definido el vector activado por Bielorrusia en el ámbito de su política exterior en este último periodo como «comportamiento de cobertura estratégica» caracterizado por acentuar sus perfiles neutralistas como facilitador de plataformas de negociación política y/o diplomática. En esta línea de actuación, tanto Minsk I como Minsk II han permitido a la república que los negociadores fuesen el Grupo Trilateral y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y, su posición, le permitiese quedar al margen de cualquier involución política o militar en el conflicto ucraniano que acabase por implicar a Bielorrusia³⁶.

20. La particular relación bilateral Rusia-Bielorrusia derivada del Tratado de la Unión ha producido también documentos estratégicos en materia militar y de política exterior. El último de ellos es la Doctrina Militar del Estado de la Unión y data del año 2002; es decir, está claramente desfasado y no contempla las actuales circunstancias regionales ni bilaterales. Es también un claro ejemplo de la escasa voluntad de profundización en las estructuras contempladas en el Tratado durante estas dos últimas décadas.

³⁴ NICE, A., *Playing Both Sides: Belarus between Russia and the EU*, DGAP Analyse, German Council on Foreign Relations, Berlín, 2012, núm. 2, p. 6.

³⁵ CEPURITIS, M., «Belarusian Political Relations with Russia after the Annexation of Crimea», en KUDORS, A. (ed.) *op. cit.*, p. 85.

³⁶ PREIHERMAN, Y., *Belarus's Asymmetric Relations with Russia: The Case of Strategic Hedging*, Working Paper, 2017, University of Tartu Press, Tartu, núm. 4, pp. 15-16.

Aunque ha habido diversos acuerdos bilaterales en el ámbito de actuaciones militares con fuerzas conjuntas que no han sido publicitados con claridad³⁷.

21. La voluntad de desplegar una política exterior caracterizada por una neutralidad activa comenzó a manifestarse a partir del año 2006. En el antiguo espacio soviético solo hay dos repúblicas, además de Bielorrusia, que declaran en sus Constituciones su estatus de neutralidad y son Moldova y Turkmenistán. La política de no alineamiento en bloques o alianzas regionales de carácter militar pudo constituir, en estas repúblicas de reciente independencia, una herramienta esencial de supervivencia como entidad estatal diferenciada respecto de Rusia. En especial con la prohibición de estacionamiento de fuerzas armadas extranjeras en su territorio, como sucede con Turkmenistán. El mantenimiento real de ese estatus es muy complejo en un espacio instrumentalizado políticamente por Moscú, y tampoco ajeno a tensiones integracionistas por parte de organizaciones internacionales de carácter regional. Las relaciones asimétricas que Rusia mantiene con sus repúblicas vecinas no han supuesto una excepción en el marco bilateral con Bielorrusia³⁸.

22. La definición de una política exterior más equidistante, que no necesariamente neutral, por parte de Bielorrusia en marco regional y en el posicionamiento ante algunos conflictos arrancó con el inicio del siglo XXI. Tanto desde los documentos estratégicos como, en particular, a través de las declaraciones de Lukashenko se puede constatar la transición hacia una vocación de «neutralidad» de la república. Indicadores claros recientes al respecto se pueden rastrear en cuestiones como: el acercamiento estratégico a repúblicas vecinas como Ucrania o más lejanas como Georgia; la búsqueda de proveedores energéticos alternativos a Rusia; la política de no reconocimiento de la independencia a las entidades secesionistas en Georgia (Osetia del sur y Abjasia) y de la anexión de Crimea; el no alineamiento con la posición de Rusia en los conflictos de Georgia, Ucrania y Siria.

23. Conceptos como multi-direccionalidad, integración de integraciones, neutralidad, equilibrio de intereses Este-Oeste, diversificación de las relaciones internacionales, parecen ocultar la incapacidad de elaborar una estrategia a largo plazo hacia una genuina neutralidad. La imposibilidad real de trascender la recepción meramente constitucional de este concepto y trasladarlo a una práctica similar al estilo de Estados con experiencia, tradición y vocación en la ejecución de un auténtico estatus de neutralidad se manifiesta con cierta claridad en la política exterior de Bielorrusia. Hasta tal punto que

³⁷ SIVITSKY, A., «New Union State Military Doctrine Will Not Change Status Quo in Belarusian-Russian Military Alliance», *Eurasia Daily Monitor*, vol. 15, 2018, núm. 174, disponible en <https://jamestown.org/program/new-union-state-military-doctrine-will-not-change-status-quo-in-belarusian-russian-military-alliance/>.

³⁸ MEISTER, S., «Hedging and Wedging: Strategies to Contest Russia's Leadership in Post-Soviet Eurasia», en EBERT, H. y FLEMES, D. (eds.), *Regional Powers and Contested Leadership*, Hamburgo, Giga German Institute, 2018, pp. 301-326.

autores como Bohdan e Isaiev caracterizan a la misma como de ausencia programática y conjunto de acciones *ad hoc*³⁹.

24. La pertenencia de Bielorrusia a todas las organizaciones de integración regional lideradas por Rusia, como la UEE, la CEI o la OTSC, favoreció la visibilidad de la misma en la comunidad internacional como una república satélite de Moscú. La escasa concreción y profundidad de las estructuras creadas por el Tratado de la Unión de ambas repúblicas, unido al conjunto de tratados bilaterales suscritos desde el año 1996, no limitaron esta percepción occidental de dependencia. La lealtad al Kremlin ha estado garantizada en términos políticos, económicos y militares. La propia supervivencia política del régimen y del liderazgo de Lukashenko necesitaba esta asimétrica relación, ya que ni las reformas económicas ni, en especial, las de contenido político en una línea democratizadora están en la agenda republicana. La anexión de Crimea empezó a acentuar los cambios en esta relación de patronazgo⁴⁰.

3. BIELORRUSIA Y RUSIA: UN MODELO DE RELACIONES BILATERALES ADAPTATIVAS

25. En los últimos tres años y, en esencia, desde el enquistamiento del conflicto secesionista en los distritos orientales de Ucrania, Moscú ha lanzado una ofensiva político-diplomática hacia Bielorrusia con el objetivo de intensificar y desarrollar los instrumentos de integración recogidos en el Tratado de la Unión existente entre ambas repúblicas. Los objetivos que se presumen tras la presión de Rusia son múltiples: Bielorrusia ocupa una posición estratégica esencial en el flanco occidental de la frontera de la Federación Rusa tras las sucesivas ampliaciones de la OTAN; es la única república que no tiene ningún conflicto secesionista que pueda ser utilizado como herramienta geopolítica del Kremlin; con la absorción de Bielorrusia —bien *de iure* o *de facto*— Rusia tendría el control de buena parte del territorio ex soviético en el vecindario compartido con la Unión Europea (Ucrania, Moldova, Georgia y Bielorrusia); reforzaría de forma bilateral lo que, desde el ámbito institucional y de la cooperación regional, no está consiguiendo con el liderazgo de organizaciones internacionales como la OTSC o la UEE; posibilitaría un despliegue militar más intenso de fuerzas armadas y equipamiento ruso en el territorio bielorruso que representase una fuerza disuasoria en zonas muy próximas a estacionamientos de la OTAN; por último, pero no menos importante, conseguir el efecto simbólico de integrar a Rusia —mediante un control directo o indirecto— el último bastión territorial occidental de la Unión Soviética, tan ligado a la historia rusa y clave en el poco explicitado proyecto

³⁹ BOHDAN, S. e ISAEV, G., *op. cit.*, p. 18.

⁴⁰ ZOGG, B., «Belarus between East and West: The Art of the Deal», *CSS Analysis*, 2018, núm. 131, disponible en <https://css.ethz.ch/content/dam/ethz/special-interest/gess/cis/center-for-securities-studies/pdfs/CSSAnalyse231-EN.pdf>.

de reconstrucción neoimperial denominado *Novorossiya*⁴¹. Por todo ello, no resulta sorprendente que en el mes de enero de 2015 el Parlamento de Bielorrusia aprobase una ley en la que se recogía que «la presencia de tropas extranjeras en territorio de la república —regulares o no— fuese considerado como un acto de agresión»⁴². El unilateralismo ruso en Ucrania alertaba definitivamente al régimen de Lukashenko.

26. El proyecto de recuperación territorial por parte de Rusia apelando a diversos criterios —étnicos, histórico-nacionales, geográficos, identitarios— ha adoptado diferentes formatos entre los cuales, el de *Novorossiya* ha tenido más repercusión internacional. Con la reverberación de los acontecimientos de Ucrania parecía consolidarse el retorno a los territorios coloniales que el Imperio ruso conquistó en el norte de las orillas del mar Negro, recuperado en el discurso político de Vladimir Putin⁴³. Con el enquistamiento del conflicto y la reintegración de Crimea a la soberanía territorial rusa las referencias al mencionado proyecto se fueron apagando. Sin embargo, en los últimos meses ha sido sustituido por el de *Prichernomorie* —utilizado por Putin en su Conferencia de Prensa Anual de fin de año, celebrada el 19 de diciembre de 2019— que tiene un contenido territorial similar al de Nueva Rusia para el imaginario nacionalista ruso⁴⁴. Aunque las estructuras de *Novorossiya* quedaron aplazadas en los distritos orientales de Ucrania y el Kremlin no quiere repetir una acción unilateral similar en Bielorrusia, las presiones sobre Minsk se han venido sucediendo de forma muy intensa desde el año 2017, cuando se barajó la posibilidad de que las tropas rusas desplegadas en la república —en el curso de las maniobras militares conjuntas *Zapad 2017*— permaneciesen definitivamente instaladas en el territorio bielorruso⁴⁵.

27. Ambas repúblicas difieren notablemente en el ámbito bilateral de sus relaciones militares y de seguridad. Rusia, a pesar de mantener dos bases militares en territorio bielorruso, desea incrementar su presencia de fuerzas armadas como elemento disuasorio frente a la OTAN. Pero también para imitar el modelo seguido en el resto de repúblicas vecinas a Bielorrusia, en las que mantiene contingentes con diversos formatos y mandatos legales —o con ausencia de los mismos—. La presión rusa se ha intensificado en estos últimos dos años, tratando de ampliar las competencias otorgadas por el Tra-

⁴¹ KLYSINSKI, K., MENKISZAK, M. y STRZELECKI, J., «Russia puts pressure on Belarus», *OSW Analysis*, 14 de diciembre de 2018, disponible en <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2018-12-14/russia-puts-pressure-belarus>.

⁴² BREAUT, Y., «Belarus in the new Cold War», en BLACK, J. L. y JOHNS, M. (eds.), *The Return of the Cold War. Ukraine, the West and Russia*, Abingdon, Routledge, 2016, p. 51.

⁴³ O'LOUGHLIN, J., TOAL, G. y KOLOSOV, V., «The rise and fall of Novorossiya: examining support for a separatist geopolitical imaginary in southeast Ukraine», *Post-Soviet Affairs*, vol. 33, 2017, núm. 2, pp. 124-144.

⁴⁴ SOCOR, V., «Putin and Ukraine's Black Sea Lands: Another Iteration of Novorossiya?», *Eurasia Daily Monitor*, vol. 17, 2020, núm. 2, disponible en <https://jamestown.org/program/putin-and-ukraines-black-sea-lands-another-iteration-of-novorossiya/>.

⁴⁵ SAZONOV, V., «Moscow's Minsk Gambit: Can Russia Swallow Belarus?», *International Centre For Defence And Security*, 19 de marzo de 2019, disponible en <https://icds.ee/moscow-s-minsk-gambit-can-russia-swallow-belarus/>.

tado de la Unión⁴⁶. El margen de maniobra de Lukashenko en este aspecto es muy estrecho —como en otros— y, además, le impide ampliar la vertiente multivectorial de su política exterior. Su doble pertenencia a la OTSC y al conjunto de tratados bilaterales y de Unión con Rusia limita notablemente sus posibilidades de actuación.

28. El empleo de herramientas e instrumentos propios de los conflictos híbridos está empezando a desarrollarse con cierta intensidad por parte de Rusia hacia Bielorrusia. Entre ellos ha adquirido relevancia especial la política de desinformación masiva en buena parte de los medios de comunicación rusos afines al Kremlin, cuyos destinatarios son las respectivas sociedades civiles de ambas repúblicas. En Bielorrusia los medios de comunicación rusos tienen una presencia masiva, por lo que los mensajes que lanzan tienen una gran relevancia. En los últimos cuatro años —desde 2016 básicamente— las campañas de desinformación⁴⁷ han desplegado un conjunto de temas recurrentes: la aproximación de Bielorrusia hacia Occidente siguiendo una estrategia «a la ucraniana», el auge del nacionalismo bielorruso frontalmente antiruso, las disputas comerciales entre ambos Estados —en particular la relativa a los precios de exportación del gas y del petróleo— y la escasa participación de Bielorrusia en las organizaciones regionales lideradas por Rusia —la OTSC y la UEE fundamentalmente—. Adicionalmente se traslada desde muchos recursos mediáticos rusos una imagen distorsionada de los rasgos identitarios del pueblo bielorruso (lengua, cultura, historia) que les permite cuestionar abiertamente la existencia de un Estado independiente del ruso y una integridad territorial diferenciada⁴⁸.

29. La alianza entre los dos Estados, presidida por el Tratado de la Unión de 1999 y sus estructuras compartidas, ha sufrido numerosos episodios de fricción. Dos son los elementos principales que han motivado este tipo de situaciones: el intervencionismo ruso en las repúblicas vecinas y los intentos de injerencia en los asuntos internos de Bielorrusia, con el objetivo de incrementar su dependencia global de Moscú, y las presiones para intensificar el marco de cooperación/integración en el formato de la Unión de ambas repúblicas. Respecto a la primera cuestión, la intervención de las fuerzas armadas rusas en Osetia del Sur y, en menor medida, en Abjasia durante el mes de agosto del año 2008 fue recibida en Minsk con enorme prevención. A las disputas comerciales y por el precio de la factura energética se sumó la ausencia de reconocimiento internacional por Bielorrusia de la independencia de las dos entidades separatistas. Pese a las enormes presiones rusas al respecto. Además, Lukashenko boicoteó la reunión de la OTSC del año posterior

⁴⁶ GOLTS, A., «Belarus and Russia: Military Cooperation but with Different Goals», en KUDORS, A. (ed.), *op. cit.* p. 99.

⁴⁷ YELISEYEU, A. y LAPUTSKA, V., «Anti-Belarus disinformation in Russian Media: Trends, Features, Countermeasures», *East Media Review*, 2016, núm. 1, disponible en <http://east-center.org/wp-content/uploads/2016/12/EAST-Media-Review.pdf>.

⁴⁸ Desde el punto de vista lingüístico se llega a identificar el idioma bielorruso con el ruso, con un acento diferenciado por el uso de la franja social más baja. Véase, al respecto, YELISEYEU, A. y LAPUTSKA, V., «An Easy Target for Russia», *Transitions Online (Eurasian States in Transition)*, 26 de enero de 2017.

—2009— trasladando sus diferencias con Moscú a la organización regional de carácter militar y de seguridad⁴⁹.

30. Los objetivos que presidieron la realización del mencionado Tratado de Unión y las principales disensiones están muy bien analizados por Nesvetailova⁵⁰. Pero en ocasiones no se resalta el carácter defensivo frente a la ampliación de la OTAN hasta las fronteras de Bielorrusia. No pretendía crear un Estado fusionado sino, más bien, una integración en una alianza estratégica o una suerte de confederación en la que ambos Estados mantenían su independencia e integridad territorial en la que primaba el componente económico y de seguridad al puramente político

31. Rusia ha planteado desde sus propios documentos estratégicos, como el Concepto de Política Exterior aprobado en el año 2013, la prioridad del establecimiento de instrumentos regionales de cooperación económica; en el año 2015 se ponía en marcha la UEE. Este mecanismo de integración reactiva⁵¹ se aceleró con la firma —el 29 de mayo de 2014— del Tratado fundacional de la organización. El contenido político de la misma provocó reticencias importantes de Bielorrusia, así como diferentes elementos vinculados con el comercio de recursos energéticos. No obstante, el rechazo frontal de Lukashenko a la inacción de la UE frente a la anexión rusa de Crimea —avalada desde la perspectiva del realismo político, con Mearsheimer⁵² a la cabeza— resultó definitivo para que Bielorrusia ratificase su ingreso en la organización regional⁵³.

32. Bielorrusia no supone una excepción en el *extranjero próximo* de Rusia. Las relaciones tejidas desde el inicio de sus respectivas construcciones estatales independientes con sus repúblicas vecinas se han caracterizado por la extensión de una serie de interdependencias creadas, en buena medida, por un conjunto de intereses políticos que, en este caso —siguiendo a Keohane— son producto y derivada de la propia gobernanza regional⁵⁴. En el marco de la seguridad esta república ha fomentado el grado de dependencia militar de Rusia, a través de su asistencia, hasta el grado de reducir sus inversiones en la imprescindible modernización de sus fuerzas armadas⁵⁵.

⁴⁹ VYSOTSKAYA, A. y VIEIRA, G., «The Political-Military Alliance of Russia and Belarus: Re-Examining the Role of NATO and the EU in Light of the Intra-Alliance Security Dilemma», *Europe-Asia Studies*, vol. 66, 2014, núm. 4, pp. 557-577.

⁵⁰ NESVETAILOVA, A., «Russia and Belarus: The Quest for the Union; or Who Will Pay for Belarus' Path to Recovery?», en KOSTELEVA, E., LAWSON, C. y MARSH, R. (eds.), *Contemporary Belarus, Between Democracy and Dictatorship*, Abingdon, Routledge, 2018, pp. 152-164.

⁵¹ DUTKIEWICZ, P. y SAKWA, R. (eds.), *Eurasian Integration. The View From Within*, Abingdon, Routledge, 2015.

⁵² MEARSHEIMER, J., «Why the Ukraine Crisis in the West's Fault», *Foreign Affairs*, vol. 93, 2014, núm. 5, pp. 77-89.

⁵³ SECRERU, S., «Turnoil in Ukraine: A Sign of the Coming Disorder in the Post-Soviet World?», *The Polish Quarterly of International Affairs*, vol. 23, 2014, núm. 4, pp. 75-98.

⁵⁴ KEOHANE, R., *After Hegemony. Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 2005, p. 11.

⁵⁵ DRAGNEA, R., DELCOUR, L., JAROSCEWICZ, M., KARDAS, S. y UNGUREANU, C., *How Bilateral, Regional and International Regimes Shape the Extent; Significance and Nature of Interdependencies*, Berlin, Center for Eastern Studies (OSW), 2018, p. 36.

Desde Moscú se articulan colaboraciones en la esfera militar otorgando una clara preferencia por la inversión en el establecimiento de contingentes rusos estacionados en territorio bielorruso; las ayudas directas a Minsk no son un objetivo estratégico.

33. La ausencia de avances en los mecanismos del Tratado es el resultado del utilitarismo político que del mismo han intentado conseguir dos líderes con perfiles autoritarios; son dos dirigentes que han moldeado el sistema político de sus Estados de acuerdo a sus particulares intereses y este rasgo tiene un fiel reflejo en las relaciones bilaterales. La integración económica y la moneda común —Putin— y la integración política con la adopción de una Constitución común para la Unión —Lukashenko— aunque no siempre durante estos veinte años, así como con las figuras de presidente y vicepresidente de la Unión compartidas han reflejado ambas posiciones. Sin embargo, la existencia de un interés real que trascienda la respectiva política interna de ambas repúblicas parece ausente de esta suerte de «juegos de comedia interpretados tras los muros del Kremlin»⁵⁶.

34. Profundizar en una integración, que ya existe desde un ámbito jurídico y que está operando en los ámbitos comercial y militar, se presenta como una opción viable e interesante desde la perspectiva de Rusia. Además se acomodaría perfectamente a los respectivos ordenamientos jurídicos internos y respetaría, por primera vez en una región caracterizada por los «grises normativos», un ordenamiento jurídico internacional ampliamente vulnerado en el despliegue de la política exterior rusa. No obstante, la propuesta de soberanía por energía no ofrece ningún interés a un líder autocrático como Lukashenko, que no es en absoluto proclive a ningún cambio del presente *statu quo* en las relaciones bilaterales entre Bielorrusia y Rusia. Además, en el marco de la reforma constitucional de la Federación Rusa en curso⁵⁷, la conversión de Putin en el nuevo líder de una nueva entidad estatal fusionada ya no es un instrumento imprescindible para consolidarse en la Presidencia de la República más allá del año 2024⁵⁸.

35. Sin embargo, desde el año 2018 las relaciones bilaterales han mostrado varios elementos de crisis⁵⁹ que se resumen en la acentuación de las trabas financieras y energéticas que desde Moscú se trasladan a Minsk; como respuesta a las mismas, el vector occidental de la política exterior bielorrusa

⁵⁶ DANILOVICH, A., *Russian-Belarusian Integration*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 168.

⁵⁷ Véanse los artículos de DOMANSKA, M., «Changing the Constitution in Russia: Putin forever?» y «Everlasting Putin and the reform of Russian Constitution», *OSW Analysis*, 10 y 13 de marzo de 2020, disponibles en <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/analyses/2020-03-10/changing-constitution-russia-putin-forever> y <https://www.osw.waw.pl/en/publikacje/osw-commentary/2020-03-13/everlasting-putin-and-reform-russian-constitution>.

⁵⁸ «The Kremlin is pushing Belarus to merge with Russia», *Euractiv*, 14 de febrero de 2020, disponible en <https://www.euractiv.com/section/europe-s-east/news/the-kremlin-is-pushing-belarus-to-merge-with-russia-lukashenko/>.

⁵⁹ SUZDALTEV, A., «The Republic of Belarus: the Evolution of the Policy of Balancing Between East and West», *Outlines of Global Transformations: Politics, Economics, Law*, vol. 12, 2019, núm. 2, pp. 117-137; texto en ruso disponible en <https://www.ogt-journal.com/jour/article/view/442/393>.

se acelera ante la ausencia de profundidad en las estructuras de integración del Tratado de la Unión. Las respectivas políticas domésticas y el componente geoestratégico fruto de este tipo de giro exterior, unido a las experiencias previas de unilateralismo ruso en Ucrania, Georgia y Moldova, podrían terminar en una deriva inesperada de los acontecimientos entre ambas repúblicas.

36. La iniciativa de este giro estratégico obedeció a un cambio en los términos de las relaciones bilaterales y de las condiciones en los compromisos establecidos. Rusia condicionaba de forma más estricta los subsidios energéticos y el soporte financiero a una profundización de las estructuras político-militares. Bielorrusia no reaccionó de acuerdo con los requerimientos de Moscú durante la intervención en Ucrania y, además, las concesiones solicitadas suponían, a juicio de Minsk, un elevado riesgo para su integridad territorial, soberanía e independencia. El llamado «ultimátum» realizado en el año 2018 amenaza transformar a Bielorrusia en un nuevo desafío para la política exterior en su *extranjero próximo*, pasando de ser un socio imprescindible a un vecino inestable⁶⁰.

37. El pulso que en la actualidad están manteniendo las dos repúblicas a través de sus respectivos líderes representa riesgos para ambos actores. Bielorrusia arguye en su retórica exterior, pero con un destinatario concreto —Rusia— que su apertura multivectorial hacia Occidente (UE y Estados Unidos) está provocada por la presión sostenida del Kremlin. Sin embargo, no parece factible el abandono simultáneo de Bielorrusia del Tratado de Unión común y, al mismo tiempo, de las organizaciones regionales lideradas por Rusia, como la OTSC y la UEE⁶¹. El peligro de tensar en exceso las relaciones con Moscú, provocando una reacción violenta —no excluyendo acciones militares similares a las realizadas en otras repúblicas— puede exceder la percepción de Rusia de perder a un fiel aliado; además, Lukashenko carece de manera efectiva de la posibilidad de aplicar un plan estratégico alternativo.

38. Hay algunos autores, como Rekeda, que señalan que el cumplimiento de las previsiones y compromisos adquiridos en el Tratado de Unión Bielorrusia-Rusia, en unión al paquete documental añadido en las negociaciones bilaterales recientes, habrían convertido a la entidad resultante en una suerte de UE de carácter bilateral. En la misma, se reunirían en el marco de una organización postsovietica, los elementos más favorables de ambas subjetividades internacionales: la de Estados y la de organización internacional⁶². Sin embargo, ninguno de los dos Estados ratificó el pasado 8 de diciembre de

⁶⁰ SIVITSKY, A., «Belarus-Russia: From a Strategic Deal to an Integration Ultimatum», *Russia Foreign Policy Papers*, Foreign Policy Research Institute, diciembre de 2019, disponible en <https://www.fpri.org/article/2019/12/belarus-russia-from-a-strategic-deal-to-an-integration-ultimatum/>.

⁶¹ SHRAIBMAN, A., «Oatmeal and Water: The Thinning Belarus-Russia Relationship», *Commentary Carnegie Moscow Center*, 11 de febrero de 2020, disponible en <https://carnegie.ru/commentary/81038>.

⁶² REKEDA, S., «The Union State of Russia and Belarus: Searching for a Development Vector», *Russian International Affairs Council*, 18 de diciembre de 2019, disponible en <https://russiangroup.ru/en/analytics-and-comments/analytics/the-union-state-of-russia-and-belarus-searching-for-a-development-vector/>.

2019 —coincidiendo con el vigésimo aniversario de la firma del Tratado de Unión— estos compromisos adicionales. La tensión existente entre ambas repúblicas y la diferencia de objetivos planteados —integración económica en el caso de Minsk y profundidad política y militar para Moscú— ha imposibilitado devolver a la Unión a las ambiciones inicialmente planteadas, dotando de un impulso más integrador a sus estructuras y marco normativo.

39. La aplicación de un genuino paradigma realista neoclásico al posicionamiento exterior de Rusia en la escena internacional es una tentación insoslayable entre buena parte de los polítólogos⁶³. En particular en lo concerniente a su vecindario compartido o «problema compartido» con la UE. La percepción de Rusia hacia los actores occidentales (UE y Estados Unidos, más OTAN) como potenciales agresores en su esfera de influencia le empuja —según este marco de análisis— a reequilibrar su posición incrementando sus capacidades internas y externas. Entre estas últimas, los dos instrumentos básicos desplegados por Rusia son las alianzas estratégicas (bilaterales y multilaterales) o los sistemas de control de carácter híbrido. En el caso de Bielorrusia podría resultar amenazante el fracaso del primer instrumento, que ha estado en vigor hasta la fecha, pero que parece haber entrado en crisis. Precisamente en la única república de relevancia geoestratégica en su flanco occidental en la que no existe un conflicto enquistado o congelado.

40. La crisis sanitaria mundial provocada por la COVID-19 ha provocado algunas consecuencias que, en el caso concreto de Bielorrusia, pueden impactar muy negativamente en sus relaciones con Rusia y en su situación interna. A la particular forma de gestionar el impacto de la pandemia por Lukashenko se ha unido la endémica dependencia energética de Moscú, un aislamiento económico muy preocupante y un nivel de deuda externa alarmante⁶⁴. La caída dramática de los precios del petróleo ha reducido de manera muy significativa las exportaciones a Rusia y la ayuda del Fondo Monetario Internacional (FMI) a Bielorrusia parece cada vez más imprescindible, especialmente por la no pertenencia de esta república a la Organización Mundial del Comercio (OMC). Además, las tensiones entre ambos líderes han resurgido después de la decisión unilateral de Putin del cierre de fronteras con Bielorrusia, el pasado 18 de marzo sin consultarla previamente con Lukashenko, unido a la celebración en Minsk del desfile del 75 aniversario de la victoria de la Unión Soviética sobre Alemania en la Segunda Guerra Mundial —el pasado 9 de mayo— cuando en Moscú se canceló. El argumento se basaba en el número de contagios de la pandemia que, según Putin, era más elevado en esta república que en Rusia. En este contexto, la búsqueda de suministro petrolífero a través de Estados alternativos, como Azerbaiyán y Arabia Saudita, tampoco mejora la solidaridad paneslava. Y los intentos de

⁶³ BLIDARU, S., «The Russian Federation and Belarus in the Dispute with the West. A Neoclassical Realist Paradigm Perspective», *Bulletin of The Transilvania University of Brasov*, vol. 11, 2018, núm. 1, p. 57.

⁶⁴ IOFFE, G., «Belarus's Geopolitical Loneliness», *Eurasia Daily Monitor*, vol. 17, 2020, núm. 38, disponible en <https://jamestown.org/program/belarus-geopolitical-loneliness/>.

profundizar en los mecanismos de integración de las estructuras creadas por el Tratado de la Unión chocan con la reestatalización de dos entidades que adoptan decisiones opuestas y sin ningún elemento de coordinación⁶⁵.

4. LAS RELACIONES ENTRE BIELORRUSIA Y LA UNIÓN EUROPEA Y LA BÚSQUEDA DE NUEVOS VECTORES

41. Bielorrusia mantiene durante las últimas dos décadas una relación asimétrica con Rusia y con la UE. La innegable pertenencia a la esfera de influencia de Moscú no le impide participar en diversos instrumentos comunitarios como la Política Europea de Vecindad (PEV) aunque las sanciones de la UE se han aplicado de manera intermitente. En estas relaciones dicotómicas, la posición de Bielorrusia en estos últimos años pretende la introducción de nuevos actores internacionales ante la evidente falta de avances en sus relaciones bilaterales con la UE, en una etapa renovada de política exterior multivectorial. Venezuela le permite diversificar sus fuentes de suministro petrolífero pero, especialmente, el incremento de las relaciones con China —tanto bilaterales como en el marco de la OCS— introduce un socio de primer orden y un eventual contrapeso al control ruso⁶⁶.

42. Las relaciones entre la UE y Bielorrusia han tenido un bajo perfil si establecemos la comparación con otras repúblicas vecinas que participan en la PEV⁶⁷. La oportunidad de haberlas dotado de mayor intensidad y eficiencia se presentó después de la intervención rusa en Ucrania en el año 2014. Bielorrusia intentó mantener una posición equidistante, sin aprobar el intervencionismo pero sin criticarlo abiertamente. Al mismo tiempo se abrió una posibilidad para ampliar las relaciones con las nuevas autoridades surgidas posMaidán. Sin embargo, el Acuerdo de Asociación suscrito con la UE⁶⁸ limitó notablemente esas posibilidades de incremento de la colaboración bilateral entre ambas repúblicas. Potencialmente significaba consolidar una estrategia en la que ambos actores ganaban. Para Bielorrusia, ampliar el flanco occidental de relaciones internacionales y aliviar la presión rusa; en el caso de Ucrania, la obtención de una vía indirecta a sus exportaciones hacia la UEE —incluida Rusia— y preservar el territorio bielorruso como un eventual teatro de operaciones rusas contra su integridad territorial⁶⁹. Sin embargo, estas posibilidades acabaron diluyéndose a partir del año 2016.

⁶⁵ SHRAIBMAN, A., «Coronavirus Inflames Russia-Belarus Quarrel», *Carnegie Moscow Center*, 25 de marzo de 2020, disponible en <https://carnegie.ru/commentary/81361>.

⁶⁶ MARPLES, D., «Between the EU and Russia: Geopolitical Games in Belarus», *The Journal of Belarusian Studies*, vol. 7, 2013, núm. 1, pp. 38-68.

⁶⁷ DELCOUR, L., *The EU and Russia in the Contested Neighbourhood. Multiple External Influences, Policy Transfer and Domestic Change*, Abingdon, Routledge, 2017.

⁶⁸ Acuerdo de Asociación entre la UE y Ucrania, DO L núm. 161, de 29 de mayo de 2014, disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0529\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:22014A0529(01)&from=ES).

⁶⁹ MOSHES, A. y NIZHNIKAU, R., *A Partnership Not in the Making. UKrainian-Belarusian Relations After the EuroMaidan*, Helsinki, PONARS Eurasia Policy Memo, 2018, núm. 557, p. 1.

43. El vector que ocupa la UE en el diseño y ejecución de un proyecto de política exterior multivectorial existe en virtud, fundamentalmente, de la PEV en su dimensión oriental. Pero es bastante más débil de lo que se proyecta desde las Instituciones europeas y claramente insuficiente para competir con el vecino ruso. Caracterizada por una mixtura de lo que Bosse y Korosteleva definen como gobernanza *hard* y *soft*. La primera estructurada a través de la condicionalidad; la segunda, mediante la versión clásica de drenar recursos económicos a la sociedad civil como manera de ganarse el favor de la opinión pública bielorrusa⁷⁰. Las interacciones legales e institucionales de la UE con Bielorrusia han sido, hasta la fecha, escasamente significativas. La permeabilidad del régimen de Lukashenko a las redes establecidas en algunas esferas es casi nula y contempla a la UE como un instrumento alternativo con el que contra-balancear, que no equilibrar, la sombra del Kremlin.

44. La construcción de un desorden bipolar en Europa⁷¹ presidido por dos proyectos regionales antagónicos —el de la UE y el de Rusia y sus Estados «satélite»— mantiene a dos Estados como piezas estratégicas: Bielorrusia y Azebaiyán. Ambos permanecen al Partenariado Oriental de la UE pero, simultáneamente, pivotan en la esfera de influencia de Moscú. Reflejan abiertamente las tensiones existentes entre los proyectos europeos y euroasiático y, en función de la elección final de los actores protagonistas, puede acentuar las rivalidades geopolíticas entre ambas potencias regionales. La UE planteó su expansión oriental con un contenido eminentemente normativo y mediante círculos concéntricos sucesivos⁷² (Estados miembros, Estados candidatos y Estados de la Asociación Oriental) Rusia, por su parte, ha encontrado más resistencias de las previstas para encontrar adhesiones a los proyectos regionales que lidera. Ucrania era la república estratégica y su negativa le terminó por costar su integridad territorial y la pérdida de Crimea. Escenario que le ha permitido a Bielorrusia valorar opciones, costes, riesgos y ventajas de sus próximas decisiones en el marco de su política exterior.

45. La aplicación de las denominadas «sanciones inteligentes»⁷³ por parte de la Unión Europea se han presentado como una alternativa a la coerción económica rusa, pero en este caso penalizando los fraudes electorales cometidos en diferentes comicios. Los efectos sobre el régimen han sido inapreciables, puesto que se dirigían a un reducido grupo de personas. Sin embargo, han impedido el desarrollo de una cooperación más estrecha entre ambos actores, situación que se ha extendido —con frecuentes altibajos— hasta la actualidad. Misiones de supervisión de fronteras, prohibiciones de viajes,

⁷⁰ BOSSE, G. y KOROSTELEVA, E., «Changing Belarus? The Limits of EU Governance in Eastern Europe», *Conflict and Cooperation*, vol. 44, 2009, núm. 2, p. 159.

⁷¹ POPESCU, N., *Eurasian Union: the real, the imaginary and the likely*, Chaillot Papers, París, EU Institute for Security Studies, 2014, núm. 132, p. 35.

⁷² Communication from the Commission to the Council and the European Parliament Wider Europe - Neighbourhood: A New Framework for Relations with our Eastern and Southern Neighbours, Brussels, 11 de marzo de 2003, COM (2003) 104 final.

⁷³ Puede consultarse el detalle de las sanciones en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/02/25/belarus-sanctions/>.

congelación de activos, asistencia financiera, evaluación crítica de los planes de acción de la PEV —en unión a las mencionadas sanciones— constituyen el despliegue esencial de *hard* y *soft power* de la UE en Bielorrusia⁷⁴.

46. La aproximación normativa entre la UE y Bielorrusia, en el marco del despliegue de herramientas de *soft power* de la primera, ha sido hasta la fecha muy escasa. No existe voluntad política por parte del régimen de Lukashenko; además, las provisiones constitucionales en torno a la aplicación de las normas del Derecho internacional por los poderes ejecutivo o judicial de la república son muy laxas, en virtud del art. 112(1). Sin embargo, hay un resquicio que permitiría el desarrollo del *acquis europeo* en un ámbito tan refractario como el bielorruso: la «aproximación por la puerta trasera». Esta estrategia vendría avalada por dos vías diferentes, la pertenencia a la UEE, que permitiría una aproximación indirecta a las normas comunitarias y, de igual forma, mediante la armonización normativa con alguno de sus socios comerciales, como la propia Rusia⁷⁵. Además, la experiencia comunitaria podría trasladarse al desarrollo de Instituciones de la UEE —como la Comisión— o en el ámbito de la OMC, mediante la transferencia de diferentes estándares propios de la organización a las relaciones con Bielorrusia⁷⁶.

47. La historia de las relaciones entre la Unión Europea y Bielorrusia es, como remarca Shapovalova, una historia de aplicación de sanciones⁷⁷. Este instrumento para hacer cumplir los compromisos normativos internacionales a Estados refractarios al ordenamiento jurídico internacional comporta unas evidentes consecuencias negativas en la cooperación bilateral. La presencia de grupos de interés en una política exterior que sigue siendo competencia soberana de los Estados miembros provoca desajustes notables en la aplicación de las sanciones y en la renovación de las mismas. En esta línea se puede constatar lo que está sucediendo en la actualidad con la aplicación de las mismas a Rusia. Además, conviene precisar si se producen en el marco de competencias de la organización o en el de la cooperación y coordinación de los Estados miembros. Este escenario posibilita establecer un modelo diferenciado de aplicación, manteniendo en algún momento las de un tipo y eliminando las del otro; aunque en ningún caso las sanciones han buscado como objetivo preferente dañar la precaria economía bielorrusa⁷⁸. En este

⁷⁴ POPESCU, N. y WILSON, A., *The Limits of Enlargement-Lite: European and Russian Power in The Troubled Neighbourhood*, Londres, ECFR, 2009, p. 43.

⁷⁵ Tesis sostenida por KARLIUK, M., «Legislative approximation and application of EU law in Belarus: 'Backdoor' approximation», en VAN ELSWEGE, P. y PETROV, R. (eds.), *The Application of EU Law in the Eastern Neighbourhood of the European Union: Towards a Common Regulatory Space?*, Abingdon, Routledge, 2014, pp. 228-245.

⁷⁶ KALPAKCHIEV, T., *Belarus Crucifix. The Road in between Two Integration Projects*, Willy Brandt School of Public Policy, 2013, p. 12.

⁷⁷ SHAPOVALOVA, N., *Advocacy and Interest Group Influence in EU Foreign Policy*, tesis doctoral defendida en la Universidad de Warwick, noviembre de 2015, analiza el modelo de sanciones aplicadas a Bielorrusia por parte de la UE, disponible en https://www.researchgate.net/publication/322623963_Advocacy_and_Interest_Group_Influence_in_EU_Foreign_Policy.

⁷⁸ PORTELA, C., «The European Union and Belarus: Sanctions and Partnership?», *Comparative European Politics*, 2011, núm. 9, p. 502.

sentido, la UE y Bielorrusia han llegado a un «equilibrio inestable»: no hay profundidad en la cooperación y la sombra de las sanciones sobrevuela permanentemente en las relaciones bilaterales.

48. Por ello, el interés por incluir a terceros actores en la política exterior de Minsk es prioritario si, como se define en sus documentos estratégicos y en las declaraciones de Lukashenko, la conversión en multivectorial deriva de un proyecto real y no puramente especulativo⁷⁹. Los objetivos son evidentes: diversificar sus relaciones comerciales que, hasta el año 2010, solo representaban alrededor del 10 por 100 las exportaciones fuera del antiguo espacio soviético; reducir su dependencia energética de Rusia; conseguir recursos financieros en otros socios o instituciones internacionales y, por último, romper el aislamiento que mantienen en la comunidad internacional por el carácter antidemocrático del régimen establecido por su presidente. Es lo que Marin⁸⁰ ha calificado como pragmatismo realista, y apunta hacia actores (China⁸¹, Irán, Venezuela, Emiratos Árabes, Qatar, Turquía o Azerbaiyán) que comparten con Bielorrusia ese déficit democrático. Lo que no supondría —por tanto— un problema insalvable, como sucede con la UE.

49. En la estrategia de diversificación de potenciales actores de esta nueva política exterior multivectorial tienen cabida socios muy diversos para Bielorrusia⁸². Algunos autores señalan como, en el momento actual, supone una amenaza mayor a la integridad territorial e independencia republicana la actitud de Rusia que la expansión oriental de la OTAN⁸³. Estados Unidos podría implicar una peligrosa relación triangular para Minsk, que terminase por impulsar una reacción imprevisible del Kremlin. Además los intereses estratégicos norteamericanos en esta república se reducen por la propia especificidad del régimen de Lukashenko⁸⁴. El vector Báltico es complejo pero no imposible en su eventual desarrollo⁸⁵, mucho más asequible en el caso de Letonia que con respecto a Lituania —más reacio a ejercicios militares conjuntos entre Bielorrusia y Rusia, como los Zapad celebrados en el territorio de la primera en el año 2017—.

⁷⁹ «Lukashenko reaffirms commitment to multivector foreign policy», *Belta*, de 6 de septiembre de 2019, disponible en <https://eng.belta.by/president/view/lukashenko-reaffirms-commitment-to-multivector-foreign-policy-123941-2019/>.

⁸⁰ MARIN, A., «The Third Powers and Belarus», en POPESCU, N. y SECRERU, S., *Third Powers in Europe's East*, París, Chaillot Papers, 2018, núm. 144, p. 71.

⁸¹ MARIN, A., «Minsk-Beijing: What Kind of Strategic Partnership?», *IFRI Policy Paper Russie.Nei.Visions*, 2017, núm. 102.

⁸² KRIVOSHIEV, D., «Belarus's External Relations», en KOROSTELEVA, LAWSON y MARSH (eds.), *op. cit.* pp. 165-178.

⁸³ RUMER, E. y BELEI, B., «Belarus: With Friends Like These...», *Carnegie Endowment for International Peace*, 31 de mayo de 2017, disponible en <https://carnegieendowment.org/2017/05/31/belarus-with-friends-like-these---pub-70135>.

⁸⁴ MRACHEK, A., «US Relations with Belarus and the Russia Effect», *The Heritage Foundation*, 12 de agosto de 2019, disponible en <https://www.heritage.org/europe/report/us-relations-belarus-and-the-russia-effect>.

⁸⁵ POTJOMKINA, D. y SUKYTE, D., «Belarus and the Baltics: Did Crisis Really Become an Opportunity?», en KUDORS, A. (ed.), *op. cit.*, p. 160.

50. La situación endémica de bloqueo ha devenido en la «excepción bielorrusa» en la Vecindad Oriental de la UE. Es la única república que no mantiene un marco legal de cooperación bilateral definido con la organización regional. Algunas negociaciones específicas están bloqueadas *sine die* —como la política de visados— y otras más relevantes, como el inicio de las negociaciones para el establecimiento de un acuerdo marco de asociación y cooperación, está fuera de la agenda debido a las condicionalidades comunitarias⁸⁶. El único proceso recientemente inaugurado ha sido el inicio de las negociaciones bilaterales Comisión Europea y Bielorrusia para la consecución de un Acuerdo de Cooperación de Aduanas —19 de diciembre de 2019—. Por ello desde Minsk se ha potenciado el bilateralismo multivectorial con algunos Estados miembros de la Unión Europea, como Suecia, Austria o Finlandia.

51. La consecuencia directa derivada de ese estancamiento ha sido inmediata: la diplomacia bielorrusa ha confirmado en estos momentos su declarada intención de no solicitar la adhesión a la UE. Algo evidente porque, de entrada, no reúne los requisitos esenciales para serlo. Pero, en especial, porque remarca su firme voluntad de normalización de relaciones de manera estable y permanente con la organización y sus Estados miembros con el objetivo de desarrollar diferentes espacios de cooperación; todo ello, sin olvidar las obligaciones derivadas del marco legal de pertenencia a otras «asociaciones de integración»⁸⁷. Es decir, se concitan un conjunto de elementos que en unos ámbitos estimulan y en otros desincentivan la profundización de relaciones mutuas: para Bielorrusia reequilibrar sus relaciones con los grandes actores regionales y globales con un coste implícito de democratización del régimen; para la UE, más allá de la importancia geoestratégica de una república incrustada en el vecindario común, significa el acceso a mecanismos de cooperación con la UEE y, por tanto, con la propia Rusia de forma indirecta⁸⁸.

52. La UE tendría que analizar si, en lo que algún analista califica como política de pragmatismo de principios, la renuncia a principios y valores esenciales en el marco programático de la organización regional es compensada por unos intereses puramente geoestratégicos⁸⁹. El programa reformista que Bielorrusia tendría que acometer presenta más incentivos domésticos en el marco de sus estructuras económicas que en las instituciones políticas. El vector exterior marcado por la «integración de integraciones», simultaneando en diferentes niveles las relaciones con la UE y la UEE podría ser

⁸⁶ MELYANTSOU, D., «Have Belarus-EU Relations Hit the Ceiling», *Comment*, Minsk Dialogue & Konrad Adenauer Stiftung, 2 de marzo de 2020, núm. 42, disponible en <https://minskdialogue.be/en/research/opinions/have-belarus-eu-relations-hit-the-ceiling>.

⁸⁷ «Ambassador: Belarus does not seek EU membership», *Belta*, 22 de abril de 2020, disponible en <https://eng.belta.by/politics/view/ambassador-belarus-does-not-seek-eu-membership-129993-2020>.

⁸⁸ KOROSTELEVA, E., «The EU and Belarus: Seizing the Opportunity?», *European Policy Analysis*, Swedish Institute for European Policy Studies, 2016, núm. 13, disponible en http://www.sieps.se/en/publications/2016/the-eu-and-belarus-seizing-the-opportunity-201613epa/Sieps_2016_13epa?

⁸⁹ VAN DER TOGT, T., *The «Belarus Factor». From Balancing to Bridging Geopolitical Dividing Lines in Europe?*, La Haya, Clingendael, Netherlands Institute of International Relations, 2017, p. 20.

un objetivo interesante pero de complejo equilibrio. Por parte de la UE, la consideración de Bielorrusia como un actor diplomático relevante en el marco de los procedimientos de solución político-diplomática de los conflictos regionales, en el seno de la OSCE, no parece ser un incentivo definitivo para estrechar lazos de cooperación bilaterales.

53. En este contexto poco proactivo en las relaciones con la UE, no parece probable que las estrategias de promoción indirecta de valores normativos democráticos en Bielorrusia sean factibles. La aplicación de instrumentos «versátiles, más complejos, más inclusivos en cuanto a atraer a múltiples actores, y más sustutivo despolitizando la promoción democrática, orientándola hacia un compromiso más tecnocrático y cooperativo»⁹⁰ parece perfilarse como un objetivo extremadamente complejo después de más de veinte años de relación bilateral «espasmódica».

5. CONCLUSIONES

54. La recuperación de la identidad étnico-nacional genuinamente bielorrusa ha constituido una herramienta esencial de consolidación estatal independiente. La diferenciación progresiva de Rusia era una necesidad vital para la supervivencia como un Estado-nación genuino, al margen de cualquier otra entidad. Muchos indicadores resultaban inquietantes para los defensores de la soberanía de Bielorrusia durante los primeros años de independencia: la cascada de tratados de cooperación e integración entre Rusia y Bielorrusia en diversos ámbitos; la dependencia económica, energética, financiera y militar de Moscú; la presencia masiva de los medios de comunicación y la influencia cultural rusa en Bielorrusia; la proliferación de rusos en las principales instituciones políticas republicanas; el apoyo generalizado entre las fuerzas políticas de la Duma rusa a la integración de Bielorrusia, y la existencia de casi 1.600 kilómetros de frontera compartida que facilita el movimiento entre ambos territorios⁹¹.

55. Las posibilidades reales de Bielorrusia a la hora de desplegar una política exterior de carácter multivectorial⁹² están seriamente condicionadas y limitadas por su extrema conexión en un buen número de factores con Rusia. De tal forma que, los eventuales y potenciales socios con posibilidades de integrar esa red múltiple de relaciones exteriores, conforman lazos poco estables y, en modo alguno, alternativos para suplir a Moscú. El estatus de neutralidad que constitucionalmente caracteriza a la república no se ve respaldado por una estrecha relación con otros Estados no alineados de la

⁹⁰ KOROSTELEVA, E., «The European Union and Belarus: democracy promotion by technocratic means?», *Democratization* 2016, Routledge, vol. 23, 2015, núm. 4, p. 693.

⁹¹ SHUSHKEVICH, S., «Belarus: Self-Determination and Statehood», *Demokratizatsiya*, 8:3, 2000, p. 298, disponible en http://demokratizatsiya.pub/archives/08-3_Shushkevich.PDF.

⁹² KOROSTELEVA, E., «Belarusian Foreign Policy in a time of crisis», *Journal of Communist Studies and Transition Politics*, 27, 2011, núms. 3-4, pp. 566-586.

comunidad internacional. Más bien ha pertenecido desde su creación a los diversos formatos de cooperación regional de carácter militar y de seguridad postsoviéticos liderados por Rusia: ratificó el TSC en el marco de la CEI en 1993, y apoyó también su conversión en la OTSC en el año 2002, ratificando igualmente todos sus instrumentos y actos normativos hasta la fecha⁹³. Además, el diseño multivector de la política exterior adolece de notables carencias: no obedece tanto a fijar acciones y posiciones en el marco de la comunidad internacional como a un conjunto de movimientos de acción-reacción estrechamente conectados con las respuestas a las acciones del Kremlin, especialmente desde la aparición de Putin. Es decir, no tiene un esquema previo nítido y tiene un carácter fundamentalmente reactivo.

56. Bielorrusia parece encontrarse atrapada entre dos tipos de condicionalidades: la que se desprende de una eventual profundización en sus relaciones con la UE y aquella que arrastra de su dependencia múltiple, en virtud de los lazos desarrollados históricamente con Rusia, y que se han mantenido hasta la actualidad. El rechazo a la primera opción ha fortalecido, en igual proporción, el liderazgo interno de Lukashenko y las relaciones bilaterales con Rusia. Es decir, en un perfecto desarrollo de aproximaciones en un juego de suma cero⁹⁴. De tal forma que, todo avance en una de las direcciones multivectoriales de su política exterior será compensado negativamente por el vector contrario. Si desde el enfoque neorrealista los intereses y las capacidades determinan la influencia de los Estados como actores esenciales, en los modelos de Bielorrusia y Rusia habría que realizar una extensión a los respectivos liderazgos presidenciales de ambas repúblicas, que impregnán y otorgan un sello personalista al ámbito de las decisiones en materia de política exterior. Por ello resulta interesante, a mi juicio, prestar especial atención con carácter prospectivo a factores puramente emocionales y cognitivos que, siguiendo a Robert Jervis, en regímenes como los que nos ocupa, pueden tener un impacto directo en determinadas decisiones internacionales que condicionen el futuro político en ambos Estados⁹⁵.

57. El objetivo de alcanzar un genuino desarrollo de una política exterior multivectorial puede convertirse, finalmente, en una estrategia de pura supervivencia política de Lukashenko, así como para Bielorrusia del mantenimiento de una estatalidad independiente. Equilibrar geopolíticamente a un Estado con las características que en la actualidad definen el régimen de Minsk parece inviable. La búsqueda y consolidación de terceros actores regionales y potencias alternativas que ofrezcan los incentivos parciales que definen sus dependencias de Rusia, sin la asunción de los costes y peligros que también la definen, se antoja complejo. Porque, además, inevitablemente

⁹³ GRANEY, K., *Russia, The Former Soviet Republics, and Europe Since 1989. Transformation and Tragedy*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 227.

⁹⁴ VIERA, A. y VASILYAN, S., «Armenia and Belarus: Caught Between the EU's and Russia Conditionalities?», *European Politics and Society*, Londres, Routledge, 2018, p. 480.

⁹⁵ JERVIS, R., *Perception and Misperception in International Politics*, Princeton, Princeton University Press, 1976, p. 3.

comportarían un deterioro en las relaciones de estos terceros Estados con Rusia; el Kremlin lo interpretaría en clave de injerencia interna en su área de influencia directa. No obstante, hay movimientos diplomáticos que indican que la apertura hacia Occidente no es solo un planteamiento teórico de Minsk; por ejemplo, hace unos meses se han reanudado relaciones diplomáticas al primer nivel con Estados Unidos, con el nombramiento de una nueva embajadora, precisando además el secretario de Estado norteamericano que Bielorrusia no tiene necesidad de escoger entre Rusia y Estados Unidos, sino mantener relaciones múltiples y diferenciadas⁹⁶.

58. Parece que el mantenimiento del actual *statu quo* en las relaciones bilaterales entre Rusia y Bielorrusia se presenta como el escenario más probable a medio plazo. Es decir, una asimetría que favorece los intereses y prioridades de la política exterior rusa en un área geopolítica esencial desde varias perspectivas: geoestratégica, en el ámbito de la seguridad, desde una visión histórica de recuperación de unos elementos identitarios intrínsecos al nacionalismo ruso y, en definitiva, como último eslabón de esa reconstrucción neointerperial de los restos del naufragio soviético en sus fronteras occidentales. En este sentido, siguiendo el modelo neorrealista de carácter defensivo, Rusia no pretendería ubicarse como una alternativa hegemónica mundial sino, más bien, defender su posición exterior en el *extranjero* próximo en el ámbito de la seguridad regional. Es decir, en el vecindario compartido con la UE y la OTAN frente a lo que considera como una injerencia en su zona de influencia. Así, el margen de maniobra de Bielorrusia como frontera occidental del mencionado espacio, es realmente estrecho en el actual contexto de bipolaridad regional. El carácter de Estado-cliente vs. Estado-patrón⁹⁷ no se antoja, pese a todo, como la situación más lesiva para Bielorrusia. Tiene experiencias de mayor vulnerabilidad en su entorno geográfico y, en último término, no hay que descartar que en un contexto internacional adecuado Rusia intentase la fusión por absorción, a través de las estructuras del Tratado de la Unión y la aplicación de instrumentos híbridos ya experimentados en otras repúblicas. Pero Putin no quiere repetir algunos errores cometidos con anterioridad en Ucrania⁹⁸.

59. Esta hipótesis pasa esencialmente por desvirtuar un acuerdo de Unión que se basaba en la paridad de competencias y en el mantenimiento de las dos soberanías y estatalidades independientes⁹⁹. La disputa entre dos

⁹⁶ Declaraciones realizadas durante la entrevista con Lukashenko celebrada en Minsk el pasado 1 de febrero, *Radio Free Europe/Radio Liberty*, 1 de febrero de 2020, disponible en <https://www.rferl.org/a/pompeo-belarus-relations-normalize-counter-russian-aggression/30411255.html>.

⁹⁷ MOSHES, A., «Russian-Belarusian Relations after Vilnius: Old Wine in New Bottles?», en VVAA, *The Vilnius Moment*, PONARS Eurasia Policy Perspectives, marzo de 2014, p. 57.

⁹⁸ SAZONOV, V., «Moscow's Minsk Gambit: Can Russia Swallow Belarus?», RKK International Centre for Defence and Security Estonia, 19 de marzo de 2019, disponible en <https://icds.ee/moscow-s-minsk-gambit-can-russia-swallow-belarus/>.

⁹⁹ PREIHERMAN, Y., «Unsettled Union: The Future of the Belarus-Russia Relationship», *Commentary European Council on Foreign Relations*, 21 de enero de 2020, disponible en https://www.ecfr.eu/article/commentary_unsettled_union_the_future_of_the_belarus_russia_relationship.

liderazgos autoritarios como los de Putin y Lukashenko puede acabar por colisionar, y en este hipotético escenario, pueden perder tanto el líder bielorruso como su república. La pandemia de la COVID-19 ha congelado el proceso reformista exprés que el presidente ruso estaba realizando de la Constitución Federal. La capacidad para poder ser reelegido sin necesidad de abandonar el Kremlin en el año 2024 parece eliminar temporalmente la hipótesis de consolidación en el poder a través de las estructuras de la Unión de las dos repúblicas. Además, las elecciones presidenciales de Bielorrusia —previstas para finales del mes de agosto de este año 2020— habrían forzado algún tipo de intervención previa en esta línea por parte del Kremlin. A pesar del incremento de las presiones rusas en los temas objeto de controversia —precios energéticos y tasas comerciales— no parece factible que pueda haber un giro intervencionista de mayor calado; en todo caso, siempre que Minsk no atraviese determinadas líneas rojas en su diversificación y ampliación multivectorial de su política exterior. Los tres documentos estratégicos elaborados como Estado independiente (1992, 2002 y 2016) que abogaban por una neutralidad republicana han dado paso siempre a un pragmatismo realista, consciente de su estrecha dependencia de Moscú. Para ejercer una auténtica neutralidad se necesitan —más allá de una recepción constitucional y unos documentos programáticos¹⁰⁰ capacidades diplomáticas, económicas y/o militares de las que Bielorrusia adolece.

60. La política exterior de Bielorrusia se ha orientado, desde el inicio de su andadura como república independiente, a apuntalar su soberanía. Su alianza estratégica con Moscú, más allá del Tratado de Unión de ambas repúblicas, ha tenido un componente esencialmente económico y de seguridad; mientras que, para Rusia, el carácter político y geoestratégico era el objetivo prioritario. La apertura al vector occidental de su orientación exterior obedece a unas causas muy definidas: la falta de profundidad —después de veinte años— de las estructuras de cooperación e integración del mencionado tratado; la política energética y financiera de carácter condicional desplegada por Rusia en sus suministros a Minsk; y, en no menor medida, el intervencionismo del Kremlin en el vecindario próximo de Bielorrusia, vulnerando las integridades territoriales de varias repúblicas. El marco bilateral se debilita de manera proporcional al fortalecimiento del esquema multivectorial. La evolución de la política interna, esencialmente en la Federación Rusa más que en Bielorrusia, condicionará de manera definitiva el curso de los acontecimientos en Minsk: un escenario que puede ir desde la apertura hacia la comunidad internacional, como un ejercicio de supervivencia del Estado y no tanto del régimen de Lukashenko, hasta una pérdida de su independencia —*de iure o de facto*— fagocitada por su hermano mayor eslavo. La tensión derivada del mantenimiento del actual *statu quo* puede acabar por facilitar salidas abruptas del mismo que, por otra parte, son tan del gusto de Putin.

¹⁰⁰ KALINICHENKO, P., PETROV, R. y KARLIUK, M., «International Law in Russia; Ukraine, and Belarus: Modern Integration Projects», *Russian Law Journal*, 7, 2019, núm. 3, pp. 107-133.

RESUMEN

BIELORRUSIA EXISTE: EQUILIBRIO INESTABLE ENTRE UNA POLÍTICA EXTERIOR MULTIVECTORIAL Y EL TRATADO DE UNIÓN CON RUSIA

Este artículo tiene como objeto de investigación el análisis de la política exterior de Bielorrusia desde su constitución como república independiente, después de la disolución de la Unión Soviética, hasta el momento actual. La construcción del Estado-nación ha estado marcada por varios elementos: el intento de consolidar un estatus de neutralidad, la extrema dependencia de Rusia —económica, financiera, militar, cultural— y la configuración de una política exterior multivectorial. Las dificultades derivadas de estos tres procesos y la complejidad para simultanear los mismos —en algún periodo— durante estas casi tres décadas reflejan también la importancia de la política interna en un sistema autocrático.

Palabras clave: Bielorrusia, Rusia, Unión Europea, política exterior, Tratado de Unión.

ABSTRACT

BELARUS EXISTS: UNSTABLE BALANCE BETWEEN A MULTIVECTOR FOREIGN POLICY AND THE UNION TREATY WITH RUSSIA

This article aims to research Belarus Foreign Policy from its constitution as an independent republic —after the dissolution of the Soviet Union— to the present moment. The construction of the nation state has been marked by several elements: the attempt to consolidate a neutral status, the strong dependence on Russia—economic, financial, military, cultural—and the configuration of a multivector policy. The difficulties derived from these three processes and the complexity to combine them—in some periods—during these almost three decades they also reflect the importance of internal politics in an autocratic system.

Keywords: Belarus, Russia, European Union, foreign policy, Union Treaty.

CHINA'S INSTITUTIONAL STATECRAFT WITHIN THE LIBERAL INTERNATIONAL ORDER: THE ASIAN INFRASTRUCTURE INVESTMENT BANK

Jonathan PASS*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. CHINA'S INSTITUTIONAL STATECRAFT.—3. THE AIIB «CHALLENGE»: A MAINSTREAM EXPLANATION.—4. INSTITUTION-BUILDING: A NEO NEO-GRAMSCIAN PERSPECTIVE.—5. UNDERSTANDING CHINA'S AIIB BALANCING ACT.—6. CONCLUSION.

1. INTRODUCTION

1. An area of major interest for contemporary international relations (IR) scholars is the effect the emergence of the China has had on the United States (US)-led liberal international order (LIO), understood here as encompassing the principles, rules, norms, practises, and institutions underpinning global free trade, international law, multilateralism, democracy, and respect for human rights.

2. Within mainstream IR, those academics working in the *neorealist* tradition consider international organisations (IOs) as conduits for states to maximise their power and/or security. While variations exist¹, at least for those neorealists ascribing to the zero-sum, inter-state rivalry paradigm, the incumbent world hegemon (US) would be well advised to dilute, contain, and if possible, quell, any new initiative threatening to upset the institutional balance of power, especially one promoted by a «revisionist» challenger (China)². For

* Profesor Asociado de Derecho internacional y Relaciones internacionales de la Universidad Pablo de Olavide (jonapass@upo.es). Es autor del libro recién publicado *American Hegemony in the 21st Century: A Neo Neo-Gramscian Perspective*, New York, Routledge, 2019.

Todas las páginas webs de referencia han sido consultadas por última vez el 29 de abril de 2020.

¹ See for example SCHWELLER, R., «Opposition but Compatible Nationalisms: A Neoclassical Realist Approach to the Future of US-China Relations», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 11, Spring, 2018, n.º 1, pp. 23-48.

² See for example CHRISTENSEN, T. J., «Fostering Stability or Creating a Monster? The Rise of China and U.S. Policy towards East Asia», *International Security*, vol. 31, 2006, n.º 1, pp. 81-126; FRIEDBERG,

most American neorealists it is vital to preserve the LIO, the fulcrum of the US-centred world order which serves to reproduce the hegemon's geopolitical dominance.

3. Neorealism's «counterpart» within the mainstream, the neoliberal institutionalists —shortened here to *neoliberals*³— also favour the preservation of the LIO, and are concerned about how the rise of the People's Republic of China (PRC) might affect global institutions and regimes, but eschew zero-sum game logic. Instead, influenced by functionalism, they consider institution and regime building as arising out of the need for improved inter-state cooperation: the sure way to maximise absolute gains, in a complex globalized world⁴. In contrast to other liberals, such as Kantian-inspired democratic peace theorists⁵, neoliberals largely remain optimistic that Chinese institutional initiatives can remain within the broad framework of the LIO⁶, and that the Asian power be converted into what former US Deputy Secretary of State and World Bank President, Robert Zoellick, called a «responsible stakeholder» in the international system⁷.

4. Yet such a binary in/out, cooperation/antagonism debate fails to capture the nuanced nature of Beijing's *institutional statecraft* within the contemporary LIO. Taking G. John Ikenberry and Darren J. Lim's strategic classification as a template, the article argues that Beijing has always adopted a pragmatic approach on multilateralism, picking and choosing the institutions and regimes it wishes to be bound by, much like the US itself⁸.

5. The Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB) constitutes an example of «external innovation», according to Ikenberry and Lim's categorisation. Launched in June 2015 (in operation 2016) with a starting capital of \$100 billion, the mission of this multilateral development banks (MBD) is to improve economic and social outcomes in Asia by investing in sustainable infrastructure and other productive sectors. Although based in Beijing, at the time of

A. L., *A Contest for Supremacy: China, America, and the Struggle for Mastery in Asia*, New York, W. W. Norton, 2011, and FELS, E., *Shifting Power in Asia-Pacific? The Rise of China, Sino-US Competition and Regional Middle Power Allegiance*, Switzerland, Springer, 2017.

³ Not to be confused with its common economic usage, referring for those adherents of *laissez-faire*, free market capitalism, although some neoliberal institutionalists may well favour such a doctrine.

⁴ HAAS, P., KEOHANE, R. and LEVY, M. (eds.), *Institutions for the Earth*, Cambridge MA, MIP Press, 1993.

⁵ BROWN, M., LYNN-JONES, S. M. and MILLER, S. E., *Debating the Democratic Peace*, Cambridge, MIT Press, 1996.

⁶ IKENBERRY, G. J., «Illusions of Geopolitics: the Enduring Power of the Liberal Order», *Foreign Affairs*, vol. 93, 2014, n.^o 3, pp. 80-90.

⁷ ZOELICK, R. B., «Whither China: From Membership to Responsibility?», Remarks to the National Committee on US-China Relations, 21st September 2005, https://www.ncuscr.org/sites/default/files/migration/Zoellick_remarks_notes06_winter_spring.pdf.

⁸ IKENBERRY, G. J. and LIM, D. J., «China's Emerging Institutional Statecraft: The Asian Infrastructure Investment Bank and the Prospects for Counterhegemony», *Project on International Order and Strategy at Brookings*, April 2017, pp. i-24, <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2017/04/chinas-emerging-institutional-statecraft.pdf>.



writing the AIIB has 102 approved country members —78 regional/non-regional members, and 24 prospective members— spanning all continents⁹.

6. The AIIB, unsurprisingly, has attracted much attention from neorealist and neoliberal scholars, offering a very different reading of its relevance. While accepting the heterogeneity within these schools, we assert that ontological and epistemological shortcomings prevent these «neos» from shedding much light on the deeper-rooted generative mechanisms driving global change, leaving them with only a partial vision of the AIIB's real significance.

7. Instead, we propose an alternative theoretical approach: a modified neo-Gramscian (or *Neo* neo-Gramscian) perspective. When applied to the case in hand, it becomes apparent that AIIB institution-building project does appear likely to reproduce and reinforce the LIO as neoliberals suggest, at least over the short term. Despite these elements of continuity, however, the paper contends that the AIIB represents a small, but significant step to bolster Chinese *politico-cultural* hegemony (roughly equivalent to what liberals such as Joseph Nye refer to as «soft power»)¹⁰. Politico-cultural hegemony, we maintain, is an emergent property of deeper-rooted material supremacy. Given the PRC's different capitalist model and associated state-society complex, therefore, it is quite feasible that a continuing expanding Chinese economy will transform the AIIB into an alternative vehicle for development financing, outside the LIO, therein posing a grave threat to US hegemony.

2. CHINA'S INSTITUTIONAL STATECRAFT

8. As indicated, a useful reference point for contextualising Beijing's institutional statecraft is the categorisation forwarded by Ikenberry and Lim. According to them, governments can choose between four non-exclusive options when it comes to participating in international institutions, thus:

- 1) *Status-quo stakeholder*: acceptance of, and participation within, existing institutional/regime rules and norms.
- 2) *Authority-seeking stakeholder*: seek a power redistribution within a given institution in its favour; granting it a greater influence over decision-making.
- 3) *Institutional obstruction*: work within an institution to amend or impede those norms, rules or practices which clash with its economic or political system.
- 4) *External innovation*: set up new a multilateral institution/regime which either offers an alternative node of interstate cooperation, or conversely, promotes different rules/norms more compatible with its interests¹¹.

⁹ ASIAN INFRASTRUCTURE INVESTMENT BANK, «About AIIB», <https://www.aiib.org/en/about-aiib/index.html>.

¹⁰ NYE, J., *Bound to Lead: The Changing Nature of American Power*, New York, Basic Books, 1990.

¹¹ IKENBERRY, G. J. and LIM, D. J., *op. cit.*, note 8, pp. 7-8.

9. China, in reality, fulfils all of these roles, depending on the area under discussion.

10. On the one hand, China can be classified as a *status quo stateholder* with regards many of the world's most important institutions and regimes, such as the United Nations (UN) system—especially the Security Council, whose reform it opposes—the G-20, Nuclear Non-Proliferation Treaty, the Asia-Pacific Economic Cooperation forum. In the area of global environmental governance the PRC is firmly committed to meeting its international obligations on climate change and environmental protection, signing a whole ream of UN agreements on Framework Convention on Climate Change (extending to the Kyoto Protocol and the Paris Agreement), Ozone Layer Protection, Desertification, Biodiversity, Endangered Species, Hazardous Waste and Law of the Sea¹². Since taking office, Chinese Premier, Xi Jinping, has prioritised the environment as a part of the country's drive for an «Ecological Civilisation», introducing many measures, including the setting up the world's largest cap-and-trade emissions scheme in 2017.

11. The world's largest exporter, Beijing remains absolutely committed to the LIO institutional framework for global trade, within which the country underwent its economic transition and dramatic rise. As part of its ongoing top-down social restructuring—or *passive revolution*—the PRC has been subject to «outside-in» socialisation, penetrated by external material and ideological social forces as it interacts with the world¹³. Although its traditional economic growth model—exporter of low-end, labour-intensive manufacturing goods—has been undergoing significant change over the last decade (increasingly dependent on domestic demand), access to foreign markets remains absolutely critical.

12. Admittance to the World Trade Organisation (WTO) in 2001 committed Beijing to open, non-discriminatory, global commerce and the adherence to market economy principles and legal standards. While China recently lost its case in WTO's Dispute Settlement Understanding to force the US's decision to recognise it as a «market economy» (and hence be forced to remove its anti-dumping measures)¹⁴, Communist Party of China (CPC) elites reiterate their commitment to the LIO. This was made clear in January 2017 at the World Economic Forum at Davos in a keynote speech delivered by Xi Jinping—the first Chinese president to attend such a gathering—who set out Bei-

¹² CENTRAL INTELLIGENCE AGENCY: THE WORLD FACTBOOK, «Country Studies- China», 1st April 2020, <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ch.html>.

¹³ PASS, J., «World Hegemony in Question: The Complexities and Contradictions of China's "Passive Revolution" in its Global Context», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2019, n.º 38, diciembre, <http://www.reei.org/index.php/revista/num38/articulos/world-hegemony-in-question-the-complexities-contradictions-of-chinas-passive-revolution-in-its-global-context>.

¹⁴ REUTERS, «China pulls WTO suit over claim to be a market economy», Tom Miles, 17th June 2019, <https://www.reuters.com/article/us-usa-china-wto-eu/china-pulls-wto-suit-over-claim-to-be-a-market-economy-idUSKCN1TI10A>.

jing's commitment to global free trade and investment, market liberalization/facilitation and open multilateral trade¹⁵. The irony of China being converted into the global defender of the LIO while the US under Donald Trump turned inwards, launching its neo-mercantilist «America First» policy —unilateral imposition of import tariffs and withdrawal from the Trans-Pacific Partnership, included— was not lost on many.

13. While the PRC is committed to the global trade regime, it also behaves as an *authority-seeking stakeholder*, most notably with respect to monetary and development issues associated with the other two Bretton Woods institutions. Beijing has long complained that Washington enjoys a disproportionate political influence over the direction of World Bank and the International Monetary Fund (IMF), a throwback to its 1940s origins. Top of the list for China (along with other emerging countries such as India and Brazil) has been a reweighting of the quota/voting system which it considers in no way represents the real economic strength of the member.

14. In 2010 small concessions were finally made to developing countries. China's share of the vote in the World Bank and IMF rose from 2.77% to 4.42% and from 3.81% to 6.08%, respectively, although still below Japan's figures (7.9% and 6.15%), and woefully short of the US's largely unchanged 16.4% and 16.51% (retaining effective veto rights)¹⁶. Yet even these modest increases found opposition in the US Congress. It was only after Beijing had announced its intention to launch an alternative multilateral development bank (MDB), the AIIB, in 2013 —followed a year later by the New Development Bank and Chiang Mai Initiative Multilateralisation Agreement— that the US Senate finally agreed to revise the IMF's Articles of Agreement¹⁷.

15. It is also undeniable that China has engaged in *institutional obstruction*, opposing those treaties and regimes dealing with human rights and new so-called «norms of intervention», such as «Responsibility to Protect»¹⁸, which it considers grants Western countries too great a leeway to interfere in other countries internal affairs undermining national sovereignty, proposing instead a more limited UN-led humanitarian intervention based upon the «Responsible Protection» principle¹⁹. Yet Beijing's record

¹⁵ WORLD ECONOMIC FORUM, «President Xi's speech to Davos in full», 17th January 2017, <https://www.weforum.org/agenda/2017/01/full-text-of-xi-jinping-keynote-at-the-world-economic-forum/>.

¹⁶ INTERNATIONAL MONETARY FUND, «IMF Members Quotas and Voting Power, and the IMF Board», 29th April 2020, <https://www.imf.org/external/np/sec/memdir/members.aspx#U>.

¹⁷ KISSACK, R., «IMF Reform: What Has been Achieved and What Does it Mean?», *CIDOB Barcelona Centre for International Affairs*, Opinión, 377, January 2016, https://www.cidob.org/en/publications/publication_series/opinion/seguridad_y_politica_mundial/imf_reform_what_has_been_achieved_and_what_does_it_mean.

¹⁸ See articles 138 and 139 of the UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, «Resolution adopted by the General Assembly on 16th September 2005», World Summit Outcome (A/Res/60/1), https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_60_1.pdf.

¹⁹ CHINA INSTITUTE OF INTERNATIONAL STUDIES, «Responsible Protection: Building a Safer World, Ryuan Zongze, 15th June 2012, http://www.cisis.org.cn/english/2012-06/15/content_5090912.htm.

on institutional obstruction is not that exceptional, in fact in many areas it chimes with that of Washington. Neither of them, for example, has joined the International Criminal Court, signed the Ottawa Landmines Treaty, the Comprehensive Nuclear Test Ban Treaty, nor the Convention on Cluster Munitions.

16. For its part, the US has long reserved the right to resort to unilateralism and block institutional initiatives when it deems national interests are in jeopardy. Since 1970, for example, the US has exercised the use of the veto in the Security Council 83 times, more than double the number of the next member (the USSR/Russia with 35)²⁰. Similarly, Section 301 of the 1974 US Trade Act, permitting the President to unilaterally impose tariffs on any country it deems as guilty of unfair trade practises, has been frequently resorted to over the years, especially under the Reagan Administration. The extent of George W. Bush's contempt for the «illusory international community» —as National Security Adviser, Condoleezza Rice referred to the UN during the presidential 2000 campaign²¹ is legendary: disregarding international law prior, during, and after the Iraq War; withdrawing from the Anti-Ballistic Missile Treaty; the non-ratification of the Kyoto Protocol; and quashing initiatives by the Organisation of Co-operation and Development to regulate international tax havens. In this context the present Trump Administration's scepticism towards multilateralism does not seem so unusual, despite grabbing the headlines with its withdrawal from both the Paris Agreement and the UN Human Rights Council, criticisms of institutions such as the WTO and NATO and the UN, denouncing the latter for its «global governance, control, and dominance»²².

17. But where Beijing clearly differentiates from Washington, however and the basis of the accusation of «status quo challenger», is with regards *external innovation*: a state-centric variation of what Robert Keohane and Juliet Morse have referred to as «contested multilateralism»²³. Here a state (or group of states) unhappy with the prevailing order, sets up a new multilateral institution to promote alternative norms, policies and practises. It is in this context, as a potential competing regime to the Bretton Woods system, that debates surrounding the AIIB can be understood, and which will constitute the main focus of the rest of this paper.

18. Notwithstanding, and to that end this section, it is useful to summarise the above institutional differences between the US and China by returning to Ikenberry and Kim's classification, thus:

²⁰ Security Council Report, «UN Security Council Working Methods: The Veto», 7th March 2020, <https://www.securitycouncilreport.org/un-security-council-working-methods/the-veto.php>.

²¹ RICE, C., «Promoting the National Interest», *Foreign Affairs*, vol. 79, 2000, n.^o 1, pp. 45-62.

²² TRUMP, D., «Remarks by President Trump to the 73rd Session of the United Nations General Assembly», New York, 25th September 2018, <https://www.whitehouse.gov/briefings-statements/remarks-president-trump-73rd-session-united-nations-general-assembly-new-york-ny/>.

²³ MORSE, J. and KEOHANE, R., «Contested Multilateralism», *Review of International Organisations*, vol. 9, 2014, n.^o 4, pp. 385-412.

	Status-quo stakeholder	Authority-seeking stakeholder	Institutional obstruction	External innovation
United States	Yes	No	Yes	No
China	Yes	Yes	Yes	Yes

3. THE AIIB «CHALLENGE»: A MAINSTREAM EXPLANATION

19. According to neoliberals, states cooperate in the setting up of, and delegate responsibilities to, IOs in order to better coordinate policies, establish common norms, resolve problems, mitigate conflicts and generate mutual benefits (absolute gains)²⁴. The regional and global public goods these institutions provide may be economic, political, social, military, environmental or technical in nature. It is when these IOs fail to function efficiently, achieve their designed goal, or fully represent stakeholders, neoliberals observe, that new attempts will be made to redraw the institutional framework. From this perspective, the AIIB emerged due to the perceived ineffectiveness of present MBDs, notably the World Bank and the Asian Development Bank (ADB).

20. Over the years, as alluded to above, China and developing countries have criticised the IMF and the World Bank, be it for their unrepresentative nature/structure or functioning (bureaucratic, slow and expensive). Since the mid-1990s, following a series of sovereign debt crises across Latin America, East Asia and Eastern Europe, these institutions have come under increasing attacks for prescribing policies which are more favourable to the interests of Western finance than the developing countries themselves. After decades of imposing disastrous structural adjustment programmes and associated neo-liberal conditionalities (the so-called «Washington Consensus»)²⁵ the reputation of both the IMF and World Bank in emerging countries was at a low ebb, worsened still further with the advent of the 2008 global financial crisis²⁶.

21. In time many governments started to prefer to borrow directly from Chinese state banks: a process which was faster, more efficient and less intrusive on national sovereignty than the Western «tied aid» development cooperation or the World Bank's poverty-reduction mandate and vague references to «capacity building», according to WikiLeaks²⁷. A variation on

²⁴ JENKS, B. and KHARAS, H. (eds.), *Towards a New Multilateralism*, Estocolmo, Swedish Ministry for Foreign Affairs, 2016, <https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/07/Toward-a-new-multilateralism.pdf>.

²⁵ KLEIN, N., *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, London, Penguin, 2008.

²⁶ To be fair, following criticisms received over the way it promoted neoliberal globalization in the 1990s, and especially after the 2008 global financial crisis, the World Bank has tempered somewhat its enthusiasm for free markets, privatisation and deregulation with a greater concern for domestic governance.

²⁷ THE GUARDIAN, «The US embassy cables: African Countries prefer Chinese aid to US-China cooperation», 4th December 2010, <https://www.theguardian.com/world/us-embassy-cables-documents/248299>.

this saw emerging countries signing investment-for-resources —or «Angola Mode»—²⁸ agreements with Beijing. Typically, this involved Chinese construction/engineering state-owned enterprises carrying out vital infrastructure projects (*e. g.* roads and railways) in return for other state-owned enterprises securing guaranteed access to the same country's oil, gas or mineral resources. As a result, one way or the other, by the end of 2010 the PRC surpassed the World Bank as a source of credit for emerging country governments and companies²⁹.

22. From a neoliberal/functionalist perspective these perceived inadequacies of existing MDBs help explain why China chose to set up new forms of inter-state cooperation arrangements. These include a \$10 billion investment fund with the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN); the Chiang Mai Initiative Multilateralisation Agreement (a \$120 billion foreign exchange bail-out fund, with Japan, South Korea and the ASEAN); and the New Development Bank (a \$100 billion multilateral development bank with fellow BRICS members).

23. The AIIB responds to a need for sustainable development finance in Asia, neoliberals emphasize³⁰. And one particular public good the AIIB provides, which neither the World Bank nor the ADB have hitherto been able secure, is bringing creditor and debtor nations together to guarantee much-needed infrastructure investment across the continent³¹. Indeed, the ADB itself in 2010 estimated that developing countries across the continent would require \$776 billion p. a. to pay for necessary national and regional projects over the coming decade³². It was not just the PRC, therefore, that favoured greater «connectivity» across Asia and a more efficient institutional framework to support it.

24. From a neoliberal perspective, thus, the AIIB is generally viewed positively as long as it does not undermine the LIO, creating a supplementary, more effective, conduit for development investment³³. Beijing, from the out-

²⁸ Pioneered by the first intergovernmental agreement between Luanda and Beijing in 2004, these deals consisted of Chinese state-owned enterprises securing long-term access to oil, gas and minerals etc., in return for other Chinese state-owned enterprises building infrastructure, energy delivery systems (*e. g.* pipelines and refineries), technology transfers, arms and cash.

²⁹ During the 2009 and 2010, total loans granted by the China Development Bank and China-Export Investment Bank reached \$110bn, compared to the \$100.3bn by the World Bank. FINANCIAL TIMES, «China's lending hits new heights», Geoff Dyer, Jamil Anderlini and Henry Sender, 17th January 2011, <https://www.ft.com/content/488c60f4-2281-11e0-b6a2-00144feab49a>.

³⁰ DE JONGE, A., «Perspectives on the Emerging Role of the Asian Infrastructure Investment Bank», *International Affairs*, vol. 93, 2017, n.^o 5, pp. 1061-1084.

³¹ KNOERICH, J. and URDINEZ, F., «Contesting Contested Multilateralism: Why the West Joined the Rest in Founding the Asian Infrastructure Investment Bank», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 12, 2019, n.^o 3, pp. 333-370, pp. 347-348.

³² BHATTACHARYAY, B. N., «Estimating Demand for Infrastructure in Energy, Transport, Telecommunications, Water and Sanitation in Asia and the Pacific: 2010-2020», *ADBI Working Paper Series*, 2010, n.^o 248, September, <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/156103/adbi-wp248.pdf>.

³³ DURAN, J., «Filling a Gap: How the AIIB Fits into the Global Financial System», *Harvard Political Review*, 31st July 2015, <https://harvardpolitics.com/world/aiib/>.



set, has always stressed the AIIB would play a supporting role to other MBDs, modelling its institutional structure and system of governance on that of the World Bank, the ADB, the European Bank for Reconstruction and the Inter-American Development Bank³⁴.

25. Thus, far from challenging the status quo, the AIIB goes some way to reinforcing China as a «responsible state-holder» in the US-led LIO, as Zoellick had hoped, and should be encouraged, neoliberal ascertain³⁵. Moreover, in keeping with Beijing's open/inclusivity pledge the AIIB's membership, as noted above, is truly heterogeneous: not only incorporating all key Asian economies (Japan aside), but extending to powerful countries across Europe, America and the Middle East, including stalwart allies of the US, such as the UK, Germany, France, Spain, Australia, Canada, Israel, South Korea and Saudi Arabia³⁶.

26. Neorealists, on the other hand, reject this functionalist reading, IOs being established by the most powerful states³⁷—contingent on the relative distribution of «capabilities»— first and foremost to maximise their own power and security, with the provision of global public goods a secondary, albeit necessary, objective³⁸. Notwithstanding, due to institutional misalignment or «stickiness»³⁹, a reconfiguration of said capabilities may mean that the dominant institutional framework no longer reflects the national interests of the emergent power(s). In a competitive Hobbesian world obsessed with relative gains such a situation is untenable.

27. For John Mearsheimer the contradictions at the very heart of the LIO —both in theory and in practise— are both a reflection of, and have contributed to, declining US hegemony. The AIIB, Mearsheimer, observes, merely reflects this power shift⁴⁰. Christopher Layne agrees, interpreting the emergence of the AIIB as symptomatic of American hegemonic demise, concurrent with a revisionist power (China) engaging in «contested multilateralism» to refashion the institutional order more in its favour⁴¹.

³⁴ LICHTENSTEIN, N., «Governance of the Asian Infrastructure Investment Bank in Comparative Context», *AIIB Yearbook of International Law*, 2018, https://www.aiib.org/en/about-aiib/who-we-are/yearbook/_download/governance-aiib-comparative.pdf.

³⁵ LIPSCY, P. Y., «Who's Afraid of the AIIB: Why the United States Should Support China's Asian Investment Bank», *Foreign Affairs*, 7th May 2015, <https://www.foreignaffairs.com/articles/china/2015-05-07/whos-afraid-aiib>.

³⁶ ASIAN INFRASTRUCTURE INVESTMENT BANK, «Member and Prospective Members of the Bank», <https://www.aiib.org/en/about-aiib/governance/members-of-bank/index.html>.

³⁷ MEARSHEIMER, J. J., «The False Promise of International Institutions», *International Security*, vol. 19, 1994, n.^o 3, pp. 5-49.

³⁸ WALTZ, K., *Theory of International Politics*, Reading MA, Addison-Wesley Publishing Company, 1979, p. 251.

³⁹ PIERSON, P., «The Limits of Design: Explaining Institutional Origins and Change», *Governance*, vol. 13, 2000, n.^o 4, pp. 475-499.

⁴⁰ MEARSHEIMER, J. J., «Bound to Fail: The Rise and Fall of the Liberal International Order», *International Security*, vol. 43, 2019, n.^o 4, pp. 7-50.

⁴¹ LAYNE, C., «The US-Chinese Power Shift and the End of the Pax Americana», *International Affairs*, vol. 94, 2018, n.^o 1, pp. 89-111.

28. Unsatisfied with the above realignment of voting power in the US-dominated World Bank, not to mention the Japan-led ADB, the argument runs, the PRC decided to set up its own Sino-centric MDB. Headquartered in Beijing, with Chinese nationals occupying the upper echelons of its secretariat, the AIIB seeks to further maximise national power and influence in the region and beyond, according to neorealists. Crucially, this is to be done by supplying the necessary credit for Xi Jinping's flagship Belt and Road Initiative (BRI): the colossal network of infrastructure, engineering and construction projects spanning Eurasia, Asia Pacific to East Africa and Western Europe via sea and land. The BRI, neorealists are quick to emphasize, serves China's geopolitical objectives in the region, not least as an attempt to counter US's «pivot to Asia» strategy⁴².

29. But China is not alone. Referring to what they term «goal heterogeneity», Jan Knoerich and Francisco Urdinez have underscored how other states too had their own particular reasons for joining the AIIB. Many middle and low-income Asian countries, for example, as observed, were eager to access foreign capital for much needed infrastructure and augment their «connectivity» and/or felt under-represented (in terms of formal voting share allocation) and their interests not served, by other MDBs. Amongst some Western states, Knoerich and Urdinez claim, the AIIB was considered a useful strategic tool to contain the PRC and more deeply integrate it into the LIO; offering a more transparent and accountable way to finance development than via the other Sino-centric MDBs or bilaterally through the China Development Bank and the Export-Import Bank. As for Britain, the authors note, the interests of the City and its desire to convert itself into an international hub for the internationalisation of the *renminbi* were determinant⁴³.

30. And where the neoliberal functionalist approach applies even less is with regards US and Japan, neither of which have joined the AIIB. Given its hegemonic role within the ADB and long-standing geopolitical rivalry with China —manifested in numerous territorial disputes— Tokyo has understandably proved reticent on AIIB. Washington's official reason for rejecting membership is that the AIIB poses a serious threat to the LIO development investment regime (of which the World Bank and the ADB are key components), not least by falling short on established international standards on «best practises», transparency, democracy, social safeguards and the environment⁴⁴.

31. Although some neorealists favour Washington joining the AIIB in order to guarantee its compatibility with the LIO⁴⁵, those neorealists accustomed to

⁴² WANG, Y., «Offensive for Defensive: the Belt and Road Initiative and China's New Grand Strategy», *The Pacific Review*, vol. 29, 2016, n.^o 3, pp. 455-463.

⁴³ KNÖRICH, J. and URDINEZ, F., *op. cit.*, note 31, pp. 345-349, p. 352.

⁴⁴ BBC NEWS, «UK support for China-backed Asia bank prompts US concern», 13th March 2015, <https://www.bbc.com/news/world-australia-31864877>.

⁴⁵ SHAMBAUGH, D., «U.S. Rivalry in Southeast Asia: Power Shift or Competitive Coexistence?», *International Security*, vol. 42, 2018, n.^o 4, pp. 85-127.



working within a relative gains' paradigm, share veteran security scholar Aaron L. Friedberg's concerns that signing up to the initiative would enhance China's power position at the US's expense⁴⁶; the very reason the Obama Administration snubbed the PRC's entrance into the Trans-Pacific Partnership. When a Chinese delegation visited Washington in September 2014 it was told in stark terms that the US would never cede capital allocation to a Sino-led MDB, thus membership was out of the question⁴⁷, while urging its allies to do likewise⁴⁸.

32. Yet neorealist zero-sum depictions of the AIIB fail to explain why CPC elites engaged in exhaustive diplomatic activity to try and convince both the US and Japan to join the bank, despite the resultant reduction in China's relative power, even offering to lower its own voting weight below effective veto⁴⁹. Beijing insistence that the AIIB would be complementary to, and co-operate with, established MDBs, as well as upholding ILO lending practice standards, has been backed with actions. Since its launch, China has actually increased its investments in the World Bank and committed the AIIB to many joint projects (and therein by bound by ILO safeguard standards) with the ADB and World Bank, even signing a Co-Financing Framework Agreement with the latter in April 2017⁵⁰. Furthermore, not only are its non-resident Board of Directors drawn from all nations, but loans were to be made exclusively in dollars, its first President, Jin Linqun, stressed at the institution's inauguration, thereby contradicting neorealist assumptions, that it would be used as a platform for *renminbi* internationalisation⁵¹.

33. Liberals like Ikenberry and Lim, remain optimistic that socialisation processes will end up assimilating China into the US-led ILO. The logic being that as the AIIB gets further embedded into the circuits of the global capitalism, certain market mechanisms are likely to restrict options available to them. For one thing, the institution raises funds by issuing credit-rated bonds on international financial markets, where all investments are guided by profit motive (rather than political objectives). Secondly, as the AIIB incorporates Western members it will need to reflect, to a certain degree, their particular

⁴⁶ FRIEDBERG, A. L., «Smart Competition: Adapting U.S. Strategy Towards China at 40 Years», *The National Bureau of Asian Research*, 8th May 2019, <https://www.nbr.org/publication/smart-competition-adapting-u-s-strategy-toward-china-at-40-years/>.

⁴⁷ NEW YORK TIMES, «China Creates a World Bank of its Own, and the U.S. Balks», Jane Perlez, 4th December 2015, <https://www.nytimes.com/2015/12/05/business/international/china-creates-an-asian-bank-as-the-us-stands-aloof.html>.

⁴⁸ REUTERS, «U.S. urges allies to think twice before joining China-led bank», Matthias Sobolewski and Jason Lange, 18th March 2015, <https://www.reuters.com/article/us-europe-asia-bank/u-s-urges-allies-to-think-twice-before-joining-china-led-bank-idUSKBN0MD0B320150318>.

⁴⁹ STEPHEN, M. D. and SKIDMORE, D., «The AIIB and China's Relationship with the Liberal International Order: Insights from International Relations Theory», *Chinese Journal of International Politics*, vol. 12, 2019, n.^o 1, pp. 61-91.

⁵⁰ THE WORLD BANK, «World Bank and AIIB Sign Cooperation Framework», April 23rd 2017, <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2017/04/23/world-bank-and-aiib-sign-cooperation-framework>.

⁵¹ FINANCIAL TIMES, «China's new Asia development bank will lend in US dollars», Gabriel Wildau and Tom Mitchell, 17th January 2016, <https://www.ft.com/content/762ce968-bcee-11e5-a8c6-deee-b63d6d4b>.

preferences and standards of governance. The net result, for Ikenberry and Lim, is the reproduction and reinforcement of LIO norms and practises⁵². Alice De Jonge takes a different approach but arrives at a similar conclusion. Applying «recursivity of law theory» to the AIIB, De Jonge shows how the dialectical interaction of national and global norms are responsible for the institution's unique evolving nature, but which are likely to embed it «within a network of overlapping relationships in twenty-first century sustainable development finance»⁵³.

34. Yet the situation is more complicated than neoliberals sustain. As neorealists would no doubt counter, neoliberals overstate the importance of IOs and pay insufficient attention to the state power underpinning them and geopolitics in general⁵⁴ Functionalist theories of delegation, for example, cannot elucidate why some individual countries would choose to participate in some MDBs rather than others.

35. The crux of the matter is that neoliberalism and neorealism only offer a partial explanation for the creation of the AIIB. Neither of these essentially state-centric accounts, rooted in rational choice theory, are unable to capture the complexity of social processes underway. The positivist epistemology they adopt restricts their analysis to institutional innovation *within* the LIO, leaving aside the deeper causal mechanism and social forces driving systemic change. The root of the problem here is an ontological one.

36. Reality, Roy Bhaskar reminds us, is far more complicated than that perceived by our senses, comprised as it is of three vertically inter-related ontological domains. Within «open» systems, a number of complex, and often conflicting, underlying unobservable processes and causal mechanisms (deep «real» level) interact to produce certain events/state-of-affairs (intermediate «actual» level) which we then use our theories, concepts and models to interpret (surface «empirical» level). Positivists —neorealists and neoliberals included— are guilty of collapsing these three domains into one, reducing reality to discernible constants and conjunctions at the surface level. By conflating reality (ontology) with our conception of that reality (epistemology), Bhaskar argues, they commit the «epistemic fallacy»⁵⁵.

37. One of the problems of failing to comprehend the ontologically stratified nature of reality is that positivist IR scholars end up «reifying» the state: separating it from its underlying social forces⁵⁶. Neither of the «neos», for

⁵² IKENBERRY, G. J. and LIM, D. J., *op. cit.*, note 8, pp. 14-15.

⁵³ DE JONGE, *op. cit.*, note 30.

⁵⁴ MEARSHEIMER, J. J., *op. cit.*, note 40.

⁵⁵ For more on Bhaskar's «critical realist philosophy of science» see: BHASKAR, R., *A Realist Theory of Science*, Abingdon, Routledge, 2008 (orig. pub. 1975), p. 304; BHASKAR, R., *The Possibility of Naturalism*, London, 3.^a ed., Routledge, 1998 (orig. pub. 1979), p. 194, and BHASKAR, R., *Scientific Realism and Human Emancipation*, London, Routledge, 1986, p. 360.

⁵⁶ COX, R. W., «Social Forces, States, and World Orders: Beyond International Relations Theory» (orig. pub. 1981) in COX, R. W. with SINCLAIR, T. J., *Approaches to World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996a, pp. 85-123.

example, is able to convincingly explain why some states favour a particular normative social order, developmental model or institutional framework, over another.

38. To overcome these short-comings, and offer what we consider to be a more satisfactory account of the «challenge» posed by the AIIB, we propose the adoption of a *Neo neo-Gramscian* framework.

4. INSTITUTION-BUILDING: A *NEO NEO-GRAMSCIAN* PERSPECTIVE

39. Before evaluating the counter-hegemonic nature of the AIIB, it is vital to clarify first what one means by «hegemony». Within mainstream IR theory, the most common usage is found in neorealist literature, or some variant of it (*e. g.* «hegemonic stability theory»). Here hegemony refers to an inter-state relationship, where material capabilities enable one country to exert leadership or supremacy over others: a relationship often manifested/reproduced via the establishment of international regimes and institutions⁵⁷. Neoliberals deviate from this perspective claiming these regimes and institutions, even if created by the hegemon, gradually take on a life of their own, helping nurture cooperation, fulfilling key functions and guaranteeing global public goods, opening up the possibility that a hegemonic order/system may continue to function long after the hegemon's power has diminished⁵⁸.

40. This paper digresses from this interpretation, following Antonio Gramsci's conceptualisation of hegemony as a power relation between *social classes*, in which the upper echelons exercise both dominance (coercion) and «intellectual and moral leadership» (consensus) over allies and subaltern classes, condensed in its so-called «historical bloc»⁵⁹. According to Gramsci the establishment of hegemony by a particular social class (and allied groups) passes through three temporally-differentiated «relations of force», or «moments» of «collective political consciousness», which, given their pivotal importance to thesis of this paper, we consider essential to set out⁶⁰:

— The *first* «moment» (the «relation of social forces») arises out «material forces of production», where dominant groups make economic-corporative

⁵⁷ See for example, WALTZ, K., *op. cit.*, note 38; MEARSHEIMER, J. J., *The Tragedy of Great Power Politics*, New York, Update Edition, W. W. Norton & Company, 2001, p. 592, and GILPIN, R., *Global Political Economy. Understanding the International Economic Order*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2001, p. 423.

⁵⁸ See for example, KRASNER, S. D., «Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variable», *International Organisation*, vol. 36, 1982, n.^o 2, pp. 185-205; KEOHANE, R., *After Hegemony. Cooperation and Discord in the World Political Economy*, Princeton Nueva Jersey, Princeton University Press, 1984, p. 290, and OYE, K. A., «Explaining Cooperation under Anarchy: Hypothesis and Strategies», *World Politics*, vol. 8, 1985, n.^o 1, pp. 1-24.

⁵⁹ GRAMSCI, A., *Selections from the Prison Notebooks of Antonio Gramsci*, ed. and trans. by Q. Hoare & G. Nowell Smith, Lawrence & Wishart, 1971, p. 572, p. 80f, p. 377.

⁶⁰ Taken from GRAMSCI, A., *op. cit.*, note 59, pp. 161-185.

sacrifices to subordinates in order to guarantee their compliance with regard a particular accumulation regime.

— The *second* «moment» (the «relation of political forces») begins when said dominant groups, form a self-conscious class and exercise politico-cultural hegemony («intellectual and moral leadership») over subordinate classes. This is done by the establishment of an «hegemonic apparatus» spanning civil society, encompassing common institutions, ideologies, practices and agents, and framing all questions on an a «universal plane».

— The *third* «moment» («the relation of military forces») consists of two different forms of oppression —the «military» level and the «politico-military» level— «which from time to time is directly decisive» in the struggle for hegemony.

41. Hegemony, for Gramsci, is at once a national and international phenomenon: materially-rooted class relations within a hegemonic system at the national level dialectically interacted with relations between international social forces that constitute «the combinations of States in hegemonic systems»⁶¹. Essentially a product of the uneven development of capitalism⁶², this manifests itself in a hierarchically-ordered, exploitative inter-state system presided over by «Anglo-Saxon world hegemony»⁶³.

42. Subsequent neo-Gramscians have reaffirmed Gramsci's view on world hegemony. For Robert W. Cox world hegemony has its origins in «an outward expansion of the internal (national) hegemony established by a dominant class» (rooted in its historical bloc), and expressed in a particular state-society complex. As such «[t]he economic and social institutions, the culture, the technology associated with this national hegemony become patterns for emulation abroad»⁶⁴. While this social restructuring is driven by the arrival of advanced systems of production, it only occurs when dominant elites in hegemonic state link up with their counterparts in subordinate state-society complexes, united by mutual interests and ideological perspectives⁶⁵.

43. Coinciding with Gramsci's *second* moment and hegemonic apparatus analysis, neo-Gramscians claim dominant classes consolidate politico-cultural hegemony by establishing IOs. Framing all concerns in terms of universal interests, these institutions stabilize/reproduce a particular hegemonic order by legitimating and socially embedding those rules, norms, policies, practices and values compatible with the dominant productive system. As part of this

⁶¹ GRAMSCI, A., *op. cit.*, note 59, p. 116, p. 176.

⁶² PRÖBSTING, M., «Capitalism Today and the Law of Uneven Development: The Marxist Tradition and its Application in the Present Historical Period», *Journal of Socialist Theory*, vol. 44, 2016, n.º 4, pp. 318-418.

⁶³ GRAMSCI, A, *Selections from Political Writings, 1910-1920*, London, Lawrence & Wishart, 1977, p. 393, pp. 69-72, p. 302.

⁶⁴ COX, R. W., «Gramsci, Hegemony and International Relations: An Essay in Method» (orig. pub. 1983) in COX, R. W. with SINCLAIR, T. J., *Approaches to World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996b, pp. 124-143, p. 137.

⁶⁵ COX, R. W., *Production, Power, and World Order: Social Forces in the Making of History*, New York, Columbia University Press, 1987, p. 500, p. 7.

harmonization process, IOs sanction economic-corporate benefits (Gramsci's *first moment*), opt-outs and derogations from the norm in order to assimilate oppositional tendencies and co-opt foreign elites. In short, IOs help reconfigure state-society complexes, making them compatible with world hegemonic social forces: a process which Cox terms the *internationalisation of the state*⁶⁶.

44. Neo-Gramscians such as Mark Rupert have illustrated how, the US underwrote an internationalisation of the state from the 1940s onward, setting up numerous IOs to refashion Western social relation relations of production and state-society complexes compatible with its own regime of accumulation (Fordist mass production and mass consumption model) and «corporatist» Keynesian state⁶⁷. Under American hegemony a powerful institutional apparatus —encompassing the Bretton Woods triad⁶⁸, the Organisation for European Economic Cooperation/Marshall Plan, the Organisation for Economic Cooperation and Development, and the Bank for International Settlements— sought to reconcile domestic social pressures with the requirements of a world economy and oversee the application of LIO norms. Out went insular-looking, state-planned welfare states, in came more liberal, internationally-orientated, Keynesian versions, albeit ones whose domestic social commitments were to be respected: a balance John Ruggie termed «embedded liberalism»⁶⁹.

45. For Cox the effects of the internationalisation of the state and the *internationalisation of production* process it helped to unleash, meant that by the mid-1970s it was no longer pertinent to think in terms of a state-centred hegemony. We had now entered a new transnationalist capitalist age with domestic economies subordinated to the demands of transnational capital and finance and under the direction of a new «transnational managerial class»⁷⁰. Thanks to an array of ongoing formal/informal socialization processes a self-aware «transnational capitalist class» had emerged, forming a «transnational imagined community» brandishing its own hegemonic apparatus (ideology, strategy and institutions) committed to the promotion of neoliberal globalisation⁷¹. Some Neo-Gramscians even go as far to say we are witnessing the consolidation of a single economic and «transnational historical bloc» sup-

⁶⁶ COX, R. W., *op. cit.*, note 56, p. 99, pp. 107-109; COX, R. W., *op. cit.*, note 64, pp. 137-138.

⁶⁷ RUPERT, M., *Ideologies of Globalisation: Contending Visions of a New World Order*, Florence, Kentucky, Routledge, 2000.

⁶⁸ The International Monetary Fund, the World Bank, and subsequently the General Agreement on Tariffs and Trade/World Trade Organisation.

⁶⁹ RUGGIE, J. G., «International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order», *International Organisation*, vol. 36, 1982, n.º 2, pp. 379-415.

⁷⁰ COX, R. W., *op. cit.*, note 56, p. 111.

⁷¹ GILL, S., «Neo-Liberalism and the Shift Towards a US-centred Transnational Hegemony», in OVERBEEK, H. (ed.), *Restructuring Hegemony in the Global Political Economy: The Rise of Transnational Neoliberalism in the 1980s*, London, Routledge, 1993; VAN APELDOORN, B., «Transnationalization and the Restructuring of Europe's Socioeconomic Order: Social Forces in the Construction of "Embedded Neoliberalism"», in *International Journal of Political Economy*, vol. 28, 1998, n.º 1; VAN DER PIJL, K., *Transnational Classes and International Relations*, London, Routledge, 1998, and GILL, S., *Power and Resistance in the New World Order*, 2.^a ed., Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008.

planting national counterparts, and with it the end of the Westphalian interstate system itself and geopolitical rivalry⁷².

46. We are greatly indebted to neo-Gramscians for furthering our understandings of the politico-cultural dynamics of world hegemony, specifically the importance of IOs in nurturing promoting class identities/interests. However, as Jonathan Pass has argued, in his desire to engender social change (the heart of his «critical theory»), Cox, like positivists, is guilty of ontological inconsistencies, most notably conflating structure and agency. By defining structure—or what he calls «historical structures»—in *intersubjective* terms, contingent on shared collective meanings, Cox veers dangerously close to constructivist and post-structuralist territory⁷³.

47. Consequently, neo-Gramscians end up: 1) denying capitalism obeys any underlying logic⁷⁴; 2) portraying social class predominantly as an identity issue⁷⁵, and 3) adopting a constructivist reading of both the modern state⁷⁶ and hegemony⁷⁷. Thus, and with notable exceptions⁷⁸, neo-Gramscians also tend to downgrade the significance of coercion within hegemony (contrary to Gramsci's analysis)⁷⁹ and, especially in their Coxian variant, prematurely announce the transcendence of world hegemony (be it US or China-centred) by a transnational elite.

48. To rectify these shortcomings, and in order to shed a little more light on contemporary Chinese institution-building, the *Neo* neo-Gramscian perspective here—explained in detail elsewhere⁸⁰—returns to Gramsci's own materialist theory of hegemony⁸¹, finding its closest contemporary parallel in the work of Jonathan Joseph.

49. Rooted in Bhaskar's aforementioned «critical realist philosophy of science», Joseph makes an analytical distinction between *surface* and *struc-*

⁷² ROBINSON, W. I., «Gramsci and Globalization: From Nation-State to Transnational Hegemony», *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, vol. 8, 2005, n.^o 4, pp. 1-16; BIELER, A., «The Future of the Global Working Class: An Introduction», in BIELER, A., LINDBERG, I. and PILLAY, D. (eds), *Labour and the Challenges of Globalization: What Prospects for Transnational Solidarity?* London, Pluto Press, 2008, and VAN DER PIJL, K., *From the Cold War to Iraq*, London, Pluto Press, 2006.

⁷³ PASS, J., «Gramsci Meets Emergentist Materialism: Towards a *Neo* Neo-Gramscian Perspective on World Order», *Review of International Studies*, vol. 44, 2018, n.^o 4, pp. 596-618.

⁷⁴ BIELER, A. and MORTON, A. D., «Globalisation, the State and Class Struggle: A “Critical Economy” Engagement with Open Marxism», *British Journal of Politics and International Relations*, vol. 5, 2003, n.^o 4, pp. 467-499.

⁷⁵ COX, R., *op. cit.*, note 65, p. 355.

⁷⁶ BIELER, A. and MORTON, A. D., «The Gordian Knot of Agency: Structure in International Relations», *European Journal of International Relations*, vol. 7, 2001, n.^o 1, pp. 5-35, p. 22.

⁷⁷ VAN DER PIJL, K., «Ruling Classes, Hegemony and the State System. Theoretical and Historical Considerations», *International Journal of Political Economy*, vol. 19, 1989, n.^o 3, pp. 7-35, p. 19.

⁷⁸ See for example GILL, S., *Power and Resistance in the New World Order*, 2.^a ed., Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2008.

⁷⁹ THOMAS, P. D., *The Gramscian Moment: Philosophy, Hegemony and Marxism*, Chicago, Haymarket Books, 2010, p. 477.

⁸⁰ PASS, J., *op. cit.*, note 73.

⁸¹ GRAMSCI, A., *op. cit.*, note 59, pp. 162, 410.



tural hegemony. Here *hegemonic projects* (surface hegemony) are understood as arising out of a complex, overdetermined interaction of generative mechanisms which emerge from underlying forces and relations of production (structural hegemony), with which they enjoy a dialectical, non-determinist, relationship⁸². Hegemonic projects are led by conscious dominant groups to conserve, advance or transform particular political programmes via societal restructuring of the state-society complex: their access to resources and options available are conditioned and strategically limited by underlying material conditions⁸³. Domestic hegemonic projects are implicitly world hegemonic projects, albeit that not all are successful at following the above internationalisation of the state template.

50. Neo-Gramscians, for their part, largely focus on hegemonic projects (coinciding with Gramsci's *second moment*), interested in how dominant elites set up consensual institutions to bolster their exercising «intellectual and moral leadership»⁸⁴. Unfortunately, insufficient attention is paid to the underlying dynamics of the capitalist system from which such hegemonic projects emerge (structural hegemony), economic-corporative bargaining (Gramsci's *first moment*) or the omnipresence of coercion, and the need to periodically resort to politico-military measures (Gramsci's *third moment*). Any serious understanding of hegemony and its process of consolidation/reproduction, the *Neo* neo-Gramscian perspective forwarded here argues, must take into consideration: a) the prior-existing, underlying accumulation regime from which such hegemonic projects exist; and b) the pivotal role of coercion, including of an overt military kind.

51. Marxist scholars such as David Harvey have long argued that capitalism is prone to crises: its need for perpetual accumulation is undermined by its many internal contradictions (*e.g.* its tendency towards over-capacity and declining profit rates)⁸⁵. Neo-Gramscians, we argue, pay insufficient attention to the crucial functional role played by the capitalist state in helping facilitate capital accumulation within structural hegemony. The principal responsibility of a world hegemonic state, the *Neo* neo-Gramscian perspective argues, is to carry out said function at the global level. Indeed, the main reason the world hegemonic state's dominant classes are able to exercise «intellectual and moral leadership» over foreign elites in the first place, according to Giovanni Arrighi, is its «claim to be the motor force of general expansion»; able and willing to lead the world through a new expanded *systemic cycle* of

⁸² See JOSEPH, J., *Hegemony: A Realist Analysis*, London, Routledge, 2002, p. 256, and JOSEPH, J., «The International as Emergent: Challenging Old and New Orthodoxies in International Relations Theory», in JOSEPH, J. and WIGHT, C. (eds.), *Scientific Realism and International Relations*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010, pp. 51-68.

⁸³ JESSOP, B., *State Power: A Strategic-Relational Approach*, Cambridge, Polity Press, 2007, p. 301.

⁸⁴ GILL, S. R. and LAW, D., *The Global political Economy: Perspectives, Problems and Policies*, Brighton, Wheatsheaf, Baltimore, John Hopkins University Press, 1988, p. 394.

⁸⁵ HARVEY, D., *The Enigma of Capital and the Crises of Capitalism*, London, Profile Books Ltd, 2010, p. 296.

accumulation compatible with its own capitalist model (and social relations of production)⁸⁶.

52. Historically, Arrighi asserts, each successive hegemon from Italian city states to contemporary US (and possibly China?) has increased in scale and scope: the new «headquarters» of the leading capitalist agencies must possess a large enough internal market to absorb global surplus capital accumulation (*i. e.* a larger territorial «container»)⁸⁷, converting itself into the global consumer of last resort⁸⁸. Contrary to the neo-Gramscian transnational thesis, scholars such as Peter Gowan, Alex Callinicos, Leo Panitch and Sam Gindin remind us of the pivotal proactive role played by the state—especially the US—in helping embed neoliberal globalization⁸⁹.

53. Finally, as noted above, our *Neo* neo-Gramscian view follows Gramsci in considering hegemony as being underwritten by coercion, with periodic recourse to militarism (*third moment*). Little mentioned by neo-Gramscians, *Pax Americana* (or any future *Pax Sinica*) was/is simply unthinkable without militarism. The US's refashioning of the capitalist world «in its own image» was done, of course, in the context of the Cold War and vehement anti-communism. Washington assumed the mantle of the protector of the capitalist «free world», establishing key collective security arrangements (*e. g.* NATO) and hundreds of permanent military bases across the Eurasia «Rimland», in exchange for political subservience and market access for its multinational corporations⁹⁰. American hegemony would outlive the Cold War⁹¹, and at odds with the neo-Gramscian transnational historical bloc thesis, we deem inter-state geopolitical rivalry still alive and well in 2020.

5. UNDERSTANDING CHINA'S AIIB BALANCING ACT

54. Since all hegemonic projects are materially-rooted, any analysis of the AIIB must begin by stressing the significance of the PRC's dramatic socio-economic transformation, from a socialist agrarian economy in the mid-1970s to global capitalist superpower within forty years⁹². Two key

⁸⁶ ARRIGHI, G., *The Long Twentieth Century: Money, Power and the Origins of our Times*, London, 2.^a ed., Verso, 2010, p. 432, pp. 6-7, p. 31.

⁸⁷ GIDDENS, A., *The Nation-State and Violence*, Berkeley, University of California Press, 1987, p. 408.

⁸⁸ ARRIGHI, G. and SILVER, B. J., *Chaos and Governance in the Modern World System*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999, p. 336.

⁸⁹ GOWAN, P., *The Global Gamble: Washington's Faustian Bid for World Dominance*, London, Verso, 1999, p. 280; CALLINICOS, A., *Imperialism and Global Political Economy*, Cambridge, Polity Press, 2009, p. 306, and PANITCH, L. and GINDIN, S., *The Making of Global Capitalism: The Political Economy of American Hegemony*, London, Verso, 2012, p. 464.

⁹⁰ JOHNSON, C., *The Sorrows of Empire: Militarism, Secrecy and the End of the Republic*, New York, Owl Books, 2004, p. 400, pp. 151-185.

⁹¹ PASS, J., *American Hegemony in the 21st Century: A Neo Neo-Gramscian Perspective*, New York, Routledge, 2019.

⁹² THE WORLD BANK, «The World Bank in China», 18th April 2019, <https://www.worldbank.org/en/country/china/overview>.



interconnected points are worth underscoring here. Firstly, as indicated above, that it was achieved via a top-down, state-directed reorganisation/management of internal social forces⁹³. Secondly, that this passive revolution took place within the LIO, and during the age of globalization, locking the Chinese economy into global circuits of production, consumption and exchange.

55. Evidently, forty years of busy activity within the global capitalist economy has dramatically overhauled the country's state-society complex. Conforming somewhat to neo-Gramscian transnational thesis, this process has been accompanied by a deeper integration of the China's «hybrid capitalist-cadre class»⁹⁴ into elite global governmental, corporate and institutional networks⁹⁵; indeed, this constituted a central pillar of Beijing's passive revolution strategy⁹⁶. According to neoliberal—and constructivist—logic, such socialization is likely to modify elite interests and identities, resulting in the acceptance and assimilation of international (*i. e.* liberal) standards into Chinese corporate practices. For many neoliberals and exponents of US hegemony, the hope is that participation in the AIIB project will intensify this transnationalisation process still further, and hence buttress the LIO.

56. Certainly, as we have seen, Beijing has gone out of its way to insist that the AIIB does not constitute a counter-hegemonic institution, emphasizing its open, inclusive nature. As neoliberals note, the need to attract non-regional creditor nations forced China, *qui pro quo*, to make important concessions to the West regarding the institution's management structure and lending norms. This, together with the profit-maximising exigencies of global capitalism has meant that the AIIB's formal rules, standards and procedures closely coincide with those of existing MDBs, with which it has collaborated on numerous projects⁹⁷.

57. Yet the AIIB remains qualitatively different from other MDBs. Contrary to the thesis forwarded by neoliberals and constructivists, global socialisation processes have not nurtured a class-conscious, autonomous capitalist class, separate from «the state» within the Chinese state-society complex⁹⁸. Moreover, the case can be made that by accommodating Western demands, CPC elites have cleverly augmented the PRC's global influence, and thus its politico-cultural hegemony. Hegemony, as Gramsci insisted, has

⁹³ PASS, J., *op. cit.*, note 13.

⁹⁴ SO, A. Y., *Class and Class Conflict in Post-Socialist China*, Hong Kong, World Scientific Publishing Company, 2013, p. 212, p. 173.

⁹⁵ CARROLL, W. K., *The Making of the Transnational Capitalist Class: Corporate Power in the 21st Century*, London, Zed Books, 2010, p. 288.

⁹⁶ PANG, X., LUI, L. and MA, S., «China's Network Strategy for Seeking Great Power Status», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 10, 2017, n.^o 1, pp. 1-29.

⁹⁷ ASIAN INFRASTRUCTURE INVESTMENT BANK, «Approved Projects», <https://www.aiib.org/en/projects/approved/index.html>.

⁹⁸ DE GRAFF, N. and VAN APELDOORN, B., «Elite Power and the rise of "Statist" Chinese elites in Global Markets», *International Politics*, vol. 54, 2017, n.^o 3, pp. 338-355.

an important *consensual* element. Being perceived as the supplier of global public goods and respecter of the ILO makes it more likely other states will follow, and permit the PRC itself to exercise «intellectual and moral leadership».

58. Neorealists are correct in their assertion that the AIIB cannot be understood in isolation from the BRI⁹⁹. What they fail to emphasize, however, a corollary of their state-centric vision, is that the shift in Chinese institutional statecraft reflects a fundamental reorganisation of the country's productive economy and underlying accumulation regime.

59. As all Chinese premiers have insisted over the last 15 years, the PRC stands at a critical juncture in its development trajectory. For over thirty years China's economic miracle was based upon exporting low-end, labour-intensive goods from the coastal regions. Over time, however, the huge internal contradictions of this accumulation regime became apparent. As early as March 2007 then Prime Minister, Wen Jiabao, announced at the National People's Congress that the national economy was «unstable, unbalanced, uncoordinated, and unsustainable»¹⁰⁰. The advent of the 2008 global financial crisis only heightened these problems, manifested in chronic domestic overcapacity/investment in infrastructure/real estate sectors and stark regional/social inequality. Apart from promising a greater distribution of wealth, and a shift to a consumption-led growth model, Beijing has sought to overcome domestic overproduction partly by getting its state-owned enterprises to globalize and find new markets abroad to bury its surplus value, in accordance with David Harvey's spatio-temporal fix theory¹⁰¹.

60. It is in this context —as a geographical location process to relieve overcapacity in major industrial sectors, especially construction— that the BRI must be understood. The BRI backed up by the AIIB (and foreign investment) promises to increase growth across Eurasia. In this way, and following Arrighi's aforementioned template, China could fulfil its world hegemonic role by leading the capitalist world to a systemic cycle of accumulation, much the same way the US in the 1940s via the Marshall Plan and Cold War arms expenditure.

61. Significantly, while the Trump Administration was turning its back on the LIO, proclaiming «America First», Xi Jinping was at the 2017 Davos Economic Forum, defending globalization, free markets, liberalisation, foreign investment and cultural interaction. By April 2020, for example, the PRC had signed 16 free trade area agreements—with countries as diverse as the ASEAN¹⁰², Chile, Switzerland, Australia, Iceland and South Korea—with 24

⁹⁹ SHAMBAUGH, D., *op. cit.*, note 45.

¹⁰⁰ Quoted by XINHUA NEWS AGENCY, «China Confident in Maintaining Economic Growth: Premier», March 16th 2007, <http://www.china.org.cn/english/2007lh/203252.htm>.

¹⁰¹ HARVEY, D., *The Limits to Capital*, Oxford, Basil Blackwell, 1982, p. 478.

¹⁰² Members of the Association of South East Asian Nations include Thailand, Indonesia, Malaysia, Singapore, Vietnam, Laos, Myanmar, Brunei, Cambodia and the Philippines.



under construction (including the China-Japan-Korea free trade area and the Regional Comprehensive Economic Partnership¹⁰³)¹⁰⁴.

62. Nevertheless, and despite Beijing's liberal internationalist discourse and emphasis on the universal benefits of «connectivity», early signs indicate that Eurasian connectivity under the BRI is likely to be quite *Sino-centric* in orientation. And given Asia's estimated \$22.6 trillion infrastructure requirements for the period 2016-30¹⁰⁵, it seems fair to assume the AIIB will serve to buttress the BRI, with international investors likely to opt for lucrative infrastructure developments over traditional MDB projects for poverty reduction, education or health.

63. Clearly, this infrastructure-led development model across East Asia has important development implications. The arrival of Chinese capital, know-how and business culture will encourage other countries in the region to pursue a similar growth strategy, helping embed PRC's model of political economy abroad.

64. Two points on world hegemony are worth underscoring here. Firstly, it involves the expansion of social forces emanating from a particular internal order; therefore this international hegemonic project is inseparable from Xi's *domestic* hegemonic project¹⁰⁶. Secondly, it involves an *internationalisation of the state* process, with the hegemon setting up IOs to help restructure other state-society complexes in line with its own material interests and societal model. There are evident parallels between contemporary China institution-building (*e.g.* the AIIB, the New Development Bank and Chiang Mai Initiative Multilateralisation Agreement) and the US in the 1940s, using these new organs (and remoulding existing ones) to distribute economic benefits, co-opt foreign elites and embed those norms, values and practices which contribute to remaking of the world in its own image.

65. A key feature of China's model of political economy—particularly prevalent in infrastructural development—is the heavy presence of the state in core strategic sectors, such as banking, finance, energy, construction and raw materials. Notwithstanding their increasing integration into global corporate networks and adherence to capitalist logic, state-owned enterprises retain a close link to the state, whose interests and priorities they share¹⁰⁷. Crucially, the AIIB/BRI will reinforce the domestic social class hierarchy,

¹⁰³ Spanning Asia-Pacific, the Regional Comprehensive Economic Partnership, if finally agreed, would be made up of 15 countries: the ASEAN and five of its free trade partners (China, Japan, South Korea, Australia and New Zealand).

¹⁰⁴ CHINA FTA NETWORK, 29th April 2020, <http://fta.mofcom.gov.cn/english/index.shtml>.

¹⁰⁵ ASIAN DEVELOPMENT BANK, «Meeting Asia's Infrastructure Needs», Mandaluyong City, Philippines, 2017, p. 131, p. iv, <https://www.adb.org/sites/default/files/publication/227496/special-report-infrastructure.pdf>.

¹⁰⁶ MULVAD, A. M., «Xiism as a Hegemonic Project in the Making: Sino-communist Ideology and the Political Economy of China's Rise», *Review of International Studies*, vol. 45, 2019, n.º 3, pp. 449-470, p. 451.

¹⁰⁷ DE GRAFF, N. and VAN APELDOORN, B., «US-China Relations and the Liberal World Order: Contending Elites, Colliding Visions?», *International Affairs*, vol. 94, 2018, n.º 1, pp. 113-313, p. 121.

strengthening the power positions of the CPC elite, and therein help reproduce the PRC's one-party political system. This state-centred development model finds sympathy amongst emerging countries, but is at odds with LIO tenets, reflected in the WTO's aforementioned refusal to recognise China's market economy status in 2019.

66. Unsurprisingly, given the PRC's single-party political system and hybrid state-capitalist political economy, the AIIB's founding treaty insists on the need to respect national sovereignty. Article 31.2 of the AIIB's «Articles of Agreement» stipulate that «The Bank, its President, officers and staff shall not interfere in the political affairs of any member, nor shall they be influenced in their decisions by the political character of the member concerned. Only economic considerations shall be relevant to their decisions»¹⁰⁸. AIIB's promotion of global free trade, it appears, will be less intrusive and avoid insisting countries adopt the long list of economic, political, social and environmental conditionalities traditionally demanded in the LIO by MDBs such as the World Bank. Indeed, Beijing's main grievance with these have been the way they have instrumentalised human rights to consolidate Western values, ideology, political standards or development model, especially via «Responsibility to Protect» (preferring «Responsible Protection» instead).

67. Again, this new type of globalization process, respectful of national sovereignty is particularly attractive to emerging countries, many of them critical of the Washington Consensus and/or under-going their own delicate state-led passive revolutions. Emblematic of this shift are increasing references a new *Beijing Consensus*.

68. As reiterated throughout this paper, the World Bank is an indispensable part of the LIO: the largest and only truly global MDB, and a vital channel for the dissemination of liberal economic prescriptions via its research and loan activities. Importantly, along with the IMF, it constitutes the central pillar of US's long-held control over capital allocation for development and pivotal role in dollar recycling¹⁰⁹. China, we have observed, has gone out of its way to stress the complementary nature of the AIIB and the World Bank and the commitment to work within the framework of the LIO. But the mere fact that countries have an alternative conduit for financing development, less under the direction of the US Treasury and Wall Street¹¹⁰, could undermine not only Washington's long-term «intellectual and moral leadership», but the material reproduction of US hegemony itself.

¹⁰⁸ ASIAN INFRASTRUCTURE INVESTMENT BANK, «Articles of Agreement», https://www.aiib.org/en/about-aiib/basic-documents/_download/articles-of-agreement/basic_document_english-bank_articles_of_agreement.pdf.

¹⁰⁹ GOWAN, P., *op. cit.*, note 89.

¹¹⁰ For Robert Wade and Frank Veneroso much of global debt recycling comes under the direction of what they call the «Wall Street-Treasury-IMF Complex». WADE, R. and VENEROSO, F., «The Asian Crisis: The High Debt Model Versus the Wall Street-Treasury-IMF Complex» *New Left Review*, vol. 228, March-April, 1998, pp. 3-23.



69. China has insisted that the AIIB will only deal in dollars. The non-participation of the US, however, makes it increasingly likely that over the medium to long term Beijing may use the institution to further its objective of internationalising the *renminbi*, as neorealists suspect¹¹¹. Indeed, Kai He and Huiyun Feng have reiterated Knoerich and Urdinez's argument that Britain's surprise decision to sign up to the AIIB was in part conditioned by the possibility of converting London into the currency's international clearing centre¹¹². Many developing countries are also keen to use the *yuan*. Domestic pressure for internationalisation is growing within the PRC too. Far more profitable (and less risky) for Chinese businesses to carry out trade across Eurasia in their own currency than the dollar, especially since the managed float regime maintained by the People's Bank of China results in the hoarding of billions of dollars in cash or converted into low-yield assets such as US Treasury Bonds. Just how long US hegemony can survive the end of dollar hegemony remains an open question.

70. For the decades following the introduction of «reform and opening up» (*gāigé kāifàng*) under Deng Xiaoping in 1978, Beijing's international strategy was to keep a low-profile: to «conceal one's strength and bide one's time» (*tāo guāng yǎng huì*). Under Xi Jinping, and reflecting an underlying shift in the country's power position, the PRC's world-view has changed, opting for a more assertive «striving for achievement» (*fén fā yǒu wéi*) global stance¹¹³. At the CPC's 19th National People's Congress in October 2017 Xi announced a more proactive foreign policy, demanding a more central position for the PRC on the world stage¹¹⁴. The AIIB institution-building initiative is merely an example of this.

6. CONCLUSION

71. The objective of this paper has been to assess the nature of Beijing's institutional statecraft in the context of the contemporary LIO, with a special focus on the AIIB. Taking Ikenberry and Lim's categorisation as basic template, we noted that China's contemporary institutional strategy resembles that of the US in its mantle as a «status-quo stakeholder» and «institutional

¹¹¹ DONGMIN, L., HAIHONG, G., QIYUAN, X., YUANFANG, L. and SHUANG, S., «The Belt and Road Initiative and the London Market - the Next Steps in Renminbi Internationalisation: Part 1. The View from Beijing», *Chatham House: Royal Institute of International Affairs*, January 2017, <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2017-01-17-belt-road-renminbi-internationalization-liu-gao-xu-li-song.pdf>.

¹¹² HE, K. and FENG, H., «Leadership Transition and Global Governance: Role Conception, Institutional Balancing, and the AIIB», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 12, 2019, n.^o 2, p. 174.

¹¹³ YAN, X., «From Keeping a Low Profile to Striving for Achievement», *Chinese Journal of International Politics*, vol. 7, 2014, n.^o 2, pp. 153-184, pp. 154-156.

¹¹⁴ REAL INSTITUTO ELCANO, «La política exterior de Xi Jinping tras el 19 Congreso: China quiere un papel central en la escena global», Mario Esteban, el 25 de octubre de 2017, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenidos?WCM_GLOBAL_CONTEXT=elcano/elcano_es/zonas_es/ari80-2017-esteban-politica-exterior-xi-jinping-19-congreso-china-quiere-papel-central-escena-global.

obstructor». Where it differs, however, is in its guise as «authority-seeking stakeholder» or «external innovator». It is the PRC's latter role that has most attracted the attention of IR scholars, and on which this present study has focused.

72. Mainstream IR theory in both its neorealist and neoliberal forms, we saw, offers valuable insights into the motives for the setting up of the AIIB and its significance for the LIO. Nevertheless, it was argued, ontological and epistemological short-comings mean they are unable to fully comprehend the deeper social processes underway. An alternative, *Neo neo-Gramscian*, theoretical framework was then set out and applied to the AIIB.

73. Beijing's institutional-building represents more than simply a zero-sum attempt to undermine American power (neorealism), or motivated by a functionalist need to improve inter-state cooperation in a changing world (neoliberalism). Instead, we hold, it is driven by the dialectical interaction between social forces emerging out of China's materially-rooted state-society complex and their global counterparts, and within a pre-existing institutional/normative framework (*i. e.* the LIO). The hybrid nature of AIIB reflects this fusion.

74. For the short term, we concluded, the AIIB appears to reinforce the LIO, not posing a direct threat to US hegemony, *per se*, but constituting an important tool of institutional statecraft, designed to enhance China's global influence, authority and status (tantamount to Gramsci's *second* moment of «intellectual and moral leadership»). Over the medium to long term, the AIIB could well consolidate itself as a genuine counter-hegemonic institution, roughly consistent with Ikenberry and Lim's second purpose of «external innovation»¹¹⁵. This will depend, crucially, on how successful the BRI is at underwriting an infrastructure-led accumulation model growth across Eurasia. If it does, the AIIB may well evolve into an important focal point for an alternative renminbi-dependent, Sino-centric developmental model and associated world order, and based, as we have seen, upon a different set of values, norms and rules to those promoted by the LIO.

75. At the same time, and consistent with the critical realist ontological stratification adopted here, it is impossible to make positivist-style predictions about future outcomes in the social world, the best one can offer are context-dependent evidential statements with regards to particular tendencies¹¹⁶.

76. Hegemony, for one thing, is not an immobile state, but rather a social process, contingent on complex power relations between dominant, allied and subservient classes. As such, exercising world hegemony is not only expensive —requiring the granting of economic concessions to allies, the

¹¹⁵ That is, promoting alternative rules/norms and power structures more compatible with its interests.

¹¹⁶ ARCHER, M. S., BHASKAR, R., COLLIER, A., LAWSON, T. and NORRIE, A. (eds.), *Critical Realism: Essential Readings*, London, Routledge, 1998.



underwriting of institutions, and the maintenance of politico-military dominance (Gramsci's three *moments*)— it is also always contested, both at home and abroad.

77. The PRC finds itself in the midst of a highly complex passive revolution. Xi Jinping's much-publicised «Chinese Dream» hegemonic project —of which the BRI/AIIB is merely an international extension— strives primarily to overcome huge economic, social and political contradictions at the heart of Chinese society. Trying to square the circle of having a fiercely capitalist system, massive regional and social inequality (the second highest number of billionaires in the world)¹¹⁷ overseen by a nominally «communist» government, explains in part the instrumentalization of nationalism, cult propaganda, heightened authoritarianism and social surveillance under Xi Jinping.

78. Certainly, CPC leaders are well aware that China's «intellectual and moral leadership» can be undermined by internal bottom-up social struggles involving the mobilisation of important disenchanted factions, such as workers groups, the dispossessed, environmentalists and democracy/human rights activists, especially if picked up by the Western media (*e. g.* recent Hong Kong demonstrations).

79. It is also possible, as many neoliberals and apologists of US hegemony hope, that further integration into global capitalist networks and the LIO (the AIIB included) will help assimilate the most internationally-orientated of the Chinese cadre-capitalist class into the transnational elite¹¹⁸. Demands for further economic liberty to maximise profits, liberal theory runs, will lead to demands for greater political freedom and the establishment of a liberal democratic state. Yet even if this intra-elite split were to ensue, there is no guarantee that such liberal teleology would play itself out, or that the PRC would be converted into a LIO champion. As Karl Polanyi reminds us, free market capitalism and authoritarian government are perfectly compatible¹¹⁹.

80. Moreover, even if a capitalist class were able to establish domestic hegemony it is uncertain that this would transpose into Chinese world hegemony, since this necessarily involves passing through Gramsci's *third moment* (politico-military relations). Beijing, has repeatedly insisted that it would never seek hegemony, external expansion or a sphere of influence, a promise it reiterated in a 2019 white paper entitled «China's National Defense in a New Era»¹²⁰. Nonetheless, against the background of a successful BRI/AIIB and increasing economic and political presence across Eurasia, PRC's

¹¹⁷ FORBES, «World's Billionaires List: The Countries With The Most Billionaires in 2020», Jonathan Ponciano, <https://www.forbes.com/sites/jonathanponciano/2020/04/08/the-countries-with-the-most-billionaires-in-2020/>.

¹¹⁸ LI, C., «Rule of the Princelings», *Brookings Institute*, 10th February 2013, <https://www.brookings.edu/articles/rule-of-the-princelings/>.

¹¹⁹ POLANYI, K., *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, 2.^a ed., Boston, Beacon Paperback Press, 2001, p. 360, pp. 265-267.

¹²⁰ XINHUANET, «China Says it will never seek Hegemony in national defense white paper», 24th July 2019, http://www.xinhuanet.com/english/2019-07/24/c_138254874.htm.

geopolitical concerns may well will clash with those of the US, especially in Asia-Pacific.

81. According to Arrighi's systemic cycles of accumulation theory the period between the demise of one hegemon and the rise of another is typically marked by augmented inter-state conflict and even war, as countries fight to prevent the devaluation of their capital¹²¹. One can only hope such a nightmare scenario does not prevail.

ABSTRACT

CHINA'S INSTITUTIONAL STATECRAFT WITHIN THE LIBERAL INTERNATIONAL ORDER: THE ASIAN INFRASTRUCTURE INVESTMENT BANK

A key debate amongst international relations theorists is how China's rise will affect the liberal international order (LIO). The launching of the Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB) by Beijing, unsurprisingly, has generated much interest. The aim of this paper is to shed light on the claim that the AIIB constitutes a «counter-hegemonic» initiative (or «external innovation» in liberal terminology). After showing the complexity of Chinese *institutional statecraft*, the study reviews mainstream theoretical accounts of the AIIB. Both neorealism and neoliberalism, we hold, have contributed to a better understanding of the institution, but ontological and epistemological deficiencies prevent them from satisfactorily explaining the complex social processes underway. By contrast, we set out a *Neo neo-Gramscian* perspective, which understands the AIIB as an institutional manifestation of the on-going interaction between the social forces emergent out of China's own *state-society complex* on one hand, and their global counterparts, on the other. For the short term, we conclude, the AIIB is likely to reinforce the LIO. Over the medium to long term, however, this *internationalisation of the state* process, understood in connection with the Belt and Road Initiative, may pose a serious challenge to the LIO and, as a result, to US hegemony itself.

Keywords: China, liberal international order, hegemony, institutional statecraft, Asian Infrastructure Investment Bank, state-society complex, internationalisation of the state, hegemonic project, Belt and Road Initiative.

RESUMEN

EL STATECRAFT INSTITUCIONAL DE CHINA DENTRO DEL ORDEN INTERNACIONAL LIBERAL: EL BANCO ASIÁTICO DE INVERSIÓN EN INFRAESTRUCTURA

Un debate clave entre los teóricos de Relaciones Internacionales es cómo el auge de China afectará al orden liberal internacional (OLI). No es extraño, por tanto, que la creación del Banco Asiático de Inversión en Infraestructura (BAII) por parte de Beijing, haya despertado mucho interés. El objetivo de este artículo se centra en examinar la afirmación de que el BAII constituye una iniciativa «contrahegémónica» (o una «innovación externa» en terminología liberal). Una vez demostrada la complejidad del *statecraft institucional* chino, el estudio analiza las perspectivas de las teorías convencionales sobre el BAII. Sostenemos que tanto el neorrealismo como el neoliberalismo han contribuido a una mejor comprensión de la institución, pero sus deficiencias ontológicas y epistemológicas consti-

¹²¹ ARRIGHI, G., *op. cit.*, note 86, see also ARRIGHI, G. and SILVER, B. J., *op. cit.*, note 88.



tuyen un obstáculo para explicar de forma convincente los complicados procesos sociales en marcha. De ahí que expongamos aquí una perspectiva *Neo neogramsciana* que comprende el BAII como una manifestación institucional de la interacción en curso entre las fuerzas sociales emergentes del *complejo Estado-sociedad* chino, por un lado, y sus homólogas globales, por el otro. Concluimos que es probable que el BAII refuerce el OLI a corto plazo. A medio y largo plazo, sin embargo, este proceso de *internacionalización del Estado*, entendido en conexión con la Iniciativa de la Franja y la Ruta, puede suponer un desafío grave para el OLI y, por ende, para la hegemonía americana en sí misma.

Palabras clave: China, orden liberal internacional, hegemonía, *statecraft* institucional, Banco Asiático de Inversión en Infraestructura, complejo Estado-sociedad, internacionalización del Estado, proyecto hegemónico, Iniciativa de la Franja y la Ruta.





LA UNIÓN EUROPEA EN LA TRANSICIÓN HACIA LA NEUTRALIDAD CLIMÁTICA: RETOS Y ESTRATEGIAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO DE PARÍS

Beatriz PÉREZ DE LAS HERAS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL PAQUETE 2030 CLIMA Y ENERGÍA DE LA UE: UNA CONTRIBUCIÓN INSUFICIENTE PARA CUMPLIR LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES.—2.1. El Acuerdo de París: desfase entre objetivo global y esfuerzos colectivos.—2.2. Los objetivos UE de descarbonización para 2030: irrealizables y discordantes con el Acuerdo de París.—3. NUEVAS ESTRATEGIAS PARA CONSEGUIR LA NEUTRALIDAD CLIMÁTICA EN 2050.—3.1. El Pacto Verde Europeo: la descarbonización como oportunidad para promover la sostenibilidad.—3.2. Impulsando la transición mundial hacia el desarrollo sostenible.—4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

1. El año 2020 abre un periodo decisivo en la acción global contra el cambio climático. El Acuerdo de París, adoptado por la 21.^a Conferencia de las Partes (COP 21) el 12 de diciembre de 2015, constituye en estos momentos el marco de referencia para la lucha mundial contra el calentamiento global¹. Todas las Partes Contratantes, entre las que se incluyen la Unión Europea (UE) y sus Estados miembros, se han comprometido colectivamente a limitar a largo plazo la subida de la temperatura del planeta a un máximo de 2 °C, con respecto a los niveles preindustriales, así como a desplegar todos los esfuerzos necesarios para contener ese aumento a 1,5 °C [art. 2.1.a) del Acuerdo de París]. Este es el objetivo fundamental del Acuerdo de París. Además, todas las Partes han asumido el compromiso de llegar a un nivel cero de emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) en la segunda mitad de este siglo (art. 4.1 del Acuerdo de París).

2. Para corresponder con estos compromisos, las Partes Contratantes debían comunicar sus respectivas «Contribuciones Determinadas a nivel Na-

* Catedrática de Derecho de la Unión Europea en la Universidad de Deusto (beatriz.perez@deusto.es). Las páginas web indicadas en este trabajo han sido consultadas por última vez el 9 de mayo de 2020.

¹ Decisión 1/CP 21, de 12 de diciembre de 2015, Aprobación del Acuerdo de París, Doc. FCCC/CP/2015/10/Add.1.

cional» (NDC, en sus siglas en inglés), antes de la COP 21 o después, con ocasión de la firma o ratificación del Acuerdo de París (arts. 3 y 4.2 del Acuerdo de París). Las NDC que se han comunicado expresan la contribución de cada Parte al objetivo fundamental del Acuerdo de París, principalmente en términos de mitigación de emisiones hasta 2030. A lo largo de 2020, las Partes deben notificar, además, sus estrategias a largo plazo para la reducción de emisiones de GEI (art. 4.19 del Acuerdo de París).

3. Lograr el objetivo de mantener la subida de la temperatura a 1,5 °C exige una transformación sistémica de la economía y la sociedad a nivel global. Así lo constata el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC, en sus siglas en inglés) en su informe especial sobre el calentamiento global a un 1,5 °C². Como señala este documento, limitar el aumento de la temperatura a 1,5 °C es todavía factible, si se acometen cambios estructurales en sectores estratégicos, como la energía, el transporte urbano, la industria o el uso de la tierra. Sin embargo, el IPCC alerta en este informe de que, con los actuales esfuerzos de mitigación expresados en las NDC, será imposible conseguir este objetivo global³.

4. En este contexto mundial de gobernanza climática, la UE, como organización regional de integración, aspira a convertirse en la primera economía en conseguir la neutralidad climática para 2050 y contribuir así de forma efectiva al objetivo global del Acuerdo de París. Esta pretensión no es nueva, ya que desde mediados de los años noventa la UE ha intentado liderar la acción mundial contra el calentamiento global, ya sea tanto a través de su activismo en las negociaciones internacionales, como mediante la adopción de medidas más ambiciosas que las asumidas por el resto de la comunidad internacional. Así, por ejemplo, en el marco del Protocolo de Kioto, la UE y sus entonces 15 Estados miembros asumieron el compromiso de reducir conjuntamente sus GEI en un 8 por 100 para 2012, conforme al Anexo II de este Protocolo. Fue su contribución colectiva a un objetivo global de reducción de al menos un 5 por 100 que asumieron los países del Anexo I del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC)⁴. En esta misma línea de liderar con el ejemplo, destacar también que la UE, junto con Islandia, es de las pocas Partes que ha asumido obligaciones concretas de reducción de GEI para el segundo periodo obligatorio del Protocolo de Kioto (2013-2020), de conformidad a lo establecido en la Enmienda de Doha (COP 18)⁵.

² IPCC, *Special Report on global warming of 1.5 °C (SR15)*, accesible en <https://www.ipcc.ch/sr15/>.

³ *Ibid.*, «Summary for Policymakers», pp. 12-17.

⁴ Véanse HARRIS, P., «Europe and the politics and foreign policy on global climate change», en HARRIS, P. (ed.), *Europe and global climate change*, Cheltenham, Edward Elgar, 2007, pp. 12-16; PÉREZ DE LAS HERAS, B., «Beyond Kyoto: the EU's contribution to a more sustainable world economy», *European Law Journal*, vol. 19, 2013, núm. 4, pp. 577-593, y GILES CARNERO, R., «La contribución de la Unión Europea al desarrollo del régimen internacional en materia de cambio climático: el paquete europeo sobre clima y energía en el contexto de la acción internacional», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2017, núm. 57, pp. 193-215.

⁵ Enmienda de Doha al Protocolo de Kioto, Naciones Unidas, 2012, accesible en https://unfccc.int/files/Kyoto_protocol/application/pdf/kp_doha_amendment_spanish.pdf. Para entrar en vigor, necesita

5. La acción de la UE contra el cambio climático se enmarca dentro de su política medioambiental, regulada actualmente en los arts. 191 a 193 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). Se trata de una materia de competencia compartida con los Estados miembros [art. 4.2.e) TFUE]. Uno de los objetivos de esta política es, en efecto, «el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales y mundiales del medio ambiente y, en particular, a luchar contra el cambio climático» (art. 191.1 TFUE). Actualmente, la acción europea en materia de cambio climático está estrechamente vinculada con la política de energía, ámbito también de competencia compartida [art. 4.2.i) TFUE], cuya base jurídica propia es el art. 194 TFUE, introducido por el Tratado de Lisboa. En particular, dos de los objetivos de la política energética, como son fomentar la eficiencia energética, así como el ahorro energético, y el desarrollo de nuevas energías y las renovables, están directamente vinculados con la política actual de la UE en materia de cambio climático. En los últimos veinte años, la UE ha adoptado numerosas estrategias y medidas tanto en materia de cambio climático como energía. Sin embargo, algunos aspectos clave del sector de la energía, como la elección y combinación de fuentes energéticas, sigue siendo competencia reservada a los Estados miembros (art. 194.2 TFUE). Este reducto de soberanía estatal sobre la estructura del abastecimiento energético dificulta la plena consecución de los objetivos de la UE en materia energética y, consecuentemente, el logro de sus ambiciones climáticas⁶.

6. A nivel internacional, la UE junto a sus Estados miembros ha intentado jugar un papel destacado en el impulso de las negociaciones y compromisos internacionales sobre el clima. Sin embargo, en lo que respecta al Acuerdo de París, la UE en su conjunto no está en vías de liderar el proceso de su implementación, al menos por el momento. Así lo evidencia, por una parte, el paquete 2030 clima y energía, que concreta la NDC de la UE al Acuerdo de París y que, a corto y medio plazo, no se corresponde con una contribución suficiente al objetivo global de este marco internacional⁷. Por otra parte, las perspectivas apuntan a que este paquete normativo resultará insuficiente también para conseguir los objetivos climáticos y energéticos que la propia UE se ha fijado para 2030. La irrealización de las metas establecidas por

144 instrumentos de aceptación. El 18 de febrero de 2020, eran 137 las aceptaciones depositadas, por lo que es probable que no entre nunca en vigor, ya que el Protocolo de Kioto será reemplazado por el Acuerdo de París el 1 de enero de 2021. Aparte de la UE y sus Estados miembros, solo Australia, Liechtenstein, Mónaco, Noruega, Suiza y Ucrania, han asumido obligaciones concretas de mitigación.

⁶ No obstante, este aspecto de competencia estatal puede verse afectado significativamente por las medidas que la UE adopte dentro de su política medioambiental, como así se establece en el art. 192.2.c) TFUE, aunque en este supuesto dichas medidas tienen que ser aprobadas por el Consejo por unanimidad, conforme a un procedimiento legislativo especial. Véanse al respecto, URREA CORRES, M., «La política energética de la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa», *Cuadernos de Estrategia*, 2011, núm. 150, pp. 115-143; BEDIA BUENO, G., «El Derecho de energía, las políticas europeas y la transición energética en la Unión Europea», *Cuadernos Cantabria Europa*, 2017, núm. 16, pp. 38-62, y GARCÍA LUPIOLA, A., «Los retos de la seguridad energética y el cambio climático: hacia una economía europea sostenible», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2019, núm. 60, pp. 305-339.

⁷ UN Environment Programme, «Emissions Gap Report 2019», 2019, p. X.

la UE para 2030 compromete al mismo tiempo el cumplimiento de sus objetivos para 2050⁸.

7. Con el fin de acelerar el proceso hacia la total descarbonización y contribuir de forma efectiva al objetivo global del Acuerdo de París, la nueva Comisión Europea de Ursula Von der Leyen propuso, a finales de 2019, el denominado «Pacto Verde Europeo» (PVE)⁹. Como nuevo marco estratégico integral, el PVE constituye en estos momentos la hoja de ruta de la UE hacia la neutralidad climática y la sostenibilidad en 2050.

8. Este artículo analiza el alcance de las medidas en curso y en perspectiva adoptadas por la UE para combatir el cambio climático, valorando su contribución al cumplimiento de los objetivos del Acuerdo de París. El análisis se desarrolla en un momento de transición, tanto con respecto a los compromisos asumidos por la comunidad internacional, como a las medidas adoptadas por la UE y su implementación por los Estados miembros. En este contexto evolutivo de gobernanza climática, el estudio analiza, en primer lugar, el alcance de las medidas que desarrollan el paquete 2030 clima y energía, como expresión de las obligaciones asumidas, a corto y medio plazo, por la UE en el marco del Acuerdo de París. Después de destacar el desajuste entre los objetivos de este instrumento internacional y los esfuerzos de las Partes Contratantes, el estudio constata que, tanto las metas establecidas por la UE a través de este paquete 2030, como las medidas implementadas hasta ahora, resultan insuficientes, no solo para conseguir los propios objetivos de la UE para 2030, sino también para contribuir de forma consistente al Acuerdo de París, lo que sitúa a la UE en el mismo plano de acción insuficiente del resto de la comunidad internacional. El estudio se adentra, a continuación, en los principales elementos y propuestas del PVE como nuevo marco estratégico más integrado, destacando algunas de las primeras medidas que lo están implementando y valorando al mismo tiempo su potencial contribución y coherencia con los objetivos de neutralidad climática y sostenibilidad a largo plazo del Acuerdo de París.

2. EL PAQUETE 2030 CLIMA Y ENERGÍA DE LA UE: UNA CONTRIBUCIÓN INSUFICIENTE PARA CUMPLIR LOS COMPROMISOS INTERNACIONALES

9. Al suscribir el Acuerdo de París, la comunidad internacional se comprometió a mantener la subida de la temperatura global por debajo de los 2 °C y limitarla a 1,5 °C para 2050. Sin embargo, el nivel de reducción de emisiones de GEI que expresan las NDC comunicadas en 2015 y posteriormente no resulta coherente con este objetivo a largo plazo, como así lo evidencian diversos informes científicos. Para acelerar la acción global, las Partes Con-

⁸ PITTEL, K., «The long-term climate strategy of the EU: a reality check», *EconPol Opinion*, 2019, núm. 23.

⁹ COMISIÓN EUROPEA, «El Pacto Verde Europeo», COM (2019) 640 final, de 11 de diciembre de 2019.

tratantes deben comunicar en 2020 nuevas y más ambiciosas NDC, así como estrategias a largo plazo, lo que constituirá la primera revisión quinquenal de las obligaciones internacionales. La UE no está exenta de esta revisión, ya que las medidas actualmente en ejecución de su paquete 2030 clima-energía no constituyen una contribución suficiente al objetivo global del Acuerdo de París.

2.1. El Acuerdo de París: desfase entre objetivo global y esfuerzos colectivos

10. El Acuerdo de París constituye uno de los tratados internacionales de protección de intereses generales más relevante de los últimos años. Es también el primer texto internacional sobre el clima que fija un objetivo global expresado en términos de aumento de temperatura relacionado con el esfuerzo de reducción de GEI a largo plazo¹⁰. Presenta, además, diversas peculiaridades jurídicas, entre ellas, un alcance normativo asimétrico. Así, junto a obligaciones jurídicas, en general, de comportamiento, incluye también meras recomendaciones, requerimientos o simples invitaciones a realizar ciertas conductas¹¹. Entre las obligaciones de comportamiento de las Partes destaca la de «preparar, comunicar y mantener» las sucesivas NDC (art. 4.2). Se trata de una obligación individual que asumen todas las Partes, tanto países desarrollados como en vías de desarrollo, pero el contenido y alcance del esfuerzo individual de mitigación se deja a la discrecionalidad de cada una de ellas. El Acuerdo de París presenta, por tanto, una arquitectura jurídica híbrida, ya que siendo un tratado multilateral que fija objetivos globales, la pieza jurídica clave para alcanzarlos tiene, sin embargo, un carácter unilateral¹².

11. La obligación individual de preparar y comunicar las NDC tiene carácter de regularidad y progresividad. Como se ha destacado anteriormente, las primeras NDC debían notificarse antes de la COP 21, o en el momento de la ratificación o adhesión al Acuerdo de París. Despues, deben revisarse cada cinco años (art. 4.9). Las sucesivas revisiones de las NDC de cada Parte deben representar una progresión respecto a las anteriores y reflejar «la mayor ambición posible de dicha Parte» (art. 4.3). Por tanto, las NDC están sujetas al principio de progresividad y no regresión, lo que implica que cada Parte asuma un nivel de compromiso cada vez mayor en cada uno de los

¹⁰ BORRELL, J. y HUERTAS, Ch., «Después de la COP 21, las ambiciones climáticas de la Unión Europea y la cuestión de la justicia social en la lucha contra el cambio climático», *Papeles de Europa*, vol. 29, 2016, núm. 2, pp. 1-11, esp. p. 2.

¹¹ MALJEAN-DUBOIS, S., «The Paris Agreement: a new step in the gradual evolution of differential treatment in the climate regime?», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 25, 2016, núm. 2, pp. 151-160, y LEMOINE-SCHONNE, M., «La flexibilité de l'Accord de Paris sur les changements climatiques», *Revue Juridique de l'Environnement*, vol. 41, 2016, núm. 1, pp. 37-55.

¹² RODRIGO, A. J., «El Acuerdo de París sobre el cambio climático: entre la importancia simbólica y la debilidad sustantiva», en MARTÍNEZ CAPDEVILLA, C. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (dirs.), *Retos para la acción exterior europea*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 410-431, esp. p. 421.

periodos quinquenales de revisión¹³. No obstante, en esta obligación de comportamiento de las Partes, tampoco se prescribe resultado concreto alguno. La única obligación asociada es la de «rendir cuentas de sus NDC», demostrando que su acción se acomoda al compromiso voluntariamente adquirido (art. 4.13).

12. A diferencia del régimen jurídico de la CMNUCC y del Protocolo de Kioto, basados en un enfoque *top-down*, centralizado y descendente de objetivos y asignación de obligaciones específicas de mitigación, el Acuerdo de París se asienta en un enfoque *bottom-up*¹⁴, descentralizado y ascendente, en el que la lucha contra el cambio climático se vincula a la suma colectiva de esfuerzos que cada Parte asume discrecional e individualmente, en función de sus circunstancias e intereses¹⁵.

13. Por tanto, a pesar de su alcance universal, el Acuerdo de París representa el mínimo común denominador en la lucha contra el cambio climático, al hacer gravitar la consecución de su objetivo principal de limitar el aumento de la temperatura en la discrecionalidad y la buena voluntad de las Partes. La flexibilidad y discrecionalidad permitida por el Acuerdo de París suscita el riesgo de que no se alcancen las metas de reducción progresiva de GEI recomendadas por los científicos.

14. Por el momento, esa es la realidad que se desprende de las actuales NDC comunicadas en 2015 y posteriormente¹⁶. La mayoría de ellas responde a políticas continuistas de mitigación de emisiones, por lo que carecen de la ambición necesaria para emprender el camino hacia un cambio sustancial¹⁷.

15. Así lo constata el IPCC, en su informe especial sobre el calentamiento global de 1,5 °C, cuando concluye que la trayectoria de reducción de emisiones de las actuales NDC no permitirá lograr el objetivo límite del 1,5 °C¹⁸. Para conseguir esta meta, el informe sostiene que el total de emisiones de CO₂

¹³ VIÑUALES, J. E., «The Paris Climate Agreement: an initial examination», *C-EENRG Working Papers*, 2015, núm. 6, pp. 3-17.

¹⁴ El germe de este enfoque fue el Acuerdo de Copenhague de 18 de diciembre de 2009, auspiciado por Estados Unidos y los países denominados BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica). La COP 15 tomó nota del mismo en su Decisión 2/CP 15, de 19 de diciembre de 2009, FCCC/CP/2009/11/Add.1.

¹⁵ Al respecto, véanse LEAL ARCAS, R., «Top-Down versus Bottom-Up approaches for climate change negotiations: an analysis», *IUP Journal of Governance and Public Policy*, vol. 6, 2001, núm. 4, pp. 7-52; RODRIGO, A. J. *op. cit.*, nota 12, pp. 414-415; FAJARDO DEL CASTILLO, T., «El Acuerdo de París sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del Derecho Internacional y las consecuencias de la retirada de Estados Unidos», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 1, pp. 23-51, esp. p. 38, y SALINAS ALCEGA, S., «El Acuerdo de París de diciembre de 2015: la sustitución del multilateralismo por la multipolaridad en la cooperación climática internacional», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 1, pp. 53-76.

¹⁶ Puede consultarse una visión general y actualizada de las NDC en <http://cait.wri.org/indc/#/>.

¹⁷ YANGUAS, P. *et al.*, «Pre-2020 commitments and the need for more ambitious NDC», *Climate Analytics Briefing Paper*, 2019, accesible en https://climateanalytics.org/media/pre_2020_briefing_10dec2019.pdf.

¹⁸ Análisis científicos posteriores al informe del IPCC también constatan que, con las actuales políticas, la subida de 1,5 °C podría alcanzarse en 2035, elevarse a 2 °C en 2053 y superar los 3,2 °C para finales de siglo. Entre otros, CLIMATE ACTION TRACKER, «Pledged action leads to 2.9 °C-time to boost national climate action», *Global Update*, 2019, accesible en <https://climateactiontracker.org/publications/time-to-boost-national-climate-action/>.



y de otros GEI debería alcanzar su límite máximo en 2020, para descender a continuación rápidamente, en torno a un 45 por 100 en 2030, con respecto a los niveles de 2010, llegando a cero emisiones de CO₂ en 2050 y a cero emisiones de otros GEI en 2070. En el plano operativo, el informe del IPCC considera que la consecución de este objetivo a largo plazo del Acuerdo de París es todavía factible si se acomete una transformación sistémica en las estructuras energéticas, industriales, urbanas y de uso de tierras a nivel global a lo largo de la próxima década. El carbón debería dejar de usarse completamente en 2050 y aproximadamente 3/4 de la electricidad tendría que ser suministrada por energías renovables, cuyo uso debería extenderse también al transporte urbano, a la industria y a los edificios. La reducción drástica de la deforestación y la recuperación de los ecosistemas y depósitos naturales de carbón es otra de las medidas recomendadas por el IPCC para encauzar la transición hacia la consecución del objetivo de París¹⁹. La realización efectiva de estos cambios sistémicos conlleva también una transformación de los modelos de inversión, que deberán apostar por tecnologías de baja o cero emisión de carbono en los próximos veinte años²⁰.

16. El enorme desfase entre el objetivo global y los esfuerzos colectivos de mitigación urge a que las Partes Contratantes eleven sus objetivos a corto y medio plazo, desarrollando al mismo tiempo estrategias a largo plazo que permitan contener la subida de la temperatura a 1,5 °C. En realidad, aparte de ser una necesidad imperiosa, es también el compromiso que han asumido todas las Partes, de comunicar en 2020 nuevas y más ambiciosas NDC, así como estrategias a largo plazo²¹. Con objeto de preparar este proceso de lo que será la primera renovación quinquenal de los compromisos, el secretario general de UN, António Guterres, convocó una Cumbre sobre la Acción Climática, en septiembre de 2019. La intención principal de este encuentro era alentar a la comunidad internacional a elevar su nivel de ambición. En este sentido, alrededor de 70 países expresaron su compromiso de comunicar NDC mejoradas y 65 de ellos, junto con otras entidades políticas, como el Estado de California y algunas grandes ciudades, se comprometieron a trabajar para conseguir un nivel cero de emisiones en 2050. La mayoría de estos países son, sin embargo, pequeños emisores, por lo que se espera que el impacto de sus nuevas NDC sea limitado²².

¹⁹ IPCC, «Chapter 2. Mitigation pathways compatible with 1.5 °C in the context of sustainable development», *op. cit.*, nota 2, pp. 93-174.

²⁰ RÖSER, F., HÖHNE, N. y KAHLEN, L., «A ten point agenda for delivering higher mitigation ambition», *Climate Analytics Briefing Paper*, 14 de junio de 2019, p. 04.

²¹ A partir de 2023, un inventario global analizará la situación a nivel mundial y proporcionará información a las Partes Contratantes sobre como actualizar periódicamente sus NDC. A tal fin, poco después de la adopción del Acuerdo de París, se constituyó un órgano subsidiario de asesoramiento científico y tecnológico, encargado de definir los principales elementos del inventario global. Véase al respecto, HÖHNE, N., JEFFERY, L., NILSSON, A. y FEKETE, H., «Guiding questions for the global stocktake under the Paris Agreement», *iGST Discussion Series*, 2019, accesible en <https://newclimate.org/wp-content/uploads/2019/12/iGST-NewClimate-Questions-for-the-Global-Stocktake-1.pdf>.

²² Al respecto de los resultados de esta cumbre, véase UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP), «The heat is on. Taking stock of global climate ambition», *NDC Global Outlook Report 2019*, pp. 6-7.

Esta escasa voluntad de acelerar la acción colectiva contra el cambio global quedó también patente en los compromisos de mínimos alcanzados poco después en la COP 25 (Madrid, 2-13 diciembre de 2019). Aún celebrada bajo el lema «*Time for Action*» - «Tiempo de Actuar», lo cierto es que la mayoría de los grandes emisores de GEI, como China, India o Estados Unidos, no expresó intención alguna de aumentar su nivel de ambición a través de nuevas NDC para 2030²³.

17. Sin embargo, aunque la comunidad internacional en su conjunto adolece por el momento de la necesaria ambición política para afrontar el cambio climático, resulta esperanzador observar que esa transformación hacia la neutralidad climática ya ha comenzado a producirse en algunos países y regiones. Así, por ejemplo, países como Costa Rica, Chile y Nueva Zelanda, entre otros, han establecido un objetivo de cero emisiones para 2050, y otros incluso para antes de esa fecha, como Islandia (2040) o Noruega y Uruguay (2030)²⁴. En la misma línea, iniciativas como *Climate Ambition Alliance: Net Zero 2050*, auspiciada por la Presidencia chilena de la COP 25, reúne en estos momentos a más de 1200 participantes, entre países, empresas, inversores, regiones y ciudades, que están desarrollando y compartiendo proyectos dirigidos a eliminar las emisiones de carbono para 2050²⁵.

18. Además del reto de mejorar las actuales NDC, hay emisiones no cubiertas por estas últimas cuya reducción en los próximos años requerirá igualmente profundos cambios y una buena dosis de voluntad política a nivel global. Es el caso de las emisiones generadas por el transporte aéreo y marítimo internacional. En estos sectores, no hay por el momento una perspectiva de cambio sustancial, más allá del compromiso de la Organización Marítima Internacional de reducir las emisiones en al menos un 50 por 100 para 2050, con respecto a los niveles de 2008²⁶.

19. Otro ámbito clave para lograr los objetivos de París es el relativo al uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y la silvicultura (LULUCF en sus siglas en inglés), responsable del 25 por 100 de las emisiones de GEI. En este sector urge una acción coordinada a nivel global para potenciar los depósitos naturales de carbono, reducir los incendios, la deforestación y la degradación de tierras, todo lo cual debería reflejarse a través de las nuevas NDC²⁷. Finalmente, los flujos financieros y los mercados de carbono también juegan un papel clave en el logro de los objetivos del Acuerdo de París,

²³ Sobre los resultados de la COP 25, Decisión 1/CP25, de 15 de diciembre de 2019, Chile, Madrid, *Time for Action*, Doc. FCCC/CP/2019/L.10.

²⁴ Véase información más detallada al respecto en <https://www.climatechangenews.com/2019/06/14/countries-net-zero-climate-goal/>.

²⁵ Más información sobre este grupo está accesible en <https://climateaction.unfccc.int/views/cooperative-initiative-details.html?id=94>.

²⁶ Véase «El Organismo Marítimo de Naciones Unidas adopta una estrategia para combatir el cambio climático en el sector», *Briefing*, 13 de abril de 2014, accesible en <http://www.imo.org/es/Media-Centre/PressBriefings/Paginas/06GHGinitialstrategy.aspx>.

²⁷ Pozzi, F., «The importance of LULUCF accounting for the success of the Paris Agreement», *Carbon Market Watch Opinion*, 18 de julio de 2017, accesible en <https://carbonmarketwatch.org/2017/07/18/importance-lulucf-accounting-success-paris-agreement/>.

como prevé su art. 6. Sin embargo, las normas que deben regular estos mecanismos de carbono no han sido consensuadas todavía por la comunidad internacional, siendo este el último elemento esencial del Acuerdo de París que queda por desarrollar antes de que este marco internacional tome el relevo del Protocolo de Kioto el 1 de enero de 2021²⁸.

20. El esfuerzo colectivo y universal que está detrás de los compromisos del Acuerdo de París reconoce los «principios de la equidad y de las responsabilidades comunes, pero diferenciadas y las capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales» (Préambulo, párr. 3, art. 2.2). Esta formulación incorpora una versión actualizada del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, cuya redacción quedó perfilada en el Llamado de Lima para la Acción Climática, adoptado por la COP 20 en diciembre de 2014²⁹. La versión tradicional de este principio, recogido en el CMNUCC y el Protocolo de Kioto, se asentaba en la diferenciación binaria entre países desarrollados (incluidos en el Anexo I del CMNUCC) y países en desarrollo. La nueva concepción que incorpora el Acuerdo de París tiene como función evaluar, de forma más dinámica, que el conjunto de compromisos y obligaciones refleje la evolución de la situación de las Partes³⁰. Con todo, esta interpretación evolutiva del principio no prescinde totalmente de la diferenciación binaria. Así, en su aplicación en materia de mitigación, el art. 4.4 del Acuerdo de París prevé que los Estados desarrollados deberán «seguir encabezando los esfuerzos y adoptando metas absolutas de reducción de emisiones» y los Estados en vías de desarrollo «deberían seguir aumentando los esfuerzos de mitigación». El principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas también se aplica con respecto al apoyo financiero, la transferencia de tecnología y la creación de capacidades que deben prestar los países desarrollados a los países en desarrollo (arts. 9-11). Los beneficios de esta ayuda por parte de los países desarrollados no solo se estiman en términos de reducción de emisiones, sino de desarrollo sostenible en su conjunto. Así, el cambio a energías renovables y la eliminación de las energías fósiles reducirá la contaminación atmosférica y las enfermedades asociadas a su impacto. En las ciudades, la transición a una electricidad de baja emisión de carbono, así como en el transporte y los edificios, puede conducir a entornos y comunidades urbanas más sostenibles³¹. Con todo, a pesar de estos potenciales beneficios globales, la financiación internacional comprometida hasta el momento a través del que se considera el instrumento más relevante, como es el Fondo Verde del Clima,

²⁸ Véanse «In depth-Q&A: how “Article 6” carbon markets could “make or break” the Paris Agreement», *Carbon Brief*, 29 de noviembre de 2019, accesible en <https://carbonbrief.org>, y «Article 6 needs ambition, not time wasting», *Climate Analytics Briefing Paper*, 11 de diciembre de 2019, accesible en https://climateanalytics.org/media/carry_over_ca_briefing_11dec2019.pdf.

²⁹ Decisión 1/CP 20, de 14 de diciembre de 2014, Doc. FCCC/CP/2014/10/Add.1, párr. 3.

³⁰ RODRIGO, Á. J., *op. cit.*, nota 12, pp. 423-427.

³¹ ZIMMER, A., FYSON, Cl., THEOKRITOFF, E., HAGUE, Z. y WANGMO, T., «Sustainable development through climate leadership. Opportunities for LDCs in the transition to renewable energy», *Climate Analytics, Briefing Paper*, noviembre 2019, pp. 1-19.

sigue resultando insuficiente para atender las necesidades de los países más vulnerables³².

21. Relacionado con el apoyo a los países en desarrollo está la cuestión de la responsabilidad internacional por los daños derivados del cambio climático. El Acuerdo de París excluye la referencia a este aspecto, intensamente discutido durante la COP 21. En su lugar, como fórmula de equilibrio, incorpora el Mecanismo Internacional de Varsovia sobre pérdidas y daños, adoptado por la COP 19³³ (art. 8). Conforme a esta disposición, solo se cubrirán aquellos daños asociados con los efectos a largo plazo del cambio climático que se produzcan a ciencia cierta en los países en desarrollo y que no podrán ser evitados por las medidas de adaptación previstas. Esta fórmula de compromiso no impide, no obstante, que en el futuro las Partes puedan adoptar una enmienda al art. 8 para incorporar expresamente la responsabilidad. Sin embargo, esta exclusión es el resultado de la negativa de países desarrollados, como Estados Unidos o la propia UE y sus Estados miembros, a aceptar la responsabilidad histórica por sus emisiones de GEI y las consecuencias negativas que comportan para el desarrollo de los países más vulnerables³⁴.

22. Por tanto, el Acuerdo de París configura un régimen de responsabilidad blanda, carente además de mecanismos sancionadores. La flexibilidad y discrecionalidad permitidas a las Partes explica en gran medida que, aunque se observan progresos y signos de cambio por parte de algunos países y regiones, la comunidad internacional en su conjunto no está en la senda de lograr el objetivo de 1,5 °C para mediados de siglo. Aun intentando liderar la acción mundial contra el cambio climático, la UE participa de esta misma tendencia hacia el incumplimiento de los compromisos internacionales.

2.2. Los objetivos UE de descarbonización para 2030: irrealizables y discordantes con el Acuerdo de París

23. Como organización regional, la UE y sus Estados miembros fueron una de las primeras Partes Contratantes en comunicar su NDC a la Secretaría del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), el 6 de marzo de 2015³⁵. La contribución europea al Acuerdo

³² FARAND, Ch., «Green Climate Fund replenishment fails to fill hole left by Trump's US», *Climate Home News*, 2019, accesible en <https://www.climatechangenews.com/2019/10/25/green-climate-fund-replenishment-fails-fill-hole-left-trumps-us/>.

³³ Decisión 2/CP19, Mecanismo Internacional de Varsovia para las pérdidas y los daños relacionados con las repercusiones del cambio climático, Doc. FCCC/CP/2013/10/Add.1.

³⁴ Véanse FAJARDO DEL CASTILLO, T., *op. cit.*, nota 15, pp. 43-45; ALVARES, A., «Nuevos desarrollos en materia de acción climática», en GILES CARNERO, R., *Desafíos de la acción jurídica internacional y europea frente al cambio climático*, Barcelona, Atelier, 2018, pp. 25-42, esp. pp. 34-36, y BURNS, W. C. G., «Loss and damage and the 21st Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change», *SSRN Electronic Journal*, 2016, doi: 10.2139/ssrn.2710086.

³⁵ Accesible en <https://www4.unfccc.int/sites/submissions/INDC/Published%20Documents/Latvia/1/LV-03-06-EU%20INDC.pdf>. Un año después, la UE firmó el Acuerdo de París, el 22 de abril de 2016

de París se concreta fundamentalmente en el paquete 2030 clima y energía que el Consejo Europeo había adoptado en octubre de 2014, esto es, más de un año antes de la COP 21. Este marco integrado fija una serie de objetivos y acciones a desarrollar durante el periodo 2021-2030. Tras revisarse al alza los objetivos relativos a energía en 2018, la pretensión actual es conseguir:

- Un 40 por 100, al menos, de reducción de emisiones de GEI, con respecto a los niveles de 1990.
- Un 32 por 100, al menos, de incremento en el uso de las energías renovables en el consumo final de energía de la UE.
- Un 32,5 por 100, al menos, de mejora de la eficiencia energética a nivel de la UE, con respecto al escenario energético de base de 2007 elaborado por la Comisión Europea³⁶.

24. Para transformar estas metas en resultados reales, diversos actos jurídicos han sido adoptados o modificados a lo largo de los últimos cuatro años. En el ámbito de la reducción de GEI, por ejemplo, destaca la reforma del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la UE (RCDE), que eleva el objetivo de mitigación en los sectores incluidos a un 43 por 100³⁷. Para los sectores no incluidos en el RCDE, tales como el transporte, la agricultura, los edificios y los residuos, un nuevo reglamento sobre el reparto de esfuerzos entre los Estados miembros establece una reducción colectiva del 30 por 100, con respecto a los niveles de 2005. Para conseguir este resultado conjunto y en consonancia con el principio de responsabilidad común pero diferenciada, el nuevo reglamento precisa los esfuerzos individuales de mitigación que debe realizar cada Estado miembro y que oscilan entre el 0 por 100 (Bulgaria) y el 40 por 100 (Suecia)³⁸. Además, un nuevo reglamento

en Nueva York, de conformidad con la Decisión UE 2016/590, del Consejo, de 11 de abril, relativa a la firma, en nombre de la UE del Acuerdo de París aprobado en virtud de la CMNUCC (*DO L* núm. 103, de 19 de abril de 2016).

³⁶ COMISIÓN EUROPEA, «Marco sobre clima y energía para 2030», accesible en https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030_es. A diferencia del paquete 2020, los objetivos de energías renovables y eficiencia energética no se desglosan en objetivos nacionales vinculantes. Ello se debe a que, durante las negociaciones de este marco para 2030, algunos Estados miembros, como Reino Unido, Polonia y otros países del centro y este de Europa se negaron a aceptar objetivos energéticos vinculantes a nivel nacional, para preservar así su competencia en materia de estructuras de suministro energético. La existencia de estrategias energéticas nacionales diferentes arroja incertidumbre sobre la posibilidad de alcanzar las metas de la UE en materia energética, ya que por el momento no hay perspectiva de que los Estados miembros renuncien a su competencia sobre elección y combinación de fuentes energéticas. Véase al respecto, FISCHER, S. y GEDEN, O., «Actualización de la política climática y energética de la UE. El nuevo marco 2030 y sus implicaciones», en LÓPEZ GARRIDO, D. (dir.), *El estado de la Unión Europea. Nueva legislatura: 11 desafíos*, Madrid, Lúa Ediciones, 2015, pp. 37-49.

³⁷ Directiva UE 2018/410, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para intensificar las reducciones de emisiones de forma eficaz en relación con los costes y facilitar las inversiones en tecnologías hipocarbónicas, así como la Decisión UE 2015/1814, *DO L* núm. 76, de 19 de marzo de 2018.

³⁸ Reglamento UE 2018/842, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, sobre reducciones anuales vinculantes de las emisiones de gases de efecto invernadero por parte de los Estados miembros entre 2021 y 2030 que contribuyan a la acción por el clima, con objeto de cumplir los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París, y por el que se modifica el Reglamento UE 525/2013, *DO L* núm. 156, de 19 de junio de 2018.

integra, por primera vez, las emisiones procedentes de la tierra, del cambio de usos del suelo y de la silvicultura (LULUCF) en el marco 2030 clima y energía³⁹, mientras que otro reglamento, sobre gases fluorados, presentes en numerosos sectores industriales, aspira a reducir dos tercios de las emisiones de este GEI en 2030, con respecto a los niveles de 2014⁴⁰.

25. En lo que respecta al sector de la energía, la Comisión Europea presentó, en noviembre de 2016, una nueva estrategia bajo el título «Energía limpia para todos los europeos: desbloquear el potencial de crecimiento de Europa», que ha servido de marco de referencia para revisar los objetivos iniciales de la UE sobre energías renovables y eficiencia energética para 2030. Así, la modificación en 2018 de la Directiva sobre Energía Renovable permitió elevar hasta el 32 por 100 (27 por 100 inicialmente) el objetivo del uso de fuentes renovables, con la previsión de una posible revisión al alza en 2023⁴¹. En la misma línea, la modificación de la Directiva sobre Eficiencia Energética elevó al 32,5 por 100 (27 por 100 inicialmente) el objetivo de reducción del consumo energético para 2030, también con una posible revisión al alza en 2023⁴². Igualmente, nuevas medidas para reducir el consumo energético en el sector de la construcción de edificios fueron adoptadas en el proceso de modificación de la Directiva de Eficiencia Energética de los Edificios⁴³.

26. A lo largo de 2019, la UE aprobó también diversas medidas con el horizonte puesto en 2030. Así, en el sector del transporte, un nuevo reglamento, adoptado en abril de 2019, fija los límites de emisión de CO₂ para turismos y vehículos comerciales ligeros de nueva fabricación a partir de 2020. Concretamente, el objetivo para 2030 es reducir un 37,5 por 100 las emisiones en el caso de los turismos, y un 31 por 100 en el caso de los vehículos comerciales ligeros, con respecto a los niveles de 2021⁴⁴. Esta normativa fue completada por otro reglamento de junio de 2019, relativo esta vez a vehículos pesados,

³⁹ Reglamento UE 2018/841, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, sobre la inclusión de las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero resultantes del uso de la tierra, el cambio de uso de la tierra y la silvicultura, en el marco de actuación en materia de clima y energía hasta 2030, y por el que se modifican el Reglamento UE 525/2013 y la Decisión 529/2013/UE, *DO L* núm. 156, de 19 de junio de 2018.

⁴⁰ Reglamento UE 517/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril, sobre los gases fluorados de efecto invernadero, y por el que se deroga el Reglamento CE 842/2006, *DO L* núm. 150, de 20 de mayo de 2014.

⁴¹ Directiva UE 2018/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, *DO L* núm. 328, de 21 de diciembre de 2018.

⁴² Directiva UE 2018/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética, *DO L* núm. 328, de 21 de diciembre de 2018.

⁴³ Directiva UE 2018/844, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2010/31/UE relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE relativa a la eficiencia energética, *DO L* núm. 156, de 19 de junio de 2018.

⁴⁴ Reglamento UE 2019/631, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ de los turismos nuevos y de los vehículos comerciales ligeros nuevos, y por el que se derogan los Reglamentos CE 443/2009 y UE 510/2011, *DO L* núm. 111, de 25 de abril de 2019.

que establece una reducción del 15 por 100 de emisiones a partir de 2025 y del 30 por 100 a partir de 2030, con respecto a los niveles de un periodo de referencia que va desde el 1 de julio de 2019 hasta el 20 de junio de 2020⁴⁵.

27. A pesar de la revisión al alza de los objetivos energéticos y de la intensificación de acciones para reducir las GEI, lo cierto es que los datos disponibles y las proyecciones realizadas hasta el momento apuntan a que la UE no logrará reducir sus emisiones en un 40 por 100 para 2030. Incluso si se adoptaran las medidas adicionales proyectadas, el grado de mitigación de GEI podría situarse en torno al 36 por 100 con respecto a los niveles de 1990. Este porcentaje más elevado de mitigación podría conseguirse aumentando un 1,3 por 100 la reducción de emisiones en los sectores incluidos en el RCDE, con respecto al 43 por 100 inicialmente fijado, así como incrementando un 3,1 por 100 el grado de reducción en los sectores sometidos al reparto de esfuerzos entre Estados miembros, más allá del 30 por 100 establecido⁴⁶. Pero, aun así, no se alcanzaría el objetivo del 40 por 100 de reducción para 2030, por lo que es evidente que la UE y los Estados miembros necesitan redoblar sus esfuerzos conjuntos para cumplir con las metas de 2030 y los objetivos a largo plazo de neutralidad climática.

28. Estas últimas proyecciones sobre la implementación del paquete 2030 se basan, en concreto, en la información comunicada por los Estados miembros a la Comisión Europea y a la Agencia Europea de Medio Ambiente en 2019, de conformidad al Reglamento UE 525/2013, relativo a un mecanismo de seguimiento y notificación de emisiones de GEI, y al Reglamento CE 1099/2008, relativo a las estadísticas sobre energía, todo ello en cumplimiento de las obligaciones del Protocolo de Kioto⁴⁷. Una vez que concluya el segundo periodo obligatorio de este instrumento internacional, el 31 de diciembre de 2020, estos mecanismos de control e información serán reemplazados por un sistema más integrado que deberán aplicar todas las Partes Contratantes del Acuerdo de París. Para incorporar el nuevo régimen, la UE adoptó, a finales de 2018, el Reglamento UE 2018/1999 relativo a la Gobernanza de la Unión de la Energía y la Acción por el Clima, que actualiza el mecanismo de seguimiento y notificación de emisiones adecuándolo a los requisitos de transparencia del Acuerdo de París⁴⁸. El nuevo reglamento incluye así los elementos necesarios para el seguimiento integral de los progresos en la imple-

⁴⁵ Reglamento UE 2019/1242, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, por el que se establecen normas de comportamiento en materia de emisiones de CO₂ de vehículos pesados nuevos y se modifican los Reglamentos CE 595/2009 y UE 2018/956 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 96/53/CE del Consejo, *DO L* núm. 198, de 25 de julio de 2019.

⁴⁶ EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY (EEA), «Trends and projections in Europe 2019. Tracking progress towards Europe's climate and energy targets», *EEA Report*, 2019, núm. 15, p. 19.

⁴⁷ Respectivamente, Reglamento UE 525/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, relativo a un mecanismo para el seguimiento y la notificación de emisiones de gases de efecto invernadero y para la notificación, a nivel nacional o de la UE, de otra información relevante para el cambio climático y por el que se deroga la Decisión 280/2004/CE, *DO L* núm. 165, de 18 de junio de 2013, y Reglamento CE 1099/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre, relativo a las estadísticas sobre energía, *DO L* núm. 304, de 14 de noviembre de 2008.

⁴⁸ *DO L* núm. 328, de 21 de diciembre de 2018.

mentación del paquete 2030, así como un nuevo mecanismo para el control e información de las emisiones de GEI y los sectores relacionados, como las energías renovables y la eficiencia energética. El nuevo régimen se aplicará a partir del 1 de enero de 2021 y se articulará a través de informes bianuales, el primero de los cuales se presentará en 2023.

29. No obstante, el elemento tal vez más novedoso que introduce este Reglamento sobre Gobernanza es la elaboración por los Estados miembros de planes nacionales integrados de clima y energía para el periodo 2021-2030, así como de estrategias a largo plazo de reducción de GEI para un horizonte de al menos treinta años (arts. 9 y 15). La versión definitiva de estos planes fue comunicada a la Comisión Europea en diciembre de 2019. Más de la mitad de estos planes ya incluye objetivos para 2050, aunque con distinto grado de precisión. En materia de energía, en concreto, los Estados miembros siguen reteniendo la competencia en cuanto a la elección y combinación de sus fuentes energéticas, pero estas planificaciones nacionales permiten a la Comisión disponer, al menos, de información más concreta para valorar la posibilidad de conseguir los objetivos energéticos establecidos a nivel de la UE. Además, tanto los planes nacionales de energía y clima, como las estrategias a largo plazo tendrán que implementarse de forma complementaria y en consonancia con la estrategia a largo plazo que la propia UE tiene que presentar antes de que finalice 2020, conforme al Acuerdo de París. Por el momento, una primera evaluación de la Comisión Europea considera que el desarrollo efectivo de los planes nacionales permitiría lograr el 40 por 100 de reducción de GEI para 2030, mientras que los resultados en materia de energía renovable y eficiencia energética quedarían por debajo de los objetivos establecidos⁴⁹.

30. En cualquier caso, aunque la UE consiguiera acelerar su acción contra el cambio climático y conseguir efectivamente un 40 por 100 de mitigación para 2030, estos resultados seguirían sin estar alineados con el objetivo de limitar la subida de la temperatura a 1,5 °C del Acuerdo de París. En efecto, si todos las Partes Contratantes siguieran el mismo nivel de acción de la UE, la subida global se situaría entre 2 y 3 °C. Como se ha destacado anteriormente, la responsabilidad histórica de los países desarrollados quedó excluida del contenido obligacional del Acuerdo de París. Relacionado con este aspecto, la evaluación de los esfuerzos realizados en base a criterios de equidad quedó pospuesta hasta el primer balance mundial de 2023 (art. 14). Mientras tanto, numerosos estudios realizados estos últimos años sobre el reparto de esfuerzos en base a criterios de equidad, como la responsabilidad histórica y la capacidad económica, constatan que es posible ir más allá de las NDC comunicadas por los países desarrollados. En el caso de la UE, en concreto, las estimaciones señalan que una contribución acorde con estos

⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA, «Unidos para contribuir a la Unión de la Energía y a la Acción por el Clima. Establecimiento de las bases para el éxito de la transición hacia una energía limpia», COM (2019) 285 final, de 18 de junio de 2019.

criterios y compatible con el objetivo del 1,5 °C supondría reducir los GEI en un 86 por 100 para 2030 (excluyendo las emisiones LULUCF) y alcanzar un nivel cero de emisión de CO₂ entre 2036 y 2040⁵⁰.

31. A todas estas estimaciones hay que añadir ahora la variable que representa la salida de Reino Unido de la UE el 31 de enero de 2020. Ya solo por este motivo, la UE tendrá que reformular necesariamente su NDC, dado que dentro de la misma se incluían los esfuerzos de mitigación de Reino Unido. Este, por su parte, también tendrá que comunicar su propia NDC. Pocos días después del referéndum de junio de 2016, el Gobierno británico anticipaba su intención de establecer un objetivo de mitigación del 57 por 100, esto es, un esfuerzo de reducción de GEI más elevado que la NDC de la UE en su conjunto. Pero, por el momento (mayo de 2020), se desconoce el verdadero impacto que el *Brexit* tendrá sobre las políticas climáticas de Reino Unido y de la UE, a la espera de que se concreten los términos de su futura relación⁵¹.

32. Todas estas previsiones y perspectivas confirman la necesidad de que la UE revise su NDC en 2020 y, fundamentalmente, en 2025 tras el primer balance mundial de 2023, no solo para responder de forma efectiva a sus compromisos internacionales, sino también para ser coherente con sus propios objetivos de neutralidad climática para 2050.

3. NUEVAS ESTRATEGIAS PARA CONSEGUIR LA NEUTRALIDAD CLIMÁTICA EN 2050

33. El 11 de diciembre de 2019, la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula Von der Leyen, presentó públicamente el PVE, como una nueva apuesta estratégica para convertir a la UE en la primera región del mundo climáticamente neutra para 2050. El proceso de su implementación auspicia un cambio sistémico en la economía y sociedad europea, que va más allá de la acción por el clima, para enmarcarse en el contexto del desarrollo sostenible. Este enfoque más integrado engloba, tanto la acción interior de la UE, como su acción exterior. El PVE se considera así parte integrante también de la estrategia de la Comisión Europea para aplicar la Agenda 2030 sobre desarrollo sostenible⁵². Como marcos estrechamente relacionados, la consecución de los objetivos del Acuerdo de París y de la Agenda 2030 exigirá a la UE acome-

⁵⁰ CLARKE, L. et al., *Assessing transformation pathways, climate change 2014: mitigation of climate change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the IPCC*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014; HOLZ, Ch., KARTHA, S. y ATHANASIOU, T., «Fairly sharing 1.5: national fair shares of a 1.5C compliant global mitigation effort», *International Environment Agreements*, 2018, núm. 18, pp. 117-134, y HÖHNE, N. et al., «A possible 2050 climate target for the EU», *New Climate Institute Report*, 2019, pp. 1-15, p. 6.

⁵¹ Véase MARCANTONINI, Cl., «The impact of Brexit on climate policy: the EU and the Paris Agreement», *Florence School of Regulation*, 2018, accesible en <https://fsr.eui.eu/eu-paris-agreement/>.

⁵² Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Doc. A/RES/70/1 de 25 de septiembre de 2015.

ter en la próxima década actuaciones urgentes que allanen el camino hacia sus propias metas de 2050.

3.1. El Pacto Verde Europeo: la descarbonización como oportunidad para promover la sostenibilidad

34. El PVE expresa la visión y la determinación de la UE de emprender una nueva senda hacia una sociedad justa y sostenible. El reto no es nuevo, ya que la visión general para el medio ambiente, la economía y la sociedad en Europa figura en el actual Séptimo Programa de Acción en materia de Medio Ambiente (PAMA), adoptado en 2013, cuyo objetivo último para 2050 es «vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta». A tal fin, el PAMA plantea tres prioridades clave a las que deben responder las políticas medioambientales de la UE: proteger la biodiversidad y los ecosistemas, convertir a la UE en una economía hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos, y proteger a los ciudadanos frente a las presiones y riesgos medioambientales para la salud y el bienestar⁵³. Los objetivos del PAMA han sido desarrollados a través de distintos paquetes estratégicos de medidas adoptados a lo largo de los últimos años. Con respecto en concreto al medio ambiente y el clima, caben destacar los relativos a la economía circular, la bioeconomía y el más reciente, adoptado en 2018, que eleva el nivel de ambición de la UE al apostar por una economía competitiva y climáticamente neutra para 2050⁵⁴.

35. En la práctica, transformar en realidad la visión del PAMA y de los marcos estratégicos que lo sustentan evidencia la necesidad de acometer cambios sistémicos en los patrones actuales de producción y consumo, para lo cual se requiere una acción concertada e inmediata de todos los agentes políticos y sociales. Así lo reflejan las principales conclusiones del último informe de la Agencia Europea de Medio Ambiente sobre el estado y perspectivas 2020. El mensaje principal que emana de la evaluación de este informe confirma que el ritmo de progreso actual no será suficiente para cumplir los objetivos climáticos y energéticos de 2030 y 2050⁵⁵. Sin embargo, aparte de identificar los notables desajustes entre el estado del medio ambiente y los

⁵³ El PAMA estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020. Decisión 1386/2013/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta», DO L núm. 354, de 28 de diciembre de 2013.

⁵⁴ Respectivamente, «Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular», COM (2015) 614 final, de 2 de diciembre; «Una bioeconomía sostenible para Europa: consolidar la conexión entre la economía, la sociedad y el medio ambiente», COM (2018) 673 final, de 11 de octubre; «Un planeta limpio para todos. La visión estratégica europea a largo plazo de una economía próspera, moderna, competitiva y climáticamente neutra», COM (2018) 773 final, de 28 de noviembre.

⁵⁵ EEA, «The European Environment-state and outlook 2020. Knowledge for transition to a sustainable Europe», 2019, pp. 11-13, accesible en <https://www.eea.europa.eu/publications/soer-2020>.

Un resumen ejecutivo del informe en español está accesible en <https://www.eea.europa.eu/es/publications/el-medio-ambiente-en-europa>.

objetivos de las políticas de la UE a corto y largo plazo, el informe también proporciona respuestas para guiar la acción de la UE hasta 2030, incluida la trayectoria hasta 2050 y años posteriores, contribuyendo al mismo tiempo a conformar la contribución europea a la Agenda 2030⁵⁶.

36. El PVE se nutre esencialmente de las propuestas de este informe para abordar los retos sistémicos que plantea la neutralidad climática y la sostenibilidad. Como marco de actuación de la actual Comisión Europea, el PVE incluye numerosas iniciativas con el horizonte puesto en 2050. Como piezas clave, destacan los nuevos objetivos más ambiciosos en materia de clima y energía, una nueva estrategia sobre biodiversidad, diversas propuestas para una movilidad limpia y un sistema de financiación sostenible.

37. Con respecto a la acción por el clima, el PVE eleva, en efecto, el nivel de ambición de descarbonización para 2030 y 2050, en coherencia con la visión estratégica a largo plazo presentada por la propia Comisión Europea en 2018. Como primer resultado tangible en esta dirección destaca la Ley del Clima Europea, presentada en fase de propuesta por la Comisión Europea en marzo de 2020⁵⁷. El art. 1 de este instrumento normativo establece, como un objetivo vinculante, conseguir la neutralidad climática para 2050, «con vistas a alcanzar el objetivo a largo plazo referente a la temperatura establecido en el art. 2 del Acuerdo de París». Como primer paso hacia el objetivo de 2050, la Comisión pretende revisar las metas fijadas para 2030, proponiendo para septiembre de 2020 a más tardar, un nuevo plan de mitigación que elevará la reducción de GEI entre el 50 y 55 por 100, con respecto a los niveles de 1990. Sin duda, esta reducción adicional provocará cambios en los instrumentos y estrategias existentes, incluyendo la normativa sobre desarrollo de las energías renovables y el incremento de la eficiencia energética. Las modificaciones a introducir serán objeto de estudio por la Comisión antes del 30 de junio de 2021, a la luz de los resultados que arroje la primera evaluación de la aplicación de los planes nacionales de energía y clima (art. 2 de la Ley del Clima Europea). Como mecanismo de seguimiento adicional, la futura Ley del Clima Europea otorga a la Comisión Europea competencia para establecer, mediante actos jurídicos delegados, una trayectoria 2030-2050 a escala de la UE para reducir las emisiones de GEI, evaluar los progresos y ofrecer previsibilidad a las autoridades públicas, agentes económicos y ciudadanos en general (arts. 3 y 9). Para septiembre de 2023 a más tardar, esto es, antes del primer balance global del Acuerdo de París, y posteriormente cada cinco años, la Comisión se propone evaluar la coherencia de las medidas naciona-

⁵⁶ Véase al respecto la entrevista al director ejecutivo de la EEA, BRUYNINCKX, H., «Europe's state of the environment 2020: change of direction urgently needed to face climate change challenges, reverse degradation and ensure future prosperity», 16 de diciembre de 2018, accesible en <https://www.eea.europa.eu/downloads/45faaf83ad8c4f6ea836841a60e629e2/1576501210/soer2020-europes-environment-state-and-outlook-report.pdf>.

⁵⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifica el Reglamento UE 2018/1999 («Ley del Clima Europea»), COM (2020) 80 final, de 4 de marzo.

les y de la UE con el objetivo de neutralidad climática y la trayectoria 2030-2050. Consecuente con esta facultad, está previsto que la Comisión pueda formular recomendaciones a los Estados miembros cuando considere que sus esfuerzos no resultan compatibles con el objetivo de neutralidad climática, debiendo aquellos seguirlas o justificar los motivos de no hacerlo (art. 6). Sin embargo, por naturaleza, las recomendaciones son actos no vinculantes (art. 288 TFUE), por lo que su cumplimiento efectivo para corregir los posibles desajustes dependerá finalmente de la buena voluntad de los Estados miembros.

38. La Ley del Clima Europea, en fase todavía de propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, constituye la primera expresión jurídica fundamental de la apuesta política del PVE por una economía climáticamente neutra. Otras iniciativas adoptadas recientemente en esta senda son la nueva estrategia industrial⁵⁸ y el nuevo plan de acción de la economía circular⁵⁹.

39. Preservar la biodiversidad es otro de los grandes retos sistémicos que aborda el PVE. En realidad, la biodiversidad y el clima constituyen dos caras de la misma moneda, ya que el calentamiento global provocado por un clima cambiante es el principal factor de la pérdida de biodiversidad, junto con los cambios en el uso de la tierra y el mar y la explotación directa de recursos naturales⁶⁰. Los últimos informes disponibles revelan que la UE no va a lograr sus objetivos de protección de la biodiversidad para 2020, tal como se comprometió en el marco del Convenio sobre la Diversidad Biológica⁶¹. Con el fin de reforzar las actuaciones en este ámbito, a finales de 2019 la Comisión Europea propuso la nueva Estrategia de Biodiversidad de la UE para 2030⁶². Este documento estratégico expresa la ambición y la contribución de la UE al nuevo marco mundial sobre biodiversidad posterior a 2020. La adopción de este compromiso multilateral estaba prevista para octubre de 2020, durante la reunión de la Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica en Kunming (China), pero ha quedado pospuesta debido a la pandemia de la COVID-19. No obstante este retraso, la Comisión Europea tiene

⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA, «Un nuevo modelo de industria para Europa», COM (2020) 102 final, de 10 de marzo.

⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA, «Nuevo Plan de Acción para la economía circular. Por una Europa más limpia y más competitiva», COM (2020) 98 final de 11 de marzo.

⁶⁰ Así lo expresaba claramente Patricia Espinosa, Secretaria Ejecutiva del CMNUCC, en su discurso «Life depends on climate, biodiversity inextricable link; let's defend it», de 18 de julio de 2018, accesible en <https://unfccc.int/news/life-depends-on-climate-biodiversity-inextricable-link-let-s-defend-it>.

⁶¹ Véase el último informe de evaluación global sobre biodiversidad y servicios de los ecosistemas publicado por la Plataforma Intergubernamental de Ciencia y Política sobre Diversidad y Servicios de los Ecosistemas (IPBES, en sus siglas en inglés) en mayo de 2019, accesible en <https://ipbes.net/frontpage>. Al respecto del Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, sus elementos clave y plan de acción, véase «Plan estratégico para la diversidad biológica 2011-2020 y las metas de Aichi. Viviendo en armonía con la naturaleza», 2018, CBD y PNUMA, accesible en <https://www.cbd.int/sp/>.

⁶² Sobre la nueva estrategia, véase el análisis de PETROSILLO, S., «The role of protected areas in the EU 2030 Biodiversity Strategy», *Europarc Federation*, 2020, accesible en <https://www.europarc.org/news/2020/02/protected-areas-in-the-eu-2030-biodiversity-strategy/>.

previsto adoptar la nueva Estrategia en 2020 e iniciar su implementación en 2021, lo que complementará, además, con una nueva estrategia forestal para promover los numerosos servicios que prestan los bosques, según establece también el propio PVE⁶³.

40. Acelerar la transición a una movilidad sostenible es otro de los desafíos que contempla el PVE en el proceso transformador hacia la neutralidad climática. Como retos prioritarios, se contempla reorientar el 75 por 100 del transporte europeo de mercancías por carretera a otros medios menos contaminantes, como el ferrocarril y las vías navegables interiores. En los subsectores del transporte marítimo y aéreo, la Comisión Europea ha propuesto incluir las emisiones del primero en el RCDE y reducir los derechos asignados gratuitamente a las compañías aéreas en el segundo. La introducción de ambas medidas requerirá, no obstante, una coordinación previa a nivel internacional, concretamente en el marco de la Organización de Aviación Civil Internacional y en la Organización Marítima Internacional⁶⁴.

41. Llevar a la práctica y hacer realidad las aspiraciones y propuestas del PVE exigirá un volumen considerable de inversión. Como pilar financiero del PVE, el Plan de Inversiones para una Europa Sostenible prevé movilizar, en concreto, un billón de euros en la próxima década⁶⁵. A nivel europeo, el principal instrumento de financiación seguirá siendo el presupuesto de la UE. A este respecto, la Comisión Europea ha propuesto incrementar hasta el 25 por 100 [20 por 100, en el actual Marco Financiero Plurianual (MFP) 2014-2020] la dotación presupuestaria para integrar la dimensión climática en todos los programas de la UE en el próximo MFP 2021-2027. Además, en el apartado de los ingresos («recursos propios»), el ejecutivo europeo propone la introducción de nuevas fuentes, como la basada en los residuos de envases de plástico no reciclados y el 20 por 100 de los ingresos de la subasta del RCDE⁶⁶. Sin embargo, a pesar del importante papel que juega el presupuesto de la UE, la mayor parte de las inversiones públicas se realiza a nivel nacional, por lo que los objetivos estratégicos y los fondos asignados quedan, en gran parte, en manos de los Gobiernos nacionales y no bajo el control de la UE. Es por ello que uno de los instrumentos que la Comisión Europea está considerando para acelerar y dirigir las inversiones públicas hacia los objetivos climáticos es utilizar las recomendaciones específicas por país dentro del Semestre Europeo. Aunque algunos Estados miembros no siempre han seguido estas recomendaciones, este mecanismo constituye una herramienta muy útil para

⁶³ La nueva estrategia forestal tomará como punto de partida las prioridades y líneas de actuación trazadas por la propia Comisión Europea en su Comunicación «Intensificar la actuación de la UE para proteger y restaurar los bosques del mundo», COM (2019) 352 final, de 23 de julio.

⁶⁴ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 9, pp. 12-13.

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA, «Plan de Inversiones para una Europa Sostenible. Plan de Inversiones del Pacto Verde Europeo», COM (2020) 21 final, de 14 de enero.

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA, «Un presupuesto moderno para una Unión que proteja, empodere y vela por la seguridad. El marco financiero plurianual para el periodo 2021-2027», COM (2018) 321 final, de 2 de mayo, pp. 29-30.

coordinar las inversiones públicas en torno a prioridades europeas, como la transición hacia la neutralidad climática y la sostenibilidad⁶⁷.

42. Otras piezas clave del dispositivo financiero del Plan de Inversiones del PVE son el Banco Europeo de Inversiones, que prevé duplicar los fondos destinados a la lucha contra el cambio climático, del 25 al 50 por 100 para 2025, y el nuevo Mecanismo para una Transición Justa, que incluye un Fondo de Transición Justa cuyo fin es garantizar que nadie quede excluido en este proceso. Con una dotación de 100.000 millones de euros para el periodo 2021-2027, el Mecanismo de Transición Justa se centrará especialmente en apoyar las regiones y los sectores más afectados por la transición ecológica al depender de combustibles fósiles o de actividades con alto consumo de carbono. Como instrumento financiero, se sumará así a otros Fondos relacionados con la transición hacia la neutralidad climática, como el Fondo Europeo de Desarrollo Regional o el nuevo Fondo Social Europeo Plus⁶⁸.

43. La inversión privada es considerada igualmente una pieza clave para financiar la transición ecológica, dada su relevancia en el impulso de numerosas iniciativas, como la mejora de la eficiencia energética de los edificios o la sustitución de vehículos con alto índice de emisiones. Para incentivarla a gran escala, el Plan de Inversiones del PVE prevé destinar al menos el 30 por 100 del Fondo InvestEU a apoyar la inversión privada verde en proyectos que serán previamente evaluados a efectos de verificar que contribuyen a los objetivos sociales y de lucha contra el cambio climático⁶⁹.

44. En el plano operativo, el desarrollo práctico de las distintas estrategias y acciones previstas por el PEV requerirá de buenas dosis de coherencia y coordinación sectorial por parte de los distintos servicios de la Comisión Europea implicados en este proceso de transición. A nivel nacional, la materialización de los objetivos del PVE dependerá de la implementación efectiva que realicen los Estados miembros de las propuestas y acciones normativas que vayan adoptando las instituciones europeas. Por último, la implicación de toda la sociedad civil europea en este proceso de transformación será, así mismo, fundamental para que el PVE sea un éxito en términos de resultados⁷⁰.

⁶⁷ El propio Reglamento sobre Gobernanza establece que los Estados miembros deben procurar que sus planes nacionales de energía y clima tengan en cuenta las recomendaciones específicas por país en el contexto del semestre europeo (art. 9).

⁶⁸ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 66, pp. 4 y 17-20, *e id.*, *The Just Transition Mechanism. Making sure no one is left behind. The European Green Deal*, doi: 10.2775/19010.

⁶⁹ El Fondo InvestEU es considerado una versión mejorada del Fondo Europeo de Inversiones Estratégicas (FEIS), principal instrumento del Plan Juncker. En este sentido, la intención de la actual Comisión es hacer del nuevo Fondo un mecanismo financiero más selectivo y estricto en la elección de los proyectos, ya que el FEIS llegó a apoyar proyectos con un nivel alto de emisiones en el sector del transporte en los tres primeros años del plan e incluso sigue apoyando todavía este tipo de proyectos en el sector energético. ROGGENBUCK, A. y SOL, X., «Not worth celebrating yet? —The Investment Plan for Europe—a critical analysis of the pilot phase of the Juncker Plan», *Counter Balance*, CEE Bankwatch Network, 2019, pp. 1-46, esp. pp. 21-23.

⁷⁰ Distintos movimientos y asociaciones, estudiantes y familias, junto a entidades municipales y regionales, están adoptando numerosas iniciativas en esta dirección. Al respecto de estas experiencias,

45. El PVE destaca como la primera de las prioridades políticas de la actual Comisión Europea, que cuenta con el firme apoyo del Parlamento Europeo, tras declararse la emergencia climática en la UE en noviembre de 2019⁷¹. El Consejo Europeo, en su reunión de 12 de diciembre de 2019, también confirmó su apoyo al PVE, aunque no por unanimidad, ya que el Gobierno polaco, en particular, expresó que no podía comprometerse en esta fase a cumplir el objetivo de la neutralidad climática para 2050⁷². A la espera de que el tema se aborde en una próxima reunión de los líderes políticos en junio de 2020, lo cierto es que el acuerdo alcanzado supuso el pistoletazo político para el desarrollo de las primeras acciones por parte de la Comisión Europea. Por tanto, puede afirmarse que la transición hacia la transformación verde en Europa ha empezado. Su evolución y progreso en los próximos años determinarán, no solo la propia sostenibilidad de Europa, sino también su contribución a la Agenda 2030.

3.2. Impulsando la transición mundial hacia el desarrollo sostenible

46. Europa no puede alcanzar sus objetivos de sostenibilidad de forma aislada, como así reconoce el propio PVE, que pretende servir también como marco instrumental para que la UE contribuya a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de la Agenda 2030. Otros dos instrumentos internacionales relevantes en el ámbito de la sostenibilidad son la Agenda de Acción Adís Abeba, que proporciona un marco global para financiar la cooperación al desarrollo sostenible⁷³, y el Marco Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres, que introduce un nuevo enfoque en la gestión del riesgo de desastres⁷⁴. Ambos fueron adoptados también en 2015, completando así la Agenda 2030 y el Acuerdo de París. En paralelo al desarrollo de estos marcos internacionales, la ayuda financiera internacional se ha ido canalizando progresivamente hacia actuaciones por el clima y el desarrollo sostenible. Para los países menos desarrollados, en concreto, el instrumento financiero más importante es actualmente el Fondo Verde del Clima, que destina alrededor del 50 por 100 de su dotación a acciones de mitigación, acceso y generación de electricidad y promoción de energía renovable. Esta asignación financiera se corresponde con las NDC presentadas por estos países, la mayoría de las

véase CHAN, S. y BENCINI, J., «Boosting Non-State climate action in the European Union», *German Development Institute Briefing Paper*, 2018, núm. 21, pp. 1-4.

⁷¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de noviembre de 2019, sobre la situación de emergencia climática y medioambiental, 2019/2930/RSP.

⁷² CONSEJO EUROPEO, «Reunión del Consejo Europeo (12 de diciembre de 2019)-Conclusiones», EUCO 29/19, Bruselas, 12 de diciembre de 2019, y KAETING, D., *EU leaders agree 2050 climate target without Poland*, accesible en <https://www.forbes.com/sites/davekeating/2019/12/13/eu-leaders-agree-2050-climate-targetwithout-poland/#12d7a81fa4e4>.

⁷³ Agenda de Acción Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la financiación para el desarrollo (Agenda de Acción Addis Abeba), Doc. A/69/L. 82, de 17 de agosto de 2015.

⁷⁴ Marco de Sendai para la reducción del riesgo de desastres 2015-2030, UNISDR, 2015, accesible en https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasterri.pdf.

cuales prioriza los objetivos en el ámbito de la energía, principalmente para desarrollar fuentes renovables y mejorar la eficiencia energética, si bien la consecución de estos fines aparece condicionada, precisamente, a la ayuda internacional⁷⁵.

47. Con respecto a este marco internacional para el desarrollo sostenible y, en particular, a la Agenda 2030, la UE aspira a liderar también el proceso de su implementación a nivel mundial. A tal fin, el PVE prevé distintos instrumentos y esfuerzos a desplegar por la UE en los próximos años. Uno de ellos consistirá en promover una «diplomacia por el Pacto Verde», orientada a exportar el modelo europeo de fomento de la neutralidad climática y la sostenibilidad⁷⁶. Para ello, prevé intensificar la colaboración con países socios y organismos internacionales, como NU, el G7, el G20 o la Organización Mundial de Comercio. Por el momento, puede observarse que la UE está ya desplegando sus instrumentos diplomáticos y financieros para facilitar la transición ecológica en numerosos países socios. Así, por ejemplo, la Comisión Europea trabaja en una Agenda Verde para los Balcanes Occidentales⁷⁷ y las cuestiones relacionadas con el clima y el medio destacan también como un capítulo esencial en las relaciones de la UE con África, América Latina, el Caribe, Asia y el Pacífico⁷⁸.

48. Además de los esfuerzos diplomáticos para promover una transición ecológica a escala mundial, la UE intenta alinear toda su acción exterior en coherencia con el Acuerdo de París y la Agenda 2030. Así, los compromisos en materia de desarrollo sostenible se han ido consolidando progresivamente en los acuerdos de libre comercio de la UE. El Acuerdo con Japón, por ejemplo, en vigor desde 2019, es el primero que desarrolla los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo de París. Con respecto a la política de cooperación al desarrollo, la UE, junto con los Estados miembros, se ha comprometido colectivamente a destinar, al menos el 0,7 por 100 de la renta nacional bruta de la UE a la ayuda oficial al desarrollo, así como a trabajar juntos más eficazmente mediante una programación conjunta y una mejor coordinación sobre el terreno que evite solapamientos e incoherencias. Es la visión común que se desprende del nuevo consenso europeo en materia de desarrollo⁷⁹. En términos operativos, se espera que este nuevo enfoque se vea

⁷⁵ ZIMMER, A. *et al.*, *op. cit.*, nota 31, p. 6.

⁷⁶ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 9, p. 23.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 24.

⁷⁸ Concretamente, la Alianza Mundial contra el Cambio Climático (GCCA, en sus siglas en inglés), iniciativa propia de la UE, lanzada en 2008, constituye sin duda el marco más destacado para impulsar el desarrollo sostenible en los 72 países de estas regiones incluidos en la Alianza, la mayoría de los cuales son países menos desarrollados y pequeños Estados insulares. En su versión actualizada (GCCA+), la Alianza se orienta específicamente a ayudar a estos países a cumplir con sus compromisos del Acuerdo de París, en coherencia con la Agenda 2030. Véase información detallada en <http://www.gcca.eu/about-gcca>.

⁷⁹ Declaración conjunta del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, del Parlamento Europeo y de la Comisión (2017/C 210/01, «El nuevo consenso europeo en materia de desarrollo. Nuestro mundo, nuestra dignidad, nuestro futuro», DO C núm. 210, de 30 de junio de 2017).

facilitado por la puesta en marcha del Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional (NDICI, en sus siglas en inglés), un nuevo mecanismo de financiación exterior, orientado expresamente a apoyar la aplicación de los ODS. Con una dotación propuesta de 89.200 millones de euros, el NDICI simplifica la arquitectura financiera de la UE, al unificar en un instrumento varios de los mecanismos actualmente vigentes de financiación exterior. Un 25 por 100 de su dotación se destinará a la acción por el clima, lo que supone un aumento del 5 por 100 con respecto al presupuesto en el actual MFP 2014-2020. Este incremento constituye, sin duda, un indicador importante del compromiso de la UE con la promoción del desarrollo sostenible a nivel global. Ahora bien, la pretendida coherencia y efectividad de las políticas con incidencia en el desarrollo sostenible requerirá, no solo una estrecha sinergia entre la UE y sus Estados miembros a la hora de acordar actuaciones y asignar fondos, sino también una mejor coordinación con los propios países receptores de la ayuda europea, así como con otras instituciones e iniciativas multilaterales⁸⁰.

49. En cualquier caso, como actor de diplomacia climática, la UE necesita aprobar, mediante actos jurídicos vinculantes, objetivos más ambiciosos a escala interna para resultar creíble a nivel internacional. Por ello, el año 2020 será crucial para que la UE pase de la visión estratégica a la acción efectiva en la próxima década, acelerando realmente sus iniciativas contra el cambio climático en coherencia con el Acuerdo de París.

4. CONCLUSIÓN

50. Como organización regional de integración, la UE está decidida a cumplir sus compromisos internacionales en materia de clima y sostenibilidad, así como a liderar el proceso de su implementación a nivel mundial. Para demostrarlo, la UE ha elevado recientemente los objetivos del paquete 2030 de clima y energía, que concreta su NDC inicial en el marco del Acuerdo de París.

51. Sin embargo, como ha resaltado este estudio, aunque la UE consiguiera acelerar su acción y conseguir esas metas más ambiciosas para 2030, los resultados no constituirían una contribución suficiente al Acuerdo de París, ni resultarían coherentes con el objetivo de limitar la subida de la temperatura a 1,5 °C. Puede concluirse, por tanto, que la UE difícilmente puede liderar el proceso de descarbonización global que traza el Acuerdo de París, si no revisa su NDC en 2020 y eleva aún más sus objetivos para 2030, no solo para corresponder de forma efectiva a sus obligaciones internacionales, sino también para resultar coherente con su nueva aspiración de convertirse en la primera economía climáticamente neutra en 2050.

⁸⁰ BIAL, S., «Leveraging the next EU budget for sustainable development finance: the European Fund for Sustainable Development Plus (EFSD+)», *ecdpm Discussion Paper*, 2019, núm. 243, pp. 1-30.



52. Esa visión y apuesta a largo plazo es la que se recoge principalmente en el PVE, como nuevo marco estratégico e integral de crecimiento sostenible, que debe guiar todas las políticas internas y externas de la UE en los próximos años. Por el momento, no todos los líderes políticos de los Estados miembros han refrendado el objetivo de la neutralidad climática para 2050, pero la Comisión Europea ha iniciado ya el camino hacia su consecución mediante la propuesta de los primeros actos jurídicos, como la Ley del Clima Europea. El pleno desarrollo del PVE conllevará todo un proceso de transformación sistémica de la economía y la sociedad europea, que deberá ser acompañado de medidas de inclusión social, para garantizar una transición justa y evitar rechazos por parte de la ciudadanía. Desde el punto de vista jurídico, la competencia que retienen los Estados miembros en cuanto a la elección y combinación de fuentes energéticas seguirá dificultando a la UE la plena consecución de los objetivos comunes de sostenibilidad, ya que por el momento no se contempla modificación alguna a este respecto. Otros desafíos que determinarán el ritmo y el alcance de los progresos europeos hacia la neutralidad climática serán, entre otros, las futuras relaciones con Reino Unido en materia de clima y energía, el enorme impacto económico y social derivado de la pandemia de la COVID-19 y las consecuencias que esta crisis global tendrá en los compromisos multilaterales sobre el clima.

53. Para afrontar este inquietante e incierto escenario, es probable que la UE tenga que redefinir de nuevo sus estrategias y ajustar los objetivos trazados. Sin embargo, oportunamente adecuado a las circunstancias globales cambiantes y bien implementado en los próximos años, el PVE podría convertirse en un referente para otros países y un ejemplo tangible de que alcanzar la neutralidad climática es técnicamente factible y económica y políticamente viable.

RESUMEN

LA UNIÓN EUROPEA EN LA TRANSICIÓN HACIA LA NEUTRALIDAD CLIMÁTICA: RETOS Y ESTRATEGIAS EN LA IMPLEMENTACIÓN DEL ACUERDO DE PARÍS

El Acuerdo de París sobre cambio climático expresa el compromiso de la comunidad internacional de limitar la subida de la temperatura a 1,5 °C para mediados de siglo. Como organización regional de integración, la Unión Europea (UE) fue la primera en adoptar un marco jurídico vinculante para contribuir al logro de este objetivo global. Conocido como el «paquete 2030 clima y energía», los resultados esperados de este marco en términos de reducción de emisiones no se corresponden con lo que se considera una contribución suficiente de la UE al cumplimiento de sus compromisos internacionales. Además, las perspectivas indican que los progresos realizados por la UE hasta el momento no serán suficientes para alcanzar sus objetivos climáticos y energéticos para 2030. Estas predicciones comprometen también la aspiración de la UE de alcanzar la neutralidad climática en 2050. Para acelerar el proceso, la Comisión Europea ha propuesto el Pacto Verde Europeo, como nuevo marco estratégico integrado que debe guiar la acción interna y externa de la UE hacia la neutralidad climática y la sostenibilidad en la próxima década. Su implementación efectiva comporta una transformación sistémica cuya materialización requerirá buenas

dosis de voluntad política y acción concertada entre responsables públicos, agentes económicos y el conjunto de la sociedad.

Palabras clave: Acuerdo de París, Unión Europea, paquete 2030 clima y energía, neutralidad climática, sostenibilidad, Pacto Verde Europeo.

ABSTRACT

THE EUROPEAN UNION IN THE TRANSITION TOWARDS CLIMATE NEUTRALITY: CHALLENGES AND STRATEGIES TO IMPLEMENT THE PARIS AGREEMENT

The Paris Agreement represents the international community's commitment to limit the temperature rise to 1.5 °C by mid-century. As a regional organization of integration, the European Union (EU) was the first to adopt a legally binding framework to address the achievement of this global objective. Known as the «2030 climate-energy package», the expected results of this framework in terms of emission reductions do not correspond to what would be a sufficient contribution from the EU to its international commitments. In addition, perspectives indicate that the progress made by the EU so far will not be sufficient to meet its climate and energy targets by 2030. These predictions also jeopardize the EU's ambition to achieve climate neutrality by 2050. To accelerate the process, the European Commission has proposed the European Green Deal, a new integrated strategic framework that should guide the EU internal and external action towards climate neutrality and sustainability in the next decade. Its effective implementation involves a systemic transformation whose accomplishment will require a good dose of political will and a concerted action between public officials, economic agents and society as a whole.

Keywords: Paris Agreement, European Union, 2030 climate-energy package, climate neutrality, sustainability, European Green Deal.



ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL VINCULADA A UN PROCESO DE DIVORCIO EN EL NUEVO REGLAMENTO (UE) 2019/1111*

María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. ACCIONES VINCULADAS Y RIESGO DE DISPERSIÓN JURISDICCIONAL DEL PLEITO.—2. DE LA PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA A LA ELECCIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.—3. CONDICIONES PARA LA OPERATIVIDAD DEL FORO DE SUMISIÓN.—3.1. Presupuestos para la elección del órgano jurisdiccional.—3.2. Análisis comparativo. El presupuesto que marca la diferencia.—4. VINCULACIÓN DEL MENOR CON EL ESTADO MIEMBRO DE LOS TRIBUNALES ELEGIDOS.—4.1. Impacto en la vinculación que basa la sumisión por conexidad.—4.2. Los supuestos que muestran la vinculación.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN. ACCIONES VINCULADAS Y RIESGO DE DISPERSIÓN JURISDICCIONAL DEL PLEITO

1. El planteamiento de una demanda de divorcio, separación o nulidad matrimonial conlleva, además de la disolución o relajación del vínculo matrimonial, la necesidad de resolver un conjunto de cuestiones jurídicas conexas como son las relativas a la responsabilidad parental, el régimen económico matrimonial, o los alimentos. Sobre esta base se puede comprender el carácter negativo que presenta la dispersión jurisdiccional del pleito que se produce cuando los tribunales de un Estado miembro, competentes para la acción matrimonial, no lo fueran para conocer de las materias estrechamente vinculadas a ella. Se trata de la consecuencia generada por el limitado ámbito

* El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación I+D «Movilidad internacional de personas: El impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante» (DER2016-75573-R), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

** Profesora Titular de Derecho internacional privado en la Universidad de Murcia (*angeles@um.es*). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 20 de enero de 2020.

material del Reglamento (CE) 2201/2003¹, denominado Reglamento Bruselas II bis (a partir de aquí RBII bis) que, del mismo modo, presenta el texto con el que va a quedar sustituido, el posterior Reglamento (UE) 2019/1111² (a partir de aquí, RBII ter)³. La determinación de los órganos jurisdiccionales competentes, únicamente a los efectos de la disolución o relajación del vínculo matrimonial, motiva la multiplicación de las reglas de competencia comprendidas en los diversos textos europeos que se ocupan de las relaciones familiares de carácter internacional⁴. El resultado puede desencadenar el fraccionamiento del pleito cuando, en virtud de los distintos foros aplicables, no hubiera coincidencia en la atribución de la competencia a los tribunales del mismo Estado miembro. En este caso, las distintas cuestiones conectadas, por derivar del mismo supuesto de disolución o relajación del vínculo matrimonial, habrían de resolverse por órganos jurisdiccionales de Estados miembros diferentes, motivando la diversidad de procesos respecto de cada una de ellas⁵. Además del posible fraccionamiento del pleito, la multiplica-

¹ Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre, «relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000», *DO L* 338, de 23 de diciembre de 2003.

² Reglamento 2019/1111, de 25 de junio, «relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)» (*DO L* 178, de 2 de julio de 2019). Si bien su entrada en vigor tuvo lugar a los veinte días de su publicación, su aplicación está prevista, con carácter general, a partir del 1 de agosto de 2022 (art. 105), siendo entonces efectiva la derogación del RBII bis (art. 104). El proceso de tramitación de la reforma ha sido objeto de una larga gestación (una completa información se encuentra en https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_190).

³ Como indica A. Borrás, se conoce habitualmente como Reglamento Bruselas II ter, pero también como Bruselas II bis *recast*, aunque en castellano debiera decirse en este último caso «versión refundida» como se califica en el propio *Diario Oficial* [...]. BORRÁS, A., «Bruselas II, Bruselas II Bis, Bruselas II Ter...», *REEI*, vol. 1, 2019, núm. 38, artículo disponible en <http://www.reei.org/index.php/revista/num38/tribuna>.

⁴ En relación a las cuestiones vinculadas al divorcio, objeto que ahora se aborda, especial interés presentan el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, «relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos» (*DO L* 7, de 10 de enero de 2009) y el Reglamento 2016/1103, de 24 de junio, «por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales» (*DO L* 183, de 8 de julio de 2016).

⁵ Como señala R. Arenas García, no resulta razonable obligar a los cónyuges a litigar ante tribunales de Estados diferentes para obtener una resolución global a su crisis matrimonial, y además, puede darse la circunstancia de que se planteen problemas de reconocimiento de la decisión relativa a la crisis matrimonial en el Estado que ha de pronunciarse sobre sus aspectos económicos, lo que dificultaría o podría llegar a impedir un pronunciamiento en relación con estas cuestiones. Se refiere por ello a la «falta de ajuste entre las normas de competencia», ARENAS GARCÍA, R., «Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 39, esp. p. 45. Sobre el riesgo de la dispersión del pleito en materia de divorcio y las cuestiones vinculadas, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *El divorcio internacional en la Unión Europea (Jurisdicción y Ley aplicable)*, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 44-54. La relación entre los asuntos, así como los argumentos basados en la economía procesal, motivan la trascendencia de la concentración del pleito según QUINZÁ REDONDO, P., «La unificación «fragmentada» del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103», *RGDE*, vol. 41, 2017, pp. 180-222. Con carácter más específico, B. Campuzano se refiere a la trascendencia que el criterio de la autonomía de la voluntad habría de presentar como instrumento para una eficaz coordinación del

ción de las normas de competencia introduce una complejidad en el sistema, amenaza la claridad legal y la resolución concreta del caso con la directa incidencia en el operador jurídico⁶.

2. Las anteriores consideraciones muestran la trascendencia que presenta la concentración jurisdiccional del pleito, mediante la que se puede permitir que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuyas autoridades son competentes para decidir sobre el divorcio, puedan conocer, previo cumplimiento de las condiciones previstas, de aquellas cuestiones jurídicas que se ven afectadas por tratarse de materias estrechamente vinculadas a la acción matrimonial.

3. En este contexto se integra el presente análisis, referido, en particular, al caso en el que la acción relativa a la responsabilidad parental se presente vinculada a un proceso de divorcio. La conexidad entre estas acciones sustenta la necesidad de evitar el riesgo de la dispersión jurisdiccional del pleito, cuya importancia justifica que la articulación del mecanismo con

conjunto de los instrumentos adoptados en el ámbito de las relaciones familiares. CAMPUZANO DÍAZ, B., «Algunas propuestas en materia de competencia judicial internacional para una mejor coordinación de los instrumentos de la UE en el sector del Derecho de familia», en VÁZQUEZ GÓMEZ, E. M., ADAM MUÑOZ, M. D. y CORNAGO PRIETO, N., *El arreglo pacífico de controversias internacionales. XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI)*, Córdoba, 20-22 de octubre de 2011, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 621-630.

⁶ BORRÁS, A., «La diversificación de las fuentes y su interrelación en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea y de sus estados miembros», en BORRÁS, A. y GARRIGA, G. (eds.), *Adaptación de la Legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homenaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré* (Barcelona, 14-15 de octubre de 2010), Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 51-79, donde examina los problemas que plantea la coexistencia de fuentes de diverso origen que, no obstante, están destinadas a ser aplicadas de forma conjunta. Señala por ello que se requiere un conocimiento del juego de la interrelación entre ellas y los mecanismos que se prevén para superar los problemas derivados de la pluralidad y diversidad de reglas. En la doctrina española esta situación recibe importantes críticas. Como gráficamente señala C. González Beilfuss, las dificultades se constatan porque «(d)e un lado, la resolución de una disputa se ve en muchas ocasiones precedida de la elaboración de un puzzle normativo a fin de determinar las normas que rigen cada aspecto de la disputa. De otro, una vez resuelta esta primera fase, puede fácilmente ocurrir que las piezas del puzzle no encajen». GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La cooperación internacional de autoridades: articulación del Derecho internacional privado interno y convencional y el Derecho internacional privado comunitario», *AEDI-Pr*, 2008, núm. 8, pp. 181-194, esp. pp. 188-189; *id.*, «The Unification of Private International Law in Europe: a Success Story?», en BOELE-WOELKI, K., MILES, J. y SCHERPE, J. M. (eds.), *The Future of Family Property in Europe*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2011, pp. 329-340. Duras críticas ha recibido igualmente por GARAU SOBRINO, F. F., «¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI?», *CDT*, vol. 4, 2012, núm. 2, pp. 140-158; SÁNCHEZ LORENZO, S., «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del aveSTRUZ», en ESPUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 133-143; DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea», en ESPUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 57-78. Muy gráficamente, J. L. Iglesias Buhigues compara la complejidad con un «tablero de ajedrez solo apto para jugadores profesionales especializados de alto nivel», IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Luces y sombras de la cooperación judicial en materia civil en la UE», en FORNER DELAYGUA, J. J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ, R. (coords.), *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borras*, Marcial Pons, 2013, pp. 535-552, esp. p. 546.

este objetivo haya sido considerada desde los trabajos iniciales, que dieron lugar al «Convenio Bruselas II»⁷, cuya reglamentación pasaba al texto en el que finalmente fue transformado, el Reglamento (CE) 1347/2000⁸. Del mismo modo, con arreglo a las pautas de los anteriores Textos, el art. 12 del RBII bis regula, bajo la rúbrica de la «(p)rórroga de la competencia», los requisitos para que, previo acuerdo de las partes, las autoridades del Estado miembro que tengan competencia para una demanda de divorcio, puedan conocer también de la acción sobre responsabilidad parental que estuviera vinculada con aquella. Sin embargo, estas pautas parecen cambiar con la modificación que, a este precepto, es introducida mediante el art. 10 del RBII ter, al eliminar la reglamentación expresa relativa a las acciones vinculadas. La ruptura que, al menos en apariencia, supone esta ausencia, motiva el objeto del presente análisis, centrado en la delimitación del alcance que presenta la modificación introducida por el nuevo precepto y, con ella, el impacto en el riesgo de la dispersión del pleito en el caso en el que la acción de responsabilidad parental estuviera vinculada a una demanda de divorcio⁹.

4. Con esta finalidad, el trabajo comienza por abordar la nueva estructura del art. 10 del RBII ter, punto de partida para mostrar la modificación introducida al art. 12 del RBII bis como se constata desde la misma rúbrica de cada uno de estos preceptos, que ha sido considerada para la denominación del siguiente apartado. Sobre esta primera aproximación, y con el

⁷ Convenio de 28 de mayo de 1998, «sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y la protección de los hijos comunes con motivo de las crisis matrimoniales», publicado en el DO C 221, de 16 de julio de 1998, junto con el denominado «Informe Borrás», esencial a efectos de su interpretación. Si bien este Convenio no llegó a ser aplicado, ya que como consecuencia de la entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 del Tratado de Amsterdam se transformaba en el Reglamento 1347/2000, permite constatar la trascendencia en los primeros trabajos de la extensión de la competencia en estas materias. Como señala el «Informe Borrás», «el art. 3 aparece dividido en tres apartados, dedicados los dos primeros a establecer la competencia de las autoridades del Estado cuyos tribunales son competentes para decidir sobre el litigio matrimonial, y regulando el segundo el supuesto de que los hijos no residan en dicho Estado. El apdo. 3 se ocupa de establecer el límite temporal de dicha competencia. La estructura y contenido de esta disposición son el resultado de una difícil negociación» (apdos. 35 y 36).

⁸ Reglamento (CE) 1347/2000 «relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes» (DO L 160, de 30 de junio de 2000). Resultado del traslado del conjunto de la normativa del Convenio de 1998 es el art. 3 de este Reglamento, referido a las condiciones necesarias para que las autoridades del Estado cuyos órganos jurisdiccionales tuvieran competencia para decidir sobre los asuntos matrimoniales, pudieran tenerla para decidir sobre la responsabilidad parental de los hijos comunes.

⁹ La frecuencia de estos casos se destaca en el considerando 8 del propio RBII ter cuando señala que la aplicación de las disposiciones en materia de responsabilidad parental se produce a menudo en el marco de un procedimiento en materia matrimonial, lo que motiva que sea apropiado que el mismo instrumento venga referido a ambas materias. No obstante, como indica A. Borrás, «este argumento no parece justificado, ya que podría utilizarse para otras materias como, por ejemplo, los alimentos, que son objeto de una regulación autónoma en el Reglamento 4/2009 [...] respecto al cual se ha querido resaltar precisamente su autonomía tanto respecto al divorcio como respecto a la responsabilidad parental», a lo que añade además, que «hubiera sido más lógico separar las dos materias, crisis matrimoniales y responsabilidad parental, teniendo en cuenta que ambas materias siguen desarrollos distintos», BORRÁS, A., «Bruselas II...», *loc. cit.*, nota 3.

objetivo de delimitar el aspecto en el que radica la principal diferencia entre ellos, se analizan las condiciones a las que, respectivamente, viene supeditada la operatividad del foro. Esta delimitación configura el núcleo esencial sobre el que se asienta el posterior análisis, que atiende a la precisión del impacto de la reforma, motivando, todo ello, que se pueda finalizar valorando la modificación introducida por el nuevo precepto.

2. DE LA PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA A LA ELECCIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

5. Un primer acercamiento al art. 10 del RBII ter permite constatar una trascendente modificación de la estructura que ofrece el art. 12 del RBII bis. Este último se basa en la distinción de dos supuestos. El primero, en su primer apartado, relativo al caso en el que la acción sobre responsabilidad parental estuviera vinculada a un litigio matrimonial, en el que, previo acuerdo de las partes y demás presupuestos que recoge, permite que las autoridades del mismo Estado miembro cuyos tribunales son competentes para la acción matrimonial (a partir de ahora, «tribunales del divorcio»), puedan conocer de la relativa a la responsabilidad parental vinculada a la primera. El segundo, en el apdo. 3, relativo a la elección de los tribunales del Estado miembro competentes para la acción de responsabilidad parental en los demás procedimientos, esto es, cuando esta acción se ejercite de manera independiente. El diferente funcionamiento de cada uno de estos supuestos fue objeto de expresa consideración por el TJUE¹⁰.

6. Esta distinción queda eliminada en el nuevo art. 10 del RBII ter referido, como indica su rúbrica, a «(I)a elección del órgano jurisdiccional», con la que parece mostrar el carácter general con el que va a abordar la reglamentación del acuerdo de elección de foro. Se trata de una significativa modificación que se muestra si ahora se atiende a la rúbrica del art. 12 del RBII bis que, referida a la «(p)rórroga de la competencia», pone el énfasis en el primero de los supuestos que recoge, relativo a la sumisión por conexi-

¹⁰ La referencia expresa del art. 12.3 para delimitar su ámbito a los «procedimientos distintos de los contemplados en el apdo. 1», había generado la duda de la posibilidad de recurrir a este foro cuando el tribunal elegido no estuviera conociendo de otra acción a la que acumular la relativa a la responsabilidad parental. De su respuesta se ocupa la STJUE de 11 de noviembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2364 (C-656/13, *L y M.*), en cuyo fallo establece que: «El art. 12, apdo. 3, del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 [...] debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de un procedimiento en materia de responsabilidad parental, dicha disposición permite fundamentar la competencia de un tribunal de un Estado miembro que no es el de la residencia habitual del menor, aun cuando no exista ningún otro procedimiento pendiente ante el tribunal elegido». Véase el comentario de JIMÉNEZ BLANCO, P., «Nota a la STJ (Sala 2.^a) de 1 de octubre de 2014, asunto C-436/13, *E y B.* y STJ (Sala 3.^a) de 11 de noviembre de 2014, asunto C-656/13, *L y M.*», *REDI*, vol. 67, 2015, núm. 2, pp. 198-202. Como bien señala, el hecho de que el TJUE opte por la interpretación más amplia, favorece el margen de actuación de la autonomía de la voluntad para los litigios de responsabilidad parental, si bien no es convincente la fundamentación utilizada por el Tribunal de Justicia basada en la igualdad de los hijos, matrimoniales y no matrimoniales (p. 201).

dad¹¹, cuya expresa referencia es, precisamente, la que desaparece en el nuevo Reglamento. El art. 10 del RBII ter regula las condiciones para la elección de foro en materia de responsabilidad parental con independencia de que la acción se presente (o no) vinculada a un procedimiento de divorcio.

7. No obstante, es preciso señalar que esta no era la reforma prevista en los trabajos iniciales, como muestra la «Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición)»¹² [a partir de aquí, «Propuesta (2016)»]. Este texto no modificaba sustancialmente el art. 12 del RBII bis, por el contrario, en su art. 10, bajo la rúbrica «(e)lección del órgano jurisdiccional para los procedimientos autónomos y accesorios», seguía la misma estructura de aquel y, en consecuencia, se articulaba sobre los dos supuestos que han quedado expuestos. La reforma vino después de la remisión de esta Propuesta al Consejo y Parlamento Europeo de acuerdo con el procedimiento legislativo especial del art. 81.3 TFUE.

8. La redacción con la que finalmente queda el art. 10 del RBII ter es el resultado de las modificaciones y adiciones aprobadas por el Consejo al texto de la Propuesta, con el objetivo de «establecer nuevas normas más sencillas y eficientes de utilizar para los menores y sus familias, así como para los profesionales. La solución transaccional también establece un equilibrio delicado entre las distintas posiciones de los Estados miembros, al tiempo que fomenta la confianza mutua entre ellos»¹³. La idea que parece transmitir el Consejo es que la finalidad de la modificación obedece a la simplificación, de manera que el cambio de estructura que introduce mediante la unificación de los dos casos diferenciados en el art. 12 del RBII bis, no implica una reforma sustancial.

9. Esta intención parece quedar aún más clara en el considerando que, en este mismo texto, incorpora el Consejo al texto de la «Propuesta (2016)»¹⁴, según el cual, «(e)n condiciones específicas establecidas por el presente Reglamento, puede establecerse la competencia en materia de responsabilidad parental en un Estado miembro donde haya pendiente un procedimiento de divorcio, separación legal o nulidad matrimonial entre los progenitores o en

¹¹ Es preciso señalar que, si bien la rúbrica del precepto alude a la «prórroga de la competencia», esta no puede entenderse de forma automática al venir sometida al acuerdo entre los cónyuges, motivo por el cual es preferible la referencia a este foro con el término de sumisión por conexidad, que refleja de manera más rigurosa su alcance. A la necesidad del acuerdo de las partes y sus representantes legales se refiere GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «La nulidad, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2011, núm. 1, pp. 135-194, esp. pp. 144-145.

¹² COM (2016) 411 final, de 30 de junio de 2016.

¹³ Apartado 11 de la Propuesta presentada por la Presidencia al Consejo de la Unión Europea. Expediente interinstitucional: 2016/0190(CNS), Bruselas, 30 de noviembre de 2018, JUSTCIV 292, JAI.2, 14784/18. Puede consultarse en [consilium.data.europa.eu / document / ST-14784-2018-INIT .pdf](http://consilium.data.europa.eu/document/ST-14784-2018-INIT.pdf).

¹⁴ Este considerando quedaba plasmado en el texto final del RBII ter. Se corresponde con el núm. 23.

otro Estado miembro con el que el niño tenga un vínculo estrecho». La referencia expresa y diferenciada de los dos supuestos, así como la alternatividad con la que vienen recogidos, puede mostrar que la finalidad pretendida se identifica con la unificación en aras a la simplificación, que no la eliminación de ninguno de los supuestos comprendidos en el art. 12 del RBII bis. Ahora bien, la pregunta inmediata gira en torno a la viabilidad de este objetivo. Una respuesta afirmativa habría de pasar por considerar el carácter superfluo de la diferenciación de los dos supuestos recogidos en el art. 12 del RBII bis, motivo por el que puede quedar eliminada sin que ello tenga consecuencias para la subsistencia de ambos. En todo caso, la trascendencia de esta cuestión, directamente conectada con el objetivo abordado en el presente estudio, exige el análisis específico que se le dedica en los siguientes apartados.

3. CONDICIONES PARA LA OPERATIVIDAD DEL FORO DE SUMISIÓN

3.1. Presupuestos para la elección del órgano jurisdiccional

10. El análisis de los presupuestos a los que el art. 10 del RBII ter supedita la eficacia de la elección del órgano jurisdiccional interesa, a los efectos del presente trabajo, en tanto puede permitir su consideración desde una perspectiva comparativa con los establecidos en el apdo. 1 del art. 12 del RBII bis. Su resultado, determinante para delimitar la diferencia entre ellos, es el que ahora se aborda.

11. Estos presupuestos son articulados en el nuevo precepto sobre la base de los recogidos en el apdo. 3 del art. 12 del RBII bis que, como se ha indicado, se refiere al caso en el que la acción sobre responsabilidad parental se presenta de forma independiente, sin vinculación a un litigio matrimonial. El nuevo precepto comparte con este supuesto los contornos de su amplitud, flexibilidad y significado¹⁵, lo que guarda evidente trascendencia como se va a constatar.

12. La primera de las condiciones [art. 10.1, letra *a*)] es especialmente relevante, tanto a los efectos del objeto perseguido en el presente análisis, como por tratarse del presupuesto que marca el límite de la elección que introduce.

13. El art. 10 permite que la competencia para la acción de responsabilidad parental se atribuya a los tribunales de un Estado miembro distinto al de

¹⁵ P. Jiménez Blanco indica refiriéndose a la STJ (Sala 3.^a) de 11 de noviembre de 2014, asunto C-656/13, *L. y M.*, que «el Tribunal de Justicia ha sentado algunas pautas interpretativas de un criterio de competencia novedoso en el ámbito de la responsabilidad parental, que abre la puerta, siquiera tímidamente, a la autonomía de la voluntad en este tipo de litigios. La tendencia marcada apunta al rigor en la determinación de la aceptación de la competencia, pero también a la flexibilidad en su funcionamiento en relación con litigios que versen en exclusiva sobre dicha responsabilidad parental», JIMÉNEZ BLANCO, P., «Nota a la STJ (Sala 2.^a)...», *loc. cit.*, nota 10, p. 202.

la residencia habitual del menor¹⁶. Ahora bien, esta posibilidad tiene el límite que se identifica con la estrecha vinculación del menor con el Estado miembro al que pertenecen los tribunales elegidos por las partes. Estos tribunales son, aunque nada indique el precepto, los que han de apreciar esta vinculación, así como el cumplimiento de los requisitos del acuerdo al que supedita la elección en virtud de lo previsto en sus siguientes apartados.

14. La segunda condición es la relativa al consentimiento para la elección. Cabe destacar al respecto, los importantes aspectos novedosos que introduce el nuevo precepto, mediante los que incorpora la jurisprudencia del TJUE elaborada en respuesta a los problemas planteados en el contexto del art. 12.3 del RBII bis¹⁷. Esta trascendencia motiva, aun a riesgo de salir de los contornos al que el presente trabajo circunscribe su objeto, la necesaria referencia, siquiera somera, de los presupuestos a los que el nuevo precepto condiciona el consentimiento¹⁸.

15. El acuerdo entre las partes, así como de cualquier otro titular de la responsabilidad parental¹⁹, configura la base del foro de sumisión del art. 10, motivando la expresa referencia al momento y a la forma en que se ha de constatar.

16. En lo que respecta al primero, recoge la posibilidad de que la competencia se convenga «al menos» en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional [art. 10.1.b).i)], o bien se acepte expresamente durante dicho procedimiento, en cuyo caso el órgano jurisdiccional ha de asegurarse de que todas las partes han sido informadas de su derecho a no aceptarla [art. 10.1.b).ii)]²⁰.

¹⁶ El considerando 20 del RBII ter establece que «(p)ara salvaguardar el interés superior del menor, la competencia debe en primer lugar determinarse con arreglo al criterio de proximidad. Por consiguiente, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes, excepto en ciertas situaciones contempladas en el presente Reglamento, por ejemplo, cuando se produce un cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental».

¹⁷ SSTJUE de 1 de octubre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2246 (C-436/13, *E. y B.*); de 11 de noviembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2246 (C-656/13, *L. y M.*); de 21 de octubre de 2015, C-215/15, *Gogova*, y de 19 de abril de 2018, C-565/16, *Saponaro*.

¹⁸ La delimitación que ahora se realiza sobre el alcance del art. 10 puede constituir el punto de partida necesario para examinar estos presupuestos con la profundidad y el detalle que merecen, y ello, aunque este no sea el momento de abordarlos dada finalidad perseguida con el presente trabajo.

¹⁹ En este sentido señala el considerando 23 del RBII ter que: «Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, toda persona distinta de los progenitores que, según la legislación nacional, tenga condición de parte en el procedimiento incoado por los progenitores debe ser considerada parte en el procedimiento a efectos del presente Reglamento; por tanto, la oposición de dicha parte a la elección de foro efectuada por los progenitores del menor en cuestión, después de la fecha de incoación del procedimiento ante el órgano jurisdiccional, debe impedir que se establezca la aceptación de la prórroga de la competencia por todas las partes en el procedimiento en dicha fecha».

²⁰ Es preciso destacar el considerando 23 cuando señala que: «Antes de ejercer su competencia a tenor de un acuerdo de elección de foro o de la aceptación de tal elección, el órgano jurisdiccional debe examinar si tal acuerdo o aceptación es fruto de una elección libre y tomada con pleno conocimiento de causa por las partes interesadas, y no de que una parte haya aprovechado las dificultades o la vulnerabilidad de la otra. Solo en el caso que la competencia se hubiera atribuido mediante esta aceptación

17. Cabe destacar la flexibilización con la que recoge el momento temporal para el acuerdo de las partes en relación a lo previsto en el art. 12 del RBII bis²¹. Ahora bien, los términos son más precisos en la «Propuesta (2016)» cuando señala que el acuerdo se ha de constatar «a más tardar» en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional, o bien, cuando la ley de dicho Estado miembro así lo establezca, durante dicho procedimiento. El término máximo («a más tardar»), que coincide con el previsto por la jurisprudencia del TJUE²², así como con lo establecido en el considerando 23 del propio RBII ter²³, es más preciso que el mínimo («al menos») con el que se expresa el art. 10.1.b).i) del RBII ter.

18. En lo que respecta a la forma del acuerdo, establece (art. 10.2) que las partes afectadas han de manifestar por escrito, fechado y firmado, el acuerdo de elección de foro, o bien hacerlo constar en el acta judicial con arreglo al Derecho y el procedimiento nacional. Una referencia mediante la que remite a la ley del Estado miembro del tribunal elegido por las partes²⁴. Aclara, además, que se considera realizada por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. Esta reglamentación muestra, como quedaba antes apuntado, su conformidad con la jurisprudencia del TJUE al interpretar de forma estricta la «aceptación expresa o de cualquier otra forma inequívoca» en el contexto del art. 12.3 del RBII bis²⁵. Los problemas interpretativos quedan resueltos con los requisitos formales recogidos en este precepto²⁶.

expresa a la que se refiere el art. 10.1.b)ii), viene referido el apdo. 4 del art. 10 cuando establece que esta competencia será exclusiva».

²¹ El art. 12 del RBII bis recoge el presupuesto relativo a la aceptación de la competencia expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o titulares de la responsabilidad parental (para el caso de acción de responsabilidad parental vinculada a una demanda de divorcio (art. 12.1), o por todas las partes en el procedimiento (caso en el que la acción de responsabilidad parental derive de un procedimiento diferente (art. 12.3), señalando que tal aceptación ha de realizarse en «el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional». En este sentido advertía Caro Gándara que, a efectos de esta aceptación hay que entender excluida la posibilidad de la sumisión tácita, como consecuencia del momento en que la misma ha de producirse (en el que se somete el asunto ante el órgano jurisdiccional). CARO GÁNDARA, R., «Nuevos desafíos comunitarios en materia matrimonial y de responsabilidad parental en las relaciones jurídicas transfronterizas», *Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia*, 2004, pp. 4695 y ss., esp. p. 4711.

²² De acuerdo con la Jurisprudencia del TJUE en el asunto C-656/13, ECLI:EU:C:2014:2364, donde establece que el límite se halla «en el momento en que se presente ante el tribunal elegido el escrito de demanda o un documento equivalente». Al respecto, véase JIMÉNEZ BLANCO, P., «Nota a la STJ (Sala 2.^a)...», *loc. cit.*, nota 10, pp. 198-202.

²³ Este considerando se refiere al acuerdo de las partes «a más tardar en el momento en que se presentó el asunto ante el órgano jurisdiccional, o lo hayan aceptado expresamente durante dicho procedimiento»

²⁴ El considerando 23 del RBII ter establece que: «El órgano jurisdiccional debe registrar la aceptación de la competencia durante el procedimiento con arreglo al Derecho y el procedimiento nacionales».

²⁵ La Jurisprudencia del TJUE referida a la interpretación de esta aceptación expresa o inequívoca en el contexto del art. 12.3.b), permite constatar, en sentido positivo, que «la presentación de una solicitud de forma conjunta por parte de los progenitores del menor ante el órgano jurisdiccional de su elección constituye una aceptación inequívoca de dicho órgano jurisdiccional por parte de estos»

(Véase nota 26 en página siguiente)

19. También su apdo. 2 incorpora la precisión relativa a las personas que puedan llegar a ser partes en el procedimiento tras la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional. Indica, al respecto, que pueden dar su consentimiento con posterioridad, entendiéndose que existe consentimiento implícito de no haber oposición expresa²⁷.

20. El carácter excepcional que este foro presenta respecto del relativo a la residencia habitual del menor, motiva que establezca (art. 10.3) el cese de la competencia atribuida, salvo acuerdo contrario de las partes, cuando la resolución dictada en el procedimiento no sea susceptible de recurso ordinario, o cuando por cualquier otra razón hubieran concluido los procedimientos²⁸.

21. Finalmente, la tercera condición a la que queda supeditada la elección de los tribunales es la relativa a la constatación de que el ejercicio de su

[STJUE de 19 de abril de 2018, ECLI:EU:C:2018:265 (C 565/16, *Saponaro*)]. En sentido negativo, el TJUE ha señalado que «no puede considerarse que la competencia del tribunal ente el que una parte insta la sustanciación de un procedimiento en materia de responsabilidad parental ha sido “aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento” a efectos de dicha disposición: 1) cuando la parte demandada en este primer procedimiento inicie posteriormente un segundo procedimiento ante el mismo tribunal y alegue, con ocasión de la primera actuación que le incumba en el primer procedimiento, la incompetencia del tribunal (STJUE de 11 de noviembre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2364, C-656/13, *L. y M.*), y 2) por el simple motivo de que el mandatario *ad item* que representa al demandado, designado de oficio por esos tribunales ante la imposibilidad de notificar a este último el escrito de demanda, no haya alegado la falta de competencia de los citados tribunales» (STJUE de 21 de octubre de 2015, ECLI:EU:C:2015:725, C-215/15, *Gogova*). A ellas se puede añadir el Auto del Tribunal de Justicia, de 3 de octubre de 2019, ECLI:EU:C:2019:816, asunto C-759/18: *OF*, ante la falta de comparecencia del demandado.

²⁶ Estas trascendentales precisiones relativas a la forma del acuerdo, son el resultado de las consideraciones de las SSTJUE que han quedado reflejadas, si bien también es preciso reconocer la indudable incidencia que en los requisitos de forma del acuerdo que se incorporan al art. 10 del RBII ter, han tenido otros Reglamentos europeos relativos al ámbito de las relaciones familiares de carácter internacional.

²⁷ Esta precisión relativa a las partes en el procedimiento obedece a la interpretación realizada por la STJUE de 19 de abril de 2018, ECLI:EU:C:2018:265 (C 565/16, *Saponaro*), cuando en su fallo indica que «un fiscal que, según el Derecho nacional, es parte de pleno derecho en el procedimiento iniciado por los progenitores constituye una “parte en el procedimiento” en el sentido del art. 12, apdo. 3, letra b), del Reglamento núm. 2201/2003. La oposición expresada por esa parte respecto a la elección del órgano jurisdiccional efectuada por los progenitores del menor después del momento en que se presentó el asunto ante el órgano jurisdiccional impide que pueda considerarse aceptada la prórroga de la competencia por todas las partes en el procedimiento en ese momento. A falta de tal oposición, puede considerarse que el consentimiento de dicha parte es implícito y que concurre el requisito de aceptación de la prórroga de la competencia de forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional». Al respecto, véanse ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales: Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, 2004, p. 78, y GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas», en OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (dir.), *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectiva de futuro*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 197-209, esp. pp. 202-203.

²⁸ En el ámbito del art. 12.3 del RBII bis, la STJUE (Sala 2.^a) de 1 de octubre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2246 (C-436/13, *E. y B.*), había dejado claro que la competencia atribuida en virtud de lo previsto en este precepto no sigue el principio de *perpetuatio iurisdictionis*, al establecer su extinción una vez que recaiga resolución firme en el marco del procedimiento.

competencia responde al interés superior del menor [art. 10.1.c)]²⁹. Como indica el considerando 19 del RBII ter, «(l)as normas de competencia en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y deben aplicarse de acuerdo con este»³⁰.

3.2. Análisis comparativo. El presupuesto que marca la diferencia

22. Los presupuestos analizados, a los que el art. 10 del RBII ter subordina la elección de los órganos jurisdiccionales competentes, se han de considerar ahora a través de una perspectiva comparativa con los establecidos en el art. 12 del RBII bis que, sobre la base de la conexidad de las acciones, recoge en su apdo. 1.

23. En este último precepto, la posible atribución de competencia para la responsabilidad parental a los órganos jurisdiccionales del mismo Estado miembro de los «tribunales del divorcio», queda supeditada al cumplimiento de una triple condición³¹. La primera, que al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor [letra a), art. 12.1]. La segunda, que la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional [letra b), art. 12.1]³², y la tercera, que la

²⁹ El art. 10 del RBII ter ha eliminado lo establecido en el apdo. 4 del art. 12 del RBII bis relativo al caso en que el menor tuviera su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado no parte del Convenio de La Haya de 1996, donde introducía la presunción de que la competencia basada en este precepto es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate.

³⁰ Finaliza el considerando 19 indicando que «(c)ualquier referencia al interés superior del menor debe interpretarse a la luz del art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...] y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, tal y como son aplicadas por las legislaciones y procedimientos nacionales». El requisito de la consideración del interés superior del menor es la muestra de que la sumisión regulada en el precepto no es automática ya que, en definitiva, la decisión depende de los tribunales elegidos. Una decisión siempre necesaria, que habrán de adoptar sobre la base de este interés del menor de acuerdo con la valoración de las circunstancias del supuesto concreto.

³¹ Esta competencia en materia de responsabilidad parental, al ser accesoria a la relativa al divorcio, no sigue el principio de *perpetuatio iurisdictionis*. El apdo. 2 del art. 12 recoge los casos en los que cesa. Como indica P. Orejudo Prieto de los Mozos, «en caso de que ya haya recaído sentencia firme, o cuando el procedimiento relativo al vínculo matrimonial concluya por cualquier otra causa (desistimiento, fallecimiento de algún cónyuge), no podrá emplearse este foro cuando la demanda para la adopción de medidas de protección se interponga con posterioridad al momento en el que se dictó tal resolución. No obstante, nada impide que la demanda relativa a la crisis matrimonial se desarrolle en un mismo EM ante autoridades jurisdiccionales o administrativas diferentes, en cuyo caso la competencia se extenderá hasta que concluya el procedimiento relativo a las medidas de protección del menor, aunque concluya con anterioridad el procedimiento de separación, nulidad o divorcio». OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)», *La Ley. Unión Europea*, 2014, núm. 21, pp. 5-22.

³² Este necesario acuerdo de los cónyuges —foro de sumisión por conexidad (o accesoriedad)— permite plantear la cuestión es la relativa a la causa por la que, además de la constatación de la cone-

prórroga de la competencia responda al interés superior del menor [letra b), art. 12.1]³³.

24. Atendiendo a estos requisitos se puede delimitar el presupuesto que marca la diferencia. Se trata del relativo a la vinculación sobre la que se basa la articulación de cada uno de estos preceptos. En el art. 10 del RBII ter el foro de sumisión para la cuestión sobre responsabilidad parental está superditado a la constatación de la estrecha vinculación del menor con el Estado miembro de los tribunales elegidos por las partes. En el régimen del art. 12.1 del RBII bis es la vinculación entre ambas acciones (responsabilidad parental y materia matrimonial), la base sobre la que articula la sumisión por conexión que introduce, motivo por el que, entre sus condiciones, no hay referencia al lugar de la residencia habitual del menor³⁴.

xidad entre las acciones, es siempre necesario este acuerdo. La respuesta solo puede encontrarse en el control del alto grado de alternatividad de los foros de competencia relativos al divorcio, unido a su extensión. La elección del demandante del tribunal competente, que resulta de esta alternatividad, ha de ser considerada junto a la constatación cuantitativa de los foros que introducen los preceptos reguladores del RBII bis (arts 3 a 7). El acuerdo de las partes es un importante elemento ya que, de otro modo, la elección del demandante sobre los tribunales competentes para el divorcio (entre las diversas posibilidades que le permiten los preceptos del Reglamento), se extendería a la competencia para la acción vinculada relativa a la responsabilidad parental. Esta delimitación de la causa a la que obedece el necesario acuerdo lleva a la consideración de que, más que este requisito, lo que tiene mayor interés a los efectos de la extensión de la competencia que puede permitir evitar la dispersión del pleito, es la necesidad de reducción de los foros de competencia en materia de divorcio. En este sentido, como señala R. Arenas García, los foros del art. 3 no pueden extenderse sin problemas a cuestiones tales como las medidas que deban adoptarse respecto a los hijos, incluida la reclamación de alimentos a su favor. «El resultado de ello es que el propio Reglamento permite la fragmentación procedimental de la crisis». ARENAS GARCÍA, R., «Algunas propuestas...», *op. cit.*, nota 5, p. 48; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *El Divorcio internacional...*, *op. cit.*, nota 5, pp. 41-55; CAMPUZO DÍAZ, B., «La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial», en DI FILIPPO, M., CAMPUZO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ BENOT, A. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 93-119.

³³ El interés superior del niño es la cuestión última a la que ha de atender para acordar la concentración de ambas cuestiones. Véanse, al respecto, GONZÁLEZ BEILFUSS, C. «Experiencias de los tribunales españoles...», *loc. cit.*, nota 27, p. 203; ESPINOSA CALABUIG, R., «La responsabilidad parental y el nuevo Reglamento de "Bruselas II-bis": entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal», *RDIIP*, 2003, pp. 735 y ss.; CARO GÁNDARA, R., «Nuevos desafíos...», *loc. cit.*, nota 21, pp. 4713-4714, y ANCEL, B. y MUIR WATT, H., «L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des jurisdictions: le Règlement Bruxelles II bis», *RCDIP*, 2005, núm. 4, pp. 579 y ss. Por su parte, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA L. («El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorci* en el Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010», *Diario La Ley*, 18 de abril de 2011, núm. 7613, pp. 1-12), se refiere al «papel» que pudiera incumbir al Ministerio Fiscal en esta valoración del interés del menor, ha de ser siempre apreciado, nunca cabe su presunción. Un aspecto diferente deriva del hecho de que el art. 12 del RBII bis no delimita las pautas para la valoración del interés del menor dejando por tanto a la consideración de los «tribunales del divorcio» la operatividad de la extensión de la competencia. En este sentido, BIAGIONI, G., «Alcuni caratteri generali del forum necessitatis nello spazio giudiziario europeo», *CDT*, vol. 4, marzo de 2012, núm. 1, pp. 20 y ss.

³⁴ Una cuestión distinta es que, a través de la condición del interés superior del menor se puedan considerar los vínculos que pudieran existir entre el menor y el Estado miembro al que pertenecen los tribunales, ahora bien, tales vínculos no podrían ser identificados con la constatación de la residencia habitual del menor en dicho Estado miembro, de ser así perdería sentido la sumisión basada en la conexión recogida en el art. 12.1. Este precepto, siempre que quede garantizado el «interés superior del menor», hace prevalecer el objeto de evitar la fragmentación del pleito, y con él la extensión de la competencia», SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *El Divorcio Internacional...*, *op. cit.*, nota 5, p. 145.

25. Esta delimitación permite aportar las claves para responder a la cuestión que está en la base del objeto ahora perseguido, motivo del tratamiento específico que a continuación se le dedica.

4. VINCULACIÓN DEL MENOR CON EL ESTADO MIEMBRO DE LOS TRIBUNALES ELEGIDOS

4.1. Impacto en la vinculación que basa la sumisión por conexidad

26. El presupuesto de la vinculación estrecha del menor con el Estado miembro de los tribunales designados por las partes se justifica cuando la acción de responsabilidad parental se ejerce de forma independiente. La razón se encuentra en el carácter excepcional que presenta el foro de sumisión en esta materia respecto al foro de la residencia habitual del menor, con el que el propio Reglamento lo introduce (cdo. 20)³⁵. La elección de los tribunales para que decidan sobre una materia que afecta a los menores, se acompaña de la necesaria acreditación de la estrecha relación entre el Estado miembro al que pertenecen dichos tribunales y los menores implicados en su decisión sobre la responsabilidad parental. Se trata de que esta decisión, por afectar al menor, sea adoptada por los tribunales más cercanos que pueden conocer lo que más le conviene.

27. Todo ello permite entender la causa de que este presupuesto sea introducido expresamente en el apdo. 3 del art. 12 del RBII bis. Sin embargo, no cabe afirmar lo mismo si se considera en el contexto del foro de sumisión por conexidad, motivo por el que no es recogido en el apdo. 1 de este último precepto. En el art. 12.1, el fundamento del foro que articula se justifica sobre la base de la conexidad de la acción sobre la responsabilidad parental a la demanda de divorcio³⁶. Por esta razón permite que las autoridades del mismo Estado miembro cuyos tribunales son competentes para la demanda de divorcio en virtud del art. 3, puedan conocer de la cuestión de responsabilidad parental que con ella estuviera vinculada³⁷. Siendo esta vinculación la base sobre la que se fundamenta, justifica y articula la sumisión por conexidad, la modificación de este vínculo no es compatible con la supervivencia del foro.

³⁵ Véase *supra* nota 16. Como indica P. Jiménez Blanco, esta vinculación permite justificar la interpretación amplia del art. 12.3, con la finalidad de potenciar la autonomía de la voluntad a favor de tribunales solo por el hecho de estar estrechamente vinculados con el menor, JIMÉNEZ BLANCO, P., «Nota a la STJ (Sala 2.^a)...», *loc. cit.*, nota 10, p. 201

³⁶ El art. 12 no supedita la operatividad de la *prorrogatio fori* a ningún criterio referido al menor, lo que permite señalar que el Reglamento, con el objeto de evitar la dispersión del pleito, hace prevalecer la competencia de los «tribunales del divorcio» sobre los de la residencia habitual del menor.

³⁷ Es importante consignar que la remisión que realiza a este art. 3 del propio RBII bis, tiene importancia en cuanto manifiesta la intención de excluir los casos en que la atribución de la competencia para el proceso de divorcio pudiera derivar de un foro interno. Al respecto, indica F. Salerno, que el legislador «canaliza» la prorroga hacia un país que presenta vínculos personales objetivos con el supuesto, SALERNO, F., «I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale», *RDIPP*, 2007, pp. 63-84, esp. p. 75.

28. Esto último es lo que ocurre en el contexto del art. 10 del RBII ter. La ausencia de referencia a los dos supuestos que distingue el art. 12 del RBII bis, y el hecho de que el tratamiento para la elección se base en los presupuestos previstos para el segundo de ellos, determina el resultado. La vinculación entre el menor y el Estado miembro de los tribunales elegidos es exigida por el art. 10 que, al venir referido al foro de sumisión con carácter general es, por tanto, también operativo para el caso de las acciones conexas. La ausencia de tratamiento específico para la elección de los tribunales sobre la base de la vinculación entre ambas acciones equivale, en definitiva, a la eliminación del foro de la sumisión por conexidad. Este resultado implica una modificación sustancial, muy alejada de lo que parece desprenderse del objetivo de la unificación en aras a la simplificación al que pretendía atender la reforma de este precepto.

29. La consecuencia presenta directa repercusión en el objetivo de evitar la dispersión del pleito. La pretensión de que la acción de responsabilidad parental vinculada a una demanda de divorcio sea conocida por los tribunales del mismo Estado miembro donde esta ha sido presentada, genera una posibilidad incierta en el contexto del nuevo art. 10 del RBII ter. Para que pueda apreciarse el presupuesto de la vinculación que exige, es necesario que el foro en materia de divorcio en el que se base la demanda, determine la competencia de los tribunales de un Estado miembro estrechamente conectado con el menor. Sin embargo, los foros del art. 3 no se articulan sobre la proximidad del menor con el Estado miembro, sino sobre la base de circunstancias en las que pueden encontrarse los cónyuges, o uno de ellos. El resultado afecta a la posibilidad de que se constate el presupuesto señalado, con la correspondiente repercusión negativa a los efectos de la concentración del pleito.

30. Este resultado es radicalmente distinto del que deriva del art. 12.1 del RBII bis el cual, sobre la base de la vinculación de la acción sobre la responsabilidad parental a la demanda de divorcio y a efectos de evitar la dispersión, articula la constatación de la conexidad de acuerdo con los foros aplicables al divorcio del art. 3 del mismo texto. Por tanto, su operatividad coincide con el conjunto de los foros que este precepto recoge³⁸.

³⁸ Tema diferente es que la evidente amplitud de estos foros contagie a la que se constata de la operatividad del foro de sumisión por conexidad (*véase supra* nota 32). En este sentido es interesante apuntar la forma en la que ha resuelto esta amplitud de los foros del divorcio el art. 5 del Reglamento 2016/1103, relativo a los regímenes económicos matrimoniales (texto citado, *véase supra*, nota 4). Este precepto modula los foros de competencia relativos al divorcio del RBII bis, a los efectos de la extensión de la competencia para las cuestiones vinculadas relativas al régimen matrimonial. De este modo, en virtud del foro que hubiera operado para la atribución de la competencia en el litigio matrimonial, distingue entre la *prorrogatio fori* y la sumisión por conexidad. Establece este precepto que: «1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apdo. 2, cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial que surja en conexión con dicha demanda». 2) La competencia en materia de régimen económico matrimonial de conformidad con el apdo. 1 estará sujeta al acuerdo de los cónyuges cuando el órgano jurisdiccional que deba resolver la demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio: a) sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que el

31. Para cerrar el presente apartado es preciso destacar, a modo de conclusión, la doble consecuencia derivada de la articulación y estructura del nuevo art. 10 del RBII ter y, en particular, del presupuesto de la vinculación que exige. La primera, es la incompatibilidad que presenta con el foro de la sumisión por conexidad recogido en el art. 12.1 del RBII bis. La segunda, es la negativa incidencia en el objetivo de evitar la dispersión del pleito.

4.2. Los supuestos que muestran la vinculación

32. La doble consecuencia que se acaba de exponer constituye el punto de partida para abordar este apartado, basado en la consideración de los supuestos que, según el mismo art. 10 del RBII ter, son la muestra de la vinculación que exige como presupuesto. Se trata de un nuevo escalón, de ahí que, como se va a constatar, cada una de aquellas consecuencias queda afectada de manera diferente.

33. Concretamente, en virtud de este precepto, se ha de entender («en especial»)³⁹ que el menor está estrechamente vinculado con el Estado miembro cuyos tribunales son designados por las partes, cuando sean los del Estado miembro: 1) en el que tenga su residencia habitual alguno de los titulares de la responsabilidad parental; 2) en el que el menor hubiera tenido su antigua residencia habitual, o 3) del que el menor es nacional.

34. Estos supuestos son resultado del traslado de los recogidos en el art. 12.3 del RBII bis, a los que se ha añadido como novedad el segundo de ellos. No obstante, el hecho de no venir recogidos con la misma alternatividad con la que se configuran en este precepto, invita a cuestionar si, en el nuevo art. 10, el primero de ellos ha de constatarse cumulativamente con cualquiera de los dos siguientes, dado que son estos últimos los que aparecen articulados, entre sí, de manera alternativa. La respuesta se puede entender negativa en atención a la génesis del precepto. La redacción que ofrece el texto aprobado por el Consejo en el que se introduce la modificación del art. 10, que finalmente pasa al RBII ter⁴⁰, muestra claramente la alternatividad entre los tres supuestos recogidos⁴¹, que se puede considerar también en el contexto del nuevo art. 10.

demandante resida habitualmente y haya residido durante al menos un año inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda, de conformidad con el art. 3, apdo. 1, letra *a*), quinto guion, del Reglamento (CE) 2201/2003; *b*) sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro del que el demandante sea nacional y en el que resida habitualmente y haya residido durante al menos seis meses inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda, de conformidad con el art. 3, apdo. 1, letra *a*), sexto guion, del Reglamento (CE) núm. 2201/2003; *c*) deba resolver, en virtud del art. 5 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, en los casos de conversión de la separación judicial en divorcio, o *d*) deba resolver, en virtud del art. 7 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, en los casos de competencia residual».

³⁹ Como indica JIMÉNEZ BLANCO, P. [«Nota a la STJ (Sala 2.^a)...», *loc. cit.*, nota 10, p. 199], estos supuestos de vinculación constituyen un *numerus apertus*, que no ha de impedir la valoración de otros diferentes.

⁴⁰ Véase *supra* párr. 8.

⁴¹ Establece este texto que: «Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán competencia en materia de responsabilidad parental cuando se cumplan las siguientes condiciones: *a*) cuan-

35. Entrando ya en la consideración de estos supuestos, el primero de ellos [art. 10.1.a).i)] merece especial atención debido a la incidencia que presenta su resultado en el objetivo de evitar la dispersión del pleito. El requisito de la vinculación estrecha del menor con el Estado miembro de los tribunales elegidos (primera condición *ex art.* 10) se aprecia, de acuerdo con este supuesto, cuando dichos tribunales sean los del Estado miembro en el que tenga su residencia habitual alguno de los titulares de la responsabilidad parental. Puesto que todos los foros del art. 3, salvo el último, se articulan sobre el criterio de la residencia habitual, sea del demandado o demandante, el Estado miembro de los «tribunales del divorcio» coincide con el de la residencia habitual de uno de los cónyuges, los cuales son, a su vez, los titulares de la patria potestad. El resultado opera a favor de la posible concentración del pleito que se pueda pretender por la vinculación de las acciones de responsabilidad parental y matrimonial.

36. Es más, en cuanto al posible resquicio que puede representar el caso en el que los tribunales competentes para el divorcio sean los del Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges en virtud del último de los foros del art. 3, el tercero de los supuestos [art. 10.1.a).iii)] tiene una positiva incidencia. La muestra de la vinculación entre menor y Estado miembro de los tribunales elegidos que, según indica, se constata cuando dicho Estado miembro sea el de la nacionalidad del menor, permite que quede acreditada cuando aquel foro hubiera operado para la delimitación de los tribunales del divorcio, dada la coincidencia del Estado miembro de la nacionalidad común de los cónyuges, titulares de la patria potestad, con el de la nacionalidad del hijo.

37. Junto a los dos supuestos anteriores, también muestra la vinculación entre el menor y el Estado miembro de los tribunales elegidos, el hecho de que dicho Estado sea el de «la antigua residencia habitual del menor» [art. 10.1.a).ii)]⁴². Es llamativa la amplitud con la que incorpora este caso, novedoso respecto a los recogidos por el art. 12.3 del RBII bis, en tanto no establece límites temporales referidos a la existencia de un plazo desde el momento que deja de ser el país de la residencia del menor, hasta a aquel otro en el que se presenta la acción sobre la responsabilidad parental que le afecta. No hay limitación para apreciar el momento hasta el que la «antigua» residencia puede ser muestra de la vinculación entre el menor y el Estado miembro en el que la hubiera tenido. Esta ausencia de limitación temporal, podría determinar, según el caso, una escasa vinculación entre el menor y el Estado miembro cuyos tribunales son designados.

38. De acuerdo con todo lo anterior, se puede señalar para finalizar este apartado que el art. 10 del RBII ter elimina el foro de sumisión por conexidad

do el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que, al menos, uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque es el lugar de residencia habitual anterior del menor o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro».

⁴² Un supuesto como muestra de vinculación señalado por JIMÉNEZ BLANCO, P., «Nota a la STJ (Sala 2.^a)...», *loc. cit.*, nota 10, p. 199.

comprendido en el art. 12.1 del RBII bis como consecuencia del presupuesto de la vinculación que exige (menor y Estado miembro de los tribunales elegidos). Sin embargo, a través de los supuestos que recoge como muestra de esta vinculación, se puede llegar al resultado de evitar la dispersión del pleito, que es el perseguido por dicho foro. Ahora bien, que se pueda alcanzar el resultado que pretende, no permite concluir con la ausencia de trascendencia de la eliminación del foro de sumisión por conexidad, que forman parte de las conclusiones finales de este estudio en atención al objeto que persigue.

5. CONCLUSIONES

39. El art. 10 del RBII ter, referido al acuerdo de elección de foro en materia de responsabilidad parental, supone una profunda reforma de la estructura y alcance del art. 12 del RBII bis, cuya amplitud no estaba prevista en la «Propuesta de Reglamento (2016)». Se trata del resultado de las modificaciones y adiciones aprobadas por el Consejo con el objetivo de «establecer nuevas normas más sencillas y eficientes de utilizar para los menores y sus familias, así como para los profesionales». Con esta finalidad de simplificación, la reforma sustancial que introduce parece entrar de puntillas, de manera casi imperceptible, sobre la base de la unificación de los casos recogidos en el art. 12 del RBII bis.

40. De este modo, el nuevo art. 10 elimina la diferente reglamentación contenida en el art. 12 del RBII bis para cada uno de los dos supuestos que distingue. El primero (art. 12.1), referido a los casos en los que la acción de responsabilidad parental estuviera vinculada a una demanda de divorcio, para los que articula el foro de sumisión por conexidad, y el segundo (art. 12.3), relativo a aquellos otros en los que la acción sobre responsabilidad parental se presente de forma independiente. Bajo el paraguas de la unificación, el art. 10 resulta aplicable para la elección de los tribunales en materia de responsabilidad parental, con independencia de que dicha acción se presente vinculada a otra en materia matrimonial.

41. Además de esta modificación de la estructura, otro aspecto que muestra su trascendencia es el que se refiere al contenido. El nuevo precepto añade aspectos novedosos con los que incorpora la jurisprudencia del TJUE elaborada para resolver las dudas interpretativas referidas a la existencia de la voluntad para el acuerdo de elección de los tribunales. Es preciso valorar de forma positiva su regulación relativa a la forma del acuerdo y al momento temporal en el que puede realizarse. Ahora bien, a los efectos del objeto del presente trabajo, lo que interesa destacar es que la regulación del art. 10 del RBII ter está articulada sobre la base de la establecida en el apdo. 3 del art. 12 del RBII bis y, por tanto, diseñada para el segundo de los casos a los que este precepto se refiere.

42. La conjunta consideración de los anteriores aspectos permite constatar las consecuencias del art. 10 del RBII ter respecto al caso de las acciones

conexas que configuran el núcleo del objeto abordado. El resultado afecta negativamente al foro de sumisión por conexidad que, con la finalidad de evitar la dispersión del pleito, ha de venir articulado sobre la base de la vinculación entre la acción sobre responsabilidad parental y otra en materia matrimonial. La causa se encuentra en el presupuesto relativo a la vinculación que exige el nuevo precepto, al venir basada en la existente entre el menor y el Estado miembro de los tribunales elegidos. Este presupuesto es coherente tratándose del acuerdo de sumisión de los tribunales cuando la acción de responsabilidad parental se ejerza de forma independiente (de ahí su expresa consideración en el apdo. 3 del art. 12) y ello porque, en este caso, la posible elección de los tribunales presenta un carácter excepcional respecto del foro de la residencia habitual del menor. Sin embargo, su exigencia en el contexto de las acciones conexas implica la exclusión del foro de sumisión por conexidad, al quedar eliminada la base que lo sustenta.

43. Ahora bien, estando claro que el foro de sumisión por conexidad queda fuera del art. 10 del RBII ter como consecuencia del presupuesto de la vinculación que exige (entre menor y Estado miembro de los tribunales elegidos), otra consecuencia diferente se deriva en relación a la finalidad que este foro persigue. La situación da un giro absoluto cuando se atiende a los supuestos que, según este precepto, son la muestra de aquella vinculación. El resultado opera a favor del objetivo de evitar la dispersión jurisdiccional del pleito.

44. Llegados a este punto es preciso detenerse para considerar el camino plagado de vaivenes que es necesario recorrer hasta alcanzar el objetivo señalado. Concretamente, este resultado se alcanza mediante la operatividad de los casos que el precepto considera como muestra del primero de los requisitos que establece para la elección (vinculación entre el menor y Estado miembro de los tribunales elegidos). Requisito cuya exigibilidad es, precisamente, la que determina la incompatibilidad con el foro de sumisión por conexidad, motivando su eliminación.

45. Todo lo anterior permite considerar, a los efectos del objeto el presente análisis, que la modificación introducida por el art. 10 del RBII ter respecto al art. 12 del RBII bis es merecedora de una negativa valoración. La eliminación que implica del foro de sumisión por conexidad no se entiende justificada por el hecho de que el resultado que se pueda alcanzar mediante su operatividad incida a favor del objetivo de evitar la dispersión del pleito, y ello por varias razones.

46. La primera, en atención la dificultad que implica el recorrido hasta alcanzar este resultado que, como ha quedado expuesto, es consecuencia de la articulación del propio precepto. Su repercusión para el operador jurídico es paralela a la dificultad que supone la operatividad del nuevo precepto, y ello a pesar de que la simplificación pretendida con su modificación perseguía el efecto contrario.

47. Otro motivo es el que deriva de la consideración de la seguridad jurídica. El mecanismo que, de acuerdo con este precepto, permite llegar al

resultado señalado, no ofrece la misma certeza que la existencia de un foro de sumisión por conexidad. No es comparable que derive de una regulación expresa del propio precepto, como ocurre en el art. 12.1, con el hecho de que este resultado sea la consecuencia de las oscilaciones expuestas.

48. Junto a lo anterior, la importancia de la expresa regulación de la sumisión por conexidad se deriva de la posibilidad que puede ofrecer para su extensión, en cuanto pudiera derivar en la *prorrogatio fori*, en el caso de no requerir el acuerdo de los cónyuges para su operatividad. En realidad, la necesidad del acuerdo entre los cónyuges para permitir la concentración jurisdiccional del pleito en el caso de las cuestiones conexas a la acción en materia matrimonial, obedece al control del alto grado de alternatividad de los foros de competencia para el divorcio (*ex art. 3*). De este modo, bien si estos llegaran a reducirse, o bien creando un filtro entre ellos, siguiendo el modelo ofrecido por el art. 5 del Reglamento 2016/1103 relativo a los regímenes económicos matrimoniales⁴³, se podría llegar a introducir la *prorrogatio fori* si bien, en el caso que ahora nos ocupa, siempre bajo el requisito de la apreciación del interés del menor. La trascendencia que esta extensión de la competencia presenta para evitar la dispersión del pleito es una oportunidad que se pierde con la estructura unificada del art. 10 del RBII ter, ya que el acuerdo para la elección de los tribunales no puede ser eliminado cuando la acción de responsabilidad parental se ejercite de forma independiente.

49. El importante papel tiene el foro de sumisión por conexidad en el caso de acciones vinculadas, como cuestiones jurídicas conexas al divorcio, le hace merecedor de un tratamiento diferente del que resulta del art. 10 del RBII ter. La necesidad de su expresa regulación, constatada a través de las razones que se han mostrado a lo largo del presente análisis, se pone de manifiesto, además, si se considera que se trata de un foro que viene recogido en todos los demás Reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares de carácter internacional⁴⁴.

⁴³ Véase *supra* nota 38.

⁴⁴ La sumisión por conexidad en el caso de acciones vinculadas al divorcio es objeto de expresa regulación en el art. 5 del Reglamento 2016/1103 ya considerado (véase *supra* nota 38), referido al caso en el que el régimen económico matrimonial sea la cuestión vinculada al divorcio, también se recoge en el Reglamento 4/2009 (citado en la nota 4) relativo a las obligaciones de alimentos, cuyo art. 3.d) se refiere al caso de la demanda de alimentos accesoria a una acción relativa a la responsabilidad parental. Junto a estos instrumentos, también es objeto de regulación en otros, concretamente, y aunque salga del ámbito al que el presente trabajo se refiere, en el Reglamento (UE) 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (*DO L 183, de 8 de julio de 2016*), cuyo art. 5 se refiere a la sumisión por conexidad para resolver sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada que tengan conexión con la disolución o anulación de esta última, así como en el Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, «relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo» (*DO L 201, de 27 de julio de 2012*), cuyo art. 4 se refiere a la cuestión sobre el régimen económico matrimonial vinculado a una sucesión.

RESUMEN

ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL VINCULADA A UN PROCESO DE DIVORCIO EN EL NUEVO REGLAMENTO (UE) 2019/1111

El presente trabajo tiene por objeto el análisis del alcance y las consecuencias que implica la regulación que introduce el art. 10 del Reglamento 2019/1111 a los efectos de la concentración jurisdiccional del pleito, en los casos que la acción de responsabilidad parental se presente vinculada a un proceso de divorcio. Estos supuestos, que encuentran respuesta expresa en el art. 12 del Reglamento 2201/2003, no son objeto de específica consideración en el nuevo precepto. La estructura del art. 10, relativo a la «elección del órgano jurisdiccional» como indica su rúbrica, deriva de la unificación de los dos casos que distingue el art. 12 al que modifica, referidos, respectivamente, a aquel en el que la acción sobre responsabilidad parental estuviera vinculada a un litigio matrimonial (art. 12.1), y al que dicha acción se presente de forma independiente (art. 12.3). Junto a la estructura, otro motivo esencial que justifica el objeto que se aborda, deriva de la consideración del contenido del art. 10, por cuanto su reglamentación se articula sobre la base de la ofrecida por el art. 12.3 y, por tanto, prevista para el segundo de los casos señalados.

Palabras clave: acción de responsabilidad parental, divorcio y cuestiones jurídicas conexas, sumisión por conexidad, art. 12.1 del Reglamento 2201/2003, art. 10 del Reglamento 2019/1111.

ABSTRACT

PARENTAL RESPONSIBILITY ACTION CONNECTED TO A DIVORCE PROCEDURE IN THE NEW REGULATION (EU) 2019/1111

The purpose of this work is to analyze the scope and consequences of the regulation introduced by art. 10 of Regulation 2019/1111 for the purposes procedure the concentration of jurisdiction in the cases in which an action in parental responsibility is connected to a divorce process. These assumptions, which find an express response in art. 12 of Regulation 2201/2003, are not subject to specific consideration in the new precept. The structure of art. 10, related to the «election of the court» as indicated by its heading, derives from the unification of the two cases distinguished by art. 12 (which is modified), respectively, the one in which the action on parental responsibility was linked to a matrimonial litigation (art. 12.1), and to which this action is presented independently (art. 12.3). Along with the structure, another essential reason that justifies the object being addressed, derives from the consideration of the content of art. 10, as its regulation is articulated on the basis of the one offered by art. 12.3 and, therefore, for the second of the cases indicated.

Keywords: parental responsibility action, divorce and connected legal matters, derogation of jurisdiction, article 12 (1) of regulation 2201/2003, article 10 of Regulation 2019/1111.

ESTUDIOS SOBRE ESPAÑA Y EL DERECHO INTERNACIONAL/ **STUDIES ON SPAIN AND INTERNATIONAL LAW**

LÍMITES A LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO ESPAÑOL EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

María Amparo ALCOCEBA GALLEGÓ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.—3. LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.—4. LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LA LUZ DEL DERECHO ESPAÑOL.—4.1. La *reorientación* de la discrecionalidad de la protección diplomática en España.—4.2. La audacia de la SAN de 19 de diciembre de 2019: derechos fundamentales y la ausencia de causalidad.—4.2.1. El hecho ilícito internacional.—4.2.2. El agotamiento de los recursos internos.—4.2.3. La responsabilidad del Estado por la omisión de protección diplomática.—*a)* La evolución del Derecho internacional.—*b)* La obligación para el Estado español de ejercer la protección diplomática.—*c)* La cuestión de la causalidad.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1. El Derecho internacional público concibe la protección diplomática como un derecho del Estado; no del particular (persona física o jurídica). Este derecho del Estado se articula, en esencia, sobre una ficción jurídica¹: un daño a los nacionales de un Estado, constituye un daño al Estado del que estos son nacionales. Además, el Derecho internacional público entiende que este derecho del Estado es discrecional. A pesar de los intentos del relator del Proyecto de la CDI sobre protección diplomática por limitar dicha discrecionalidad, el Proyecto finalmente aprobado en 2006 solo alcanzó a indicar

* Profesora Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales, Universidad Carlos III de Madrid (alcoceba@der-pu.uc3m.es).

¹ Infra ampliamos y matizamos esta afirmación.

una «Práctica Recomendada» en su art. 19: «Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos *debería: a) considerar debidamente* la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave; *b) tener en cuenta*, siempre que sea factible, *la opinión* de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener, y c) transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables»². Son en definitiva los Estados quienes, a través de su Derecho interno, pueden establecer límites a dicha discrecionalidad.

2. En el ordenamiento jurídico español no existe norma jurídica alguna que establezca expresamente la obligación para el Estado de ejercer la protección diplomática. La práctica española de protección diplomática se ha mantenido esencialmente hasta el pasado 11 de diciembre de 2019, en el modelo clásico o tradicional de Derecho internacional público, con un férreo anclaje a la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática. En síntesis, el Estado podía ejercerla o no según la oportunidad política de hacerlo en cada caso y según estimara que dicho ejercicio podía desprender o no algún perjuicio para las relaciones bilaterales de España con el Estado causante del ilícito internacional que da origen al ejercicio de dicha protección. No existía, en principio, obligación jurídica de ejercer la protección diplomática.

3. La existencia de límites a esa discrecionalidad se ha planteado en nuestro país desde la responsabilidad patrimonial del Estado por la deficiente acción u omisión de los poderes públicos. Esta posibilidad, apuntada por la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en algunas sentencias ha sido también apoyada por la doctrina científica en España³. No obstante faltaba un pronunciamiento judicial que permitiera afirmar con plena certeza que, aunque el ejercicio de la protección diplomática por el Estado español sea discrecional, pues a él corresponde valorar la oportunidad de su ejercicio, dicha discrecionalidad se ve *relativizada* en cuanto que el Estado tendría la obligación de ejercer la protección diplomática con objeto de proteger y garantizar los derechos fundamentales de conformidad con nuestra Norma Fundamental y su no ejercicio generaría derecho a una indemnización en los casos en los que, cumplidas las condiciones para el

² La cursiva es nuestra.

³ Véanse, a título de ejemplo, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno», *Anuario de Derecho internacional*, 1976, pp. 321-346; *id.*, «Procedimientos para asegurar la aplicación de las normas internacionales: Protección diplomática», *REDI*, vol. 30, 1977, núm. 1, pp. 127-136; CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad patrimonial del Estado», *REDI*, vol. 40, 1988, núm. 2, pp. 175-189; DÍEZ DE VELASCO, M., «Protección diplomática e inactividad del Estado: La práctica española», *Pacis Artes. Homenaje al Profesor J.D. González Campos*, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, pp. 187-209, y TORROJA MATEU, H., *El derecho del Estado a ejercer la protección diplomática*, Barcelona, Bosch, 2007.

ejercicio de la protección diplomática, la inacción del Estado contribuye a la consolidación del perjuicio causado en el particular por el ilícito internacional de un tercer Estado, y no solo cuando el Estado de la nacionalidad desarrolla una conducta previa que contribuye al resultado dañoso del particular. De ese modo, el Estado no solo cumpliría con los cometidos esenciales que tiene asignados de conformidad con la Constitución, sino que liberaría al particular de tener que soportar individualmente, en la quiebra flagrante de sus más elementales derechos fundamentales, las consecuencias de una decisión política⁴.

4. Ese pronunciamiento se ha producido el pasado 11 de diciembre de 2019 por parte de la Audiencia Nacional. España ha sido condenada a indemnizar a la familia del periodista José Couso por su actitud pasiva de protección, en particular de omisión de la protección diplomática, después de que, en 2003, durante la ocupación de Irak por las tropas norteamericanas y sus aliados, un tanque norteamericano disparara contra el hotel en el que se encontraba alojado junto con el resto de periodistas internacionales, causándole la muerte. Sin embargo, la sentencia no es firme y ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo el pasado 2 de marzo por la Abogacía del Estado.

5. En las próximas páginas abordaremos la discrecionalidad del Estado español en el ejercicio de la protección diplomática de los derechos fundamentales, intentando arrojar luz sobre sus límites. Para ello, después de delimitar conceptualmente la protección diplomática, ahondaremos en su discrecionalidad según el Derecho internacional público y nos referiremos a la práctica española al respecto, con especial atención al caso *Couso*⁵.

2. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA: DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

6. Conviene diferenciar la protección diplomática de otras figuras afines como son la protección consular y la asistencia consular. Las tres figuras tienen en común que mediante ellas un Estado actúa frente a otro debido al comportamiento de este último sobre sus nacionales con ocasión de la presencia de estos en el extranjero. Sin embargo, el contenido específico de las tres figuras difiere notablemente.

7. La protección diplomática tal y como aparece en el Proyecto de artículos de la CDI de 2006, no es el único mecanismo que tienen los Estados para

⁴ Utilizamos indistintamente en esas páginas los términos «derechos humanos» y «derechos fundamentales». Si bien una parte significativa de la doctrina española prefiere la terminología «derechos fundamentales» y en nuestro ordenamiento jurídico predomina este término, en el ordenamiento jurídico internacional predomina el término de «derechos humanos» para referirse al conjunto de derechos subjetivos otorgados por una norma jurídica al individuo sin ningún tipo de distinción, con el objetivo de limitar la actividad arbitraria del Estado.

⁵ La cuestión de la responsabilidad del Estado por el ejercicio ineficaz o el no ejercicio de la protección diplomática plantea cuestiones que inciden tanto en el Derecho internacional público como en el Derecho administrativo. En las próximas páginas vamos a limitar el examen a las cuestiones que orbitan en torno a nuestra disciplina, el Derecho internacional público.

proteger a sus nacionales en el extranjero, pero sí el único de este tipo que consiste en una *reclamación formal* ante un ilícito internacional que genera una controversia internacional entre Estados⁶.

8. El art. 1 del Proyecto de la CDI de 2006 define la protección diplomática como «la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado, con miras a hacer efectiva esa responsabilidad». Se trata, por tanto, de una forma de hacer efectiva la responsabilidad internacional por parte de un Estado, pues el objeto es «obtener reparación por un perjuicio sufrido por el nacional de un Estado, fundado, en gran parte, sobre el principio de que un daño a un nacional es un daño al propio Estado»⁷. A la luz del Derecho internacional el Estado actúa en su propio interés, y no en interés del nacional. De hecho, aunque en el comentario al art. 1, se establece que «la protección diplomática es el procedimiento que emplea el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada para proteger a esta persona y obtener reparación del perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito»⁸, el Derecho a ejercer la protección diplomática es del Estado y la posible reparación también le pertenece a él y no al particular lesionado⁹. En estas condiciones, quedarían fuera del ámbito de la protección diplomática cualesquiera otras gestiones o manifestaciones de protección que pudiera realizar un Estado en favor de sus nacionales sin previa comisión de un ilícito internacional como, por ejemplo, todas aquellas destinadas a mejorar las condiciones de sus nacionales en el Estado extranjero o a prevenirlas¹⁰.

⁶ Tal y como muy acertadamente ha señalado CRESPO NAVARRO, E., para distinguir la protección diplomática de otras figuras afines «bastaría [...] con añadir una referencia a la necesidad de que medie una reclamación formal, sin perjuicio de que esta pueda hacerse efectiva por vía diplomática o por la vía judicial» («El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas», *REDI*, vol. LVII, 2005, núm. 1, p. 228).

⁷ Véase Comentario introductorio al Proyecto CDI sobre Protección Diplomática, apdo. 3.

⁸ La cursiva es nuestra. Véase Comentario al art. 1 del Proyecto, apdo. 2. Véanse sobre las formas de reparación los arts. 34 y ss. del proyecto de la CDI sobre responsabilidad internacional.

⁹ Véase *infra*, apdo. 3.

¹⁰ En el Informe de la CDI en su 52 periodo de sesiones, se expresaba que durante los debates los Estados también dejaron claro que la protección diplomática empezaba a funcionar desde el momento en que el Gobierno de un Estado decidía presentar una reclamación al Gobierno presuntamente autor del ilícito sobre su nacional. Se insistía en que suponía un mecanismo mediante el cual la reclamación de una persona física o jurídica contra un Estado, se transformaba en una reclamación internacional y, por tanto, en un medio para hacer efectiva la responsabilidad internacional de los Estados (véase Informe de la CDI de 2000, párr. 423). La posibilidad de ejercer la protección diplomática en ocasiones en que no existe hecho ilícito internacional, supone una concepción amplia de la protección diplomática [véase, al respecto, DÍAZ BARRADO, C. M., «La protección de españoles en el extranjero. Práctica constitucional», *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1992, p. 272. Véase también CONDORELLI, L., «L'évolution du champ d'application de la protection diplomatique», en FLAUSS, J.-F. (dir.), *La protection diplomatique. Mutations contemporaines et pratiques nationales*. Bruselas, Bruylant, 2003, pp. 7 y 8; *id.*, «La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application», *Rivista di Diritto Internazionale*, op. cit., 2003, núm. 1, pp. 8-9]. Una concepción de este

9. Esta definición estricta de la protección diplomática que exige la comisión del ilícito internacional previo y la reclamación, permite diferenciar la protección diplomática de la *asistencia consular*. Efectivamente, tal y como afirma el Comentario de Artículos al proyecto de la CDI, «la asistencia consular es esencialmente preventiva y tiene por objeto esencial impedir que el nacional sea víctima de un hecho internacionalmente ilícito»¹¹.

10. La asistencia consular puede definirse como el «conjunto de funciones, de naturaleza y alcance bastante diferentes, que el cónsul desarrolla a favor de sus connacionales para facilitarles su permanencia en el territorio del Estado receptor, dirigiéndose para este fin, si fuera necesario, a las autoridades locales. Esta acción consular no presupone —a diferencia de la protección en sentido estricto— un comportamiento de las autoridades [locales] contrario a las obligaciones jurídicas impuestas por el Derecho internacional o por el Derecho interno, y no se manifiesta, por tanto, en forma de reclamación. [...] La asistencia consular, entendida en sentido propio, se distingue no solo de la protección consular, sino también de *aquel conjunto de funciones de carácter administrativo* que el cónsul desarrolla en interés de cada uno de sus nacionales» tales como las relativas a pasaportes, certificaciones, registro, etc.¹². La asistencia consular no exige, por tanto, la previa comisión de un

tipo significaría, por ejemplo, que «la representación diplomática acreditada ante un Estado extranjero que realizará gestiones a favor del otorgamiento de una concesión a sus nacionales o tratará de obtener una modificación en la legislación fiscal en beneficio de ellos estaría ejercitando la protección diplomática»; incluso también incluiría «los casos en que la protección diplomática es ejercida con una finalidad preventiva, es decir, no solo cuando los nacionales en el extranjero han sido objeto de un trato internacionalmente ilícito, sino también cuando pueden serlo porque se han anunciado medidas en contra suya aunque todavía no hayan sufrido ningún perjuicio» (DÍEZ DE VELASCO, M., «Reflexiones sobre la protección diplomática», *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro homenaje al Profesor Antonio Truyol y Serra*, Madrid, Tirant lo Blanch, 1986, pp. 383 y 384). De hecho, en los debates que tuvieron lugar con ocasión del examen del primer Informe del Relator Especial, Sr. Dugard, se expresaron «opiniones discrepantes respecto a si la protección diplomática se aplicaba a las medidas adoptadas por un Gobierno para prevenir daños a sus nacionales, es decir, antes de que se produjera el hecho ilícito, o únicamente a hechos ilícitos del Estado que ya se habían producido» (véase Informe de la CDI de 2000, párr. 424). Finalmente, el texto de la CDI exige, como hemos visto, la comisión previa del ilícito internacional.

¹¹ Párr. 9 del Comentario al art. 1 del proyecto de la CDI.

¹² MARESCA, A., *Las relaciones consulares*, Madrid, Aguilar, 1974, p. 220. Para las funciones administrativas véanse pp. 240 y ss. En particular, la práctica española define la asistencia consular como «la acción que el funcionario consular está legitimado a realizar ante las autoridades del Estado receptor a favor de los nacionales [...] que se encuentren en situación de necesidad», e incluye expresamente «las medidas de ayuda económica; la evacuación; la repatriación; la visita, comunicación, asistencia educativa, asistencia judicial y gestión de las solicitudes de traslado de detenidos y condenados; y la ayuda a los inmigrantes» (Recurso de Alzada contra la Resolución de la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares por la que se deniega la protección diplomática solicitada por DRIVA. Informe AJI núm. 13020, de 7 de abril de 2005, p. 10), así como «correspondencia epistolar; gestiones personales; conversaciones personales o presencia personal de un funcionario del Consulado junto al nacional en las audiencias concedidas por la autoridad local» (AJI. Consulta sobre el alcance de la función consular prevista en el apdo. i) del art. 5 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Informe núm. 13620, de 20 de junio de 2006, p. 3). Véase también sobre esta distinción, MARTÍ MARTÍ, X., «La política española de protección y asistencia consulares a los ciudadanos españoles detenidos en el extranjero», *REDI*, 2013, pp. 43-72.

ilícito y su ejercicio no adquiere la forma de reclamación ante las autoridades del Estado extranjero¹³.

11. La *protección consular*, por su parte, «consiste en la acción que el Cónsul está legitimado para desarrollar, ante las autoridades locales del Estado territorial, a favor de sus nacionales que residen o se encuentran ocasionalmente en su distrito consular y que han recibido un trato contrario al debido [...] teniendo en cuenta, no solo la legislación del Estado receptor, sino también, y especialmente, las normas de Derecho internacional consuetudinario y convencional»¹⁴. Aunque el origen de la protección consular puede estar en la violación de una norma internacional, tal y como ocurre con la protección diplomática, «la acción de la misión diplomática se funda en una norma internacional como tal, [mientras que] la acción de la oficina consular se refiere no ya a la norma internacional considerada en sí misma, sino más bien a la norma del mismo Estado territorial»¹⁵. Además, la protección consular se planea y desarrolla en el ámbito interno pudiendo servir, según el caso, al agotamiento de los recursos internos del Estado antes del ejercicio de la protección diplomática en sentido estricto y configurándose, por tanto, en tales casos, como paso previo a aquella¹⁶. La protección consular no se configura como una controversia en el ámbito internacional y, por tanto, en el marco de la responsabilidad internacional¹⁷; pero, eso sí, quizá puede ser el paso previo a esta¹⁸.

¹³ Tal y como ha afirmado también la AJI: «La función consular de asistencia consiste en la acción encaminada a facilitar a los nacionales la permanencia en el territorio del Estado receptor y, a diferencia de la protección consular en sentido estricto, no presupone un comportamiento de las autoridades locales contrario al Derecho interno o al Derecho internacional, sino únicamente una situación de necesidad de un ciudadano del Estado que envía» (Informe AJI núm. 13620, cit., p. 3). Hay quien considera que la asistencia consular es parte integrante de la protección consular (véase DOUMBE-BILLE, S., «L'Assistance Consulaire», *La protection consulaire. Journées d'études de Lyon de 2005. Société Française pour le droit International*, París, A. Pedone, 2006, pp. 101-114, esp. pp. 103 y ss.).

¹⁴ MARESCA, A., *Las relaciones..., op. cit.*, p. 216. La AJI ha señalado que: «A diferencia de lo que sucede con la protección diplomática, la invocación de la protección consular no se produce necesariamente como consecuencia de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito: esta protección puede hacerse valer ante una actuación de las autoridades locales que sea contraria al Derecho interno del Estado receptor; que sea discriminatoria o, sencillamente, vejatoria. Por otra parte, la práctica demuestra que el ejercicio de la protección consular no requiere del cumplimiento de los requisitos de la nacionalidad de la reclamación y del agotamiento de los recursos internos» (AJI, Informe núm. 13020, cit., p. 9. Véase igualmente AJI, Consulta sobre la función consular..., Informe 13620, cit., pp. 3-4). Sobre esta cuestión, véase MARTÍ MARTÍ, X., *op. cit.*

¹⁵ MARESCA, A., *Las relaciones..., op. cit.*, p. 218.

¹⁶ CRESPO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 284.

¹⁷ DECAUX, E., «La protection consulaire et les droits de l'homme», *La protection consulaire..., op. cit.*, pp. 51-53; DUPUY, P. M., en los debates publicados en *La protection consulaire..., op. cit.*, pp. 180-181, y COR, J. P., *op. cit.*, p. 183.

¹⁸ En este sentido, DÍAZ BARRADO, C., «La protección de españoles...», *op. cit.*, p. 271. En la práctica española la AJI se ha pronunciado en esta misma línea, señalando que la protección consular tiene carácter previo e inmediato y se puede desarrollar de forma concomitante al agotamiento de los recursos internos afianzando la posición jurídica del Estado ante el eventual ejercicio de la protección diplomática (AJI. Recurso de Alzada, Informe núm. 13020, cit., p. 9. Véase también el Informe AJI núm. 13620, cit., p. 3). Una síntesis de las diferencias entre protección consular y protección diplomática, así como

12. El art. 1 del Proyecto de la CDI se refiere al ejercicio de la protección diplomática mediante «la acción diplomática o cualesquiera medios de solución pacífica». En el apdo. 8 que recoge el Comentario a dicho artículo se define la acción diplomática como «todos los procedimientos legítimos empleados por un Estado para informar a otro Estado de sus opiniones y preocupaciones, incluidas la protesta, la solicitud de una investigación y las negociaciones orientadas a la solución de la controversia». En relación con los otros medios de solución pacífica se habla de «todos los medios lícitos de solución de controversias, desde la negociación, la mediación y la conciliación hasta el arbitraje y el arreglo judicial». De este modo, el Proyecto va más allá de la distinción que ha venido haciendo la jurisprudencia internacional entre acción diplomática y acción judicial¹⁹ para señalar las acciones en ejercicio de la protección diplomática, y acoge en su seno los distintos medios pacíficos de solución de controversias internacionales que aparecen citados en el art. 33 de la CNU²⁰.

13. En cuanto que, como ya hemos dicho, la protección diplomática es un medio para hacer efectiva la responsabilidad internacional, conviene recordar el comentario al art. 42 de la CDI sobre responsabilidad internacional y el significado de la invocación de la responsabilidad. Parece claro que el ejercicio de la protección diplomática por cualesquiera medios exige, siempre, algo más que la mera comunicación o puesta en conocimiento de otro Estado de un malestar o una crítica por un determinado hecho. Exige una reclamación. Esta, normalmente, suele incluir la petición de cesación del ilícito y la petición de una reparación²¹.

un repaso de la primera y su contenido puede verse en DÍAZ BARRADO, C. M., «Marco normativo de la protección diplomática», en MARIÑO MENÉNDEZ, F. M., *Un mundo sin desarraigo: el derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catarata, 2006, pp. 240 y ss.; GHERARI, H., «L'institution consulaire entre tradition et modernité», *La protection Consulaire...*, op. cit., pp. 7-38. Véase también, PANCRACIO, J. P., op. cit., pp. 77-92.

¹⁹ Véase asunto *Mavrommatis*, cit., y también TPJI, Sentencia de 28 de febrero de 1939, asunto *Ferrrocarriles Panevezys-saldutiski*, Serie A/B, p. 16. Resulta sorprendente que la CDI, en el Comentario al proyecto solo distinga la protección diplomática de la asistencia consular y no haga referencia alguna a la protección consular, figura cuyo contenido parece subsumirse en el concepto de asistencia consular, al reconocer la posibilidad de que la asistencia consular tenga lugar una vez cometido el ilícito. En este sentido es lamentable que el proyecto no clarifique estas dos figuras, en contra de lo que sí ha venido haciendo la doctrina científica.

²⁰ Efectivamente, no se exige (ni es por otra parte políticamente conveniente) acudir directamente a la vía de la *reclamación formal mediante vía judicial*.

²¹ Véase el art. 43 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad internacional y su comentario; en particular los apdos. 2 y 5. En la doctrina española ha llegado a plantearse, con base en la práctica nacional, la existencia de una modalidad particular de protección diplomática. Consistiría en lo que se ha dado en llamar *protección diplomática mediante acuerdo internacional*, si bien se reconoce la posibilidad de discutir esta figura como mecanismo de protección diplomática en sentido estricto. Ello porque, en primer lugar, no se hace necesaria la comisión de un ilícito internacional por parte de un Estado y, en segundo lugar, probablemente pudiera ser solo una forma de evitar una reclamación formal y, en consecuencia, una confrontación pública poco deseable para ambas partes. Véanse, sobre esta cuestión, DÍAZ BARRADO, C., «La protección de españoles...», op. cit., p. 272, y DÍAZ BARRADO, C. M. y FERNÁNDEZ LIESA, C., *Indemnizaciones a españoles privados de sus bienes en el extranjero*, Madrid, Tecnos, 1993. Conviene señalar que las intervenciones que pueden realizar determinados Estados en el extranjero y que resulten *estRICTAMENTE NECESARIAS* para la protección de la vida de sus nacionales, en peligro en

14. En todo caso, no puede perderse de vista que «la determinación de la *naturaleza jurídica* de las diversas medidas que los Estados realizan para proteger a sus nacionales en el extranjero, ha de hacerse teniendo en cuenta factores de muy diversa índole, y así y todo, resultaría difícil defender con rotundidad, en ocasiones, que una medida concreta debe ser encuadrada en alguna de las categorías convencionalmente establecidas»²².

3. LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

15. Como ya hemos señalado anteriormente, la protección diplomática parte de una ficción jurídica según la cual un daño a un nacional de un Estado es un daño a este. En virtud de ello, tal y como señaló el TPJI en el asunto *Mavromatis*: «Al asumir la causa de uno de sus súbditos y al poner en marcha, en su nombre, una acción diplomática o una acción judicial internacional, un Estado hace valer, en realidad, su propio Derecho, el Derecho que tiene a hacer respetar las normas del Derecho internacional en la persona de sus súbditos»²³. En la misma línea, el TIJ señaló en el caso *Barcelona Traction* que «un Estado puede ejercer su protección diplomática por los medios y en la medida en que considere apropiado, pues es su propio derecho lo que hace valer»²⁴.

16. Ahora bien, ese *dictum* del TPJI se produce en un momento en el que tanto el reconocimiento de derechos al individuo en Derecho internacional como su legitimación activa para invocar la responsabilidad de un Estado por un ilícito al respecto era muy limitada, y esa ficción jurídica descrita era la única forma de proteger los derechos del particular²⁵. El hecho de que, actualmente, el individuo sea titular de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico internacional así como el incremento de sus posibilidades para exigir responsabilidad en caso de un ilícito internacional, llevan a plantear si todavía hoy un Estado que ejerce la protección diplomática hace valer su propio derecho o el derecho del particular lesionado.

ese otro Estado, como manifestación de legítima defensa o estado de necesidad (JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional de Estado*, Alicante, Universidad de Alicante, 1988, pp. 124-128) tampoco responden al concepto de protección diplomática del proyecto CDI.

²² DÍAZ BARRADO, C., «La protección de españoles...», *op. cit.*, p. 260.

²³ TPJI, Sentencia de 4 de septiembre de 1924, asunto *De las Concesiones Mavrommatis en Palestina*, Serie A, núm. 2, p. 12.

²⁴ Sentencia de 5 de febrero de 1970, asunto *Barcelona Traction* (2.^a fase), párr. 78. En la misma línea se había pronunciado también el TIJ en el caso *Nottebohm* al afirmar que la protección diplomática es un medio para la defensa de los derechos del Estado [Sentencia de 6 de abril de 1955, asunto *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (2.^a Fase), p. 24].

²⁵ Véase, en este sentido, DUBOIS, L., «La distinction entre le droit de l'État reclamante et le droit du ressortissant dans la protection diplomatique (a propos de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 juin 1977)», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1978, p. 620.

17. El proyecto de la CDI sobre protección diplomática adoptado en 2006 no se pronuncia a este respecto conscientemente. De hecho, el Comentario al art. 1 señala que: «El art. 1 está formulado de tal manera que quede abierta la cuestión de si el Estado que ejerce la protección diplomática lo hace ejerciendo su propio derecho o el de sus nacionales»²⁶. En su Comentario al art. 2 vuelve sobre ello indicando que en el derecho del Estado a ejercer la protección diplomática no interfiere en «quién sea el titular de los derechos que el Estado pretende hacer valer en el proceso, ya sea su propio derecho o los del nacional perjudicado en cuyo nombre actúa. Como el proyecto de art. 1, es neutral al respecto»²⁷. De dicha neutralidad deja constancia también el hecho de que mientras el art. 1 del proyecto pone el acento en el daño ejercido sobre un individuo a partir de un ilícito internacional, lo que llevaría a pensar que el Estado queda en un segundo plano, el Comentario a dicho artículo acude a la jurisprudencia *Mavromatis* para señalar el ejercicio por parte del Estado de un derecho propio mediante la protección diplomática. Se ha intentado, sin duda, mantener el equilibrio necesario para alcanzar un consenso en el seno de la CDI²⁸.

18. La doctrina ha identificado tres teorías para explicar esta parte del contenido jurídico de la institución de la protección diplomática²⁹:

— La teoría clásica o *vatteliana*, se basa en la consideración de que un daño al particular es un daño al Estado que genera automáticamente en este un derecho para reclamar internacionalmente, de modo que el único titular del derecho y de su contenido es el Estado, no el individuo³⁰. Es evidente que esta teoría aparece superada por la realidad actual en la que el ordenamiento jurídico internacional reconoce derechos propios al individuo, incluidos la capacidad de reclamar internacionalmente su cumplimiento.

— Una segunda teoría, objetivista, se sitúa en el otro extremo. Considera que el único lesionado es el particular y el Estado actúa como representante de este al invocar la responsabilidad. El Estado no tendría un derecho propio, sino que este sería del particular, exclusivamente³¹. Conviene recordar en este

²⁶ Párr. 5. Véanse también párrs. 3 y 4.

²⁷ Párr. 1.

²⁸ Véase, en este sentido, VERMEER-KÜNZLI, A., «As if: The legal fiction in Diplomatic Protection», *The European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, pp. 59-60.

²⁹ Véanse en detalle, a este respecto, TORROJA MATEU, H., *El derecho del Estado...*, pp. 53-56, y WYLER, E., *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux International*, París, PUF, 1990, pp. 9-11, esp. p. 10.

³⁰ «Anyone who mistreats a citizen directly offends the State. The sovereign of that State must avenge its injury, and if it can, force the aggressor to make full reparation or punish him, since otherwise the citizen would simply not obtain the main goal of civil association, namely, security» (VATTEL, E. DE, *Le droit des gens ou les principes de la loi naturelle*, vol. I, book II, Londres, 1758, párr. 71). En *The Classics of International Law* (Washington D. C., Carnegie Institution of Washington, 1916) (cita tomada del Informe del Relator Especial Bennouna, 1998, párr. 6.).

³¹ Hay quien considera que esta teoría ha sido admitida por la Corte en el caso *Avena* [véase TIJ, Sentencia de 31 de marzo de 2004, asunto *Avena y otros nacionales mexicanos (Mexico c. EEUU)*, párr. 42], lo que llevaría a pensar que las demás peticiones las hace México en nombre de sus nacionales cuando el Tribunal afirma que México realiza algunas peticiones en nombre propio (véase SANTULLI, C.,

punto que el Tribunal internacional de Justicia no permite las acciones de Estados que no tienen por objeto hacer valer peticiones propias y nunca permite las de particulares, puesto que estos no pueden actuar ante esa jurisdicción³². Admitir esta teoría impediría que pudiera ejercerse la protección diplomática ante el TIJ, lo que no es acorde con la realidad.

— Una tercera teoría, la teoría mixta, considera que el hecho ilícito internacional lesiona tanto los derechos del particular como los del Estado. «El derecho lesionado del Estado es el derecho reconocido por el Ordenamiento internacional a ver respetado el Derecho internacional en la persona de sus nacionales. El derecho lesionado del particular está también reconocido por el Ordenamiento internacional, abarcando la amplia gama de los derechos humanos, junto a otros derechos individuales»³³. Tenemos, por tanto, un derecho subjetivo del que es titular el particular, cuya lesión genera un derecho subjetivo de protección cuyo titular es el Estado³⁴. Esta teoría «es la que mejor responde a la realidad jurídica contemporánea, en el bien entendido de que las bases tradicionales de la institución (ficción jurídica y titularidad del Estado) siguen subsistiendo»³⁵.

19. El alcance del ejercicio de este derecho de protección diplomática por parte del Estado, en particular los límites a su discrecionalidad con origen en un correlativo derecho de protección del particular lesionado, ha sido ampliamente discutido por doctrina y también en el seno de la CDI. En el proyecto de la CDI aprobado en 2006 la posibilidad de restringir la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática, en la petición de una u otra forma de reparación y en la disposición de la indemnización pertinente en caso de obtenerla, se ha limitado en el art. 19 a ser una «Práctica Recomendada». Este artículo señala que: «Un Estado que tenga derecho a ejercer la protección diplomática de conformidad con el presente proyecto de artículos debería: a) considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave; b) tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la

«Entre protection diplomatique et action directe: la représentation», *Le sujet en droit International*. París, Pedone, 2005, p. 93, nota 26). Sin embargo, probablemente el Tribunal estaba diferenciando la protección diplomática de la posibilidad de actuar directamente. En este sentido, véase FORLATI, S., «Protection Diplomatique, droits de l'homme et réclamations "directes" devant la Cour internationale de Justice. Quelques réflexions en marge de l'arrêt Congo/Ouganda», *Revue Générale de Droit International Public*, 2007, núm. 1, pp. 99-100.

³² Véanse FORLATI, S. «Azzioni dinanzi alla Corte internazionale di giustizia rispetto a violación di obblighi *erga omnes*», *Rivista di Diritto internazionale*, 2001, pp. 69 y ss., o FORLATI, S., p. 100.

³³ TORROJA MATEU, H., *El derecho del Estado...*, op. cit., p. 55. Véase VERMEER-KÜNZLI, A., en esta misma línea, al señalar que «if one agrees with the position that diplomatic protection is premised on a fiction, one cannot simultaneously maintain that a state is in reality claiming its own right. The very fiction in diplomatic protection is that a state pretends to claim its own right, while in reality it is the right of its individual national that is at stake. The only right the state has is the right to exercise diplomatic protection, which is a different right than the violated right that is asserted by taking up the Claim» («As if. The legal fiction...», op. cit., p. 58).

³⁴ TORROJA MATEU, H., *ibid.*, pp. 56 y ss.

³⁵ *Ibid.*, p. 55.

protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener, y c) transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables».

20. El comentario al art. 19 del proyecto de la CDI reconoce la existencia de estas prácticas por parte de los Estados y las califica de «deseables», aunque también las considera insuficientes para poder hablar en ese momento de norma consuetudinaria. Además, señala expresamente que este artículo es un simple *recordatorio* de que la protección diplomática es un mecanismo más a disposición de los Estados que sirve a la protección de los derechos humanos, que el Derecho internacional no obliga a los Estados al ejercicio de la protección diplomática, y que su carácter discrecional viene confirmado por el propio proyecto en su art. 2³⁶. El propio comentario a este art. 2 señala que: «Un Estado tiene el Derecho a ejercer la protección diplomática en beneficio de sus nacionales. No tiene ni el deber ni la obligación de hacerlo. Aunque el Derecho interno de un Estado puede obligarle a ejercer su protección diplomática en beneficio de sus nacionales, el Derecho internacional no impone tal obligación».

21. Ante el progresivo desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, resulta razonable replantear la figura de la protección diplomática para potenciarla como mecanismo para hacer efectiva la responsabilidad internacional en coherencia con la actual dimensión axiológica del Derecho internacional y con el crecimiento de la subjetividad jurídica del individuo en este ordenamiento jurídico. En esta reformulación, la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática se vería limitada³⁷.

22. Este planteamiento no es nuevo y está latente desde los inicios de los trabajos de la CDI sobre protección diplomática. Como ya señalaron en su momento los dos Relatores Especiales nombrados por la CDI para elaborar el proyecto de artículos sobre protección diplomática, los avances en la protección y garantía de los derechos fundamentales, generan ciertas «consecuencias jurídicas» que superan la concepción clásica de la protección diplomática³⁸ y que permiten considerarla algo obsoleta en su configuración actual. Señalaban que tanto la legislación interna de algunos Estados como algunas decisiones judiciales mostraban que el Estado tiene una obligación

³⁶ Véanse párrs. 1 y 3 del Comentario al art. 19 del Proyecto.

³⁷ Véase ALCOCEBA GALLEGOS, M. A., *La protección diplomática de los derechos humanos. La necesaria reformulación de una institución clásica de Derecho internacional público*, Madrid, Aranzadi, 2017.

³⁸ Véase el Informe del Relator Especial sobre protección diplomática, Sr. M. Bennouna, cit., p. 6, y el Primer Informe del Relator Especial sobre protección diplomática, Sr. J. R. Dugard, 2000, pp. 5 y ss. En su primer Informe Dugard llegó a proponer un art. 4 con la siguiente redacción: «A menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o Tribunal Internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de esta, si el daño se debe a una violación grave de una norma de *ius cogens* atribuible a otro Estado».

(aunque sea limitada) de proteger a sus nacionales cuando estos han sufrido un perjuicio importante³⁹. El art. 19 del Proyecto CDI se ha mantenido en esa línea al recomendar a los Estados que consideren la posibilidad de ejercer la protección diplomática cuando se ha causado un *perjuicio importante*, entendiendo por tal los casos de violaciones graves⁴⁰ o importantes⁴¹ de los derechos humanos; no ante cualquier violación de derechos humanos⁴². Probablemente este detalle, junto con el hecho de que se trate de una mera recomendación, facilitó el acuerdo en la CDI sobre este artículo. Parece razonable entender que se ha producido una violación grave de derechos humanos en la persona de un individuo cuando la violación lo es respecto de una norma de derechos humanos que tiene carácter de *ius cogens*.

23. En todo caso, conviene subrayar que, tal y como acertadamente se ha comentado, mientras los Estados «no adopten la norma jurídica que les obligue a ejercer la protección diplomática en estos casos, esta no existirá [en el ámbito internacional]; por más que se afirme desde un plano doctrinal su existencia»⁴³. La cuestión estriba entonces en determinar si, catorce años después de la aprobación del proyecto de la CDI, esta idea de la limitada discrecionalidad ha pasado a ser una norma consuetudinaria de Derecho internacional.

24. La práctica de protección diplomática ha sido y sigue siendo escasa. La relevancia de los condicionantes políticos en la práctica de la protección diplomática, junto con las vías alternativas de que disfruta el particular para exigir la protección y garantía de sus derechos, han situado a la antaño institución central del Derecho internacional en el ostracismo de la práctica de esta rama del Derecho. Desde 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas ha venido invitando a los Gobiernos a formular observaciones sobre la recomendación de la CDI para que la Asamblea elaborara una convención basada en el proyecto de artículos sobre protección diplomática⁴⁴. Asimismo, desde 2010 la Asamblea General ha decidido incluir la Protección Diplomática en su programa provisional de futuros períodos de sesiones y en el marco de un grupo de trabajo de la Sexta Comisión⁴⁵.

25. Acudiendo a estos textos, y limitándonos a lo que a nosotros nos interesa en este trabajo, podemos afirmar que la labor de la CDI ha permitido formular, precisar y sistematizar las normas consuetudinarias de Derecho internacional en la materia, así como precedentes y doctrina, y ha abierto la

³⁹ Véase el Primer Informe del Relator Especial Dugard, cit., párrs. 80 a 87. Véase también esto recogido en el Comentario al art. 2 y al art. 19.

⁴⁰ Comentario al art. 2, párr. 3.

⁴¹ Comentario al art. 19, párr. 3.

⁴² El propio comentario al art. 19 del proyecto indica que «la idea de que los Estados tienen una obligación, aun imperfecta, ya sea en virtud del Derecho internacional o del Derecho interno, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando estos son víctimas de importantes violaciones de derechos humanos tiene un apoyo creciente» (párr. 3).

⁴³ TORROJA MATEU, H., *El derecho del Estado..., op. cit.*, p. 96.

⁴⁴ Véanse A/62/118 y Add.1; A/65/182 y Add.1; A/68/115 y Add.1, y A/71/93 y Corr. 1.

⁴⁵ Véanse Res. A 65/27, Res. A 68/113 y 71/142.

puerta al desarrollo progresivo de determinadas cuestiones⁴⁶. El valor normativo de los preceptos contenidos en el Proyecto de Artículos sobre la Protección Diplomática no deriva de una naturaleza convencional de la que carecen, sino de su carácter de costumbre internacional, es decir, como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho en relación con aquellas disposiciones en que así sea. Aunque los Estados reconocen el indudable valor del proyecto elaborado por la CDI para *orientar* su propia labor en materia de protección diplomática, sigue sin haber un consenso claro sobre la elaboración de una Convención al respecto⁴⁷. Algunos Estados han venido valorando muy positivamente esta posibilidad con objeto de fijar y clarificar las obligaciones de los Estados en la materia, sirviendo a la seguridad jurídica⁴⁸. Otros Estados, por el contrario, no son partidarios de ello pues consideran que resultaría prematuro en vista de que los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos siguen siendo objeto de examen y ante las discrepancias sobre determinados artículos del propio Proyecto sobre protección diplomática⁴⁹.

26. Las observaciones y comentarios sobre el proyecto enviados por los Estados al secretario general desde su adopción, así como las intervenciones de los Estados en la Sexta Comisión, permiten afirmar que, a día de hoy, no existe una norma consuetudinaria internacional que limite la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática, ni siquiera en el marco de violaciones de *ius cogens* internacional⁵⁰; ello sin

⁴⁶ El propio TIJ confirma al menos algunas de sus disposiciones como Derecho consuetudinario: véase cómo cita este Proyecto el TIJ en su Sentencia de 24 de mayo de 2007, asunto relativo a *Ahmadou Sadio Diallo, República de Guinea c. Repùblica del Congo* (Excepciones preliminares), en particular en sus párrs. 39 y 91.

⁴⁷ Véase A/C.6/71/SR. 9, 10, 31 y 32.

⁴⁸ Es el caso de Filipinas, Qatar, CELAC, El Salvador, Cuba, Rusia, México, Togo, Brasil, Argentina, India, Líbano, Dinamarca, Islandia, Noruega, Finlandia, Suecia y Francia.

⁴⁹ Es el caso de Austria, Polonia, Nueva Zelanda, Australia, Malasia, Canadá, Reino Unido, Irán, Estados Unidos, Irán, Venezuela y República Checa.

⁵⁰ Véanse, por ejemplo, en este sentido las observaciones presentadas por Francia: «El objetivo del proyecto de art. 19, que no refleja ninguna costumbre y tampoco se enmarca en el desarrollo progresivo del Derecho, es recomendar a los Estados determinadas prácticas que la Comisión de Derecho Internacional considera “deseables”. Francia observa por tanto que la Comisión no ha pretendido situarse en el ámbito del Derecho positivo ni reflejar una práctica real de los Estados. En cualquier caso, las recomendaciones de la Comisión parecen confundir la naturaleza de la protección diplomática, que es un mecanismo que el Estado ejerce de manera discrecional en sus relaciones internacionales, con la de otros mecanismos más específicos relativos a la protección internacional de los derechos humanos o de las inversiones extranjeras» (véanse A/62/118/Add.1, p. 9 y A/62/118/Add.1, 2007). En opinión de Reino Unido, «los artículos sobre protección diplomática van más allá de la codificación estricta del Derecho vigente y contienen elementos de desarrollo progresivo del Derecho internacional consuetudinario sobre el tema. Algunos de esos elementos entrarían en conflicto con la práctica actual del Reino Unido y no resultan deseables». En tal sentido, no parece adecuado incluir en un tratado el art. 19 (Práctica recomendada), aparentemente no vinculante, y correr así el riesgo de socavar la discreción que tienen los Estados para decidir si ejercen o no la protección diplomática [...] (véase A/C.6/68/SR.15, 2013). Para Colombia: «El art. 19 constituye una redacción poco común en el ámbito de los tratados multilaterales, en atención a que constituye una formulación de orden exhortatoria o recomendatoria, por contraposición a la consagración de obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados. Conviene señalar que, aun cuando el Derecho internacional no reconoce una norma que

perjuicio de que algunos Estados se feliciten por el camino emprendido por el art. 19 e incluso quieren que se profundice en él⁵¹. Hoy por hoy no existe

obligue a los Estados a ejercer protección diplomática, la disposición en comento codifica un deber de considerar debidamente la posibilidad de ejercerla. De esta forma, conviene analizar con cautela la posibilidad de que la norma citada se traduzca en una obligación para el Estado colombiano de analizar todas las reclamaciones de protección diplomática, con arreglo a estándares aun no definidos» (véase A/68/115/Add.1, 2013).

⁵¹ Véase, por ejemplo, Países Bajos: «Los Países Bajos habrían preferido que en los proyectos de artículo se hubiera seguido un enfoque algo más progresivo a la hora de abordar este tema. No obstante, debe observarse que los arts. 8 y 19 del actual proyecto sí responden a criterios progresivos. Los Países Bajos temen que una posible convención sobre la protección diplomática podría quedar privada de esos escasos elementos progresivos, en particular los arts. 8 y 19, en el momento en que fuera ratificada. Los Países Bajos acogen con agrado el art. 19 relativo a la práctica recomendada. Aunque no es común que los instrumentos jurídicos internacionales incluyan recomendaciones, el uso de este recurso tampoco es desconocido. De hecho, en opinión de los Países Bajos, el art. 19 brindaría apoyo a la persona lesionada y sería coherente con la obligación de proteger a los nacionales cuando son objeto de violaciones significativas de los derechos humanos. Por consiguiente, los Países Bajos suscriben este enfoque basado en las “mejores prácticas”» (A/65/182/Add.1, 2010). En opinión de Polonia: «El ejercicio de la protección diplomática cuando otro Estado viola los derechos humanos que están garantizados significa que el alcance *ratione materiae* de la protección diplomática en las relaciones internacionales contemporáneas se ha ampliado considerablemente. [...] Polonia apoya la inserción en el art. 19 de la regla de que un Estado, al ejercer protección diplomática, debería tener en cuenta los derechos e intereses del nacional que sufrió un perjuicio como consecuencia del hecho internacionalmente ilícito por otro Estado. El Estado también debería dar la debida consideración a la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave; debería tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener. El Estado debería tener en cuenta la posibilidad de transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables. El otorgamiento de derechos a las personas cuando se ejerce la protección diplomática limitaría la discrecionalidad del Estado y contribuiría a la mayor eficacia de esta institución» (Doc. A/68/115, 2013). Para Togo: «En virtud del art. 2, el ejercicio de la protección diplomática se presenta como un Derecho del Estado. Por consiguiente, no cabe duda de que la protección diplomática se encuadra en la soberanía de cada Estado, como se ha mencionado, y, más concretamente, consiste en el ejercicio por el Estado de una forma de jurisdicción “personal”. Sobre esa base, es innegable que el ejercicio de la protección diplomática es un «derecho» del Estado. Sin embargo, ¿no debería ser también una «obligación» del Estado de garantizar la protección diplomática a sus nacionales y, por extensión, su derecho a solicitarla? La institución jurídica de la protección diplomática es tal que el Estado de la nacionalidad de la persona lesionada nunca está obligado a extender su protección a esa persona. Corresponde al Estado decidir si es apropiado ejercer su protección sobre la base de su interés político del momento. En apoyo de esta posición, se ha argumentado que, cuando un Estado de la nacionalidad ejerce la protección diplomática, está defendiendo su propio interés más que el de la persona directamente lesionada por el hecho de otro Estado. Esto explica el requisito de que se agoten primero los recursos internos. No obstante, es preciso reconocer que el principio fundamental de la protección diplomática, como lo expuso el jurista suizo Emmerich de Vattel en 1758, indicaba que era más una obligación que un derecho. Afirmó que «quien maltrate a un ciudadano lesiona indirectamente al Estado, el cual debe proteger a ese ciudadano». En ese sentido, el reconocimiento de la protección diplomática como un derecho del ciudadano y una obligación del Estado es una cuestión de lógica y sentido común y tiene apoyo en la evolución reciente del Derecho internacional. Hoy, la soberanía es considerada una cuestión de responsabilidad y ya no como un derecho que se ejerce en forma puramente discrecional. En consecuencia, en la reunión plenaria de alto nivel del sexagésimo período de sesiones de la Asamblea General, se reconoció el principio de la responsabilidad de proteger, en virtud del cual cada Estado debe tomar todas las medidas necesarias para proteger a sus ciudadanos contra las violaciones de sus derechos fundamentales. Sobre la base de esas observaciones, sería oportuno introducir un cambio en el proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre la protección diplomática que permita que los ciudadanos exijan la protección de su Estado, ante los tribunales internacionales si fuera necesario, si el Estado no la ejerciera (véase A/71/93, 2016).

una obligación jurídica en Derecho internacional de ejercer la protección diplomática.

27. En consecuencia, tal y como se había venido afirmando doctrinalmente sobre la protección diplomática con ocasión de la aprobación del proyecto en 2006, «en el actual régimen internacional general de los derechos humanos, lo que no tiene el particular es el derecho subjetivo de protección [...]. Todo intento de atribuir al particular un derecho subjetivo de protección fundamentado en este derecho subjetivo lesionado, es en el fondo salir del marco de la protección diplomática *tradicional*»⁵². «El Derecho internacional público general reconoce derechos sustantivos a los particulares, pero no les reconoce derechos subjetivos de protección correlativos. Esta correlación puede darse en el marco de acuerdos particulares o de sistemas normativos particulares, pero no se deriva directamente del Derecho internacional general»⁵³. La *Práctica Recomendada* del art. 19 solo permite afirmar que los derechos humanos están sirviendo a la revisión de *lege ferenda* de la protección diplomática en su concepción tradicional, en el sentido de contribuir a limitar la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática. Hoy por hoy no existe en Derecho internacional un *derecho del particular* a la protección diplomática y las únicas limitaciones reales con que cuenta el Estado en su ejercicio le vienen impuestas por su Derecho interno.

4. LA DISCRECIONALIDAD DEL ESTADO EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA A LA LUZ DEL DERECHO ESPAÑOL

4.1. La reorientación de la discrecionalidad de la protección diplomática en España

28. En el ordenamiento jurídico español no existe disposición alguna que recoja la obligación para las autoridades españolas de ejercer la protección diplomática. El Real Decreto núm. 1124/2008, de 4 de julio, que atribuye en su art. 1.1 al Ministerio de Asuntos Exteriores la función de «defender los intereses y llevar a cabo una adecuada y eficaz política de protección de los ciudadanos españoles en el exterior», y la Ley 40/2006 del Estatuto de la ciudadanía española en el exterior no se refieren a la protección diplomática, sino a la protección y asistencia consular⁵⁴.

⁵² TORROJA MATEU, H., «La “protección diplomática de los derechos humanos” de los nacionales en el extranjero: ¿Situaciones jurídicas subjetivas en tensión?», *REDI*, vol. LVIII, 2006, pp. 227-228.

⁵³ TORROJA MATEU, H., «El Derecho del Estado...», *op. cit.*, p. 58.

⁵⁴ Véase, en este sentido, el Informe AJI núm. 11255, Incidente del Pesquero P. H., p. 2 (aunque se hacía referencia al anterior Real Decreto 1473/2000, de 4 de agosto, que era el que se encontraba en vigor en ese momento). De otra opinión, DÍAZ BARRADO, C., utilizando, a nuestro entender, una concepción amplia de protección diplomática que no se corresponde con la que el proyecto de la CDI utiliza «Marco normativo...», *op. cit.*, p. 278.

29. La práctica española de protección diplomática de los distintos ejecutivos españoles ha seguido, esencialmente, el modelo tradicional de Derecho internacional público. En opinión de la de la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores (AJI), «en Derecho español, no existe ninguna disposición que reconozca un derecho de la persona a beneficiarse de la protección diplomática. Las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan la protección de los derechos e intereses de las personas y, en particular de los españoles, no proclaman ningún derecho de las personas a la protección diplomática»⁵⁵; «la protección diplomática es el *derecho del Estado* a reclamar el respeto del Derecho internacional en la persona de sus nacionales o de otras personas especialmente vinculadas con el mismo. Tanto desde el punto de vista del Derecho internacional como desde la óptica del Derecho interno español, la protección diplomática *no es ni un deber ni una obligación*»⁵⁶. Por tanto, en nuestro ordenamiento el particular no sería, en principio, titular del derecho de protección diplomática.

30. En consecuencia, tal y como tradicionalmente se ha reconocido por la doctrina y la propia práctica española, la decisión de ejercer o no la protección diplomática por el Estado español depende de la oportunidad política de hacerlo en cada caso concreto, y de la medida en que de dicho ejercicio pueda desprenderse algún tipo de perjuicio para las relaciones bilaterales de España con el Estado causante del ilícito internacional en algún nacional español⁵⁷. El Tribunal Supremo también ha señalado, acudiendo al ordenamiento internacional, que «es una realidad que la protección diplomática es un derecho del Estado, pero no es un derecho del individuo, por ello es indiscutible que si esta se solicitase, el Estado puede llegar a rechazarla por consideraciones de orden político nacional o internacional»⁵⁸. Efectivamente, «tratándose de un “derecho propio” del Estado, a este ha de corresponderle en exclusiva la ponderación de las circunstancias internas y externas, favorables o adversas, que posibiliten o dificulten el ejercicio en favor de sus nacionales, de la acción reivindicativa ante otro Estado»⁵⁹.

31. No obstante, la jurisprudencia de los Tribunales españoles permitía atisbar una *reorientación* de la práctica de protección diplomática de nuestro país en beneficio de los particulares, limitando la *discrecionalidad* del Estado en el ejercicio de la protección diplomática en la medida en que el particular

⁵⁵ AJI, Informe núm. 13020, cit., p. 6.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 4, citando a su vez el Informe previo AJI núm. 12756.

⁵⁷ Véase, por ejemplo, AJI, informe en relación con el escrito remitido por el Defensor del Pueblo a la DGREI sobre la reclamación efectuada por el capitán y patrón de pesca del buque T., Informe núm. 14562, p. 5. Tal y como ha señalado el Profesor PASTOR RIDRUEJO, J., la protección diplomática en España «a été accordée si son exercice ne portait pas un préjudice important aux relations bilatérales avec l’État auteur du fait illicite. Si le risque d’un tel préjudice existait et si on voulait préserver la qualité de ces relations, l’exercice de la protection diplomatique était refusé. La protection diplomatique a été également refusée si son exercice était de nature à rallumer un différend international que l’Espagne souhaitait maintenir “en sourdine”» [«La pratique espagnole de la protection diplomatique», en FLAUSS, J. F. (dir.), *La protection diplomatique...*, op. cit., p. 110].

⁵⁸ STS de 6 de febrero de 1987, FJ 2.

⁵⁹ CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de la protección diplomática...», op. cit., p. 178.

afectado por el no ejercicio de la protección diplomática o por un ejercicio deficiente de este, podría exigir una indemnización por los daños que le hubiera causado dicha omisión o dichas deficiencias, en aplicación del art. 106.2 CE y los arts. 139 a 142 de la Ley sobre el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas: «La responsabilidad patrimonial del Estado personalizada en la Administración, abarca la actividad desplegada en el ámbito de las relaciones internacionales, pues el reconocimiento de un ámbito de discrecionalidad a favor de la potestad de la dirección política del Gobierno, no es obstáculo al carácter indemnizable de los perjuicios singulares que puedan producirse a cargo de los particulares no obligados a soportarlos»⁶⁰.

32. En esta práctica se apoyó el representante de España en la reunión de la Sexta Comisión de Naciones Unidas el 2 de noviembre de 1998 para afirmar que España se encontraba entre los Estados que, aun reconociendo que el ejercicio de la protección diplomática era un derecho del Estado, suplían la ausencia de protección diplomática en favor de sus nacionales cuando se veían implicados intereses vitales del Estado, mediante el derecho de estos a obtener una indemnización patrimonial del Estado por la lesión sufrida en sus derechos a consecuencia del no ejercicio de la protección diplomática⁶¹. La propia AJI del Ministerio de Asuntos Exteriores español también ha venido reconociendo esta posibilidad en sus informes⁶².

33. Esta *reorientación* se abrió con la STS de 16 de noviembre de 1974, que, aunque señaló que la protección diplomática o su falta de ejercicio no era (ya entonces) fiscalizable por ser un acto político de Gobierno⁶³, inauguró la vía de declarar la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios sufridos por los nacionales en territorio extranjero ligados al no ejercicio o ejercicio deficiente de la protección diplomática y continuó, en idéntica línea, con la Sentencia del mismo Tribunal el 29 de noviembre de 1986. Ambas sentencias, ampliamente estudiadas por la doctrina⁶⁴, tienen en común que la responsabilidad del Estado español nace de un comportamiento de este que está en el origen de la adopción de medidas internacionalmente ilícitas y la consiguiente comisión de un ilícito internacional por parte de un tercer Estado que perjudica a los nacionales españoles, sin que la administración haga nada al respecto.

34. Efectivamente en el primero de los casos, en la Sentencia de 1974, se admitió la responsabilidad patrimonial del Estado español por el no ejercicio de la protección diplomática ante actos de un país extranjero, en este caso la

⁶⁰ STS de 17 de febrero de 1998, Rec. 7562/1992, FJ 5.

⁶¹ Véase Intervención del Sr. Embajador López Giralda, Doc. A/C.6/53/SR.18, p. 10.

⁶² Véanse, por ejemplo, Informe AJI núm. 7178 de 10 de septiembre de 1992, párr. 9; Informe AJI núm. 11255 de noviembre de 2000, párr. 3, e Informe AJI núm. 13020, cit., p. 5.

⁶³ Véase considerando 7.

⁶⁴ Véanse, en particular, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M. P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*; *id.*, «Procedimientos para asegurar...», *op. cit.*; CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*; DÍEZ DE VELASCO, M., «Protección diplomática...», *op. cit.*, y MUÑOZ MACHADO, A., «Protección diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, 1975, núm. 6, pp. 401-426.

República de Guinea Ecuatorial, en base a tres premisas: 1) el origen inmediato del daño fue un acto de respuesta de Guinea originado por una información dada por Televisión Española (ente integrado plenamente en aquel momento en la administración), sobre el jefe del Estado de Guinea Ecuatorial; 2) las actuaciones ilícitas de Guinea causaron un daño patrimonial a ciudadanos exclusivamente de nacionalidad española, quienes no pudieron obtener reparación alguna en el sistema guineano agotados los recursos internos, y 3) ausencia de ejercicio de protección diplomática y consiguiente reparación⁶⁵. En el segundo de los casos, la Sentencia de 29 de diciembre de 1986, se declara la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños sufridos por dos buques españoles apresados y retenidos ilegalmente por las autoridades mauritanas hasta resultar completamente inservibles. En este caso, la administración española, según la sentencia, faltó al máximo celo y precaución en sus indicaciones a sus nacionales y actuó de manera imprudente al indicar que no habría riesgo alguno en faenar al sur de Cabo Blanco en un momento especialmente delicado en las relaciones entre ambos Estados y cuando todo indicaba que no era así, tal y como luego quedó corroborado con el apresamiento de los pesqueros por las autoridades mauritanas; ello, además de sumergirse en una «destacable inacción» posterior a los apresamientos, «sin gestiones efectivas encaminadas a la recuperación de los pesqueros y a la adecuada protección de los nacionales, cometidos esenciales del Estado conforme a la Constitución»⁶⁶; en este caso se afirmó que «la responsabilidad no emana únicamente de la acción que produce el daño, sino también de la omisión cuando no se hace aquello que se ha de hacer; y cuando la pasividad es de la Administración que guarda silencio y está inactiva cuando debe hablar y actuar»⁶⁷.

35. Como puede verse, los dos casos tienen en común una actuación previa de la Administración en el ámbito interno que resulta internacionalmente relevante al conectarse en un proceso causal con la actividad ilícita del Estado extranjero que genera un perjuicio al nacional, y la falta de una efectiva protección diplomática posterior⁶⁸. «Efectivamente, en ambos casos el Tribunal Supremo apreció la existencia de un nexo de causalidad entre la lesión sufrida por los particulares y la actuación de la Administración»⁶⁹. En estos casos en los que ha habido una actuación de la administración española que está en el origen del ilícito internacional del tercer Estado, la responsabilidad de la Administración se deduce cuando «su ausencia de actuación [...] constituya un elemento que haya contribuido a generar o, cuanto menos, a no evitar, el daño sufrido por el particular»⁷⁰.

⁶⁵ Véase, especialmente, considerando 8.

⁶⁶ FJ 4.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*, p. 341, y considerando 8 de la Sentencia de 1974, cit.

⁶⁹ DÍEZ-HOCHLEINER, J., «Protección Diplomática y responsabilidad patrimonial de la administración», *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, p. 198.

⁷⁰ CARRANZA FÖRSTER, S., *La protección diplomática y la práctica española*, Colección Escuela Diplomática, 2011, núm. 11, p. 71.

36. En la línea de que el nacional afectado por el no ejercicio de la protección diplomática o un ejercicio deficiente de este pueda exigir una indemnización por los daños que dicha omisión o dichas deficiencias le han causado, parece situarse también el Tribunal Constitucional. No obstante, dicha afirmación debe hacerse con cautela en la medida en que las referencias a esa cuestión en su jurisprudencia son muy escasas y las pocas que hay «parecen fuera de lugar y contexto»⁷¹ por no encajar en el objeto del asunto tratado por el Tribunal. En su Sentencia de 28 de septiembre de 1995, al hilo de determinar el alcance del art. 24.1 CE en relación con la inmunidad diplomática, el Tribunal Constitucional afirmó que «si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, FJ 3), pese a haberla solicitado, este podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos» (art. 106.1 CE)⁷².

37. En todo caso, es necesario señalar que esta responsabilidad de la Administración se subordina al cumplimiento de las tradicionales condiciones para el ejercicio de la protección diplomática de conformidad con el Derecho internacional, esto es, agotamiento previo de los recursos internos y condición de la nacionalidad.

4.2. La audacia de la SAN de 19 de diciembre de 2019: derechos fundamentales y la ausencia de causalidad

38. Este era, muy sumariamente, el estado de la cuestión preexistente hasta el 19 de diciembre de 2019. La SAN sobre el caso *Cousó* dictada ese día, marca un punto de inflexión en materia de responsabilidad del Estado por el no ejercicio de la protección diplomática. La responsabilidad patrimonial del Estado español se declara sin relación causal tal y como se entendía hasta ese momento, es decir, sin actuación alguna previa por parte del Estado español que pueda desencadenar el ilícito de un tercer Estado y el consiguiente perjuicio para los nacionales españoles. En su argumentación, el Tribunal sitúa al individuo y sus derechos fundamentales en eje central de la argumentación, en coherencia con el núcleo de nuestro ordenamiento jurídico.

4.2.1. *El hecho ilícito internacional*

39. Como ya hemos dicho anteriormente, la existencia de un ilícito internacional es presupuesto necesario para el ejercicio de la protección diplomática. Los hechos que dan origen a esta sentencia se remontan al 8 de abril de 2003, en Bagdad, durante la ocupación militar de Irak por Estados Unidos

⁷¹ DÍEZ DE VELASCO, M., «Protección diplomática...», *op. cit.*, p. 199.

⁷² FJ 10. Esta sentencia es además citada por la AJI, en su Informe núm. 13020, *cit.*, p. 5.

y otros Estados aliados. La Audiencia Nacional se sirve de las «apreciaciones fácticas efectuadas por nuestros órganos judiciales del orden penal» en el caso y las asume como propias⁷³. De acuerdo con la exposición fáctica de la sentencia, «un carro de combate disparó un proyectil de 120 mm contra el hotel Palestina [...] a la altura de la planta 15, donde se encontraba filmando el periodista español José Manuel Couso Permuy, causándole la muerte a él y a otro periodista de la agencia Reuters. El carro de combate contaba con elementos de visión con los cuales se podía apreciar con total claridad a las personas que se encontraban en ventanas y balcones del hotel y los objetos que portaban». Señala que las tropas norteamericanas eran conocedoras de que ese hotel albergaba periodistas «llegando a esta conclusión a través de los testimonios y documentación acopiada en la causa» y «descarta que los periodistas ubicados en el hotel pudieran ser confundidos con ojeadores, tiradores o grupos de tiradores del enemigo, porque la distancia hasta las tropas americanas era excesiva para ese cometido y porque los binoculares, flases y objetivos de los periodistas no podían ser confundidos una vez que las tropas americanas sabían que en el hotel se encontraban los periodistas». A continuación, el Tribunal reproduce un párrafo de la STS de 25 de octubre de 2016 que afirma que «es obligado señalar que la muerte causada violentamente de un profesional de la información cuando estaba en el ejercicio de sus funciones, en las circunstancias que se infieren de lo que se describe en los escritos presentados, constituye un ataque no justificado por parte de fuerza armada a población civil, como igualmente resulta lamentable la escasa cooperación judicial prestada por las autoridades de Estados Unidos para el esclarecimiento de los hechos»⁷⁴. Después de reproducir los arts. 79, 51 y 57 del Protocolo I de los Convenios de Ginebra y recordar que este establece un «sistema de protección de las personas civiles en los casos de conflicto armado» y en particular también para los periodistas⁷⁵, señala que «la muerte del Sr. Couso presentaba la apariencia de un ilícito internacional imputable a las fuerzas de los Estados Unidos»⁷⁶. Se apoya además en el Dictamen del Consejo de Estado 1496/1991 sobre «un supuesto muy semejante» a ese en el que se concluye que, efectivamente, existió ilícito internacional⁷⁷.

⁷³ FFJJ 8 y 9. En particular acude al Auto de procesamiento de 4 de octubre de 2011, emitido por el Juzgado de Instrucción núm. 1, sumario 27/2007 (Diligencias Previas 99/2003) y al ATS de 13 de julio de 2010.

⁷⁴ FJ 8, reproduciendo los Fundamentos de Derecho, pár. 1, STS de 25 de octubre de 2016 que determinó el sobreseimiento de la causa penal (Sentencia 797/2016).

⁷⁵ FJ 10.

⁷⁶ FJ 11.

⁷⁷ Véase FJ 11. Véase Dictamen del Consejo de Estado 1496/1991 de 30 de enero de 1992, pár. IV. Conviene recordar que aunque Estados Unidos no ha ratificado el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, el respeto a la población y personas civiles forma parte de los «principios generales básicos de Derecho Humanitario» que los Estados deben respetar [véase STIJ de 27 de junio de 1986 (caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella), *Nicaragua c. Estados Unidos*, pár. 220] o dicho de otra manera «norma fundamental de Derecho internacional humanitario» (Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, caso IT-95-11-R61, de 8 de marzo de 1996, *Prosecutor v. Martic*, pár. 10). En todo caso, Estados Unidos sí es parte en las Convenciones de Ginebra de 1949 de cuyo art. 3 se desprenden.

40. Merece también atención que recuerde la Sala que para el ejercicio de la protección diplomática no es necesario «que el ilícito internacional haya sido judicialmente declarado, sino que se esgriman unos hechos que integran razonablemente ese ilícito internacional»⁷⁸. Hemos de felicitarnos por este hecho. De lo contrario, el particular quedaría al completo arbitrio de la Administración y absolutamente desamparado en caso de que esta negara la existencia del ilícito como excusa para el no ejercicio de la protección diplomática⁷⁹.

4.2.2. *El agotamiento de los recursos internos*

41. En el caso que nos ocupa, la sentencia estima que la demandante sí cumplió con el requisito de agotamiento de los recursos internos aunque no acudiera en ningún momento a las autoridades norteamericanas ejercitando los recursos procedentes. Ello porque «tal requisito se entiende también cubierto ante la inexistencia de recursos internos disponibles o cuando este sea ineficaz porque no brinde una posibilidad razonable de obtener la reparación por el Estado cuya responsabilidad se invoca»⁸⁰. Efectivamente, esta es una causa de excepción al requisito de agotamiento de los recursos internos recogida en el art. 15 del Proyecto CDI sobre protección diplomática de 2006: «No será necesario agotar los recursos internos cuando: a) No haya razonablemente disponibles recursos internos que provean una reparación efectiva o los recursos internos no ofrezcan ninguna posibilidad razonable de obtener esa reparación». El Tribunal acude al Dictamen del Consejo de Estado 1496/1991 emitido el 30 de enero de 1992 antes citado, en el que se da cuenta de la doctrina de las «cuestiones políticas» en Estados Unidos. En virtud de ella, los Tribunales federales no son competentes «para conocer de pretensiones indemnizatorias derivadas de daños causados por acciones bélicas»⁸¹.

42. Además del agotamiento de los recursos internos, el otro requisito *sine qua non* es que el individuo sobre el que el Estado va a ejercer la protec-

de claramente la prohibición de atentar contra la vida de las personas que no participen directamente en las hostilidades.

⁷⁸ FJ 8.

⁷⁹ Correspondiendo en primer término al propio Estado la apreciación de un ilícito internacional, no debería quedar al único arbitrio de este; parece razonable que los Tribunales españoles pudieran examinar la concurrencia de hechos que «razonablemente» permiten desprender la existencia de dicho ilícito en el marco de este tipo de procesos. No obstante, hay quien no parece muy favorable a ello: «La apreciación de que concurren las circunstancias para su ejercicio —la existencia de un hecho internacionalmente ilícito imputable a otro Estado del que se derivan daños para un nacional— corresponde al propio Estado, que a este respecto goza de un margen de apreciación difícilmente fiscalizable por la jurisdicción. ¿O acaso son los tribunales españoles competentes para pronunciarse sobre la responsabilidad internacional de otro Estado?» (DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «Protección diplomática...», *REDI*, op. cit., vol. LXIV, 2012, núm. 2, p. 197).

⁸⁰ FJ 11.

⁸¹ FJ 11. Véase Dictamen del Consejo de Estado citado, párr. II. Añade el Consejo de Estado en su Dictamen, que «dicha situación resulta en una inhibición de los tribunales en la que hay que ver, más que una denegación de justicia, una indicación de la preferencia de los Estados Unidos por el tratamiento político y no judicial de los problemas como el que aquí se contempla» (párr. III).

ción diplomática tenga su nacionalidad. En este caso concreto no se plantea ninguna duda, por lo que no será objeto de comentario al respecto.

4.2.3. *La responsabilidad del Estado por la omisión de protección diplomática*

43. La sentencia, después de examinar el cumplimiento de las condiciones para el ejercicio de la protección diplomática, reconoce que no existe en Derecho español disposición normativa específica alguna que obligue al Estado al ejercicio de la protección diplomática⁸². También reconoce que el perjuicio causado al individuo por el Estado extranjero no tiene «conexión causal con la conducta de nuestras autoridades» en este caso⁸³. Todo ello, sin embargo, no obsta a la existencia de aquella obligación en determinadas circunstancias⁸⁴ y a la declaración de responsabilidad del Estado.

44. La existencia de una obligación del Estado de ejercer la protección diplomática de los derechos fundamentales del individuo y la declaración de responsabilidad del Estado por el no ejercicio de la protección diplomática en ausencia de nexo causal (tal y como se venía entendiendo hasta entonces) entre el perjuicio sufrido por el particular y la actuación previa de la administración, constituyen la verdadera innovación de esta sentencia. Con esta sentencia se rompe con el hasta entonces requisito *sine qua non*⁸⁵ para afirmar en tales casos la responsabilidad patrimonial de la Administración.

45. Los argumentos del tribunal exigen reflexionar sobre la evolución de la protección diplomática en Derecho internacional, sobre la existencia de una obligación de ejercer la protección diplomática en el ordenamiento jurídico español y sobre la existencia de una *nueva causalidad* en base a la que declarar la responsabilidad del Estado al efecto.

a) *La evolución del Derecho internacional*

46. La relación entre el Ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico español y la necesidad de que este último se conduzca de conformidad con el primero ha sido ampliamente analizado por doctrina y

⁸² FJ 12. No obstante, no ha faltado alguna sentencia como la dictada por la propia Audiencia Nacional el 18 de noviembre de 1999 que afirmaba sorprendentemente que «aunque no existe en nuestra Constitución un reconocimiento expreso del derecho de los ciudadanos a exigir del Estado el ejercicio de la protección diplomática, este queda sobreentendido por nuestra legislación, como se desprende del art. 21.5 de la LO del Consejo de Estado». Véase el comentario crítico al respecto de GONZÁLEZ VEGA, J. A., «Protección Diplomática y Derecho español», *REDI*, vol. LII, 2000, núm. 2, pp. 491 y 492.

⁸³ FJ 13.

⁸⁴ FJ 12.

⁸⁵ DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «Protección diplomática...», *op. cit.*, pp. 196 y 198.

jurisprudencia⁸⁶. La cuestión aquí es cómo entiende la Audiencia Nacional en esta sentencia que se encuentra la cuestión de la protección diplomática en el Derecho internacional público, para luego *trasladarlo* al Ordenamiento jurídico español.

47. En las páginas anteriores ya hemos comentado cómo la humanización del Derecho internacional ha permitido reflexionar sobre la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática y ha dado a luz al art. 19 del Proyecto CDI. Sin embargo, una cosa es que esto pueda servir para que los Estados reflexionen y en base a ello *voluntariamente decidan reorientar* su ejercicio de la protección diplomática y otra muy distinta es que *deban hacerlo*, es decir, que estén jurídicamente obligados a hacerlo en aras del Derecho internacional.

48. Aunque compartimos el resultado de la argumentación del Tribunal, no compartimos su motivación. De acuerdo con lo que hemos comentado con anterioridad, no es jurídicamente admisible, desde el Derecho internacional público, considerar que el proyecto de la CDI es *todo él* Derecho consuetudinario, incluido el art. 19, que como su propio encabezado indica constituye una «Recomendación». El contenido de esta Recomendación, a día de hoy, no constituye lamentablemente Derecho consuetudinario ni aparece en Tratado internacional alguno. Por tanto, no compartimos la afirmación de la sentencia, según la cual, «la protección diplomática está siendo objeto de reajustes en los últimos años, admitiendo la existencia de una *verdadera obligación* para el Estado de ejercitar la protección diplomática en favor de su nacional si concurren los requisitos para ello». Tampoco es posible afirmar que la sentencia emitida por el TIJ en el asunto *Diallo* considere el conjunto del proyecto de la CDI como Derecho consuetudinario, sino que solo lo haría con relación a algunas de sus disposiciones⁸⁷; y también hemos de señalar que la Resolución de la Asamblea General 62/67 de 6 de diciembre a la que también se refiere la sentencia no es una Resolución jurídicamente relevante en lo que a nosotros nos interesa, al contrario de lo que puede parecer leyendo la sentencia, pues solo se encarga de señalar a la atención de los Estados el Proyecto y de felicitar a la CDI por sus trabajos; la Resolución no «Recomienda» a los Estados miembros actuación alguna al respecto, y *no hace suyo* el proyecto⁸⁸.

49. Lo que sí podría afirmarse es que negar la protección diplomática en base a una construcción de absoluta discrecionalidad de esta figura en Derecho internacional, no está en consonancia con la tendencia de este ordenamiento en la actualidad, si bien no se puede considerar todavía a día

⁸⁶ Tanto los Manuales de Derecho internacional público como las obras monográficas y publicaciones periódicas han dedicados multitud de páginas a esta cuestión. A ellos remitimos para ahondar en ello.

⁸⁷ *Op. cit.*, FJ 39.

⁸⁸ Y aunque así fuera, debemos recordar que las Resoluciones de la AG de Naciones Unidas «son simples recomendaciones y, por ello no obligan estrictamente a sus destinatarios a dar cumplimiento a su contenido» (MARÍN MENÉNDEZ, F., *Derecho internacional público*, Madrid, Trotta, 2005, p. 406).

de hoy la existencia de una obligación al respecto. Quizá hubiera sido más acertado afirmar que una negativa al ejercicio de la protección diplomática en determinadas circunstancias no está en consonancia con la evolución de esta figura en Derecho internacional y que, en definitiva, una limitación en el ordenamiento interno para el Estado en el ejercicio de la protección diplomática se concilia mejor con el estado actual de la cuestión en el ordenamiento internacional y su evolución, que negarlo plenamente. Además, tal y como acertadamente se ha señalado «uno de los campos de actuación más sobresalientes de las acciones de protección por los Estados en defensa de sus nacionales en el extranjero y, en particular, de la protección diplomática, es el concerniente a los derechos humanos básicos. No parece lógico, pues, sostener que los Estados gozan de la facultad absoluta de desentenderse de asuntos de esta índole, porque en tal caso sería inconcebible que el ordenamiento internacional reconociese al ser humano ciertos derechos básicos privando de eficacia, mediante el reconocimiento o establecimiento de una norma así, al único mecanismo existente, en muchos casos, para exigir verdaderamente su respeto, es decir, la protección diplomática»⁸⁹. Por esa razón, «cada vez tiene más apoyo doctrinal la tesis según la cual los Estados tienen alguna obligación, por imperfecta que sea, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando son víctimas de violaciones graves de sus derechos»⁹⁰. Sin embargo, el apoyo doctrinal, tal y como hemos visto, no se corresponde con las opiniones de los Estados, haciendo imposible afirmar la existencia, a día de hoy, de norma consuetudinaria alguna en el ordenamiento jurídico internacional en ese sentido.

b) *La obligación para el Estado español de ejercer la protección diplomática*

50. La SAN parte de la consideración de que la jurisprudencia constitucional entiende que «al menos bajo ciertas condiciones y supuestos», el Estado tiene «la obligación de desenvolver su actividad cerca del Estado incumplidor de sus obligaciones a fin de lograr la satisfacción del derecho de sus nacionales»⁹¹. Recurre a la letra de la STC 140/95, de 28 de septiembre, que ya citamos antes cuando afirma que «si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, FJ 3), pese a haberla solicitado, este podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos (art. 106.1 CE). Lo que también posibilita, aunque indirectamente, la satisfacción judicial de

⁸⁹ DÍAZ BARRADO, C., «La protección diplomática en el Derecho internacional contemporáneo. Cuestiones generales», *Anuario de Derecho de Diplomático y Consular*, 2016, núm. 1, p. 174.

⁹⁰ DÍEZ DE VELASCO, M. y ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «Procedimientos de aplicación de las normas internacionales (I): la protección diplomática», en ESCOBAR HERNÁNDEZ, C. (coord.), *Instituciones de Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 926. Citado también por DÍAZ BARRADO, C., *op. cit.*

⁹¹ FJ 12.

los derechos e intereses de los particulares por esta vía»⁹². Para determinar la existencia de un derecho subjetivo del particular en nuestro ordenamiento jurídico, la Audiencia Nacional recuerda también la STS de 29 de noviembre de 1986 que afirma que «la adecuada protección de los nacionales españoles en el extranjero constituye un *cometido esencial* del Estado conforme a la Constitución»⁹³, y la STS de 10 de diciembre de 2003 que se refiere a la protección diplomática como *potestad-deber*⁹⁴. A partir de aquí, lo relevante de la SAN a este respecto en nuestra opinión, su interés jurídico, radica en la asociación entre obligación de ejercer protección diplomática y derechos fundamentales.

51. La protección diplomática se constituye para la Audiencia Nacional en su Sentencia de 19 de diciembre como un medio para hacer efectivos los principios constitucionales y, particularmente, los derechos fundamentales: «en ausencia de previsiones legales específicas, esta [obligación de ejercer la protección diplomática] puede nacer de la necesidad de hacer efectivos los valores y principios constitucionales, integrados o interpretados con o desde los tratados internacionales sobre los valores en juego y los principios de Derecho internacional a los que el Estado (todo él) debe acomodar su actuación»⁹⁵. En esa línea, asociando limitación en la discrecionalidad del ejercicio de protección diplomática y derechos fundamentales en la Constitución, la Audiencia Nacional afirma que si «uno de los cometidos esenciales del Estado es la protección de sus nacionales, la obligación del Estado de dispensar dicha protección alcanzaría su grado superlativo de acuerdo con la relevancia constitucional del derecho a la vida *ex art.* 15 CE en relación con el art. 10.2 CE y los convenios internacionales sobre su protección»⁹⁶. Señala además que la obligación de dispensar la protección diplomática alcanza a los familiares del individuo directamente lesionado y, en ese caso fallecido, pues «engarza con el específico deber impuesto en el art. 39 CE, según el cual “los poderes públicos aseguran la protección [...] jurídica de la familia”. Se trata de una obligación impuesta en el art. 53.3 CE que, si bien ha de ser prestada a través de los cauces que el Ordenamiento prevé, nos emplaza a que informe nuestra práctica jurisdiccional. Y en el presente caso, a la vista de que la familia del Sr. Couso no disponía de cauce jurisdiccional practicable ante los tribunales americanos para obtener la reparación que merecía [...], se evidencia que la protección diplomática se revelaba como el cauce idóneo y exigible para que nuestras autoridades cumplieran el mandato impuesto por el art. 39 CE ya citado»⁹⁷. Por último la Audiencia considera, además, que la actividad del Sr. Couso como periodista supone el ejercicio de la libertad de información del art. 20.1.d) CE que, según la jurisprudencia constitucio-

⁹² FJ 10.

⁹³ FJ 13, citando el FJ 4 de esa sentencia. La cursiva es nuestra.

⁹⁴ FJ 13 de la SAN, citando el FJ 5 de esa STS.

⁹⁵ FJ 12, letra b).

⁹⁶ FJ 14.

⁹⁷ *Ibid.*

nal no solo son derechos individuales de cada uno, «sino que significan “el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático” (STC 12/1982, de 31 de marzo) [...]. Consecuentemente, también esta dimensión objetiva de la libertad de información militaba en favor de la dispensa de la protección diplomática como forma de protección de la indicada libertad garantizando la indemnidad de su ejercicio»⁹⁸.

52. En opinión del Tribunal, su razonamiento no obsta al carácter discrecional de la protección diplomática en la medida en el ordenamiento español también permite el control jurisdiccional de los actos discretionarios de la administración, siendo precisamente la motivación inexistente en el caso que le ocupa, uno de los elementos sobre los que se puede ejercer el control⁹⁹. Pero además, señala el Tribunal que «si razones de política exterior [...] hubieran aconsejado no desarrollar acción diplomática alguna en favor de los perjudicados por el fallecimiento del Sr. Couso, ellos no tendrían la obligación jurídica de soportar individualmente la política exterior desarrollada en favor del conjunto del Estado y, en definitiva, de la globalidad de los ciudadanos. La imposición a los demandantes de este sacrificio en exclusiva iría en contra del “principio de igualdad ante las cargas públicas” al que se refería la ya citada STC 107/1992, de 1 de julio, FJ 3 *in fine*, para descartar que la inejecución de una sentencia deba ser soportada por los favorecidos por ella cuando el Estado no haya desarrollado la acción diplomática que cabe esperar»¹⁰⁰. En esta misma línea se ha pronunciado doctrina muy autorizada al señalar acertadamente que «una cosa es que el Estado posea discrecionalidad respecto a su actuación en el plazo de las relaciones internacionales y otra que el ciudadano deba soportar en todo caso el resultado de las decisiones políticas del Gobierno, por lo que creemos que las consecuencias de la situación a nivel internacional deben atenuarse en el orden interno por la vía de la indemnización, atribuyendo un efecto compensatorio, sobre la base de que el perjuicio sufrido por el particular en estos casos supone una ruptura de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas»¹⁰¹. Y es que incluso aunque la protección diplomática se configurara como un derecho del Estado y no del particular, y aunque el Estado pueda llegar a rechazar su ejercicio por consideraciones de oportunidad política, esto habría de ser «excepcional y no ha de servir de pretexto para la inacción diplomática»¹⁰². Ello debe ser especialmente así, en nuestra opinión, cuando se trata de la violación de derechos fundamentales y en coherencia con las obligaciones del Estado para su garantía y protección establecidas en la norma constitucional y sus desarrollos.

⁹⁸ *Ibid., in fine*.

⁹⁹ FJ 15, párr. a).

¹⁰⁰ FJ 15, párr. b).

¹⁰¹ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio...», *op. cit.*, p. 343, e *id.*, «Procedimientos para asegurar la...», *op. cit.*

¹⁰² CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de protección diplomática...», *op. cit.*, p. 188, citando a GECK, W. K., «Diplomatic Protection of Foreigners abroad», pp. 101 y ss.

53. Con sus afirmaciones, la Audiencia está asumiendo efectivamente la tendencia que ya subyacía en las sentencias anteriores y en buena parte de la doctrina que «alega esencialmente que la estructura moderna del Estado de Derecho en una sociedad democrática no se conviene con la interpretación absolutista del tratamiento a dar a la persona y bienes de los nacionales en la esfera internacional, cuando en la esfera interna el Estado está obligado a atenerse estrictamente a sus normas constitucionales, que, por solidaridad y justicia, no permiten el trato desigual y la acción arbitraria de los Gobiernos en relación a sus ciudadanos. Si es lógico, por un lado, que el Estado pondere su decisión política exterior en materia de protección, no deja de ser lógico también que el Estado no desampare discrecionalmente a sus nacionales cuando estos son víctimas del comportamiento injusto en un país extranjero»¹⁰³. Tal y como muy acertadamente se ha señalado: «Los principios básicos que informan nuestra Constitución y el amplio elenco de derechos fundamentales y humanos consagrados por ella se oponen a la discrecionalidad absolutista de épocas pasadas [...]. Los derechos y libertades han de entenderse “de conformidad con la Declaración Universal y los tratados y acuerdos internacionales” (art. 10). Baste señalar, a título indicativo, los arts. 24, 42, 103 y 106 de la Constitución. Y “proteger a todos los españoles” es la voluntad de la Nación (preámbulo)”¹⁰⁴. Efectivamente, «no parece lógico afirmar la discrecionalidad absoluta en el ejercicio de la protección diplomática en el caso de Estados que, al mismo tiempo, contemplan en su ordenamiento interno un amplio margen de protección de los derechos fundamentales»¹⁰⁵.

c) *La cuestión de la causalidad*

54. Hasta este momento, como ya señalamos, era necesario que la administración hubiera contribuido de alguna manera al resultado dañoso del nacional. La jurisprudencia había establecido siempre la responsabilidad del Estado por el no ejercicio o ejercicio inadecuado de la protección diplomática, teniendo en cuenta que el daño ocasionado al particular por parte del tercer Estado, conectaba causalmente con el comportamiento previo de la administración española. En ausencia de causalidad, se rechazaba la existencia de responsabilidad de la administración.

¹⁰³ CASTRO-RIAL GARRONE, F., *op. cit.*, p. 178. Abundando en esta idea, ha afirmado que: «Cuando el Derecho internacional permite, en principio, su ejercicio no debiera de eludirse, en un Estado de Derecho, salvo raras excepciones. Y salvo que se retorne a actualizar la noción de la “razón del Estado” que todavía puede subyacer en la idea utilizada, a veces con exceso, de los “actos de Gobierno”. De lo contrario se introduciría además un baremo desigual en el tratamiento jurídico de los propios ciudadanos. Cuando el Derecho internacional autoriza y faculta a un Estado a interceder en favor de sus ciudadanos objeto de acciones abusivas y antijurídicas en un país extranjero, las motivaciones internas tienen que ser muy valiosas y excepcionales para poder incurrir en la inacción u omisión de la protección diplomática» (pp. 186-187, citando a RUZIÉ, D., *Droit International Public*, París, 1987, p. 58).

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 179.

¹⁰⁵ DÍAZ BARRADO, C., «La protección diplomática en el Derecho...», *op. cit.*

55. A este respecto resulta paradigmática también la STS de 29 de marzo de 1999. En ella, el Tribunal desestimó las pretensiones de los demandantes que solicitaban la responsabilidad patrimonial de la administración por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del apresamiento de un buque pesquero por las autoridades marroquíes cuando faenaba en aguas jurisdiccionales españolas. Los demandantes consideraban que el Estado faltó a su deber de proteger eficazmente a los ciudadanos españoles porque desarrolló ineficaces y débiles gestiones diplomáticas para la liberación del buque y no solicitó a Marruecos una reparación, causando una indefensión de los reclamantes. A estas pretensiones, la Sala sentenció que «no cabe colegir la pretendida relación de causalidad entre la actuación de los servicios públicos y el apresamiento del buque o la tardanza en su liberación, ya que, como correctamente se razona en la sentencia recurrida, no existe una inferencia lógica entre las omisiones del Servicio de Vigilancia Aduanera y el apresamiento del buque en aguas jurisdiccionales españolas ni tampoco entre la actividad diplomática y la prolongación de su retención por las autoridades marroquíes, de manera que, al no existir nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido a los reclamantes, no son aplicables las consecuencias establecidas en los arts. 106.2 CE y 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, sin que la relación de causalidad aparezca tampoco de forma mediata, indirecta o concurrente con la de terceros, en cuyo caso, aun moderando la obligación de indemnizar, también habría responsabilidad patrimonial de la Administración demandada»¹⁰⁶. La sentencia reiteraba la «inexistencia de relación de causalidad entre dicho funcionamiento, con independencia que hubiese sido o no el adecuado y correcto, y el hecho del apresamiento o la retención hasta el momento de la liberación por las autoridades del otro Estado, al considerar, por el contrario, que fue la exclusiva actuación de estas la determinante de lo sucedido, sin que se pueda olvidar que la doctrina jurisprudencial consolidada mantiene la exoneración de responsabilidad de la Administración pública cuando fue la conducta del perjudicado o de un tercero la única determinante del daño producido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público [...] y en el caso enjuiciado no aparece otra causa eficiente de lo acontecido que el comportamiento de los servicios públicos del aludido Estado extranjero, razón que, unida a las anteriores, conduce a la desestimación»¹⁰⁷. Es esta necesidad de relación causal la que, a juicio de cierta doctrina, debía llevar a *tomarse con cautela* la afirmación de la STC 140/95 que ya hemos citado antes y según la cual «si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente [...], pese a haberla solicitado, este podrá eventualmente ejercer una petición indemnizatoria [...] por la lesión sufrida en sus bienes y derechos»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ FJ 4.

¹⁰⁷ FJ 5.

¹⁰⁸ FJ 10. Véase DÍEZ-HOCHLEITNER, J., *op. cit.*, p. 198.

56. En el caso que nos ocupa, la Sentencia del pasado 19 de diciembre, se quiebra esa condición de causalidad así entendida. Y el propio Tribunal lo reconoce expresamente: «Ha de aceptarse que los casos analizados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo [Sentencias de 16 de noviembre de 1974 y de 29 de noviembre de 1986] guardan una diferencia con el presente que impide su aplicación mecánica, pues se trataba en ellos de perjuicios causados por un Estado a nuestros nacionales en represalia a las conductas desenvueltas por España. Se daba por tanto una conexión causal entre la actividad de nuestras autoridades y el perjuicio infligido por otro Estado a un ciudadano español, perjuicio que no se habría intentado reparar a través del ejercicio de la protección diplomática o lo habría sido de modo inadecuado. Por el contrario, en el supuesto que nos ocupa, el fallecimiento del Sr. Couso fue causado por el ejército de Estados Unidos sin conexión causal alguna con la conducta de nuestras autoridades, pues el Sr. Couso era un periodista que se encontraba realizando su actividad profesional cuando sobrevino su fatal fallecimiento»¹⁰⁹. Sin embargo, la SAN considera que en este caso sí se dan las condiciones para que pueda desprenderse la responsabilidad del Estado por no haber ejercitado la protección diplomática¹¹⁰.

57. Efectivamente no existe causalidad en este caso asimilable a los casos anteriores en los que se constituía como elemento imprescindible. Pero también encontramos en la jurisprudencia alguna sentencia con afirmaciones que podrían permitir superar el nexo de causalidad tal y como se venía entendiendo. En este sentido la STS de 29 de diciembre de 1986 ya citada afirmó que, al margen de la actuación de la administración española que propició la acción del tercer Estado y el daño a los particulares, «cabe añadir la destacable inacción de las autoridades españolas, ulterior a los apresamientos, sin gestiones efectivas encaminadas a la recuperación de los pesqueros y a la adecuada protección de los nacionales, cometidos esenciales del Estado conforme a la Constitución, pues «la responsabilidad no emana únicamente de la acción que produce el daño, sino también de la omisión cuando no se hace aquello que se ha de hacer; y cuando la pasividad es de la Administración que guarda silencio y está inactiva cuando debe hablar y actuar, su responsabilidad es paladina de ella», como ya declaró este Tribunal en su Sentencia de 2 de febrero de 1982, Sala 3.^a»¹¹¹. Se estaba censurando aquí una «concepción abusiva de la discrecionalidad»¹¹², «la pasividad del Estado y se limita, por ello, en alto grado, la excesiva discrecionalidad absoluta del siglo XIX que tan frecuentemente se atribuye todavía hoy, por ciertos sectores de la doctrina, a la noción abusiva de los llamados «actos de Gobierno»¹¹³.

58. Sobre la causalidad, de las varias afirmaciones de la Audiencia Nacional se desprende que es la omisión en el ejercicio de la pro-

¹⁰⁹ FJ 13.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ FJ 13 de la SAN, citando el considerando 4 de esa STS. La cursiva es nuestra.

¹¹² CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*, p. 184.

¹¹³ *Ibid.*

tección diplomática la que impidió la posibilidad de reparación del daño causado de modo ilícito: «No consta la realización de gestión alguna tendente, no ya al reconocimiento de la ilicitud del ataque [...], sino a la reparación de sus consecuencias patrimoniales de un modo razonable»¹¹⁴; «la Administración española estaba obligada a desenvolver la actividad necesaria para promover ante el Estado infractor la reparación del daño causado de modo ilícito lo que no hizo ni en los momentos subsiguientes al fallecimiento del Sr. Couso ni hasta la fecha»¹¹⁵; «el perjuicio sufrido por la demandante que se deriva de la omisión del ejercicio por el Estado de la dispensa de protección diplomática no se identifica con el daño producido por el fallecimiento del Sr. Couso, sino con la pérdida de la ocasión de que mediante las gestiones diplomáticas cerca de las autoridades estadounidenses la demandante hubiera obtenido una compensación adecuada a los estándares utilizados en supuestos similares. La protección diplomática no dispensada consiste en una prestación de medio y no de resultado, de manera que existe un grado de incertidumbre notable acerca del éxito de la reclamación internacional y, en su caso, de su cuantificación. *De ahí que lo que ha de valorarse es precisamente la pérdida de la ocasión de conseguirla*»¹¹⁶. Esa omisión se tradujo en que «la Administración General del Estado se limitó a recibir y aceptar las explicaciones ofrecidas por la Administración de los Estados Unidos en el sentido de que el ataque al hotel Palestina se encontraba justificado y que el fallecimiento del Sr. Couso fue un lamentable accidente. No consta la realización de gestión alguna tendente, no ya al reconocimiento de la ilicitud del ataque [...], sino a la reparación de sus consecuencias patrimoniales de un modo razonable»¹¹⁷. No se está refiriendo el Tribunal ni al ejercicio de la asistencia consular ni a la protección consular¹¹⁸. No se está reprochando al Estado que no hiciera gestiones consulares, sino que no reclamara una reparación.

59. Resulta entonces que la Administración española, a través de su omisión de protección diplomática, ha contribuido a consolidar en uno de sus nacionales el perjuicio causado por un ilícito internacional, y le ha impedido resarcirse por ello. Se trataría de un supuesto en el que «si bien la causa primera de dicho perjuicio [del particular] es el hecho ilícito del Estado extranjero, la ulterior actuación de la Administración, con su inactividad, contribuye a la consolidación definitiva de la lesión, de forma que nos encontramos aquí con un supuesto de causa adicional sobrevenida que, interfiriéndose en la primitiva relación causal concurre de manera determinante a la produc-

¹¹⁴ Véase FJ 14, párr. 2. Véase también párr. 1 *in fine*, párr. 4.

¹¹⁵ FJ 14, párr. 2.

¹¹⁶ FJ 16. La cursiva es nuestra.

¹¹⁷ FJ 14.

¹¹⁸ Véase, sobre estas figuras, lo apuntado *supra*. Por esa razón no se entienden las Declaraciones de la Ministra de Asuntos Exteriores, Arancha Fernández Laya, con ocasión de hacerse pública la SAN, al afirmar que la sentencia «transforma el derecho de protección consular en casi una obligación del Estado de atender cualquier petición de cualquier español en el extranjero» (Declaraciones recogidas por distintos medios de comunicación. Véase, por ejemplo, *El País*, <https://elpais.com/espana/2020-03-03/el-gobierno-recurre-la-indemnizacion-a-la-familia-cousu-decretada-por-la-audiencia-nacional.html>).

ción del daño final de la víctima ya que el particular, que tenía expectativas de lograr una satisfacción suficiente de la lesión, se ve privado de la única vía útil para obtenerla»¹¹⁹. Es evidente que el comportamiento de la Administración española se revela como inexistente en la protección a sus nacionales y coadyuvante a la consolidación del perjuicio de un ilícito internacional aunque «no entrañe para el actuar de la Administración española una conducta anormal y menos ilícita»¹²⁰. Aunque este razonamiento podría desprenderse, a juicio de la doctrina, de la STS de 16 de noviembre de 1974 y también de la STS de 17 de febrero de 1998 como hipótesis generales o para el caso específico de los acuerdos de indemnización¹²¹, es la primera vez que recae sobre un caso concreto que responde tan claramente a tal supuesto.

60. Aunque hay quien pueda pensar que este argumento no parece encajar con la consideración de la protección diplomática como derecho del Estado y no del particular en Derecho internacional, recordamos aquí dos cuestiones a las que ya nos hemos referido con anterioridad: 1) la evolución del Derecho internacional en la materia, y 2) nada obsta a que los Estados, en su ordenamiento interno, establezcan el derecho de los particulares a exigir la protección diplomática de su Estado.

5. CONSIDERACIONES FINALES

61. Es políticamente comprensible la postura de las autoridades españolas, igual que la de otros Estados. La concepción clásica de la protección diplomática y su puesta en práctica es suficiente por sí sola para que *razones de oportunidad política* que podrían amenazar las relaciones bilaterales entre dos Estados desemboquen, incluso, en el no ejercicio de tal protección.

62. Sin embargo, esa visión «absolutista» de la protección diplomática está alejada de una realidad en la que el individuo disfruta de una subjetividad en el ordenamiento internacional que debe consolidarse en coherencia con el desarrollo mismo de este ordenamiento. Actualmente no existe un consenso entre los Estados para avanzar en la dirección de una protección diplomática que, de conformidad con el avance en la protección internacional de los derechos humanos y la consideración de la dignidad humana como valor fundamental de la Comunidad internacional, debiera servir también, eficazmente, a la protección de aquellos a través de su *flexibilización*, limitando su ejercicio a un *margin razonable de discrecionalidad*¹²². No obstante, nada impide que los ordenamientos internos avancen en este

¹¹⁹ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio...», *op. cit.*, pp. 342-343, e *id.*, «Procedimientos para asegurar la aplicación de las normas internacionales: Protección diplomática», *REDI*, vol. 30, 1977, núm. 1, p. 134.

¹²⁰ Véase el considerando 8 de la STS de 16 de noviembre de 1973.

¹²¹ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio...», *op. cit.*, y «Protección Diplomática y Derecho español», *REDI*, vol. LI, 1999, núm. 2, p. 620.

¹²² Expresión tomada de CASTRO-RIAL GARRONE, F., «Ejercicio de la protección diplomática...», *op. cit.*, p. 178.

sentido para que la protección diplomática evolucione como mecanismo capaz de servir, también, a la protección eficaz de los derechos fundamentales.

63. La SAN de 19 de diciembre de 2019 contribuye positivamente a clasificar el ejercicio de la protección diplomática en España y ofrece un avance espectacular de esta figura en nuestro ordenamiento al fijar límites en su ejercicio discrecional, afianzando la figura del Estado como garante y protector de los derechos fundamentales del individuo, en particular de sus nacionales, y afianzando también la figura del individuo como sujeto de tales derechos. De un lado, deja claro que existe una obligación para el Estado de ejercer la protección diplomática en beneficio de sus nacionales cuando, cumplidas las condiciones para su ejercicio (agotamiento de los recursos internos y nacionalidad) se produce una violación grave de derechos fundamentales; ello en coherencia con el contenido de la Carta Magna y las obligaciones para el Estado en la garantía, protección y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en línea también con la tendencia del proyecto de la CDI. De otro lado, cuando en esos casos el Estado decidiera no ejercer la protección diplomática por razones de política exterior, el particular podría obtener una indemnización en la medida en que la administración española, mediante su omisión haya contribuido a consolidar el perjuicio sobre él causado por el ilícito internacional de un tercer Estado.

64. Con esta sentencia, se fuerza al Estado a superar su reticencia a utilizar la protección diplomática como mecanismo de protección de los derechos humanos, alejándose de la concepción tradicional o clásica de protección diplomática. Se aleja la protección diplomática como derecho exclusivo y absolutamente discrecional del Estado, ahondando en la limitación de la discrecionalidad. La sentencia exige un ejercicio de coherencia entre el comportamiento del Estado y el contenido de las obligaciones que para él se desprenden de su ordenamiento jurídico. Es responsabilidad del Estado desarrollar su comportamiento tal y como prescribe su ordenamiento jurídico. La razón de Estado no puede servir como excusa para entrar en una pasividad caprichosa y eludir las responsabilidades que le incumben en la protección de los derechos fundamentales, núcleo esencial de un Estado democrático de Derecho como el nuestro y de acuerdo con nuestra Norma Fundamental.

65. Puesto que los derechos humanos se proclaman como universales e inseparables de la condición humana, base de la igual dignidad de todos los hombres, y puesto que las sociedades más seguras son probablemente aquellas que cuentan con un sólido sistema de protección y respeto de los derechos humanos, estos no deberían sacrificarse en aras de la pervivencia de obsoletas instituciones de Derecho internacional público como la protección diplomática o, cuando menos, de una concepción tradicional y restrictiva de esta figura, ni tampoco de la razón de Estado, en un Estado de Derecho en el que Estado se constituye precisamente como garante y promotor de tales derechos.

RESUMEN

LÍMITES A LA DISCRETIONALIDAD DEL ESTADO ESPAÑOL EN EL EJERCICIO DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA

En el ordenamiento jurídico español no existe una norma jurídica que establezca expresamente la obligación para el Estado de ejercer la protección diplomática. La práctica española de protección diplomática se ha mantenido esencialmente en el modelo tradicional de Derecho internacional público, con un férreo anclaje a la discrecionalidad del Estado en el ejercicio de la protección diplomática.

Actualmente no existe un consenso entre los Estados para avanzar, en el ordenamiento internacional, en la dirección de una protección diplomática que, de conformidad con el avance en la protección internacional de los derechos humanos y la consideración de la dignidad humana como valor fundamental de la Comunidad internacional, debiera servir también, eficazmente, a la protección de aquellos a través de su *flexibilización*. No obstante, nada impide que los ordenamientos internos avancen en este sentido para que la protección diplomática evolucione como mecanismo capaz de servir, también, a la protección eficaz de los derechos fundamentales.

La SAN de 19 de diciembre de 2019 ha supuesto un punto de inflexión al respecto en nuestro país. Esta sentencia contribuye positivamente a clarificar el ejercicio de la protección diplomática en España al fijar límites en su ejercicio discrecional, afianzando la figura del Estado como garante y protector de los derechos fundamentales del individuo, en particular de sus nacionales, y afianzando también la figura del individuo como sujeto de tales derechos. De un lado, deja claro que existe una obligación para el Estado de ejercer la protección diplomática en beneficio de sus nacionales cuando, cumplidas las condiciones para su ejercicio (agotamiento de los recursos internos y nacionalidad) se produce una violación grave de derechos fundamentales; ello en coherencia con el contenido de la Carta Magna y las obligaciones para el Estado en la garantía, protección y defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos y en línea también con la tendencia del proyecto de la CDI. De otro lado, cuando en esos casos el Estado decide no ejercer la protección diplomática por razones de política exterior, el particular puede obtener una indemnización en la medida en que la administración española, mediante su omisión ha contribuido a consolidar el perjuicio sobre él causado por el ilícito internacional de un tercer Estado.

La sentencia exige un ejercicio de coherencia entre el comportamiento del Estado y el contenido de las obligaciones que para él se desprenden de su ordenamiento jurídico. Es responsabilidad del Estado desarrollar su comportamiento tal y como prescribe su ordenamiento jurídico. La razón de Estado no puede servir como excusa para entrar en una pasividad caprichosa y eludir las responsabilidades que le incumben en la protección de los derechos fundamentales, núcleo esencial de un Estado democrático de Derecho como el nuestro y de acuerdo con nuestra Norma Fundamental.

Palabras clave: protección diplomática, control judicial de la discrecionalidad, derechos fundamentales, responsabilidad patrimonial del Estado.

ABSTRACT

LIMITS TO THE DISCRETION OF THE SPANISH STATE IN THE EXERCISE OF DIPLOMATIC PROTECTION

The Spanish practice on Diplomatic Protection has followed the traditional model of Public International Law in relation to this topic: A State is not obliged under international law to exercise diplomatic protection on behalf of a national who has been injured as a result of an internationally wrongful act attributable to another state. There is a discretionary

nature of the State's right to exercise diplomatic protection and there is not an individual right to Diplomatic Protection.

Recently, a Sentence of the Audiencia Nacional on 19th December 2019 has introduced a signification change to it. It has recognized, invoking several provisions of the Spanish Constitution, the right of the individual to receive diplomatic protection for injuries suffered abroad, which, must carry with it the corresponding duty of the State to exercise protection. Furthermore, it has considered the State responsible when the State's inaction resulted in a failure to exercise Diplomatic Protection, and thus contributing to consolidate the injury derived from a violation of the Individual's human rights.

This Sentence is in line with the recent tendency in Public International Law to the increase of rights of the Individual in Public international law, but it is not customary law yet. This Sentence is very consistent with the role given to the State as guarantor and protector of Human Rights by the Spanish Constitution and with the rule of law.

Keywords: diplomatic protection, judicial control of discretion, fundamental rights, patrimonial responsibility of the State.

LA NATURALEZA DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL CASO *COUSO*: LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

Elena CRESPO NAVARRO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: LOS ANTECEDENTES.—1.1. Los escritos procesales de las partes.—1.2. El retraso en la tramitación del proceso.—1.3. Las gestiones del Gobierno.—2. LA SENTENCIA.—3. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN DERECHO INTERNACIONAL Y LA SENTENCIA.—3.1. El presupuesto: la comisión de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado que causa un daño a un particular, nacional de otro Estado.—3.2. El carácter consuetudinario de las normas sobre la protección diplomática.—3.3. La naturaleza jurídica de la protección diplomática en Derecho internacional.—4. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y LA SENTENCIA.—5. CONSIDERACIONES FINALES. EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO.

1. INTRODUCCIÓN: LOS ANTECEDENTES

1. El 11 de diciembre de 2019, la Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (AN) dictó finalmente sentencia en el caso *Couso* (recurso 494/2005), después de que se dieran por finalizadas las actuaciones en el ámbito penal. La Sentencia de la AN (SAN) declara la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado y la condena al pago de la correspondiente indemnización. Para la Sala, la responsabilidad se deriva de la omisión del ejercicio de la protección diplomática a la que vendría obligado el Estado respecto de sus nacionales. Según la SAN, el no ejercicio por el Estado de una protección a la que los demandantes tendrían derecho les ocasionó un perjuicio que no tenían obligación jurídica de soportar. El 24 de febrero de 2020, la Abogacía del Estado presentó escrito de preparación de recurso de casación¹.

2. Analizamos en este estudio el contenido de la SAN a la luz de las peticiones de las partes y, sobre todo, de la configuración de la institución de la

* Titular de Universidad en la Universidad Miguel Hernández de Elche (ecrespo@umh.es).

¹ Escrito de la Abogacía del Estado de preparación del recurso de casación, de 24 de febrero de 2020, SJE núm. 639/2020.

protección diplomática en el Derecho internacional (DI) y en el ordenamiento interno español. Para ello, comenzamos por presentar los antecedentes, prestando atención a los escritos procesales de las partes, a las actuaciones en el ámbito de la jurisdicción penal que provocaron el retraso de la causa y a la postura defendida por el Gobierno ante las Cortes, pues todo ello ayuda a contextualizar la sentencia cuya desordenada y confusa fundamentación dificulta el análisis. Nos limitamos en el apdo. 2 a exponer el razonamiento seguido por la Sala, dando así la oportunidad al lector de formar sus propias conclusiones, para dedicar los apdos. 3 y 4 a su valoración desde la perspectiva del DI y del Derecho español, respectivamente. La SAN refleja falta de pericia en la aproximación al DI, que aborda desde la óptica del Derecho administrativo español, y resulta caótica en el hilo argumental, entremezclando argumentos variados que extrae de una forzada interpretación de la jurisprudencia. Todo ello, dada la relevancia de este caso que podría convertirse en *leading case* de nuestro Derecho interno, determina la propia estructura del trabajo y obliga a un análisis prolífico de las cuestiones que trata que, conviene advertirlo, puede hacer algo ingrata su lectura. Cierra el estudio un breve apartado de consideraciones finales a la espera del resultado del recurso de casación.

1.1. Los escritos procesales de las partes

3. La SAN tiene su origen en el recurso presentado el 1 de septiembre de 2005 por la esposa del periodista y cámara de televisión José Couso Pemuy, en su propio nombre y en el de sus dos hijos, contra el Ministerio de Asuntos Exteriores (AAEE). El objeto era la desestimación por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración formalizada por los interesados el 2 de abril de 2004 por omisión de prestación de la protección diplomática, al considerar que el Gobierno de España no había intervenido eficazmente en la defensa de sus nacionales, en función de sus potestades, para obtener debida reparación del Gobierno de Estados Unidos.

4. El 8 de abril de 2003, el Sr. Couso Pemuy, que prestaba sus servicios profesionales como autónomo para la cadena de televisión Telecinco, se encontraba en Irak cubriendo para dicha cadena la ocupación militar de Bagdad por fuerzas norteamericanas. Mientras observaba desde el balcón de su habitación (núm. 1403 del Hotel Palestina) los combates entre las fuerzas iraquíes y norteamericanas, resultó herido de gravedad como consecuencia del disparo de un obús efectuado desde un carro de combate norteamericano que impactó contra el edificio. El proyectil alcanzó un balcón de esquina de la suite del hotel en la planta superior del edificio que ocupaba la agencia Reuters, hiriendo de muerte al cámara ucraniano de dicha agencia, Taras Protsyuk, y causando heridas de diversa consideración a otros periodistas de la misma agencia. Los cascotes dañaron el piso inferior en el que se ubicaba

la habitación del Sr. Couso Pemuy que, lamentablemente, falleció horas después de ser trasladado al hospital por sus compañeros².

5. Según la demanda, el carro que disparó el proyectil estaba situado cerca del puente Al-Yumhuria, en la orilla opuesta del Tigris. La dotación del blindado se percató de que estaba siendo observado con unos binoculares desde un edificio situado en la otra orilla, informó por radio a sus superiores y, pasados unos diez minutos, recibió orden de disparar, sin que conste que respondiera a ningún ataque previo. Relata la demanda que el hotel Palestina era el lugar en el que se concentraron los periodistas (más de un centenar) con conocimiento de las autoridades norteamericanas y que era un edificio perfectamente identificable visualmente, incluso a distancia. Añade la demanda que tanto el Departamento de Estado como el de Defensa de Estados Unidos dieron sucesivas y contradictorias versiones de lo ocurrido, y que, a pesar de las diversas iniciativas adoptadas en el Congreso que le instaban a solicitar una investigación independiente y a realizar otras acciones de protección, el Gobierno de España no las llevó a cabo. Expone, asimismo que mediante Real Decreto-ley 8/2004³ sobre indemnizaciones a los participantes en operaciones internacionales de paz y seguridad (véase *infra* párr. 23) se reconoció a la viuda e hijos del Sr. Couso el derecho a percibir una indemnización global por importe conjunto de 140.000 euros, cantidad que considera compatible con la reclamación, en virtud del art. 6.1 de la norma y de que, al percibirla, no se les exigió suscribir ningún documento de renuncia al ejercicio de acción administrativa o judicial contra la Administración.

6. La demanda se basa en cuatro fundamentos jurídicos. El fundamento jurídico (FJ) 1 se refiere a la protección de personas civiles en los conflictos armados internacionales, con especial referencia a los periodistas, repasando el régimen establecido en el IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y al Protocolo adicional I, de 8 de junio de 1977⁴. El FJ 2 se ocupa de la responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento anormal de los servicios públicos y se divide en cuatro apartados. El primero expone los fundamentos de carácter general, el segundo la jurisprudencia, el tercero

² El relato de los hechos se basa en el escrito de demanda y el documento que figura como doc. núm. 1 del Anexo que, según la demanda, es una traducción no oficial al castellano del Informe del Comité para la protección de los periodistas (considerado por la demanda entidad independiente). El documento, de 17 de mayo de 2003, titulado «Investigación sobre el ataque al Hotel Palestina de Bagdad», fue elaborado, principalmente, a partir de entrevistas a periodistas presentes en el lugar de los hechos y otros que se encontraban en la sede del centro de mando norteamericano improvisado en el palacio presidencial de Sadam Hussein, como periodistas «integrados» o «empotrados» con las fuerzas norteamericanas, que cubrían el tráfico de las comunicaciones militares.

³ Real Decreto-ley 8/2004, de 5 de noviembre, *BOE* núm. 271, de 10 de noviembre de 2004. El art. 6.1 dispone que las indemnizaciones otorgadas conforme al Real Decreto ley serán compatibles con pensiones, ayudas, compensaciones o resarcimientos reconocidos o que pudieran reconocerse en el futuro.

⁴ Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 12 de agosto de 1949, *BOE* de 2 de septiembre de 1952, y Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, hecho en Ginebra el 8 de junio de 1977, *BOE* núm. 177, de 26 de julio de 1989.

se refiere a la relación de causalidad necesaria para derivar la responsabilidad patrimonial entre el acto administrativo o su omisión y el daño ocasionado, y el cuarto, a la responsabilidad del Ministerio de AAEE en el caso.

7. Para la parte demandante, la relación de causalidad entre el daño y su causa se articula en el caso a partir del incumplimiento del deber de protección diplomática del Estado español a los causahabientes de la víctima, a raíz de la muerte como consecuencia de una actuación por las fuerzas armadas de Estados Unidos, contraria al DI, de su esposo y padre y los resultados gravemente lesivos para sus intereses materiales y morales que no tienen obligación legal de soportar. Justifican esa obligación en la función del Gobierno de dirigir la política interior y exterior y en la competencia del Ministerio de AAEE para defender los intereses y llevar a cabo una adecuada y eficaz política de protección de los ciudadanos españoles en el exterior.

8. El FJ 3 de la demanda se ocupa de lo que denomina *potestad-deber* de prestación diplomática del Estado a sus nacionales, califica la muerte del Sr. Couso como un hecho ilícito internacional atribuible a Estados Unidos, y reitera la consideración de la protección diplomática como obligación del Estado y derecho del particular, esta vez en base al DI. Entiende que, en cumplimiento de esa obligación, el Gobierno de España debió haber: requerido al estadounidense la realización de una investigación exhaustiva e independiente, instado la depuración de las responsabilidades administrativas, disciplinarias o judiciales contra los responsables directos, y, en último término, reclamado la reparación integral de los daños y perjuicios. Justifica asimismo la demanda la concurrencia de los requisitos o condiciones de ejercicio de la protección, en particular, el agotamiento de los recursos internos, alegando la inexistencia de vías legales y efectivas en el ordenamiento jurídico estadounidense para obtener reparación, citando legislación de dicho Estado y lo establecido en el Dictamen 1496/1991, del Consejo de Estado, de 30 de enero de 1992⁵. Al limitar el Gobierno su acción a ciertas gestiones personales y verbales de la ministra de las que se obtuvo carta del secretario de Estado norteamericano en términos «tan insatisfactorios como inveraces», aducen los demandantes, que las autoridades españolas «se han aquietado sin más» y añade:

«Abdicando de su potestad deber de prestación de la protección diplomática a la que tendrían derecho la esposa e hijos de la víctima en su condición de ciudadanos españoles por la flagrante violación del IV Convenio de Ginebra y de su Primer Protocolo Adicional».

9. Reprueba también la demanda que las autoridades españolas no intentaran siquiera obtener concesión graciable como la que, afirma, otorga Estados Unidos en supuestos de daños causados por sus fuerzas armadas, citando los referidos en el citado Dictamen del Consejo de Estado (derribo del

⁵ El Consejo de Estado consideró procedente en dicho Dictamen el ejercicio por España de la protección diplomática en relación con el fallecimiento del fotoperiodista J. A. Rodríguez como consecuencia de los disparos del ejército estadounidense en Panamá en 1989.

avión de Irán Air 655 en 1988 o intervención militar norteamericana en la isla de Granada en 1989). Para los demandantes la ausencia de acción diplomática eficaz, o incluso, la omisión de cualquier acción relevante o significativa por parte del Gobierno de España en defensa de los intereses legítimos de sus nacionales perjudicados significó el no ejercicio de la protección diplomática a la que todos los nacionales tendrían derecho conforme al DI y al Derecho interno. Entienden que esa omisión compromete la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de sus servicios públicos y debe dar lugar a la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración y a la correspondiente indemnización reparatoria.

10. Termina la demanda (FJ 4) concretando la reclamación en 317.130,37 euros, que comprenderían las reparaciones para la viuda e hijos por la muerte del periodista y las cantidades no percibidas de los seguros privados que tenía contratados la víctima sobre su persona y sobre sus útiles e instrumentos de trabajo, no abonadas por las compañías al quedar excluido como riesgo asegurado el siniestro ocurrido en situación de guerra⁶.

11. La Abogacía del Estado presentó escrito de contestación a la demanda en febrero de 2006 solicitando la desestimación del recurso⁷. Argumenta su petición, en primer lugar, en la ausencia de relación de causalidad entre el daño o lesión por el que se reclama (fallecimiento del Sr. Couso) y la actuación de la Administración española (la alegada omisión de la protección diplomática), requisito exigido por la legislación y la jurisprudencia españolas. Aclara, en este sentido, que el sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es de carácter objetivo, pero no universal.

12. En segundo lugar, defiende la Abogacía del Estado el carácter discrecional de la protección diplomática conforme al DI y que, aunque ello no obsta a que pueda establecerse la obligación en los ordenamientos internos, ese no es el caso del Derecho español. Cita jurisprudencia española sobre responsabilidad patrimonial relacionada con el ejercicio de la protección diplomática y plantea las condiciones de ejercicio de la citada protección exigidas por el DI, concluyendo la ausencia del requisito del agotamiento de los recursos internos. Los recurrentes no ejercitaron acción alguna ante las autoridades norteamericanas y, aunque defienden la presencia de excepción a la regla por la ausencia de recurso oportuno en el sistema judicial norteamericano, entiende la Abogacía que no se prueba de forma satisfactoria el contenido y vigencia de la inmunidad de jurisdicción que, ante los tribunales estadounidenses, tendrían los funcionarios de aquel país conforme a su normativa procesal por hechos ocurridos en situaciones de conflicto.

13. En tercer lugar, para la Abogacía del Estado no concurren los requisitos que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), deberían

⁶ La reclamación inicial era de 405.862,58 euros, pero posteriormente, según consta en la demanda, las compañías de seguros abonaron una parte, por lo que finalmente la cuantía reclamada en la demanda quedó en la cantidad mencionada arriba.

⁷ Escrito de la Abogacía del Estado núm. 6707/05, de 7 de febrero de 2006.

darse para reconocer la responsabilidad patrimonial. Por un lado, porque en los casos en que se ha admitido la responsabilidad, la actuación decisiva del Estado no fue la omisión de la protección, sino una actuación positiva con resultados lesivos, mientras que en este caso el daño estaría causado con anterioridad por la conducta del Estado extranjero. Por otro lado, porque no cabría hablar de falta de reparación por parte de la Administración española, pues esa reparación se habría concedido en aplicación del Real Decreto-ley 8/2004 (párr. 5 *supra*).

14. Finalmente, con carácter subsidiario en caso de que se apreciase la responsabilidad, la Abogacía del Estado instaba la reducción de la cuantificación de la indemnización solicitada, en especial, que no se incluyeran las cantidades dejadas de cobrar por las compañías de seguros y que se descontara igualmente la suma ya recibida en virtud del Real Decreto-ley citado.

1.2. El retraso en la tramitación del proceso

15. El largo periodo de tiempo transcurrido, desde la presentación de los escritos procesales de las partes hasta la sentencia dictada por la Audiencia Nacional, se explica por el dilatado y complejo recorrido de este asunto en el orden penal, en el que se fueron encadenando numerosas resoluciones a diferentes niveles. En ese ámbito, el Juzgado Central de Instrucción núm. 1 de Madrid (Juzgado de Instrucción), tras incoar diligencias previas para la investigación del caso, acordó, por Auto de 19 de octubre de 2005 la búsqueda, captura y detención de tres militares norteamericanos del Regimiento de Blindados 64 de la Tercera División de Infantería acorazada del Ejército norteamericano, considerados implicados en los hechos. Se trataba del teniente coronel Philip de Camp (al mando del Regimiento), del capitán Philip Wolford (al mando de la Unidad de Blindados) y del sargento Thomas Gibson (perteneciente a dicha Unidad) que habrían, respectivamente, ordenado, autorizado y ejecutado materialmente el disparo.

16. El Ministerio Fiscal recurrió el auto en reforma, alegando falta de jurisdicción, siendo desestimado el recurso. La fiscalía interpuso, entonces, recurso de apelación, que fue estimado por Auto de 8 de marzo de 2006, de la Audiencia Nacional (Sección 2.^a, Sala de lo Penal), decidiéndose la revocación y archivo de las diligencias previas. Contra este auto se presentó recurso de casación, que llevó a la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo a pronunciarse a favor de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del asunto, en virtud del principio de jurisdicción universal reconocido en la versión vigente en aquel momento del art. 23.4 de la Ley Orgánica (LO) del Poder Judicial⁸ y anular el AAN que revocó la decisión de busca y captura y decidió el archivo de las diligencias.

⁸ Ley Orgánica 6/1985, del Poder judicial, *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985, modificada después, y conforme a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en STC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 3 (*BOE* núm. 258, de 28 de octubre de 2005).

17. En consecuencia, el Juzgado de Instrucción dictó el 27 de abril de 2007 nuevo auto de procesamiento contra los tres militares al entender que existían indicios racionales para tenerlos por autores de hechos que entendía podían ser constitutivos de delitos contra la comunidad internacional. El 13 de mayo de 2008, a instancias del Ministerio Fiscal, la Audiencia Nacional (Sección 2.^a, Sala de lo Penal) conoció del asunto en apelación revocando el procesamiento por insuficiencia de indicios, en particular, respecto de la concurrencia del elemento subjetivo del delito (dolo o intencionalidad de aterrizar a la población civil), devolviendo la causa al Juzgado de Instrucción. Este decidió, entonces, ampliar diligencias, tras las que dictó nuevo Auto de procesamiento el 21 de mayo de 2009 sustituyendo la imputación de asesinato por homicidio. También este auto fue revocado en apelación por Auto de 14 de julio de 2009 de la Audiencia Nacional, al no apreciarse indicios racionales de delito, acordando el alzamiento de las medidas cautelares y ordenando al juez de instrucción la inmediata conclusión del sumario, que llevó a cabo por Auto de 16 de julio de 2009, confirmado por AAN de 23 de octubre de 2009 que acordó el sobreseimiento libre de la causa.

18. Sin embargo, la STS 691/2010, de 13 de julio, estimó parcialmente los recursos de casación presentados contra dicho auto, revocando el sobreseimiento y ordenando la continuación de la instrucción y la práctica de las diligencias oportunas para el esclarecimiento de los hechos⁹. Así, el Juzgado de Instrucción ordenó la búsqueda y captura e ingreso en prisión a efectos de extradición de los militares, librando las oportunas órdenes internacionales de detención, y dictó nuevo Auto de procesamiento el 4 de octubre de 2011. Entró, entonces, en vigor la LO 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LO 6/1985 del Poder Judicial¹⁰, relativa a la justicia universal, que el Juzgado de Instrucción (Auto de 17 de marzo de 2014) decidió no aplicar por considerar contraria a la IV Convención de Ginebra, rechazando también la reforma instada por el Ministerio Fiscal que elevó, entonces, queja ante la Audiencia Nacional, desestimada por el pleno de la Sala de lo Penal (Auto 34/2014, de 23 de junio).

19. Finalmente, tras la STS 296/2015, de 6 de mayo, en la que dicho Tribunal se pronunció sobre la Ley de justicia universal¹¹, el Juzgado de Instrucción, por Auto de 9 de junio de 2015, declara concluso el sumario y lo eleva al órgano superior. La Sección 3.^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictó Auto el 25 de noviembre de 2015¹² en el que, oídas las partes, decidió no promover cuestión de inconstitucionalidad y, en consecuencia, confirmó el auto de conclusión del sumario quedando la cau-

⁹ Sobre esta STS y sobre las distintas tesis planteadas a lo largo del procedimiento acerca de la presencia o no de indicios para procesar a los tres militares, FERNÁNDEZ LIESA, C. R., «El asunto *Cousu* en los tribunales nacionales y en las relaciones internacionales», *REDI*, vol. LXIII, 2011, núm. 2, pp. 145-160, esp. 152-156.

¹⁰ BOE núm. 63, de 14 de marzo de 2014.

¹¹ ES:TS:2015:2046.

¹² ES:AN:2015:215A.

sa sobreseída¹³. Contra dicho auto las acusaciones particulares y la acusación popular interpusieron recursos de casación, desestimados por STS 797/2016, de 25 de octubre¹⁴.

1.3. Las gestiones del Gobierno

20. De acuerdo con la información ofrecida por el Gobierno ante las Cortes¹⁵, el día en que tuvo conocimiento de los hechos, la entonces Ministra de AAEE, Ana Palacio, envió carta de pésame a la familia y, desde primera hora de la tarde, mantuvo hasta tres conversaciones con el Secretario de Estado norteamericano, Colin Powell, para solicitarle información sobre lo sucedido, obteniendo la respuesta de que las autoridades norteamericanas habían comenzado ya una investigación de los hechos. El Gobierno hizo saber asimismo que la ministra, en coordinación con el ministro de Defensa, trató de agilizar y acelerar la repatriación de los restos mortales de la víctima¹⁶ y que se habían iniciado gestiones para buscar vías seguras de salida de Bagdad a los periodistas españoles que aún estaban allí, a través de conversaciones telefónicas diarias con el Sr. Powell, y de gestiones diarias de los embajadores de España en Washington y Kuwait y del Ministerio de Defensa español.

21. Según la misma fuente, el 21 de abril, el secretario de Estado norteamericano dirigió una carta a la ministra de AAEE señalando que era sensible a su interés por el tema, reiterando su pésame, que extendía a la familia, recordando que el ataque al hotel Palestina se realizó en una zona de guerra, cuando las fuerzas norteamericanas respondían a fuego hostil, y prometiendo tenerla al corriente en el futuro de cualquier otra circunstancia sobre el asunto. Declaró también el Gobierno ante las Cortes que el 1 de mayo, durante una conferencia de prensa conjunta en Madrid, C. Powell puntualizó que se trataba de un «accidente de guerra», y que el hotel «estaba ocupado por civiles y periodistas y por eso no había sido atacado durante los ataques aéreos», pero que ese día hubo una batalla en tierra en la que «jóvenes soldados americanos que trataban de liberar esa zona fueron atacados gravemente, con riesgo para sus vidas, por lo que cumplieron con su obligación de responder». Destacó que el edificio del hotel estaba en una «zona de guerra» y

¹³ Conforme a la DT única de la LO 1/2014.

¹⁴ ES:TS:2016:4621.

¹⁵ Pueden verse las contestaciones del secretario de Estado de Relaciones con las Cortes a las preguntas de varios diputados sobre el tema formuladas en el Congreso (el mismo texto se reitera literalmente en la contestación a diferentes preguntas), *BOCG*, Congreso, Serie D, núm. 554, de 19 de junio de 2003, pp. 224-228, 240-242 y 277-278; o núm. 609, de 23 de octubre de 2003, p. 153.

¹⁶ También del periodista Julio Anguita Parrado, fallecido en Irak un día antes tras ser alcanzado por un misil iraquí. Como resultado de estas gestiones, los restos mortales de J. Couso Permu y fueron repatriados el 12 de abril en un avión de la Fuerza aérea española enviado a Kuwait. Respecto al periodista Julio Anguita Parrado se constituyó una comisión que se desplazó a Alemania para garantizar la identificación y repatriación de sus restos mortales y una vez realizada fueron trasladados directamente a Córdoba en un avión militar español el 16 de abril y entregados a la familia, *BOCG*, Congreso, Serie D, núm. 554, p. 225.

concluyó que las muertes de los dos periodistas, español y ucraniano, fueron «incidentes trágicos que ocurren en las batallas», reiterando su compromiso de continuar la investigación por si «ocurrió algo inapropiado». Señaló el Gobierno ante el Congreso que, con posterioridad, la Embajada de Estados Unidos en España trasladó al Ministerio de AAEE las conclusiones contenidas en un comunicado del Mando Central del Departamento de Defensa de Estados Unidos, que confirmaban en líneas generales lo adelantado por el secretario de Estado, indicando que las fuerzas estadounidenses respondieron al fuego que parecía provenir del hotel Palestina, en una de cuyas zonas, según fuentes de su inteligencia, el enemigo tenía establecida una base de operaciones¹⁷.

22. Por otra parte, según información aparecida en la prensa, al parecer, en agosto de 2003 el Gobierno estadounidense comunicó a España y a Ucrania los resultados de la investigación llevada a cabo por el Departamento de Defensa en un informe que fue remitido por el Ministerio de AAEE a la familia. El informe concluía que el proyectil fue disparado contra el hotel en defensa propia¹⁸. El Gobierno de Estados Unidos envió también informe al Juzgado de Instrucción, un extracto del cual fue publicado en prensa¹⁹.

¹⁷ También se refirió al asunto el entonces Ministro de Defensa, Federico Trillo, en intervenciones ante el Congreso en respuesta a interpellaciones urgentes, por ejemplo, el 9 de abril de 2003, *DS Congreso*, VII Legislatura, Pleno y diputación permanente, núm. 244, sesión de 9 de abril de 2003, pp. 12529-12530, o el 30 de abril, *DS Congreso*, VII Legislatura, Pleno y diputación permanente, núm. 247, sesión de 30 de abril de 2003, p. 12649.

¹⁸ *El País*, 13 de agosto de 2003, https://elpais.com/diario/2003/08/13/internacional/1060725608_850215.html; *Cadena Ser*, 12 de agosto de 2003, https://cadenaesr.com/ser/2003/08/12/internacional/1060649126_850215.html.

¹⁹ El texto era el siguiente: «El día 8 de abril, las fuerzas de la coalición avanzaban hacia Bagdad encontrando una seria resistencia por parte del enemigo. Este operaba utilizando todas las áreas civiles de la ciudad, sirviéndose de un amplio abanico de armas sobre las fuerzas de la coalición, utilizando para ello los tejados y las ventanas de los edificios próximos. El enemigo luchaba sin ningún tipo de miramiento hacia los civiles o hacia las estructuras civiles. Las fuerzas de la coalición continuaron avanzando su posición hacia el río Tigris, justo enfrente del Hotel Palestina, área de intenso enfrentamiento con el enemigo. El 8 de abril fue una jornada de lucha intensa para la compañía A, 4-64 mecanizada. La compañía había mantenido ya un duro enfrentamiento durante varias horas. El comandante fue entonces informado de que la compañía A estaba siendo vigilada por un observador enemigo localizado enfrente del río Tigris. A pesar de encontrarse bajo fuego pesado de granadas y misiles, el comandante ordenó escanear los edificios vecinos al objeto de localizar al observador enemigo. Uno de los miembros de la compañía advirtió la presencia de una persona con binoculares en el balcón de una habitación de las plantas superiores de un gran edificio de color marrón. También se advirtieron flashes de luz, similares al fuego enemigo, procedentes del entorno del edificio. Se disparó una bala de tanque de 120 milímetros a la posición enemiga del observador sospechoso. A renglón seguido, el fuego hacia la compañía A cesó. Algo después de dicho incidente, la compañía A tuvo conocimiento de que el edificio sobre el que se abrió fuego era el Hotel Palestina y de que algunos periodistas habían fallecido o habían sido heridos. Los informes de inteligencia indicaban, sin embargo, que el enemigo había utilizado parte del hotel como base de operaciones. Las actividades en el balcón del Hotel Palestina se correspondían con las de un observador enemigo. Se hizo fuego una sola vez en acto de autodefensa, guiándose estrictamente por las Reglas de Combate. Bagdad era un área de intenso combate y algunos periodistas decidieron permanecer allí a pesar de las advertencias sobre el extremo peligro que corrían por ello. Quisiéramos reiterar que la muerte del señor José Couso fue una tragedia y que Estados Unidos traslada su más profundo pésame a la familia», artículo aparecido en *El País*, el 16 de febrero de 2004, https://elpais.com/diario/2004/02/16/espana/1076886017_850215.html?prm=enviar_email.

23. Posteriormente, el Gobierno de J. L. Rodríguez Zapatero, declaró en el Congreso haber cursado instrucciones a la Embajada de España en Washington para solicitar a las autoridades norteamericanas información adicional a la transmitida en su día²⁰. Y, tras el accidente en Turquía del Yakolev-42 ocurrido el 26 de mayo de 2003, se aprobó el Real Decreto-ley 8/2004, ya citado, que establecía un sistema de indemnizaciones de carácter extraordinario para los militares, miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y personal al servicio de las Administraciones públicas, por muerte o daños producidos con ocasión de su participación en operaciones de mantenimiento de la paz, asistencia humanitaria u otras aprobadas por el Gobierno a estos efectos, aclarando que no suponía asunción de responsabilidad por el Estado. La DA 3.^a recogía la relación de personas a cuyos beneficiarios se reconocían indemnizaciones por fallecimiento, entre ellas el periodista José Couso²¹.

2. LA SENTENCIA

24. La SAN comienza su parte dispositiva explicando el retraso en el proceso y aclarando que se decidió esperar a la conclusión de las actuaciones penales por entender que la decisión sobre la existencia de un ilícito internacional podía condicionar el punto de partida para la resolución del proceso. Después y resumidas las posiciones de la partes, la Sala recuerda (FJ 5) que en el ordenamiento interno español se reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones sufridas en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo casos de fuerza mayor y se refiere a los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas con remisión a la STS de 28 de enero de 1999²².

25. Ahora bien, precisa la SAN (FJ 6) que la solicitud de responsabilidad patrimonial que plantea la demanda, no se basa en la consideración de la Administración como responsable de la muerte del Sr. Couso, sino que se fundamenta en la conducta omisiva consistente en no ejercer la protección diplomática frente a Estados Unidos para que la demandante obtuviera la reparación «que considera justa» por el fallecimiento motivado por la conducta ilícita del ejército de aquel país. Según la SAN esa conducta omisiva

²⁰ Contestación del Gobierno a la pregunta escrita de un diputado en el Congreso el 7 de mayo de 2004, *BOCG*, Congreso Serie D, VIII Legislatura, núm. 23, de 27 de mayo de 2004, p. 8.

²¹ Junto a otros periodistas fallecidos en conflictos armados fuera de España, incluido el fotógrafo J. A. Rodríguez al que se refiere el citado Dictamen del Consejo de Estado.

²² STS 5897/1994, Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, Sección 6.^a, ES:TS:1999:8689. Cita la SAN el art. 106.2 de la Constitución; el art. 139.1 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común (*BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992). Dicha ley fue derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Pùblicas (*BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015). El texto del art. 139.1 se reproduce actualmente en el art. 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Pùblico (*BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015).

le habría impedido resarcirse de los perjuicios a cargo de las autoridades americanas.

26. Por eso, el punto de partida para la Sala (FJ 7) es determinar si era o no procedente que el Estado ejerciese la protección diplomática en este caso. Para hacerlo, comienza por tratar de perfilar el régimen jurídico de la misma en DI y en Derecho interno. Señala que la protección diplomática es un procedimiento de aplicación del DI regulado por normas consuetudinarias. Aunque afirma después que la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha procedido a la «codificación» de tales normas mediante un proyecto de artículos y reproduce el contenido del art. 1 del proyecto. Manifiesta que nada impide que los ordenamientos internos regulen *ad intra* las condiciones de ejercicio de la protección, pero admite expresamente que, en España, la única mención al respecto se contiene en el art. 21.6 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado²³. Indica la SAN, como requisitos tradicionalmente exigidos de ejercicio de dicha protección, la existencia de un ilícito internacional causante de un daño a un nacional del Estado que presta la protección, el agotamiento de los recursos internos y que el nacional haya adoptado una conducta adecuada al Derecho del Estado infractor, aunque, dice «este requisito ha sido relativizado por la doctrina».

27. Seguidamente analiza si esos requisitos se cumplen en el caso (FFJJ 8, 9 y 11), comenzando por el hecho internacionalmente ilícito, para lo que se basa en la recepción de las apreciaciones fácticas de los órganos judiciales del orden penal, pues entiende que el sobreseimiento especial de la causa por el cambio en la legislación sobre jurisdicción universal excluye la eficacia de cosa juzgada, pero no le impide asumir como propias tales apreciaciones como integrantes del presupuesto de hecho de la protección diplomática, cuyo ejercicio, dice, no exige que el ilícito internacional haya sido judicialmente declarado, sino que se esgriman unos hechos que lo integren razonablemente. Le basta, entonces, con constatar que los órganos de la jurisdicción penal apreciaron la concurrencia de unos hechos que, «aun con el carácter claudicante propio de un auto de procesamiento» pueden ser encuadrados en la categoría de ilícito internacional (FJ 8).

28. Concretamente, se basa la SAN en la exposición de los hechos del auto de procesamiento del Juez de instrucción de la Audiencia Nacional, Santiago Pedraz, de 4 de octubre de 2011, apreciación fáctica «provisional» que en opinión de la Sala «se vio corroborada años después» por la STS 797/2016, ya citada, que confirmó el sobreseimiento de la causa. En particular, en el único párrafo de dicha STS que se refiere a esto, el introductorio a los fundamentos de derecho, conforme al cual:

«Antes de entrar en el examen del recurso de casación formalizado ante esta Sala es obligado señalar que la muerte causada violentamente de un profesional de la información cuando estaba en el ejercicio de sus funciones, en las circuns-

²³ Conforme al que el Consejo de Estado en pleno deberá ser consultado respecto de reclamaciones sobre ejercicio de la protección diplomática.

tancias que se infieren de lo que se describe en los escritos presentados, constituye un ataque no justificado por parte de fuerza armada a población civil, como igualmente resulta lamentable la escasa cooperación judicial prestada por las autoridades de Estados Unidos para el esclarecimiento de los hechos».

29. Se refiere luego la SAN (FJ 10) a la consideración de los periodistas como personas civiles por el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra (art. 79), a la prohibición de ataques indiscriminados contra la población civil (art. 51), a las exigencias de cuidado constante en las operaciones militares para preservar a la población civil (art. 57) y a la norma fundamental del art. 48 del Protocolo que establece la obligación de hacer distinción entre población y combatientes con objeto de que las partes dirijan únicamente sus combates contra objetivos militares, para terminar, constatando la existencia de hecho internacionalmente ilícito en el FJ 11 (véanse párrs. 44-45 *infra*). Cabe concluir «sin mayor esfuerzo y con el limitado efecto de integrar el presupuesto para que surja la pretendida responsabilidad patrimonial», dice, que la muerte del Sr. Couso «presentaba la apariencia de un ilícito internacional imputable a las fuerzas estadounidenses». Se basa también en lo afirmado en el Dictamen 1496/1991 del Consejo de Estado. Da igualmente por cumplido el requisito del agotamiento de los recursos internos, en virtud del reconocimiento de excepciones a la regla general y de que el citado Dictamen del Consejo de Estado puso de manifiesto lo *estéril* de una reclamación jurisdiccional de reparación en el sistema judicial interno de Estados Unidos.

30. Aborda seguidamente la SAN la naturaleza jurídica de la protección diplomática para refutar los argumentos de la Abogacía del Estado sobre su carácter discrecional. Así, el FJ 12 abre con el reconocimiento de dicho carácter en DI, matizando que eso es así desde la óptica de las relaciones entre Estados en tanto que excluyen la capacidad del particular para reaccionar como sujeto de DI, pero señala que esa concepción «no determina fatalmente la ordenación interna de cada Estado acerca de si el ciudadano víctima de un ilícito internacional tiene o no un derecho subjetivo» a la protección diplomática. Afirma, no obstante, que son pocos los ordenamientos nacionales que incorporan la obligación del Estado de ejercer dicha protección.

31. Ahora bien, dice la SAN a renglón seguido, que la protección diplomática está siendo objeto de «ciertos reajustes» en los últimos años, «admitiendo la existencia de una verdadera obligación» para el Estado de ejercerla si concurren los requisitos para ello. Sustenta esa afirmación en el proyecto de artículos de la CDI, pues dice que, si bien dicho órgano rechazó inicialmente establecer una obligación para los Estados, acabó incorporando al «proyecto de convención», una recomendación al respecto en su art. 19. Y reproduce el apdo. 1.a) de dicho artículo, para completar la argumentación indicando que, aunque el proyecto no se ha plasmado en un tratado, es considerado hoy por la doctrina internacionalista la reafirmación definitiva de normas de DI consuetudinario sobre esta cuestión.

32. Respecto al ordenamiento interno español, habiendo ya reconocido anteriormente la ausencia de disposición por la que se establezca expresa-

mente la obligación del Estado de ejercer la protección diplomática, la SAN insiste en que no existe en nuestro ordenamiento «una predeterminación de la fuente normativa de la que surja la obligación del Estado de ejercer la protección diplomática», pero añade que, en ausencia de previsiones legales específicas, esa obligación puede nacer de:

«la necesidad de hacer efectivos los valores y principios constitucionales, integrados o interpretados con o desde los tratados internacionales sobre los valores en juego y los principios de Derecho internacional a los que el Estado (todo él) debe acomodar su actuación».

Algo que deduce de los escasos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el tema. En concreto, de la STC 140/1995 (FJ 10) y de la STC 18/1997²⁴ que, en opinión de la Sala, comparten una misma concepción de la protección diplomática de la que subyace que el Estado tiene, al menos bajo ciertas condiciones y supuestos, la obligación de «desenvolver su actividad cerca del Estado incumplidor de sus obligaciones» para lograr la satisfacción del derecho de sus nacionales (párrs. 61-64 *infra*).

33. Se ocupa también la SAN (FJ 13) de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, partiendo del recordatorio de la cita de un extracto del FJ 4 de la STS de 6 de octubre de 2004²⁵ en el que dicho tribunal afirmó que la ausencia de una previsión expresa en nuestra norma suprema no ha sido óbice para que el Tribunal Supremo manifestase en su Sentencia de 29 de diciembre de 1986 que la protección de los españoles en el extranjero constituye un cometido esencial del Estado conforme a la Constitución. La Sala acepta que los casos analizados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo «guardan una diferencia que impide su aplicación mecánica», y que se daba en ellos una conexión causal entre la actividad de las autoridades y el perjuicio infligido por otro Estado a un ciudadano español, perjuicio que no se habría intentado reparar a través del ejercicio de la protección diplomática o lo habría sido de modo inadecuado. Admite también que, a diferencia de esos supuestos, el fallecimiento del Sr. Couso fue causado por el ejército estadounidense «sin conexión causal alguna con la conducta de nuestras autoridades». Muy sorprendentemente, esa diferencia fundamental, no le impide extraer del conjunto de resoluciones del Tribunal Supremo que cita unas conclusiones que afirma «trascienden del caso concreto» (párrs. 65 y ss. *infra*).

34. En primer lugar, se refiere a la STS de 16 de noviembre de 1974²⁶, recordando que el Tribunal Supremo partió de la inexistencia de un verdadero derecho a la protección y reconoció la responsabilidad patrimonial de la Administración en base a que las consecuencias dañosas infligidas por el Estado extranjero a los españoles se derivaron, como represalia, de la actuación de nuestros poderes públicos, y esos daños no fueron compensa-

²⁴ STC de 28 de septiembre de 1995, *BOE* núm. 246 suplemento, de 14 de octubre de 1995, y STC de 10 de febrero de 1997, *BOE* núm. 63 suplemento, de 14 de marzo de 1997.

²⁵ STS 6164/2002, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4.^a, ES:TS:2004:6259.

²⁶ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 3.^a, ES:TS:1974:2914.

dos mediante el ejercicio de la protección diplomática. A continuación, la SAN recuerda la STS de 29 de diciembre de 1986²⁷, de la que deduce que la protección diplomática se constituye en una obligación del Estado cuyo incumplimiento, en determinadas circunstancias, puede generar su responsabilidad, aunque admite que en aquel caso, había una causa concurrente para declararla, y destaca que el Tribunal Supremo sustentó la declaración de responsabilidad patrimonial no solo en la conducta negligente inicial de las autoridades españolas, sino también en la falta de gestiones efectivas posteriores para la protección de los nacionales. Cita el siguiente extracto del FJ 4 de aquella STS:

«La responsabilidad no emana únicamente de la acción que produce el daño, sino también de la omisión cuando no se hace aquello que se ha de hacer; y cuando la pasividad es de la Administración que guarda silencio y está inactiva cuando debe hablar y actuar, su responsabilidad es paladina de ella».

35. Otro argumento para la SAN estaría en la STS de 10 de diciembre de 2003²⁸, porque el Tribunal Supremo se refirió a la protección diplomática como *potestad-deber* en dos ocasiones, perfilándola, dice, como una obligación «de medio» (comportamiento) que, en el caso, fue desenvuelta hasta alcanzar un acuerdo indemnizatorio para el conjunto de los perjudicados. Y, finalmente, se apoya en la STS de 17 de febrero de 1998²⁹, pues, «a pesar de que el discurso no se desenvolvió en este terreno dados los términos en los que se trabó el debate procesal», entiende la SAN que su FJ 6 aceptaba la responsabilidad de la Administración por la insuficiencia de la protección otorgada por el Estado. Cita también el siguiente extracto de su FJ 5:

«La responsabilidad patrimonial del Estado, personalizado en la Administración, como sujeto gestor del presupuesto, abarca la actividad desplegada en el ámbito de las relaciones internacionales, pues el reconocimiento de un ámbito discrecional en favor de la potestad de dirección política del Gobierno no es obstáculo al carácter indemizable de los perjuicios singulares que puedan producirse a cargo de particulares no obligados a soportarlos».

36. A partir de ahí, inexplicablemente, la SAN dispone (FJ 14) que la aplicación al caso enjuiciado de la «anterior doctrina» conduce a la estimación del recurso y a la declaración de la responsabilidad patrimonial del Estado, pues la Administración española «estaba obligada a desenvolver la actividad necesaria para promover ante el Estado infractor la reparación del daño causado de modo ilícito y no lo hizo». Dice la SAN, en términos muy similares a los que emplea la demanda, que la Administración se limitó a recibir y aceptar las explicaciones ofrecidas por Estados Unidos de que el ataque al hotel Palestina estaba justificado y que el fallecimiento del Sr. Couso fue un lamentable accidente, sin que conste la realización de gestión alguna tendiente, no ya al reconocimiento de la ilicitud del ataque, sino a la reparación

²⁷ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 1.^a, ES:TS:1986:14540.

²⁸ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6.^a, ES:TS:2003:7925.

²⁹ STS, Sala de lo Contencioso, Sección 6.^a, ES:TS:1998:1044.

de sus consecuencias patrimoniales de un modo razonable. Y ello pese a las muy numerosas peticiones al respecto desde diversos grupos parlamentarios.

37. Completa la SAN su confusa argumentación aportando otra sorprendente justificación de esa pretendida obligación del Estado, la necesidad de garantizar la protección de ciertos derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (derecho a la vida, derecho a la información y protección jurídica de la familia). Por un lado, entiende la Sala que, al verse afectado un bien jurídico de primer orden, como el derecho a la vida y, siendo uno de los cometidos esenciales del Estado, proteger a sus nacionales, «la obligación del Estado de ejercer la protección alcanzaría grado superlativo» en virtud del art. 15 en relación con el art. 10.2 de la Constitución y los Convenios internacionales sobre su protección. Por otro lado, considera que la dimensión objetiva del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1.d) de la Constitución, conforme interpretación del Tribunal Constitucional] militaba en favor de conceder la protección diplomática como forma de protección de esa libertad garantizando la indemnidad de su ejercicio. Se refiere también la SAN al deber de los poderes públicos de asegurar la protección jurídica de la familia. Se trata, dice:

«De una obligación impuesta en el art. 53.3 CE que, si bien ha de ser prestada a través de los cauces que el Ordenamiento prevé, nos emplaza a que informe nuestra práctica jurisdiccional. Y en el presente caso, a la vista de que la familia del Sr. Couso no disponía de cauce jurisdiccional practicable ante los tribunales americanos para obtener la reparación que merecía [...], se evidencia que la protección diplomática se revelaba como el cauce idóneo y exigible para que nuestras autoridades cumplieran el mandato impuesto por el art. 39».

38. En definitiva, de todo lo anterior deduce la SAN que el Estado español está obligado a ejercer la protección diplomática, lo que le lleva a concluir en el caso concreto, que la Administración española incumplió esa obligación al no actuar, a pesar de que debió hacerlo. Ahora bien, pese a su razonamiento anterior, al llegar al FJ 15 la SAN da un giro para volver sobre el carácter discrecional de la protección y descartar que esa discrecionalidad obste a su argumentación. Admite entonces que, razones de política exterior, que al Gobierno corresponde dirigir (art. 97 de la Constitución), podrían haber aconsejado no desarrollar acción diplomática en favor de los perjudicados. Pero concluye que, aun así, cabría afirmar la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues se derivaría en este caso de un funcionamiento normal que los particulares no tendrían obligación jurídica de soportar, en el sentido de que no puede hacerse recaer sobre ellos individualmente la política exterior desarrollada en favor del conjunto del Estado y, en definitiva, de la globalidad de los ciudadanos. Según la SAN, la imposición a los demandantes de este sacrificio en exclusiva iría en contra del principio de igualdad ante las cargas públicas.

39. La SAN da una nueva vuelta de tuerca cuando se ocupa de la cuantificación de la responsabilidad patrimonial (FJ 16), pues considera que el perjuicio sufrido, derivado de la omisión del ejercicio de la protección diplomá-

tica, no se identifica con el fallecimiento del Sr. Couso sino con la *pérdida de la ocasión* de que, mediante las gestiones del Gobierno ante las autoridades norteamericanas, se hubiera podido obtener una compensación adecuada «a los estándares utilizados en supuestos similares». Remite a la doctrina de la pérdida de oportunidad en el campo de la responsabilidad en el ámbito de la Administración sanitaria, advirtiendo que en tales casos se indemniza la posibilidad de que, con una intervención distinta quizás se hubiera interrumpido el curso causal, pudiendo hacer que las cosas sucedieran de otro modo o que, al menos, el daño sobrevenido hubiera sido menor. La Sala aplica esa doctrina al caso y determina que se parte de la existencia cierta del evento dañoso e ilegítimo ya producido (fallecimiento del Sr. Couso) que la actuación administrativa omitida no habría evitado ni minorado en sus efectos. La responsabilidad patrimonial de la Administración surgiría, entonces, por el incumplimiento de la obligación de desarrollar una actividad a la que las circunstancias del caso compelían, pero *con un resultado incierto*. Según la SAN (FJ 17) la jurisprudencia opta, en este tipo de supuestos por la moderación de la indemnización que resultaría procedente si se hubiera actuado, lo que toma como referencia para el caso.

40. De tal manera que aprecia la cuantía de la indemnización que estima procedente en 99.430,00 euros para la viuda y 41.430 euros para cada uno de los dos hijos del fallecido. Una cantidad que se corresponde con lo solicitado en la demanda, a excepción de la minoración de las cantidades percibidas de las entidades aseguradoras y de los daños materiales, es decir, los útiles e instrumentos de trabajo (pues, para la SAN, la expectativa indemnizatoria a obtener de Estados Unidos contemplaba una cantidad global por todos los conceptos, incluidos los daños materiales). Para el cálculo de esa expectativa o resultado incierto, la SAN se basa en datos que considera «seguros dentro de los límites de la cuantía reclamada en aras del respeto de las exigencias de congruencia». Se basa, por la semejanza del caso, en los datos del ya citado dictamen del Consejo de Estado 1496/1991 que se refería a la práctica seguida por los Estados Unidos en materia de indemnizaciones por los daños causados por sus fuerzas armadas, al que remitía la demanda (párr. 9 *supra*). No descuenta, sin embargo, la cantidad de 140.000 euros satisfecha en aplicación del Real Decreto-ley 8/2004 (FJ 18).

3. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN DERECHO INTERNACIONAL Y LA SENTENCIA

3.1. El presupuesto: la comisión de un hecho internacionalmente ilícito de un Estado que causa un daño a un particular, nacional de otro Estado

41. Conviene advertir, en primer lugar, que la existencia de un hecho internacionalmente ilícito, no es tanto un requisito o condición de ejercicio de la protección, como afirma la SAN, sino más bien un presupuesto previo.

La protección diplomática es una institución clásica del DI que se desenvuelve en el plano de las relaciones interestatales y constituye un mecanismo de aplicación de las normas internacionales. Su función es permitir al Estado perjudicado (el de nacionalidad de la víctima) invocar la responsabilidad internacional del Estado autor de un hecho internacionalmente ilícito que ha causado un daño a sus nacionales. El principio general en la materia es que todo hecho internacionalmente ilícito entraña la responsabilidad internacional del Estado autor, dando lugar a una nueva relación jurídica internacional³⁰. De manera que la comisión de un hecho internacionalmente ilícito es, en realidad, el presupuesto necesario para que, llegado el caso, un Estado pueda ejercer la protección diplomática, siempre que se cumplan los requisitos o condiciones de ejercicio exigidos para ello de conformidad con el DI consuetudinario en vigor, que son la nacionalidad de la reclamación y el agotamiento de los recursos internos. En definitiva, sin la presencia de esos requisitos, el Estado reclamado, autor del ilícito internacional, podría oponerse al ejercicio de la protección diplomática³¹, mientras que en ausencia de hecho internacionalmente ilícito, sencillamente, no se generaría la responsabilidad y, consecuentemente, no llegaría a surgir el derecho del Estado a ejercer la protección.

42. La SAN da por sentada la presencia del citado presupuesto al afirmar la existencia de un hecho internacionalmente ilícito en base, como hemos visto, a las apreciaciones fácticas de los órganos judiciales del orden penal. Apreciaciones fácticas que, junto con lo señalado en el dictamen del Consejo de Estado de 1992, asume sin más a efectos de la calificación de los hechos. Admite así que las fuerzas armadas norteamericanas tenían encomendada la misión de evitar que los medios de comunicación informaran de los combates y da por hecho que el disparo al hotel Palestina fue realizado con ese fin para «completar la operación» que se habría iniciado con el bombardeo previo de dos televisiones árabes situadas al este del río. Acepta que el carro que lanzó el proyectil contaba con elementos de visión que permitían apreciar con total claridad a las personas situadas en los balcones del hotel y los objetos que portaban, descartando que los periodistas hubieran podido ser confundidos con ojeadores o tiradores del enemigo.

43. Ahora bien, la facilidad y rotundidad con que la Sala confirma la presencia de un hecho internacionalmente ilícito plantea dudas si se confronta con el relato de los hechos que contiene el informe del Comité para la protección de los periodistas, ya citado, presentado por los demandantes.

³⁰ Art. 1 del proyecto de artículos de la CDI sobre responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, aprobado en segunda lectura en 2001, texto del proyecto con sus comentarios en *Anuario CDI*, 2001, vol. II (2.^a Parte), Cap. IV, pp. 31-153.

³¹ Pero siendo normas de naturaleza dispositiva, también podría aceptar la presentación de la reclamación en ausencia de tales requisitos, pues la renuncia del Estado cuya responsabilidad se invoca, manifestada de forma clara en cláusula o compromiso arbitral o de cualquier otro modo, es una excepción comúnmente aceptada a la regla general del agotamiento de los recursos internos. Del mismo modo, en ausencia de oposición del Estado reclamado, un Estado podría ejercer la protección diplomática de un no nacional.

Puede leerse en dicho informe que el ataque contra los periodistas no fue premeditado, pero que se pudo evitar, que la reacción inmediata de los mandos norteamericanos al ataque fue de rabia y consternación, y que se dio, entonces, la orden de no disparar al hotel bajo ninguna circunstancia, «incluso si están bajo fuego o si ven un tubo de artillería montado en el tejado». Y que «aunque todo parece indicar que al disparar el obús el carro apuntaba a lo que pensaba era un observador iraquí, hay otras interrogantes»³².

44. Recuerda la Sala, como hemos destacado (párr. 29), el Protocolo adicional I a los Convenios de Ginebra, sin plantearse, ni por un momento, que Estados Unidos no es parte en el mismo y que su aplicación al caso requeriría previamente el reconocimiento del carácter consuetudinario del contenido de conducta de tales disposiciones. Lo que no es automático, pues requeriría un estudio detallado de la práctica y supondría valorar, entre otras cosas, si incluso reconociendo su valor consuetudinario, serían aplicables a Estados Unidos, lo que podría quedar descartado en virtud de la regla de la objeción persistente³³. En vez de eso, la Sala concluye «sin mayor esfuerzo» que la muerte del Sr. Couso «presentaba la apariencia de un ilícito internacional imputable a Estados Unidos».

45. La Sala no admite posibilidad de error o confusión por parte de los militares norteamericanos. Descarta que la acción pudiera responder a una falta de diligencia culposa de las fuerzas armadas estadounidenses. Considera que se produjo un ataque indiscriminado intencional contra los periodistas,

³² También dice el informe (véase nota 2 *supra*) que varios oficiales del Pentágono y algunos mandos en tierra sabían que el hotel estaba lleno de periodistas y querían evitar que se convirtiera en un blanco, pero probablemente no hicieron llegar su preocupación al jefe de carro que dio la orden de disparar. Que el disparo al hotel tuvo lugar durante combates que se consideran de los más duros en Bagdad. Al parecer, a primera hora del día se reactivó el fuego intenso en la zona oeste de la ribera del Tigris, en los alrededores del puente y los periodistas, desde los balcones, observaron un movimiento importante de contraataque iraquí, que duró varias horas. Algunos periodistas afirmaron que hubo un momento de relativa calma justo antes del disparo, mientras otros mostraron menos certeza, indicando que los enfrentamientos intensos se prolongaron durante toda la mañana. Se dice que el combate alcanzó tal intensidad que los mandos militares norteamericanos pidieron apoyo aéreo para debilitar las posiciones iraquíes. Que según el testimonio de uno de los fotógrafos que estaba en el hotel era difícil determinar si los carros habían sido o no objeto de ataque desde el otro lado del puente debido a la distancia, mientras que para otros periodistas se abrió fuego contra los carros desde varios edificios oficiales situados en el lado este del puente. Que desde el hotel los periodistas tenían un buen ángulo de visión de los carros sobre el puente por lo que supusieron que también les veían a ellos, aunque los carros se encontraban a 1.200 metros del hotel. Que, según declaraciones de uno de los periodistas «integrados», había francotiradores apostados en edificios altos que disparaban a la escotilla de torreta de los carros, llegando a herir a dos miembros del batallón de Wolford. Que las fuerzas norteamericanas lograron controlar las comunicaciones entre fuerzas iraquíes a través de radio, lo que les permitió establecer que un observador avanzado o vigía dirigía los disparos de los combatientes iraquíes enfrentados a las tropas norteamericanas. Otro periodista «integrado» destacó que había muchísima preocupación por localizar al vigía y que temían recibir una salva de artillería en cualquier momento. Que antes del disparo, el comandante de la brigada se dirigió a los periodistas, porque estaban estudiando solicitar un ataque aéreo, les dijo que creía que todos los comandantes sabían que había periodistas en el hotel y les solicitó ayuda para la identificación visual del edificio con el fin de evitar disparar en su contra, aunque tenía una indicación general de localización de varios cientos de metros; y que se declaró que los mapas de satélite que utilizaban los militares eran de unos diez años atrás.

³³ Escrito de preparación del recurso de casación, *cit.*, pp. 6-7.

porque en el hotel había periodistas y las fuerzas armadas norteamericanas lo sabían. No valora que pudiera entrar en juego alguna de las circunstancias que, conforme al DI vigente, excluyen la ilicitud, como el peligro extremo, recogido en el art. 24 del proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos³⁴.

46. No tiene tampoco en cuenta la SAN la posible contribución al perjuicio, a efectos de determinar la reparación, de la conducta de la víctima, como también se establece en DI³⁵. Lo que conecta con la cuestión de la conducta correcta de la víctima o excepción de manos limpias, que la demanda presenta como requisito o condición de ejercicio de la protección diplomática. Es cierto que no puede hablarse en este caso de una conducta incorrecta, en el sentido de antijurídica, pero no cabe duda de que se trata de una conducta arriesgada. No puede ser de otra manera teniendo en cuenta las circunstancias en que desempeñan su loable labor los reporteros de guerra, que, al hacerlo, asumen conscientemente un riesgo. En realidad, la conducta correcta del particular perjudicado no es considerada, conforme al DI vigente, una condición de ejercicio de la protección diplomática. No obstante, el hecho de que el particular haya tenido, con carácter previo al ilícito del Estado, una conducta incorrecta, u objetivamente arriesgada, puede y suele motivar en la práctica la negativa de su Estado a ejercer la protección diplomática en su favor, dado el carácter discrecional de la misma. Ese comportamiento previo puede tener incidencia, igualmente, en el contenido de la protección ejercida en su favor, pudiendo llegar a equipararse a la mera protección por motivos humanitarios, es decir, limitarse a la exigencia del ceso del ilícito, sin llegar a exigir la reparación del perjuicio sufrido³⁶. También, puede influir sobre la cuantía de la reparación que se obtenga y puede tener su peso como

³⁴ Conforme al cual: «1) La ilicitud del hecho de un Estado que no esté en conformidad con una obligación internacional de ese Estado queda excluida si el autor de ese hecho no tiene razonablemente otro modo, en una situación de peligro extremo, de salvar su vida o la vida de otras personas confiadas a su cuidado. 2) El párr. 1 no es aplicable si: a) la situación de peligro extremo se debe, únicamente o en combinación con otros factores, al comportamiento del Estado que la invoca, o b) es probable que el hecho en cuestión cree un peligro comparable o mayor», *Anuario CDI*, 2001, vol. II (2.^a Parte), pp. 83-84.

³⁵ El art. 39 del mismo proyecto dispone: «Para determinar la reparación se tendrá en cuenta la contribución al perjuicio resultante de la acción o la omisión, intencional o negligente, del Estado lesionado o de toda persona o entidad en relación con la cual se exija la reparación». El comentario núm. 1 a dicho artículo aclara que se refiere a los casos en que un perjuicio ha sido causado por un hecho internacionalmente ilícito de un Estado, pero en que el Estado lesionado, o la persona víctima de la infracción, ha contribuido materialmente al perjuicio por alguna acción u omisión, intencional o negligente. Se refiere a las situaciones llamadas en los ordenamientos jurídicos nacionales «culpa concurrente», *comparative fault, faute de la victime*. Ese comportamiento, según el comentario núm. 2, debe tenerse en cuenta para evaluar la forma y la cuantía de la reparación. *Anuario CDI* 2001, p. 117. JIMÉNEZ PIERNAS, C., *La conducta arriesgada y la responsabilidad internacional del Estado*, Alicante, 1998, *passim*.

³⁶ JIMÉNEZ PIERNAS, C. (dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica de España y de la Unión Europea*, Madrid, 2011, p. 435. También sobre este tema DÍAZ BARRADO, C. M., «La protección de españoles en el extranjero. Práctica constitucional», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1992, pp. 239-353, esp. p. 326, e *id.*, «La protección diplomática en el Derecho Internacional contemporáneo: cuestiones generales», *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law*, 2016, núm. 1, pp. 163-182, esp. pp. 181-182.

argumento de atmósfera o ambiente ante las jurisdicciones internacionales, llegado el caso³⁷.

47. No es nuestro objetivo, ni mucho menos, determinar si hubo o no un hecho internacionalmente ilícito. Solo queremos llamar la atención sobre las dudas que la calificación jurídica de los hechos pudo suscitar y que pudieron influir sobre la decisión discrecional del Gobierno acerca de las concretas gestiones a desarrollar en este caso y sobre la oportunidad y conveniencia de plantear una reclamación internacional para exigir responsabilidad de otro Estado. Algo que la Sala debió haber valorado. La SAN, en cambio, enfoca el tema desde una perspectiva de Derecho interno, no deja margen de apreciación, y limita considerablemente de ese modo la discrecionalidad del Estado. No puede olvidarse que la relación de responsabilidad internacional y, consecuentemente, la protección diplomática es Estado a Estado, por lo que es el Estado, representado por el Gobierno a través del Ministerio de AAEE, el legitimado para determinar si concurren las circunstancias para apreciar la presencia de un hecho internacionalmente ilícito.

3.2. El carácter consuetudinario de las normas sobre la protección diplomática

48. Creemos que conviene incluir una breve aclaración a este respecto a la vista de las afirmaciones de la SAN. La protección diplomática es una institución regulada por normas de DI consuetudinario que han sido puestas de manifiesto por la jurisprudencia internacional a lo largo de los años. Es cierto que la CDI se ha ocupado del tema llegando a aprobar en segunda lectura un proyecto de 19 artículos³⁸, pero dicho proyecto no refleja una labor exclusiva de codificación, sino también de desarrollo progresivo, lo que ha de ser tenido debidamente en cuenta a fin de no confundir las propuestas de la CDI con el Derecho vigente, como hace la SAN. Muy probablemente, las propuestas *de lege ferenda* que recoge el proyecto hayan sido un factor determinante de que no haya contado en catorce años con el apoyo suficiente de los Estados para dar lugar a una Convención internacional por la que quedar jurídicamente vinculados. Algo que debe ser tomado en consideración.

3.3. La naturaleza jurídica de la protección diplomática en Derecho internacional

49. Conforme al DI vigente, la protección diplomática es un derecho del Estado, no del particular. Cuando el Estado ejerce la protección diplomática

³⁷ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones internacionales*, Madrid, 2019, p. 269.

³⁸ Proyecto de artículos de la CDI sobre protección diplomática, aprobado en segunda lectura por la CDI en 2006, *Anuario CDI*, 2006, vol. II (2.^a Parte), Capítulo IV, pp. 24-61.

de sus nacionales, ejerce un derecho propio. La CPJI lo dejó claro en su Sentencia de 30 de agosto de 1924, en el caso *De las concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia c. Reino Unido)*³⁹. No puede afirmarse, como hace la SAN, que la institución esté siendo objeto de ciertos reajustes en los últimos años que lleven a admitir la existencia de una verdadera obligación para el Estado.

50. Es cierto que una de las cuestiones analizadas durante el proceso de elaboración del proyecto de la CDI fue la de la naturaleza jurídica de la protección diplomática. Cuestión que, desde el informe preliminar presentado por el Relator Especial, M. Benouna, se vinculó especialmente al desarrollo normativo del DI de los derechos humanos, que conlleva el reconocimiento de determinados derechos al individuo que este puede, en ocasiones, ejercer directamente en el plano internacional. Ello le llevó a preguntarse sobre la titularidad del derecho protegido, planteando si debía mantenerse la concepción clásica, basada en que el Estado al ejercer la protección hace valer su propio derecho o, por el contrario, debía considerarse al Estado como un mandatario o representante de su nacional, que sería el verdadero titular del interés jurídicamente protegido y, en definitiva, del derecho⁴⁰. Ahora bien, en ese mismo informe preliminar afirmaba el relator:

«En la actualidad, la mayor parte de los ordenamientos internos autoriza el recurso ante los tribunales nacionales para garantizar la transferencia de la indemnización percibida por el Gobierno y controlar su distribución. Sin embargo, rara vez se plantea la cuestión del derecho del particular a obtener la protección diplomática del Estado del que es nacional y, en consecuencia, la cuestión de la obligación o el deber que este tendría en este contexto. Por más que en algunos textos constitucionales se enuncie una obligación de esa índole, en realidad esta es más moral que jurídica; la intervención del Estado depende evidentemente de consideraciones políticas y de oportunidad según las relaciones diplomáticas de que se trate y, por lo menos, deberá conciliarse con sus intereses superiores»⁴¹.

³⁹ Dijo la CPJI que es un principio elemental del DI el que autoriza al Estado a proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al DI cometidos por otro Estado, del que no han podido obtener satisfacción por las vías ordinarias. Y que, al hacerse cargo de la causa de uno de los suyos, al poner en movimiento en su favor la acción diplomática o la acción judicial, ese Estado hace valer, su propio derecho, el derecho que tiene a hacer respetar en la persona de sus nacionales el DI, *Affaire des concessions Mavrommatis en Palestine*, 30 août 1924, CPJI, Serie A, núm. 2, p. 12. El relator manifestó ante la CDI en su 57 periodo de sesiones que el principio *Mavrommatis*, pese a sus limitaciones, constituía la base del DI consuetudinario en materia de protección diplomática y, por esa razón, se había mantenido en el proyecto, *Anuario CDI*, 2005, vol. II (2.^a Parte), p. 57, párr. 241.

⁴⁰ Como se ha dicho, el problema teórico de la coexistencia entre el derecho subjetivo lesionado del particular y el derecho subjetivo lesionado del Estado, que surge respecto de la protección diplomática como mecanismo de protección de los derechos humanos de los propios nacionales, se despeja desde el entendimiento de que el derecho subjetivo lesionado del particular (que estaría en la base del Derecho del Estado) no conlleva un derecho subjetivo de protección, TORROJA MATEU, H., «La “protección diplomática” de los “derechos humanos” de los nacionales en el extranjero: ¿situaciones jurídicas subjetivas en tensión?», *REDI*, vol. LVIII, 2006, núm. 1, pp. 205-237, esp. p. 227.

⁴¹ Informe preliminar sobre la protección diplomática del primer Relator Especial, M. Bennouna, *Anuario CDI*, 1998, vol. II (1.^a Parte), Doc. A/CN.4/484, Capítulo I., pp. 336-341, esp. p. 340, párr. 48. Se refería a las Constituciones de China, Rusia y algunos países de Europa occidental. Sobre ese tema, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Discrecionalidad en el ejercicio de la protección diplomática y responsabilidad del Estado en el orden interno», *ADI*, vol. III, 1976, pp. 321-346, esp. pp. 323-327.

51. Finalmente, la CDI adoptó una posición más conservadora, concluyendo que al ser el de la subjetividad internacional del individuo un tema controvertido, era preferible no plantearlo y limitarse a considerar al particular simplemente como beneficiario de la protección. Esa fue también la postura del segundo Relator, J. R. Dugard, que consideró poco útil el debate en este contexto teniendo en cuenta que, hoy por hoy, el Estado sigue siendo el principal protagonista de las relaciones internacionales⁴². Así, como señala la SAN, el proyecto de la CDI en su art. 1 determina la definición y alcance de la protección diplomática en los siguientes términos:

«Consiste en la invocación por un Estado, mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, de la responsabilidad de otro Estado por el perjuicio causado por un hecho internacionalmente ilícito de ese Estado a una persona natural o jurídica que es un nacional del primer Estado con miras a hacer efectiva esa responsabilidad».

52. Lo que no dice la SAN es que, inmediatamente después, dicho proyecto incluye un art. 2 en el que dispone que el Estado tiene *derecho* a ejercer la protección diplomática de conformidad con el proyecto de artículos. Ni que, el comentario núm. 2 al artículo, señala que el Estado *tiene derecho* a ejercer la protección diplomática en beneficio de uno de sus nacionales, *pero no el deber ni la obligación* de hacerlo, y que el Derecho interno puede obligarlo a prestar protección diplomática, pero el DI no impone esa obligación. Tampoco se refiere la SAN el art. 3 del proyecto, que insiste en la idea cuando establece que el Estado con *derecho* a ejercer la protección diplomática es el de la nacionalidad, ni el comentario núm. 1 que lo acompaña, que indica que se deja bien sentado el *principio* de que el Estado de la nacionalidad de la persona perjudicada *tiene derecho*, aunque *no está obligado*, a ejercer la protección diplomática a favor de esa persona. Lo mismo ocurre con el art. 5 del proyecto (continuidad de la nacionalidad), arts. 6 y 7 (nacionalidad múltiple), arts. 10, 11 y 12 (protección de las personas jurídicas) y el art. 18 (protección tripulación de un buque), que reiteran expresiones como el Estado *tiene derecho, podrá*, o el Estado *deja de tener derecho, o no podrá* ejercer la protección. Igual la propuesta de desarrollo progresivo del art. 8 que admite el ejercicio de la protección respecto de apátridas y refugiados. Según el comentario núm. 11 a dicho artículo, un Estado de refugio:

«Podrá ejercer la protección diplomática. Esto pone de relieve el carácter discrecional del Derecho. Un Estado puede discrecionalmente, en Derecho internacional, ejercer la protección diplomática respecto de un nacional. A *fortiori*, puede discrecionalmente hacer extensiva esa protección a un apátrida o refugiado»⁴³.

53. Basa la SAN su afirmación sobre los reajustes de la institución en que la CDI rechazó inicialmente establecer la obligación, pero finalmente incluyó

⁴² CRESPO NAVARRO, E., «El proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre la protección diplomática: la protección de las personas físicas», *REDI*, vol. LVII, 2005, núm. 1, pp. 221-238, esp. p. 225.

⁴³ *Anuario CDI*, 2006, vol. II (2.^a Parte), p. 40.

una recomendación al respecto. Conviene aclarar esa declaración. En efecto, el Relator J. R. Dugard, en su primer informe, se alejó conscientemente de la posición tradicional al proponer, también *de lege ferenda*, un art. 4, que evidentemente no pasó la criba de la CDI, por el que se imponía al Estado un deber jurídico de ejercer la protección diplomática, a solicitud de un nacional, en aquellos casos en que el daño se debiera a la violación grave de una norma de *ius cogens* atribuible a otro Estado, salvo ciertas excepciones. En su introducción del tema ante la CDI, el relator manifestó que la opinión mayoritaria en la Sexta Comisión fue que el Estado tenía una facultad discrecional absoluta de decidir si concedía la protección diplomática y solo algunas delegaciones defendieron lo contrario. Sobre la práctica de los Estados, señaló, como hizo en su primer informe, que algunas Constituciones contenían disposiciones en el sentido de que el Estado tenía que proteger los derechos de sus nacionales en el extranjero. Pero para el relator no quedaba claro si esos derechos eran exigibles en virtud del Derecho interno, ni tampoco si, en realidad, tales disposiciones tenían por objeto más bien garantizar el acceso de los nacionales a la asistencia consular de su Estado en el extranjero⁴⁴.

54. No debe confundirse la protección diplomática *stricto sensu*, que implica, como aclara el art. 1 del proyecto, la invocación de responsabilidad internacional, ya se haga mediante la acción diplomática o por otros medios de solución pacífica, con otras figuras afines como la protección y la asistencia consular⁴⁵, así se aclara en los comentarios núms. 9, 10 y 11 al art. 1. Por lo general, el órgano encargado de ejercer la protección diplomática es el Gobierno, a través del Ministerio de AAEE, pudiendo llevar a cabo la gestión específica de la reclamación alguno de los servicios centrales del Ministerio

⁴⁴ Dicha propuesta de art. 4 decía: «1. A menos que la persona perjudicada pueda presentar una reclamación ante una corte o tribunal internacional competente, el Estado de su nacionalidad tiene el deber jurídico de ejercer la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada a solicitud de esta, si el daño se debe a una violación grave de una norma de *jus cogens* atribuible a otro Estado. 2. El Estado de la nacionalidad quedará eximido de esta obligación si: a) el ejercicio de la protección diplomática puede poner seriamente en peligro los intereses generales del Estado y/o su población; b) otro Estado ejerce la protección diplomática en nombre de la persona perjudicada, y c) la persona perjudicada no tiene la nacionalidad efectiva y dominante del Estado. 3. Los Estados están obligados a incluir en su Derecho interno disposiciones para hacer respetar este Derecho ante un tribunal interno competente u otra autoridad nacional independiente», Primer informe del Relator Especial, J. R. Dugard, *Anuario CDI*, 2000, vol. 2 (1.^a Parte), Doc. A/CN.4/506 y Add. 1, pp. 234-237, párrs. 74-93.

⁴⁵ DÍEZ DE VELASCO, M., «Reflexiones sobre la “protección diplomática”», en VVAA, *Pensamiento jurídico y Sociedad Internacional. Estudios en honor del Prof. D. Antonio Truyol Serra*, 2 vols., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales/Univ. Complutense de Madrid, 1986, vol. I, pp. 377-391, esp. pp. 384-385. Sobre la distinción entre ambos tipos de protección, CRESPO NAVARRO, E., *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho Internacional. La erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, 2005, pp. 281-286; MARESCA, A., *Las relaciones consulares*, Madrid, 1974, pp. 215-219 y 220-231, y PASTOR RIDRUEJO, J. A., *op. cit.*, pp. 269-271. Conforme al art. 3.1 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 (*BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1968), entre las funciones principales de una Misión diplomática se incluye la de proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales, dentro de los límites permitidos por el DI. Y, según el art. 5, apdos. a) y e) del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963 (*BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970) forma parte de las funciones consulares la de proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el DI, así como prestarles asistencia consular.

ante la Misión diplomática del Estado autor del ilícito o la Misión diplomática del Estado reclamante ante el Gobierno del Estado reclamado⁴⁶.

55. En definitiva, el relator presentó la propuesta de art. 4 a la CDI siendo plenamente consciente de que se enmarcaba en el desarrollo progresivo del Derecho. Tras el debate, concluyó que la opinión general era que la cuestión no estaba todavía madura para ser examinada y que requería más apoyo en la práctica de los Estados y en la *opinio juris*⁴⁷. La propuesta fue rechazada por considerar «que iba más allá de los límites permisibles del desarrollo progresivo del Derecho»⁴⁸.

56. La protección diplomática sigue, pues, estando configurada en DI como un derecho del Estado y la principal consecuencia es el carácter discrecional de su ejercicio. Como dijo la CIJ en el caso *Barcelona Traction (Bélgica c. España)*, Sentencia de 5 de febrero de 1970:

«Dentro de los límites establecidos por el Derecho internacional un Estado puede ejercer la protección diplomática por los medios y en la medida que considere adecuado, puesto que es su propio derecho lo que el Estado hace valer. Si las personas físicas o jurídicas por cuenta de las cuales actúa estiman que sus derechos no quedan suficientemente protegidos, quedarán sin recursos en Derecho internacional [...]. El Estado debe ser considerado como el único juez facultado para decidir si concede su protección, en qué medida lo hará y cuando le pondrá fin. Posee a ese respecto, una facultad discrecional cuyo ejercicio puede de depender de consideraciones, especialmente de orden político, ajenas al caso en cuestión [...]. El Estado goza de una libertad de acción total»⁴⁹.

57. Discrecionalidad que no solo supone la facultad del Estado de decidir si ejerce o no la protección, sino también de cesar en su ejercicio en el momento que estime oportuno e, incluso, de disponer de la reparación obtenida del Estado infractor, pudiendo renunciar a ella, transigir en el importe o darle el destino que considere conveniente. El DI no impone al Estado un deber de ejercer la protección diplomática cuando sus nacionales han sufrido un perjuicio derivado del hecho ilícito de otro Estado. Aunque, como destacó la CIJ en el mismo caso *Barcelona Traction*, eso no impide que los Estados puedan establecer esa obligación en sus ordenamientos internos:

⁴⁶ PASTOR RIDRUEJO, J. A., *op. cit.*, pp. 269-270. En España, la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (*BOE* núm. 74, de 26 de marzo de 2014), recoge como objetivos de la Política exterior, la asistencia y protección a los ciudadanos, atribuyendo al Servicio Exterior del Estado, la función de prestar asistencia y protección y facilitar el ejercicio de sus derechos a los españoles en el exterior (arts. 2.J y 41.3). Atribuye a las Misiones diplomáticas permanentes la protección de los intereses de España y de sus nacionales en el Estado receptor, dentro de los límites permitidos por el DI [art. 42.4.b)], y a las Oficinas consulares, el ejercicio de las funciones consulares, especialmente, prestar asistencia y protección a los españoles en el exterior [art. 47.1.l)]. El Real Decreto 1271/2018, de 11 de octubre, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de AAEE, UE y Cooperación, dispone que corresponde al Ministerio de AAEE, conforme a las directrices del Gobierno y en aplicación del principio de unidad de acción en el exterior, proteger a los españoles en el exterior (art. 1.1) (*BOE* núm. 247, de 12 de diciembre de 2018).

⁴⁷ *Anuario CDI*, 2000, Capítulo V, vol. II (2.^a Parte), pp. 82-83, párrs. 447-456.

⁴⁸ Comentario núm. 2 al art. 2 del proyecto, *Anuario CDI 2004*, vol. II (2.^a Parte), p. 22.

⁴⁹ *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, ICJ Reports*, 1970, p. 44, párr. 78.

«Con el fin de defender su causa y obtener justicia [los particulares] no pueden sino apelar al Derecho interno, si este les ofrece medios para ello. El legislador nacional puede imponer al Estado la obligación de proteger a sus ciudadanos en el extranjero. Puede igualmente conceder a los ciudadanos el derecho a exigir que esa obligación sea respetada y asegurar ese derecho mediante sanciones. Pero todas estas cuestiones permanecen en el ámbito del Derecho interno y no modifican la situación en el plano internacional»⁵⁰.

58. En ese sentido, la CDI incluye en su proyecto ciertas recomendaciones de prácticas deseables, a las que se refiere la SAN, que debieran guiar la conducta de los Estados en esta materia. Eso sí, con la advertencia de que tales recomendaciones no recogen en absoluto el Derecho en vigor, sino que son más bien aspiraciones formuladas desde el deseo de reforzar la protección de los particulares en línea con la creciente preocupación del DI contemporáneo por la protección de los derechos humanos. Se trata del art. 19 del proyecto CDI que, bajo el título de *práctica recomendada*, señala que un Estado con derecho a ejercer la protección *debería*:

- «a) Considerar debidamente la posibilidad de ejercer la protección diplomática, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave.
- b) Tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la protección diplomática y a la reparación que deba tratarse de obtener.
- c) Transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables»⁵¹.

59. La CDI decidió inicialmente no tratar las consecuencias de la protección, ya que su proyecto de artículos sobre la responsabilidad del Estado abordaba la mayor parte de los aspectos de la cuestión. Sin embargo, el relator se planteó considerar si en DI el Estado estaría obligado a transferir a la persona lesionada la suma recibida de otro Estado en concepto de indemnización. Como no percibía que la CDI estuviese en general dispuesta a ello, señaló que no era partidario de que se codificase expresamente lo que muchos consideraban un principio desafortunado ni de que se intentara desarrollar progresivamente un nuevo principio que sería inaceptable para los Estados. Prefería dejar la cuestión abierta en el proyecto de forma que pudiera seguir desarrollándose⁵². Así incluyó, a última hora, en su Séptimo informe, el tema del derecho del nacional lesionado a recibir una indemnización, al conside-

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Anuario CDI*, 2006, vol. II (2.^a Parte), pp. 58-59. Y el comentario núm. 3 al art. 2 establece que la opinión según la que incumbe al Estado, en virtud del Derecho interno o el DI algún tipo de obligación, por limitada que sea, de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando han sido víctimas de una violación grave de sus derechos humanos encuentra cierto apoyo en las leyes nacionales y en las resoluciones judiciales y que, por tanto, el proyecto de art. 19 establece que un Estado con derecho a ejercer la protección diplomática *debería* considerar debidamente la posibilidad de ejercerla, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave. Por eso, indica que el derecho discrecional del Estado a ejercer la protección diplomática *debería* interpretarse en relación con la recomendación del proyecto de art. 19, *Anuario CDI*, 2006, p. 30.

⁵² *Anuario CDI*, 2005, vol. II (2.^a Parte), pp. 56-57, párr. 240.

rar el tema pendiente. Reconocía que, siendo la práctica de los Estados contradictoria, no podía concluirse la existencia de una obligación que limitase su libertad de disposición. Pero entendía que la política de interés general, la equidad y el respeto de los derechos humanos podían apoyar la restricción de la facultad discrecional en el desembolso de las indemnizaciones, aunque no sea una norma del DI consuetudinario⁵³. El comentario núm. 1 al art. 19 aclara:

«Hay ciertas prácticas de los Estados en la esfera de la protección diplomática que no han adquirido todavía la condición de normas consuetudinarias y que no se pueden transformar en normas jurídicas mediante el desarrollo progresivo del Derecho. Son, a pesar de ello, prácticas deseables, que constituyen características necesarias de la protección diplomática y refuerzan a esta como medio de protección de los derechos humanos y la inversión extranjera. En el proyecto de art. 19 se recomienda a los Estados que tengan en cuenta esas prácticas en el ejercicio de la protección diplomática; esa disposición recomienda que los Estados “deberían” observar determinadas prácticas»⁵⁴.

4. LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL DERECHO ESPAÑOL Y LA SENTENCIA

60. Insistimos en que no hay ninguna disposición en el ordenamiento interno español, ni en la Constitución ni en ninguna otra norma de rango inferior, que imponga al Estado la obligación de ejercer la protección diplomática de sus nacionales. A pesar de ello, la SAN afirma rotundamente la existencia de esa obligación, que extrae de una muy forzada y poco persuasiva interpretación de la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales. Repasamos en este apartado la confusa argumentación de la SAN confrontando sus afirmaciones con el análisis detallado de la jurisprudencia que cita, tratando al mismo tiempo de contextualizarla. El desorden argumental de la sentencia nos obliga a un estudio minucioso con el fin de ir desenrollando la madeja de fundamentos que entrelaza, para poder valorar las conclusiones a las que llega.

61. Comenzamos con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La SAN se refiere a las SSTC 140/1995 y 18/1997 de las que concluye que subyace la obligación del Estado de ejercer la protección diplomática (párr. 32 *supra*). No parece, en cambio, que el contenido de estas sentencias, pueda llevarnos a esa deducción. Recordemos que la STC 140/1995, resuelve un recurso de amparo contra la desestimación en apelación de una resolución dictada en un juicio de desahucio contra el inquilino de un inmueble que había dejado de pagar las rentas. La sentencia recurrida había admitido la excepción de inmunidad de jurisdicción civil en base a la condición de miembro del personal diplomático de la Embajada italiana de dicho inquilino. En el FJ 10 de

⁵³ Séptimo informe del relator sobre la protección diplomática, *Anuario CDI*, 2006, Doc. A/CN.4/567, Capítulo II, pp. 26-29, cita p. 29, párr. 102.

⁵⁴ *Anuario CDI*, 2006, p. 30.

dicha sentencia, del que cita un extracto la SAN, valoraba el Tribunal Constitucional si la exclusión de un particular (la arrendadora) del acceso a la jurisdicción civil por la inmunidad del demandado (un agente diplomático acreditado en España) era desproporcionada en relación con el art. 24.1 de la Constitución. Para ello analizaba si el régimen de dicha inmunidad, previsto en el Convenio de Viena de 1961, permite al Estado receptor proteger los derechos e intereses de los particulares que pudieran verse afectados. A ese fin, pasa revista a las diferentes vías de las que dispone el Estado receptor, que ha de velar por la correcta aplicación del Convenio, evitando cualquier posible abuso en los privilegios e inmunidades que establece cuando el particular actúa diligentemente. En ese contexto ha de situarse la afirmación *obiter dicta* realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 28 de septiembre de 1995, en la que apoya su argumentación la SAN:

«Si los poderes públicos no adoptaran las medidas adecuadas para proteger los derechos e intereses del particular, por ejemplo, no ejerciendo la protección diplomática cuando la misma sea procedente (STC 107/1992, FJ 3), pese a haberla solicitado, este podrá eventualmente ejercitar una petición indemnizatoria ante los Juzgados y Tribunales españoles por la lesión sufrida en sus bienes y derechos (art. 106.1 CE). Lo que también posibilita, aunque indirectamente, la satisfacción judicial de los derechos e intereses de los particulares por esta vía, pese a que no esté exenta de desventajas para aquellos».

62. En la conocida STC 107/1992⁵⁵, a la que se refiere la cita anterior, el Tribunal Constitucional conocía en amparo contra sentencia resolutoria de un recurso, promovido por la República de Sudáfrica en base a su inmunidad, contra el auto de ejecución de la sentencia resultante de un procedimiento de despido. La recurrente, norteamericana, prestaba servicios como secretaria en la Embajada de dicho Estado en Madrid hasta su despido. El Tribunal Constitucional afirmó en ese FJ 3 que el derecho a la ejecución en sentido amplio, como derecho a la efectividad de la resolución judicial dictada, podría verse satisfecho a través de expedientes distintos de la ejecución forzosa. Citaba dos posibles vías, el recurso a la protección diplomática, cuando fuera procedente con arreglo al DI (que en el caso hubiera correspondido a Estados Unidos, Estado de nacionalidad), y en último término, la asunción por el Estado del foro (en el caso España) del deber de satisfacer la obligación judicialmente declarada, cuando la inejecución pudiera suponer un sacrificio especial para el justiciable contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas.

63. Tampoco puede extraerse esa conclusión de la STC 18/1997, adoptada, también en amparo, contra la diligencia que archivaba la ejecución de una sentencia que había declarado la nulidad del despido por la Embajada de Guinea Ecuatorial en España de un conductor. No entraba aquí en juego la inmunidad de ejecución, pues el motivo del archivo fue no haber hallado bienes embargables suficientes de la Embajada para afrontar la ejecución. El

⁵⁵ La STC 107/1992, de 1 de julio, BOE núm. 177 suplemento, de 24 de julio de 1992.

Tribunal Constitucional no se refiere a la protección diplomática, sino a la vía diplomática, que se pedía utilizar al Ministerio de AAEE para requerir a la Embajada manifestación de bienes y derechos para garantizar sus responsabilidades. El Tribunal Constitucional admite las carencias en la actuación del juzgado de lo social, especialmente en relación a las diligencias ante los Ministerios de Economía y Hacienda y de AAEE, señalando respecto al segundo, en su FJ 8, al que se refiere la SAN:

«En cuanto a la vía diplomática [...] el Juzgado debía haber reiterado su requerimiento antes de declarar el archivo, no aquietándose ante la falta de respuesta de la Embajada a la nota verbal. El órgano judicial debía insistir en el requerimiento al Ministerio de Asuntos Exteriores para que adoptase las medidas que el Derecho internacional le ofrece en el ámbito de las relaciones diplomáticas frente a la Embajada de otro Estado y frente al mismo Estado en el ámbito de las relaciones económicas. De haberse reiterado la gestión iniciada, cabía esperar un resultado positivo en orden a la pretendida ejecución de la sentencia y ello sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración por su inactividad, caso de no continuarla».

64. No puede deducirse de estas sentencias ni la obligación del Estado de ejercer la protección diplomática, ni el derecho de los particulares a la misma. Puede deducirse, por un lado, que la protección diplomática es una vía a la que acudir, siempre que proceda conforme al DI, para proteger los derechos del particular lesionado por otro Estado y, por otro lado, que el particular podría ejercitar una petición indemnizatoria si no se ejerce la protección cuando, habiéndola solicitado, resultara procedente y se produzca una lesión en sus bienes y derechos, algo que parece bastante razonable cuando a esa lesión haya contribuido la acción del Estado.

65. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, llama la atención que la SAN comience por destacar la diferencia entre el conjunto de sentencias en las que se apoya y el caso (párr. 33). Esa diferencia, como hemos visto, está en la conexión causal entre la actividad de las autoridades y el perjuicio sufrido por el particular. Tan relevante disparidad no impide a la Sala apreciar la formación de una «doctrina» que le lleva a estimar el recurso y declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de su obligación de ejercer la protección diplomática. Estudiamos a continuación las sentencias del Tribunal Supremo citadas por la SAN y alguna otra.

66. Cronológicamente, la primera es la STS de 16 de noviembre de 1974 (párr. 34 *supra*), en la que el Tribunal Supremo afirmó la inexistencia de un derecho del particular a la protección, admitiendo la responsabilidad patrimonial en virtud del nexo causal entre la actividad de la Administración (información aparecida en Televisión española considerada difamatoria por las autoridades guineanas) y la lesión sufrida por los particulares derivada de la represalia, en forma de sanción económica, infligida por el Estado extranjero (Guinea Ecuatorial). Para el Tribunal Supremo, la vía indemnizatoria se justificaba por la concurrencia en el proceso causal del daño de hechos que, al desencadenar la represalia, contribuyeron a su producción, dando así lugar

al deber de reparación que no se podía lograr por otra vía. Entendió el Tribunal Supremo que la denegación de reparación o la remisión a la protección diplomática, hubiera conducido a perpetuar un detrimiento patrimonial antijurídico o a «condicionar la reparación a una relación de Estado a Estado dentro de un marco de oportunidad».

67. Consideró el Tribunal Supremo que, aun admitiendo la falta de formulación positiva a nivel constitucional o de ley básica del «derecho o la protección nacional ante represalias ilícitas», *pudo* seguirse esa vía para satisfacer el perjuicio patrimonial padecido por los españoles, en atención, no solo al normal desarrollo de la protección diplomática, sino también y principalmente, en atención a la causa generadora de la represalia. Lo cierto es que, no solo no se califica la protección diplomática como obligación del Estado, sino que se destaca su carácter discrecional, que se plantea en las relaciones interestatales y que puede verse condicionada por razones de oportunidad. Pone también de manifiesto el Tribunal Supremo que no se consagra en nuestro ordenamiento un verdadero derecho subjetivo de los particulares a la protección⁵⁶ y que es la conexión causal entre el actuar de la Administración (primero la difusión del programa de televisión que motivó la reacción y, después, la no actuación para remediar o corregir el daño al que de algún modo se había contribuido) la que genera su responsabilidad patrimonial. Dice el Tribunal Supremo:

«Que la concurrencia de una lesión patrimonial y de un conjunto de hechos relevantes en el proceso causal de aquel resultado lesivo con génesis inmediata en un acto de represalia injustificado, cuales son la información televisiva tomada como pretexto de la represalia y la falta de una efectiva protección diplomática, puesto que aquella desencadenó la medida dañosa y esta no ha logrado la satisfacción del detrimiento patrimonial a nivel de relaciones entre Estados, permiten [...] la demanda de responsabilidad pecuniaria [...] y que, aunque no entrañe, para el actuar de la Administración española, una conducta anormal y, menos ilícita, es [...] de las que también justifican una indemnización por conectarse, en un ciclo de causación con hechos imputados al ámbito del quehacer público y causales en aquel proceso, al funcionamiento de los servicios públicos».

68. La STS de 29 de diciembre de 1986 (párr. 34) es la segunda sentencia citada por la SAN. En ella se declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración respecto a los daños y perjuicios sufridos por los armadores de dos pesqueros españoles derivados del apresamiento por las autoridades mauritanas y el posterior hundimiento de los barcos. El Tribunal Supremo recuerda (FJ 2) que, conforme a su jurisprudencia, la responsabilidad patrimonial de la Administración requiere que el reclamante haya sufrido un daño o lesión patrimonial evaluable económicamente e individualizado, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación de causa a efecto entre la actuación administrativa y el resultado dañoso; y que no concurra fuerza mayor o culpa del adminis-

⁵⁶ ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., *loc. cit.*, p. 328.

trado. Analiza, después, si tales exigencias de daban en el caso. Aunque fue la Administración mauritana la directa causante del daño a los armadores, considera que debía indagar, además, si la actuación normal o anormal de la Administración española pudo resultar de algún modo determinante en la producción de aquél, y aprecia la responsabilidad del Estado por la presencia de las siguientes circunstancias:

«La inobservancia del máximo celo y precaución que debió tenerse al dar las indicaciones a sus nacionales dentro del marco de la relación negociadora en la que se encontraba el convenio pesquero entre los dos Estados; lo cual se junta con la clara imprudencia de enviar un télex a la Asociación Artesanal dando vía libre a la flota que había faenado en el norte del Cabo Blanco para que fuera a hacerlo al sur donde fue apresada, no habiendo debido enviarse nunca este télex si las autoridades españolas, que eran las que llevaban los tratos de la negociación y conocían perfectamente el estado de esta, no tenían plenas garantías y seguridades de que serían capaces de dar protección a sus nacionales en el caso de que los mismos fuesen a faenar allí y las autoridades mauritanas no hicieran honor a su palabra; y a todo esto aún cabe añadir la destacable inacción de las autoridades españolas, ulterior a los apresamientos, sin gestiones efectivas encaminadas a la recuperación de los pesqueros y a la adecuada protección de los nacionales, cometidos esenciales del Estado conforme a la Constitución; pues la responsabilidad no emana únicamente de la acción que produce el daño, sino también de la omisión cuando no se hace aquello que se ha de hacer; y cuando la pasividad es de la Administración que guarda silencio y está inactiva cuando debe hablar y actuar, su responsabilidad es paladina de ella (FJ 3)».

69. Basa también la SAN su argumentación en la STS de 10 de diciembre de 2003 (párr. 35), porque esta se refiere a la protección diplomática como *potestad-deber*. Es cierto que se usa esa terminología para señalar que no podía sorprender que, ante situación tan generalizada como aquella (confiscación de bienes en Cuba desde 1 de enero de 1959)⁵⁷, la diplomacia internacional pusiera en marcha su *potestad-deber* de proteger a sus nacionales respectivos. Pero lo que no dice la SAN es que, inmediatamente después la STS añade que eso es así, en el bien entendido de que la protección diplomática del Estado en favor de los nacionales no implica la existencia de un derecho de los mismos a ser protegidos conforme al Derecho interno. Aclara la STS que la Administración española no era la causante de la privación de los bienes y derechos de propiedad de españoles en Cuba y que, el Gobierno español, en ejercicio de esa *potestad-deber*, lo único que pudo hacer fue tratar de conseguir una reparación del daño ya causado por el Gobierno cubano. Por eso, dice el Tribunal Supremo, este caso en el que desestimó la reclamación, era distinto del resuelto en la Sentencia de 1974 en la que admitió la responsabili-

⁵⁷ Tras numerosas reclamaciones infructuosas, el Gobierno español suscribió, el 16 de noviembre de 1986, un Convenio de compensación global con el Gobierno cubano en el que no se tuvo en cuenta el incremento de valor de los bienes desde 1959. Se creó una Comisión Interministerial Liquidadora para afrontar el pago de las indemnizaciones. Los recurrentes en esta y otras sentencias sobre el mismo asunto reclamaban a la Administración española el pago de la diferencia entre la cantidad recibida de dicha Comisión y el valor real de los bienes. Sobre este tipo de acuerdos en el marco de la protección diplomática, DÍAZ BARRADO, C. M., «La protección de españoles...», *loc. cit.*, pp. 334-340.

dad patrimonial en base a tres premisas que no se daban en este caso: la falta de reparación por la vía de protección diplomática; las represalias ilícitas causantes del daño patrimonial recayeron exclusivamente sobre españoles y el origen inmediato del daño era un acto de represalia originado por la información emitida en la Televisión pública. Una vez más, no cabe deducir de la STS el reconocimiento de una obligación del Estado de ejercer la protección diplomática de sus nacionales y, aun menos, pues así lo afirma de manera expresa el Tribunal Supremo, un derecho subjetivo de los particulares a dicha protección. Faltaba el nexo causal entre el actuar de la Administración y el daño sufrido por el particular.

70. Interesa mencionar también, aunque la SAN no lo hace, la STS de 29 de marzo de 1999⁵⁸, en la que el Tribunal Supremo conocía de un recurso de casación contra SAN que consideró conforme a Derecho la desestimación por silencio de una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados del apresamiento de un pesquero por una patrullera marroquí en aguas jurisdiccionales españolas, sin que el barco fuese liberado hasta dos meses después. Uno de los motivos de casación se refería a la relación de causalidad, que el Tribunal Supremo no apreció en el caso, por lo que no pudo declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

71. El Tribunal Supremo comienza recordando que la sentencia recurrida había dado por cierto que un avión del Servicio de Vigilancia Aduanera avistó el apresamiento sin advertir a las autoridades militares españolas (se identificaba un funcionamiento anormal del servicio público). Pero advertía la misma sentencia que no puede condenarse a la responsabilidad patrimonial sobre meras conjeturas, hipótesis o suposiciones y que la demanda desatendía la carga de la prueba, por no haber presentado prueba cierta de que por falta de diligencia del piloto se hubiera producido el apresamiento, ni de que las gestiones diplomáticas españolas fueran débiles, ineficaces o inadecuadas, ni de que hubiera otras vías de presión más eficaces en el momento que atravesaban las relaciones con Marruecos. Por todo ello, decía la sentencia recurrida, no podía deducirse la responsabilidad patrimonial de la Administración por un inadecuado funcionamiento del servicio diplomático. El Tribunal Supremo consideró correcto dicho razonamiento (FJ 4), pues no cabía colegir relación de causalidad entre la actuación de los servicios públicos españoles y el apresamiento del buque o la tardanza en su liberación, ni siquiera de forma mediata, indirecta o concurrente con la de terceros. Para el Tribunal Supremo (FJ 5), la sentencia recurrida no negaba omisiones del Servicio de Vigilancia, ni afirmaba que la actividad diplomática produjera los resultados naturalmente esperados por los titulares del buque, se limitaba a declarar la inexistencia de relación de causalidad entre esa actividad, con independencia de que hubiese sido o no la adecuada y correcta, y el apresamiento o retención del barco hasta su liberación, siendo la exclusiva actuación del otro Estado la determinante de lo sucedido. Añadía el Tribunal

⁵⁸ Sala de lo Contencioso, Sección 6.^a, ES:TS:1999:2166.

Supremo que no puede olvidarse que la doctrina jurisprudencial consolidada mantiene la exoneración de responsabilidad de la Administración cuando fue la conducta del perjudicado o de un tercero la única determinante del daño producido, aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público. En el caso no aparecía otra causa de lo sucedido que el comportamiento de los servicios públicos del Estado extranjero. Quizá la SAN pudo tener en cuenta este razonamiento en el caso *Cousó*, no solo al determinar la verdadera causa del daño, también para evaluar la falta de conexión causal con el actuar de la Administración, e incluso a la hora de valorar la alegación sobre la insuficiencia de las gestiones del Gobierno.

72. Terminamos este repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo refiriéndonos a la STS de 17 de febrero de 1998⁵⁹. La SAN se apoya en un extracto en el que el Tribunal Supremo admitía que puede derivarse responsabilidad patrimonial de la actividad del Gobierno en el ámbito de las relaciones internacionales (véase párr. 35). Ahora bien, en ese mismo fundamento jurídico del que la SAN extrae la cita, el Tribunal Supremo remite a su jurisprudencia sobre los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración que, en el caso concreto, suponían que solo habría existido esa responsabilidad si la actividad desplegada para la firma del convenio hubiera supuesto un funcionamiento anormal; se hubiera sacrificado en todo o en parte la posición de los afectados en aras de los intereses generales ligados a las relaciones internacionales de España, con lesión al principio de igualdad de las cargas públicas; o si, con el convenio se hubiera impedido a los particulares, en virtud de tales intereses, el ejercicio de acciones eficaces encaminadas a recuperar la parte de valor de los bienes no obtenida mediante las negociaciones entre Estados. Aunque la SAN alega en su razonamiento que el FJ 6 de esta STS acepta la responsabilidad por la insuficiencia de la protección otorgada a los nacionales afectados, lo cierto es que el Tribunal Supremo no se pronunció sobre ese aspecto. Dicho fundamento jurídico señala que gran parte del debate jurídico en el expediente y procedimiento giró en torno a la hipótesis del funcionamiento anormal de la actividad desplegada por las autoridades españolas para la firma del Convenio, una perspectiva que, dice el Tribunal Supremo:

«Parece invitarnos a fiscalizar si ha existido un funcionamiento anormal de la actividad diplomática desplegada, en la medida en que la obtención de una indemnización inadecuada del Reino de Marruecos pudiera ser reveladora de una insuficiencia de la protección otorgada a los nacionales afectados. Debemos, sin embargo, abstenernos de proseguir en esta línea de examen, pues los actores de modo expreso y terminante han admitido que la actividad diplomática del Gobierno fue normal y adecuada».

73. Descartada esa opción, entendió el Tribunal Supremo que la responsabilidad podría derivar de una actividad diplomática totalmente adecuada

⁵⁹ El Tribunal Supremo desestimó las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por la celebración del Convenio entre España y Marruecos sobre indemnizaciones de las tierras expropiadas por Marruecos (*Dahir de 2 de marzo de 1973*).

y correcta, en virtud de la desigualdad de la carga padecida. Lo que le llevó a averiguar si las condiciones fijadas en el Convenio sacrificaron la posición de los afectados en aras de los intereses generales, con lesión del principio de igualdad de las cargas públicas, pues, de haber sido así, el carácter objetivo con que se concibe la responsabilidad patrimonial de la Administración exigiría compensar el perjuicio, aun cuando provenga de una actividad normal. Sin embargo, para el Tribunal Supremo no fue así y resulta interesante la motivación, en relación con el caso objeto de este estudio. Para el Tribunal Supremo, la sustancial diferencia entre el valor real de los bienes y la suma consignada en el Convenio no se debió a un sacrificio particular de la posición de los expropiados en aras del interés general, sino a una *imposibilidad objetiva* de lograr, mediante la negociación, el reconocimiento de una suma superior (FJ 7). Algo que pudo haber tenido en cuenta la SAN en el caso que nos ocupa. Por el contrario, la Sala consideró sin más datos *seguros* los recogidos en el Dictamen 1496/1991 del Consejo de Estado sin confrontar si esa es realmente la práctica seguida en casos similares por Estados Unidos, por ejemplo, en el mismo caso al que se refería el propio dictamen.

74. Finalmente, examina el Tribunal Supremo (FJ 8) la tercera hipótesis, esto es, que la firma del Convenio hubiera impedido a los expropiados, en aras del interés general, el ejercicio de acciones eficaces para recuperar la parte de valor de los bienes no obtenida mediante las negociaciones entre los Estados. Para el Tribunal Supremo, agotado el ámbito de la protección diplomática con la firma del Convenio, el problema no era si existían vías jurídicas eficaces para reclamar como particulares el resto de la indemnización para ellos pendiente, sino si estas vías existían antes de celebrar el Convenio y se cegaron o disminuyeron sensiblemente después. Como los detalles del proceso negociador no permitían dar por probado este hecho, el Tribunal Supremo estimó que no hubo daño indemnizable. El perjuicio sufrido por los recurrentes no tenía su origen causal en la actividad del Gobierno, sino en la expropiación llevada a cabo por Marruecos. Visto ese razonamiento, cabe preguntarse si la Sala de la Audiencia Nacional, que cita expresamente esta sentencia, no debió considerar si la ausencia o insuficiencia de gestiones por parte del Estado español interfirió de algún modo en la posibilidad que tenían los interesados de poner en marcha acciones de reclamación ante Estados Unidos.

75. Pero, sobre todo, podía haber valorado la Sala si la no adopción de otras gestiones distintas a las realizadas por el Gobierno español, suponía realmente un sacrificio particular de la posición de los perjudicados en aras del interés general o, por el contrario, obedecía a una imposibilidad objetiva de lograr otra respuesta por parte del Gobierno estadounidense. La Sala da por cumplido el requisito del agotamiento de los recursos internos, aceptando la excepción alegada por los demandantes, a pesar de que no llegaron a ejercitar ninguna acción de reclamación en el sistema judicial interno de Estados Unidos, sin que, en opinión de la abogada del Estado, hubieran probado ni el contenido ni la vigencia del derecho de aquel Estado en la materia.

Lo hace la Sala en base a lo estéril de la presentación de esa reclamación. Podía haber hecho esa misma apreciación acerca de la eventual reclamación formal por parte de España frente a Estados Unidos. Pues no hay evidencias en la práctica internacional de que las autoridades estadounidenses respondan positivamente a las reclamaciones de responsabilidad internacional en este tipo de supuestos⁶⁰. Sobre todo, si se tiene en cuenta que la SAN no declara responsable a la Administración por el daño derivado del fallecimiento del Sr. Couso, sino que sitúa el daño en la *pérdida de la ocasión* de obtener una compensación de Estados Unidos, es decir, el daño se deriva de no haber desplegado una actividad con un *resultado incierto*. Según la SAN, al ser la protección diplomática una *prestación de medio* y no de resultado, existe un grado de incertidumbre notable acerca del éxito de la reclamación internacional y, en su caso, de su cuantificación, por lo que ha de valorarse, precisamente, la pérdida de la ocasión de conseguirla. Esa interpretación de la Sala plantea necesariamente nuevos interrogantes. Por ejemplo, hasta dónde habría de llegar el Estado para dar correcto cumplimiento a esa pretendida obligación de comportamiento con resultado incierto para evitar incurrir en responsabilidad.

76. Finalmente, la SAN da un giro final a su argumentación y admite (véase párr. 39) que razones de política exterior podrían exonerar al Gobierno de esa pretendida obligación. La responsabilidad de la Administración derivaría, entonces, de un funcionamiento normal que los particulares no tendrían obligación jurídica de soportar. Sobre esta cuestión, la abogada del Estado señaló, en el escrito de contestación a la demanda, que el carácter objetivo de la responsabilidad no equivale a universalidad, añadiendo que la Administración no es una aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, pues, si así fuera, estaríamos ante un sistema providencialista no contemplado en el ordenamiento jurídico. La doctrina ha puesto de manifiesto que no puede afirmarse que el art. 139.1 de la Ley 30/1992 (art. 32.1 de la Ley 40/2015) establezca que las Administraciones públicas responden siempre y en todo caso de manera objetiva, y que en la práctica jurisprudencial se toma en consideración la culpa o la acción negligente de la Administración para determinar su responsabilidad⁶¹. La STS de 5 de febrero de 1996 dispone en su FJ 3:

«En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que esta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar esta rechazada por el art. 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el

⁶⁰ Escrito de preparación del recurso de casación, *cit.*, p. 9.

⁶¹ DOMÉNECH PASCUAL, G., «Responsabilidad patrimonial de la administración por actos jurídicos ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *Revista de Administración Pública*, 2010, núm. 183, pp. 179-231, esp. pp. 204-206.

actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discretionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que este se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo»⁶².

77. Por otra parte, no consideramos pertinente entrar en el debate sobre el inesperado argumento de la SAN (párr. 37 *supra*) acerca del reconocimiento implícito de la obligación del Estado en virtud de la necesidad de garantizar los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, como el derecho a la vida, a la información y a la protección jurídica de la familia. Puede resultar interesante como planteamiento *de lege ferenda*⁶³, pero no como fundamento de una obligación jurídica del Estado de ejercer la protección diplomática de sus nacionales.

78. En definitiva, no estando reconocida expresamente dicha obligación en el ordenamiento jurídico español, tampoco puede deducirse de la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales. Menos aún cabe afirmar un derecho subjetivo del particular a exigir el ejercicio de dicha protección. Lo único que, desde nuestro punto de vista, puede extraerse de dicha jurisprudencia es el reconocimiento de la posibilidad de que la discrecionalidad del Gobierno sea sometida a control jurisdiccional con el fin de evitar el abuso y la arbitrariedad. Evidentemente, la discrecionalidad no puede suponer un poder absoluto del Gobierno que quede al margen de cualquier fiscalización. Por tanto, esa discrecionalidad debe poder ser objeto de un control judicial que evite la arbitrariedad en el desempeño del poder público y, en su caso, de lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando de la actuación de las autoridades se derive un daño para los particulares que estos no tengan obligación de soportar.

79. En ese sentido, merece la pena detenerse en este punto sobre una muy acertada afirmación que incluye la SAN en su FJ 15 y que se refiere a la desestimación por silencio de la reclamación patrimonial presentada por los recurrentes. Entendemos perfectamente que la falta de una decisión expresa de resolución del expediente en una reclamación de esta naturaleza pueda resultar muy irritante para los jueces y tribunales que deben resolver el recurso. Por no hablar de la impotencia que genera en el administrado. Estamos en ese aspecto plenamente de acuerdo con la Sala cuando destaca que uno de los elementos sobre los que puede precisamente gravitar el control jurisdiccional de la discrecionalidad es la motivación del acto, y que la falta de motivación

⁶² STS de 5 de febrero de 1996, Sala de lo Contencioso, Sección 6.^a, ES:TS:1996:661, DÍEZ-HOCHTLEINER, J., «Jurisprudencia española en materia de Derecho internacional público. Comentarios de sentencias. Protección diplomática y responsabilidad patrimonial de la Administración, SAN (Sala de lo Contencioso, Sección 4.^a), de 1 de febrero de 2012 (ROJ: SAN 295/2012)», *REDI*, vol. LXIV, 2012, núm. 2, pp. 194-199, esp. p. 199.

⁶³ Cfr. DÍAZ BARRADO, C. M., «La protección de españoles...», *loc. cit.*, pp. 314-316 y 319.

dificulta gravemente ese control, lo que hace muy aconsejable evitar la resolución de este tipo de expedientes de responsabilidad patrimonial mediante silencio administrativo.

5. CONSIDERACIONES FINALES. EL RECURSO DE CASACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

80. En DI la protección diplomática se concibe como un derecho del Estado y no del particular perjudicado. Su ejercicio es discrecional, con las consecuencias que de ello se derivan, como que la decisión de ponerla o no en marcha pueda hacerse depender de razones de oportunidad política que, al Gobierno, conforme a su función de dirección de la política exterior del Estado corresponde determinar. Esa concepción desde la perspectiva del DI no impide que los ordenamientos internos puedan imponer al Estado el deber de ejercer la protección de sus propios nacionales. Deber que puede incluso corresponderse, si ese es el sentido de la regulación a nivel interno, con un derecho subjetivo del particular a reclamar su ejercicio. Por más que la práctica internacional no refleje que sea esa la tónica seguida por los ordenamientos jurídicos nacionales. En esa línea se sitúa el Derecho español en el que no hay ninguna disposición que establezca, ni obligación para el Estado, ni derecho subjetivo del particular. Tampoco puede deducirse esa obligación de la jurisprudencia.

81. Ahora bien, en un Estado de Derecho, la discrecionalidad no puede suponer un poder absoluto del Gobierno que quede al margen de cualquier fiscalización. Así lo han venido reconocido nuestros tribunales hasta la fecha en aplicación del Derecho vigente. Admite la jurisprudencia la posibilidad de someter a control judicial la discrecionalidad de la acción del Gobierno para evitar abusos o comportamientos arbitrarios o irrazonables en el desempeño del poder público. Tales supuestos deben dar lugar a la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero siempre que pueda apreciarse la existencia de un nexo causal entre la previa acción u omisión de las autoridades españolas y el daño o lesión sufrida por los particulares que estos no tengan obligación de soportar. Facilitaría esa labor de control jurisdiccional que la Administración evitara resolver por silencio este tipo de expedientes.

82. La SAN, sin embargo, declara la responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fundamento del incumplimiento de una pretendida obligación del Estado de ejercer la protección diplomática en favor de sus nacionales. Una obligación que, no estando recogida legalmente, extrae de una forzada interpretación de la jurisprudencia y de una concepción expansiva de la garantía de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución. Una interpretación que retuerce la jurisprudencia con la finalidad de sortear la exigencia de un nexo o conexión causal entre la actuación de la Administración y el daño sufrido por el particular. No identifica, la SAN el daño, con el fallecimiento de la víctima, sino con la pérdida de la ocasión de haber

conseguido una compensación de Estados Unidos a través de las gestiones del Gobierno español, concibiendo, a esos efectos, la protección diplomática como una obligación de comportamiento con resultado incierto. Lo que plantea el interrogante de qué tipo de gestiones y hasta dónde habrían de llegar para considerar cumplida esa obligación.

83. No cabe duda de la importancia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, en aras de la seguridad jurídica, para aclarar los interrogantes que abre esta sentencia, cuyas consecuencias van mucho más allá del caso concreto, pudiendo afectar seriamente a los intereses generales, como acertadamente pone de manifiesto la Abogacía del Estado en su escrito de presentación del recurso de casación. Según dicho escrito la SAN infringe el ordenamiento jurídico al lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso (art. 24 de la Constitución) que exigen que la decisión judicial no se funde en una aplicación arbitraria de las normas jurídicas, ni se apoye en una motivación injustificada, insuficiente o irrazonable; y que se atenga al sistema de fuentes establecido; también el art. 97 de la Constitución, al condicionar y limitar las potestades constitucionales del Gobierno, legitimando a cualquier particular para exigir la protección diplomática del Estado, especialmente, en situaciones de crisis o en contextos internacionales complejos; y, finalmente, el art. 106.2 de la Constitución y la legislación sobre responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, de los que no se deduce obligación de ejercer la protección diplomática. Defiende además el interés casacional objetivo, por un lado, porque se trata de una materia relevante sobre la que no existe jurisprudencia del Tribunal Supremo. La propia SAN reconoce las diferencias con los casos a que se refieren las sentencias que cita. Por otro lado, porque la SAN sienta una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, tanto por condicionar y limitar las potestades del Gobierno, como por el gran número de situaciones a las que puede afectar. Como destaca el escrito, la casuística es numerosa y susceptible de ampliarse considerablemente⁶⁴.

RESUMEN

LA NATURALEZA DE LA PROTECCIÓN DIPLOMÁTICA EN EL CASO COUSO: LA COMPLEJA RELACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

El 11 de diciembre de 2019, la Sección 4.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó finalmente sentencia en el caso *Cousó*. La sentencia afirma la responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado y la condena al pago de indemnización por la omisión del ejercicio de la protección diplomática a la que vendría obligado el Estado español respecto de sus nacionales. Se trata de una sentencia

⁶⁴ La pretendida obligación de protección diplomática podría ser alegada, además de por los profesionales de la información, por otros muchos colectivos que suelen desarrollar sus actividades en zonas o situaciones de riesgo o de conflicto (cooperantes, trabajadores de ONG, misioneros, empresarios o turistas de riesgo). Escrito de preparación del recurso de casación, *cit.*, p. 12.

relevante por sus efectos que, sin duda, trascienden el caso concreto y pueden tener consecuencias sobre el interés general. El 24 de febrero de 2020, la Abogacía del Estado presentó escrito de preparación del recurso de casación por infracción del ordenamiento e interés casacional. Este estudio supone un análisis crítico de la confusa argumentación de esta sentencia desde la perspectiva de la concepción de la institución de la protección diplomática en Derecho internacional y en el Derecho interno español.

Palabras clave: protección diplomática, responsabilidad internacional, conducta arriesgada, responsabilidad patrimonial de la Administración, Derecho internacional/Derecho interno.

ABSTRACT

THE NATURE OF DIPLOMATIC PROTECTION IN THE COUSO CASE: THE COMPLEX RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL LAW AND DOMESTIC LAW

On December 11, 2019, the Contentious-Administrative Chamber of the National Court, Section 4, finally issued a judgment on the *Cousó* case. The Judgment states the financial liability of the General State Administration and orders it to pay compensation for the omission in the exercise of diplomatic protection to which the Spanish State would be obliged on behalf of its nationals. It is a relevant Judgment due to its effects that, undoubtedly, transcend the specific case and may have consequences on the general interest. On February 24, 2020, the State Attorney's Office presented a pleading in preparation for the Supreme Court's appeal for violation of the domestic legal system and for the reversal interest for the Supreme Court. This article represents a critical analysis of the confusing argumentation of the Judgment from both an International Law and a Spanish domestic law perspective of the diplomatic protection's doctrine.

Keywords: diplomatic protection, international responsibility, reckless conduct, financial liability of the State Administration, International Law/domestic law.

LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE ESPAÑOLAS ANTE EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: ¿APUNTALANDO LOS MUROS DE LA EUROPA FORTALEZA?*

Ángel SÁNCHEZ LEGIDO**

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—1.1. Al final se confirmaron los presagios.—1.2. La práctica española de devoluciones en caliente y su cuestionamiento ante los órganos internacionales de promoción y garantía de los derechos humanos.—2. EL SOMETIMIENTO DE LAS DEVOLUCIONES SUMARIAS AL CONTROL DEL TEDH.—2.1. La sujeción de los individuos afectados a la jurisdicción del Estado parte: el concepto de frontera operacional y la inadmisibilidad de la escisión de territorios a efectos del control migratorio.—2.2. La aplicación de la prohibición de expulsiones colectivas a las medidas de no admisión.—3. LA «CONDUCTA CULPABLE» DEL EXTRANJERO Y LA DUDOSA EXISTENCIA DE VÍAS DE ACCESO SEGURO.—3.1. La eliminación de las exigencias derivadas de la prohibición de expulsiones colectivas en caso de acceso ilegal y violento al territorio del Estado.—3.2. La condición basada en la existencia de vías de acceso.—4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Al final se confirmaron los presagios

1. Las primeras impresiones, basadas en argumentos de pura lógica ante lo que parecía una sólida tendencia jurisprudencial, apuntaban a que el re-examen por la Gran Sala confirmaría el rotundo rechazo expresado por la Sala¹ de las denominadas devoluciones en caliente en el asunto *N. D. y N. T.*

* El presente trabajo se inscribe en el marco del proyecto de investigación «Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, la dignidad humana y la sostenibilidad», dirigido por la Profesora Ana SALINAS DE FRÍAS y presentado a la Convocatoria de 2019 de la Agencia Estatal de Investigación.

** Catedrático de Derecho internacional público, Facultad de Derecho de Albacete, Universidad de Castilla-La Mancha (angel.slegido@uclm.es).

¹ Tras recordar que las devoluciones en caliente cuestionadas se habían llevado a cabo en ausencia de todo tipo de procedimiento, sin que se adoptara decisión alguna y sin que en momento alguno se valoraran las circunstancias y la situación personal de los demandantes, los cuales ni siquiera fueron sometidos a un proceso de identificación, la Sala concluyó que «*(i)n these circumstances [...] the procedure followed is incapable of casting doubt on the collective nature of the expulsions complained of*», *N. D. and N. T. c. Spain, núm. 8675/15 and 8697/15*, ECHR-2017, § 107 (ND y NT —2017— en lo sucesivo). Cursivas añadidas.

c. España (*ND* y *NT* en lo sucesivo)². Incluso, el acceso al Gobierno en nuestro país de quienes habían promovido el recurso de inconstitucionalidad contra la denominada *ley mordaza* por, entre otras razones, legalizar la mencionada práctica, podía haber hecho pensar en que la misma solicitud de reexamen podría ser retirada y el asunto archivado.

2. Sin embargo, con el paso del tiempo no dejaron de acumularse los indicios que apuntaban a un posible cambio de tendencia en la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a la prohibición de las expulsiones colectivas y al fenómeno migratorio en general³: la rectificación de las nuevas autoridades de Interior y la insistencia del nuevo titular del departamento en mantener la solicitud de remisión⁴; la creciente presión de algunos Estados parte que cuestionaban el dinamismo manifestado por el Tribunal en materia migratoria, especialmente en el asunto *Hirsi*, acusándolo de insensibilidad respecto a los retos que plantea para los Estados parte una crisis migratoria de proporciones desconocidas; la receptividad que, al menos inicialmente, encontraron tales posiciones en los debates de alto nivel sobre la reforma del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) desarrollados en el marco del proceso de Interlaken, en forma de una fuerte llamada a la especial consideración por parte del TEDH del carácter subsidiario del Convenio y la doctrina del margen de apreciación cuando se aborden cuestiones de inmigración y asilo⁵; la corrección en sentido restrictivo que sobre el alcance de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros había verificado la propia Gran Sala en el asunto *Khlaifia*⁶; la ajustadísima mayoría con la que la Sala correspondiente había confirmado en el asunto *M. A. c. Lithuania* la aplicación del art. 4 del Protocolo Adicional núm. 4 (art. 4 PA4 en lo sucesivo) a los rechazos en frontera y, muy especialmente, la opinión separada del Juez Pinto de Aburquerque en ese asunto, formalmente presentada como opinión concurrente con la posición de la mayoría pero que en el fondo no era sino una suerte de desesperado voto disidente frente a lo que ya se intuía como un rotundo giro jurisprudencial en el asunto *ND* y *NT*⁷; o el retraso acumulado en la deliberación del propio asunto *ND* y *NT*

² PIJNENBURG, A., «Is N.D. and N.T. c. Spain the new Hirsi», *EJIL:Talk!*, 17 de octubre de 2017; o más matizadamente, SOLER GARCÍA, C., «La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España», *RGDE*, vol. 45, 2018, p. 159.

³ En este sentido, RIEMER, L., «The ECtHR as a drowning “Island of Hope”? Its impending reversal of the collective expulsion is a warning signal», *VerfBlog*, 19 de febrero de 2019.

⁴ EFE, «Marlaska mantiene el recurso de Rajoy a favor de las devoluciones en caliente», *ABC*, 4 de agosto de 2018.

⁵ Más particularmente, en el proyecto de declaración de Copenhague la presidencia danesa reclamaba una intervención del TEDH en los casos de asilo e inmigración limitada a las más excepcionales circunstancias y dirigida a corregir únicamente las apreciaciones de los tribunales nacionales caracterizadas por su arbitrariedad o su carácter manifestamente irrazonable. High Level Conference on the Reform of the European Convention on Human Rights. Draft Copenhagen Declaration, paras. 25 y 26, 5 de febrero de 2018. Los correspondientes pasajes acabarían sin embargo desapareciendo de la declaración finalmente adoptada.

⁶ *Khlaifia and Others c. Italy* (GC), núm. 16483/12, §§ 248 y 281, ECHR 2016. Véase *infra*, para. 28.

⁷ *M. A. and Others c. Lithuania*, núm. 59793/17, ECHR 2018. Véase *infra*, nota 57.

en el seno de la Gran Sala, con más de catorce meses de por medio entre la celebración de la vista oral hasta la fecha finalmente fijada para hacer pública la sentencia definitiva.

3. A tenor del generalizado tono de rechazo, cuando no de repulsa o indignación, con el que fue acogida la sentencia de la Gran Sala⁸ por los primeros comentarios recibidos desde el ámbito académico⁹, todo parece indicar que los presagios han quedado confirmados¹⁰. La Sentencia de 13 de febrero corrige la sentencia de la Sala, sustituyendo la condena a España por un pronunciamiento de no violación. Pese a su cuestionamiento por los Estados que habían participado en el procedimiento, las dos grandes premisas de la doctrina previa del Tribunal en materia de expulsiones colectivas relativas respectivamente a la cuestión de la jurisdicción y al concepto de expulsión se han visto confirmadas. Sin embargo, en lo que seguramente sea el elemento clave de la componenda que ha posibilitado la unanimidad del pronunciamiento, la salvaguardia de ambos principios se asienta sobre una muy cuestionable apreciación de lo que parecen configurarse como nuevos condicionantes de la operatividad de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros, relativos respectivamente a la exigencia de una suerte de conducta correcta del individuo afectado por la expulsión y a la existencia de vías legales de acceso a los procedimientos de entrada. Antes de proceder al análisis de lo uno y lo otro, conviene no obstante hacer una referencia, siquiera breve, a la cuestionable práctica que estaba en tela de juicio en este asunto.

1.2. La práctica española de devoluciones en caliente y su cuestionamiento ante los órganos internacionales de promoción y garantía de los derechos humanos

4. Tan exagerado es acusar a la garantista jurisprudencia del TEDH del fervor europeo por las vallas y muros migratorios¹¹ como desencaminado resulta ignorar que el citado fenómeno constituye el penúltimo ingrediente del conjunto de medidas que conforman la respuesta europea frente a la intensificación de los flujos migratorios tan característica de la época que vivimos¹². Más allá de la retórica que habla de una aproximación global a la realidad

⁸ *N. D. and N. T. c. Spain* (GC), núms. 8675/15 y 8697/15, ECHR-2020 (*N. D. y N. T. —2020—, en lo sucesivo*).

⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., «La sentencia de la vergüenza», *El Diario.es*, 14 de febrero de 2020; PICHT, M. y SCHMALTZ, D., «“Unlawful” may not mean rightless: The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T.», *VerfBlog*, 14 de febrero de 2020; OVIEDO MORENO, C., «A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain», *VerfBlog*, 14 de febrero de 2020, o SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El rapto de Europa», *LIDIB*, <https://lidib.uib.es/el-rapto-de-europa/>.

¹⁰ Véase, no obstante, THYM, D., «A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR's N.D. & N.T. Judgment on “Hot Expulsions”», *EUmigrationlawblog*, 17 de febrero de 2020.

¹¹ Véase, no obstante, PAZ, M., «The Law of Walls», *EJIL*, vol. 28, 2017, pp. 601-624.

¹² Para una visión de conjunto de las medidas de interceptación puestas en práctica en Europa para obstaculizar o impedir la llegada irregular de inmigrantes a suelo europeo, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles migratorios y derechos humanos*, Valencia, 2020, pp. 23-95. Para una reciente contextualiza-

migratoria, la imagen de la Europa fortaleza es la que mejor representa la realidad de unas políticas centradas en externalizar los controles migratorios. Unas políticas de no entrada que se dirigen a impedir el acceso irregular al territorio europeo y evitar con ello la *engorrosa e ineficiente* necesidad de recurrir a los garantistas expedientes de expulsión para afrontar el imperioso objetivo de contener la inmigración irregular. Aplicada a las fronteras terrestres, la práctica de devoluciones en caliente, de la que en su versión terrestre España es pionera y adalid, representa la última barrera para impedir el acceso a los derechos y garantías que los Estados europeos han de respetar al inmigrante irregular por exigencias del Estado de Derecho. Su relevancia y la crudeza de los expeditivos métodos con los que se viene aplicando¹³, explica la atención que la misma ha recibido. El hecho de que excelentes comentarios hayan abundado en sus detalles seguramente justifiquen que este trabajo se limite a apuntar lo que cabe considerar como sus rasgos más sobresalientes¹⁴.

5. Aunque con precedentes más aislados que se remontan a mediados de 1995, la práctica se desarrolla como tal a partir de 2005. En la versión hispana que nos ocupa, la devolución en caliente se define como una técnica de devolución sumaria e informal, que no espontánea e improvisada, en virtud de la cual los agentes españoles —preferentemente de la Guardia Civil— entregan a los guardias de fronteras marroquíes —generalmente, a efectivos de la Fuerza Auxiliar— a quienes son interceptados mientras intentan cruzar irregularmente a territorio español. Las entregas se caracterizan por desarrollarse por la vía de hecho, es decir, al margen de cualquier procedimiento, sin previa identificación y sin valoración alguna de la situación individual de los afectados. Aunque el grueso de las devoluciones en caliente se han venido desarrollando en las fronteras de Ceuta y Melilla, especialmente en el *dispositivo anti-intrusión* que representan las vallas o en sus inmediaciones, concepto operacional de frontera mediante, la técnica también ha venido siendo empleada como expediente para resolver las llegadas irregulares a otras plazas de soberanía española en el norte de África, en particular a Alhucemas, Vélez de la Gomera¹⁵ y, más recientemente Chafarinas. Más particularmente,

ción de tales políticas, DEL VALLE GALVEZ, A., «Sobre la inviabilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el Mediterráneo», *REDI*, vol. 72, 2020, pp. 187-196.

¹³ Pueden encontrarse numerosos vídeos que documentan los métodos empleados en el blog *Melilla Frontera Sur*, disponible en <http://melillafronterasur.blogspot.com/>.

¹⁴ Además del trabajo ya citado de SOLER GARCÍA, C., véanse FERNÁNDEZ PÉREZ, A., «La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 2014, núm. 8382; GONZÁLEZ GARCÍA, I., «Inmigración y derechos humanos: las devoluciones en caliente de inmigrantes subsaharianos desde España a Marruecos», en SOROETA LICERAS, J. (dir.), *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVII, 2017, pp. 141-201; SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Las “devoluciones en caliente” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, As. N.D. y N.T. vs España, de 03.10.2017)», *REDE*, vol. 65, 2018, pp. 101-135, o MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera», *Crítica penal y poder*, vol. 18, 2019, pp. 28-39.

¹⁵ GONZÁLEZ GARCÍA, I., «The Spanish-Moroccan cooperation on immigration: the “summary returns” cases of isla de Tierra-Alhucemas (2012) and Ceuta y Melilla (2014)», *SYbIL*, 2015, núm. 19,

y aunque no de manera exclusiva, la devolución en caliente ha venido constituyendo el expediente con el que se ha afrontado el frecuente fenómeno de los intentos masivos de entrada irregular saltando las mencionadas vallas, caracterizados de manera cada vez más frecuente por acompañarse de actos de violencia contra las instalaciones fronterizas y los propios guardias españoles de fronteras. Aun cuando no pueden calificarse como clandestinas ante la multitud de registros audiovisuales que las atestiguan, hasta mediados de la pasada década las devoluciones se han caracterizado por cierta reticencia a cuantificar el número de personas afectadas, lo que no impide confirmar que, en función de la intensidad del tráfico en las diferentes rutas migratorias europeas, son muchos los años en los que se cuentan por millares cuando no por decenas de millares.

6. Más allá de voluntariosos esfuerzos de fundamentación legal en el acuerdo de readmisión celebrado entre España y Marruecos en 1992¹⁶, lo cierto es que en el momento en que se plantearon los hechos enjuiciados en el asunto *ND y NT*¹⁷, las devoluciones en caliente carecían de todo tipo de anclaje normativo, sin que pudieran encuadrarse por su falta absoluta de procedimiento en ninguno de los únicos tres mecanismos de alejamiento forzoso del territorio español que contemplaba en aquel momento nuestra normativa de extranjería¹⁸. No obstante, y precisamente con la finalidad de afrontar esos problemas de cobertura legal, en ese momento estaba ya en marcha el proce-

pp. 349-356, e *id.*, «La llegada de inmigrantes a isla de tierra en Alhucemas: crisis migratoria entre España y Marruecos y violaciones de derechos humanos», *REI*, 2014, núm. 27, pp. 1-28.

¹⁶ Esa invocación del acuerdo *en lugar y en vez* de la ley de extranjería no se justificaba, ya que como se ha señalado, se trata de «dos normas de aplicación sucesiva que, en ningún caso, regulan una misma actividad administrativa a desarrollar por las autoridades españolas». ATMANE TLEMSANI, T., «Algunas reflexiones en torno a la ley de seguridad ciudadana y el concepto de rechazo en frontera: ¿Es adecuada la normativa internacional sobre derechos humanos?», *Ordine Internazionali e Diritti Umani*, 2016, p. 341. En el mismo sentido se pronunció el ACNUR en sus observaciones en el asunto *ND y NT*, 2017, para. 2.2.3.

¹⁷ Las demandas habían sido planteadas por dos individuos de nacionalidad maliense y costarricense que participaron el 13 de agosto de 2014 en un salto masivo a la valla de Melilla. Fueron devueltos sumariamente y entregados a las autoridades marroquíes inmediatamente después de acceder a la parte española del vallado tras descender con ayuda de los agentes españoles de la valla interior a la que se habían encaramado. Pese a haber sido alejados de la frontera española por las autoridades marroquíes, ambos demandantes volvieron meses después a intentarlo, logrando acceder irregularmente a territorio español. Uno de ellos sería sin embargo expulsado a Mali siguiendo el procedimiento ordinario de expulsión. El segundo, pese a ser objeto de una orden de expulsión, dejó de estar localizado tras ser puesto en libertad una vez expirado el plazo de sesenta días que constituye el máximo legal de internamiento en los CIE.

¹⁸ De acuerdo con una lógica basada en la idea según la cual a mayor consolidación de la presencia en territorio español, mayores derechos y garantías procedimentales, se trata del expediente sancionatorio de la expulsión (art. 57 LOEX), la devolución «sin expediente» de quienes pretenden entrar ilegalmente en territorio español [arts. 58.3.b] LOEX y 23 RLOEX], y la denegación de entrada en puestos fronterizos (arts. 26.2 LOEX y 15 RLOEX). Pese a la expresión utilizada para el segundo de ellos, acuñada jurisprudencialmente para denotar su distinción respecto de la expulsión y su carácter no sancionador, todos ellos implican el desarrollo de un expediente administrativo que exige resolución motivada, asistencia letrada e intérprete en caso necesario, y posibilidad de recurso judicial una vez agotada la vía administrativa. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. *et al.*, «Expulsiones en caliente: Cuando el Estado actúa al margen de la ley», *Informe Jurídico*, 2014, pp. 317 y ss.

dimiento de reforma de la ley de protección de la seguridad ciudadana que, con efectos desde el 1 de abril de 2015, acabaría enmendando la ley de extranjería a fin de conferir cobertura legal a las devoluciones sumarias de quienes «sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera» (DA 10.^a LOEX)¹⁹. En el momento de redactar estas líneas, la citada previsión no ha sido objeto de desarrollo reglamentario alguno.

7. A iniciativa de varias entidades de la sociedad civil implicadas en la defensa del derecho de asilo y de los derechos de los migrantes, algunos aspectos de la práctica que venimos comentando han sido cuestionados ante los tribunales españoles a través de una doble vía. Ante la jurisdicción contencioso-administrativa, los intentos de impugnación de los documentos operativos de la guardia civil en los que se formalizaban las pautas de actuación en la materialización de las expulsiones sumarias acabaron sin embargo siendo inadmitidos por considerarse que se trataba de actos no susceptibles de impugnación²⁰. Algo más de recorrido han tenido las actuaciones por la vía penal contra el coronel jefe de la Guardia Civil de Melilla por la presunta comisión de un delito de prevaricación al adoptar, al servicio de las devoluciones en caliente, una «orden de servicio» en la que se formalizaba, como después se verá, el denominado concepto operacional de frontera. La apertura de diligencias previas y posterior imputación del citado mando por parte de un juzgado de Melilla acabaría siendo anulada por la Audiencia Provincial de Málaga, basándose entre otras cosas en los trabajos parlamentarios entonces en curso para dotar a las devoluciones de cobertura legal, y en la idea según la cual la fundamentación legal de las mismas contenida en el documento mencionado, aunque pudiera ser dudosa, no era arbitraria ni ilógica, de modo que no podía ser constitutiva de un delito de prevaricación²¹. Queda aún por ver el desenlace del procedimiento incoado ante el máximo intérprete de nuestra Constitución a raíz de la presentación por 114 diputados de un

¹⁹ El procedimiento seguido para introducir la reforma de la LOEX mediante la presentación de una enmienda al proyecto de ley de seguridad ciudadana fue objeto de críticas por interpretarse como un intento de eludir, además de la participación ciudadana, la evacuación del preceptivo informe del órgano de gobierno de los jueces. MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas "devoluciones en caliente"», en MAQUEDA ABREU, M. L. et al. (coords.), *Derecho penal para un estado social y democrático de derecho. Estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2016, pp. 1092 y ss.; GRACIA PÉREZ DE MERGELINA, D., «El "rechazo" de inmigrantes irregulares en las fronteras de Ceuta y Melilla», *Diario La Ley*, núm. 9057, Sección Doctrina, 9 de octubre de 2017, o ENÉRIZ OLAECHEA, F. J., «El rechazo de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla. Alcance de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica de Extranjería», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2017, núm. 3, pp. 51-65.

²⁰ Al respecto, SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., «Las "devoluciones...", op. cit.», pp. 8-9.

²¹ Sobre el particular, pueden verse los comentarios de P. García Andrade, sobre el auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Melilla, Diligencias Previas, Proc. Abreviado 0000866/2014, «Devoluciones en caliente de ciudadanos extranjeros a Marruecos», *REDI*, vol. 67, 2015-1, pp. 214 y ss.; y sobre el Auto núm. 83/15, de 7 de abril de 2015, de la Sección 7.^a de Melilla de la Audiencia Provincial de Málaga, «"Devoluciones en caliente": sobreseimiento del proceso iniciado contra el coronel jefe de la Comandancia de la Guardia Civil de Melilla», *REDI*, vol. 67, 2015-2, pp. 166 y ss.

recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Seguridad Ciudadana por, entre otros aspectos y en lo que ahora interesa, la incorporación de la mencionada DA 10.^a LOEX, y la supuesta vulneración, por razones vinculadas con el procedimiento legislativo seguido, del art. 23.2, así como por razones de fondo relacionadas con la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24) y la proscripción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3).

8. Por el contrario, lo que la previsión legislativa no parece haber minimizado es el cuestionamiento del que ha sido objeto la práctica española tanto en el plano internacional como en el interno, y ello no solo desde las instituciones de la sociedad civil²², sino también desde organismos oficiales de promoción y garantía de los derechos humanos²³. Por representar la primera declaración de vulneración de los derechos humanos por parte de un órgano Internacional de garantía, especial mención merece el dictamen del Comité de los Derechos del Niño en el asunto *D. D.* Especialmente teniendo en cuenta los recientes e interesantísimos desarrollos jurisprudenciales internos que refuerzan considerablemente la eficacia interna de los pronunciamientos de tales órganos en resolución de comunicaciones individuales²⁴.

²² Véanse, entre otros, APDH, *Derechos Humanos en la Frontera Sur 2014*, pp. 43 y ss.; CEAR, *Refugees and migrants in Spain: The invisible walls beyond the southern border*, Madrid, 2017, pp. 25 y ss.; HUMAN RIGHTS WATCH, *Spain: Halt Summary Pushbacks to Morocco*, 18 de agosto de 2014; AMNESTY INTERNATIONAL, *Fear and Fences, Europe's approach to keeping refugees at bay*, 2015; ACCEM, *Arrivals in the enclaves of Ceuta and Melilla*, 2019, o UNICEF COMITÉ ESPAÑOL, *Los derechos de los niños y niñas migrantes no acompañados en la frontera sur española*, Madrid, febrero de 2019, pp. 25, 61 y 130.

²³ Especialmente incisivo se ha mostrado tradicionalmente en el ámbito interno el DEFENSOR DEL PUEBLO (véase, por todos, *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*, Madrid, junio de 2016, pp. 54 y ss.). Por su parte, dentro del sistema internacional de protección de los derechos humanos, han expresado su preocupación por las devoluciones automáticas y el trato de los inmigrantes en las vallas, y entre otros, en el plano universal, el Comité de Derechos Humanos (*Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, CCPR/C/ESP/CO/6, 14 de agosto de 2015, para. 18), el Comité contra la Tortura (Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, CAT/C/ESP/CO/6, 29 de mayo de 2015, para. 13), el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (*Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España*, paras. 36 y 37), o el Comité de los Derechos del Niño (*Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España*, CRC/C/ESP/CO/5-6, 5 de marzo de 2018, para. 44). También lo ha hecho la agencia encargada de promover el respeto de las normas internacionales en materia de refugio (*España: Preocupación en ACNUR por el intento de legalidad las devoluciones*, por William Spindler, 28 de octubre de 2014). Dudas sobre la compatibilidad de las devoluciones con las correspondientes normas internacionales de referencia han sido también expresadas, en el plano regional, por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura [*Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 12 to 19 December 2005*, CPT/Inf (2007) 30, 10 de julio de 2007, paras. 66 y ss., o *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 14 to 18 July 2014*, CPT/Inf (2015) 19, 9 de abril de 2015, paras. 48 y ss.]; el comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa («Annual activity report 2015», Nils Muižnieks, Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, Strasbourg, 14 de marzo de 2016) y el representante especial del secretario general del Consejo de Europa para migración y asilo [*Report of the fact-finding mission to Spain, 18-24 March 2018*, apdos. 3 y 4, SG/Inf(2018)25].

²⁴ Como es ampliamente conocido, en la STS 1263/2018, la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo no solo reconoció la obligación de España de acatar las recomendaciones

9. El citado dictamen fue adoptado en resolución de una comunicación individual presentada sobre la base del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño que denunciaba un asunto muy similar al planteado ante el TEDH, ocurrido también en la valla de Melilla unos meses más tarde, en diciembre de 2014, aunque afectaba en este caso a un menor no acompañado nacional de Malí. Basando sus apreciaciones en su posicionamiento general sobre el trato a los conocidos como *MENA*²⁵, el Comité estimó que nuestro país había violado tres exigencias derivadas de la Convención sobre los derechos del niño. En primer lugar, consideró que «a la luz de la situación de violencia contra migrantes en la zona de frontera con Marruecos», al haber procedido a la devolución automática sin evaluar el riesgo de sufrir daños irreparables y violaciones graves de sus derechos y sin tomar en consideración el interés superior del menor, se había vulnerado la obligación de velar por que ningún niño sea sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (art. 37) así como la obligación de atender el interés superior del menor (art. 3). En segundo lugar, al no haber sometido al demandante a un proceso de evaluación inicial dirigido a determinar su condición de menor no acompañado, a su identificación tras una entrevista inicial, y a la valoración de su situación particular de vulnerabilidad, tras ofrecerle la posibilidad de formular objeciones a su devolución, el Comité entendió que se habían vulnerado las obligaciones de atención y protección especial que respecto de los menores no acompañados derivan del art. 20.1 así como las tendentes a otorgar una consideración primordial al interés superior del menor. Y, en tercer lugar, el órgano de garantía de la Convención estimó que el trato prestado al menor por los agentes de la guardia civil, deteniéndolo, esposándolo, negándole asistencia legal o de intérprete y sin tener en cuenta sus necesidades, implicó una vulneración de su art. 37²⁶.

10. Conviene no olvidar, por último, que si bien la práctica española en el norte de África representa el más antiguo y conocido ejemplo de devoluciones en caliente en las fronteras terrestres de los miembros del Consejo de Europa, desde mediados de la pasada década y a raíz de la llamada crisis de

contenidas en los dictámenes del CEDAW, sino también la virtualidad de las reclamaciones de responsabilidad por anormal funcionamiento de la administración como vía adecuada para instar su eficacia interna. La sentencia ha dado lugar a una interesante polémica en nuestro país sobre lo acertado de reconocer carácter obligatorio y eficacia interna a los dictámenes y decisiones sobre medidas provisionales de los órganos de garantía de los derechos humanos establecidos en virtud de los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas. Sobre el particular, CARDONA LLORENS, J., «The Legal Value of the Views and Interim Measures Adopted by United Nations Treaty Bodies», *SYbIL*, vol. 23, 2019, pp. 146-165, y toda la bibliografía allí citada. Sin desmarcarse del anterior pronunciamiento, la Sala especial del art. 61 del Tribunal Supremo ha rechazado recientemente, sin embargo, que la constatación de una violación por uno de esos comités pueda ser motivo de revisión de las sentencias firmes dictadas por los tribunales españoles. Tribunal Supremo, Sala Especial, art. 61 LOPJ, Sentencia de 12 de febrero de 2020, ROJ STS 401/2020.

²⁵ Observación General núm. 6 del Comité: Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (CRC/GC/2005/6).

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, Dictamen de 1 de febrero de 2019, *D. D. c. España*, CRC/C/80/D/4/2016, apdos. 14.6 a 14.8.

los refugiados otros Estados europeos —entre los que se encuentran muy singularmente Grecia, Croacia, Hungría, Bulgaria, Serbia y, en lo que representa una singular versión interna de estas prácticas dentro del espacio Schengen, Francia— han recurrido a las expulsiones sumarias como procedimiento para afrontar las incursiones irregulares de extranjeros en sus fronteras²⁷. Una tendencia que, a la vista de los más recientes acontecimientos, no parece que se vaya a revertir²⁸.

2. EL SOMETIMIENTO DE LAS DEVOLUCIONES SUMARIAS AL CONTROL DEL TEDH

11. Dejando a un lado otros aspectos sin duda interesantes pero quizás menos relevantes desde el punto de vista de la configuración de la política migratoria europea²⁹, dos son fundamentalmente los argumentos a través de los cuales los Gobiernos participantes trataron de impedir el examen de fondo sobre la compatibilidad de las devoluciones en caliente con el sistema del Convenio. El primero representaba una enmienda a la totalidad respecto a la aplicabilidad del Convenio, mientras que el segundo se dirigía más específicamente a impedir la del art. 4 PA4.

2.1. La sujeción de los individuos afectados a la jurisdicción del Estado parte: el concepto de frontera operacional y la inadmisibilidad de la escisión de territorios a efectos del control migratorio

12. Como es sobradamente conocido —y como es regla general en los tratados internacionales de derechos humanos— el CEDH no contiene una cláusula que defina su ámbito espacial de aplicación. Y, consiguientemente, tampoco determina expresamente el alcance *ratione loci* de la competencia del TEDH. Se limita a señalar que los derechos contemplados en el Convenio que las partes reconocen (en la versión francesa) o garantizarán (en la inglesa) son los de los individuos sometidos a la jurisdicción de tales Estados (art. 1 CEDH). No obstante, está muy asentada en la doctrina del tribunal la idea según la cual, dado el carácter eminentemente territorial de la competencia jurisdiccional del Estado —o, lo que es lo mismo, de la soberanía, que diría M. Huber—, la regla general es que todo individuo que se encuentra en

²⁷ EU-FRA, *Periodic data collection on the migration situation in the EU*, 1-28 de febrero de 2018, p. 4, y *Pushback Policies and Practice in Council of Europe Member States*, Report, Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons, Rapporteur Tineke Strik, Doc. 14645, Reference 4414, 21 de enero de 2019.

²⁸ STEVIS-GRIDNEFF, M., «Greece Suspends Asylum as Turkey Opens Gates for Migrants», *The New York Times*, 1 de marzo de 2020.

²⁹ En particular, los relativos al mantenimiento de la condición de víctima y al agotamiento de los recursos internos en el caso, frecuente, en que los demandantes no han recurrido tras su expulsión o, por encontrarse en paradero desconocido, no han mantenido un contacto estrecho con sus abogados.

el territorio de un Estado parte se entiende que se encuentra sometido a su jurisdicción y, por ello, se beneficia de los derechos y garantías reconocidos en el Convenio³⁰.

13. Aunque, a la inversa, solo excepcionalmente cabe entender que los actos de un Estado realizados o que despliegan efectos en el exterior implican un ejercicio de la jurisdicción a los efectos del art. 1 CEDH, el Tribunal ha admitido a través de una jurisprudencia caracterizada por un notable casuismo diversos supuestos en los que reconoce la aplicación extraterritorial del Convenio³¹. Dejando a un lado los casos de asunción del ejercicio de prerrogativas públicas del soberano territorial por encargo o delegación de este último, en virtud de otro título legal que lo justifique o como resultado de una invasión militar, dos son los vínculos de jurisdicción empleados por el Tribunal en su jurisprudencia para afirmar su competencia extraterritorial: el *control efectivo del territorio*³², y la *autoridad o control efectivo sobre personas*. A su vez, este último vínculo jurisdiccional, consistente en el ejercicio de poder físico y control sobre la persona en cuestión, puede ser el resultado, entre otras cosas, del ejercicio de acciones coercitivas que impliquen el arresto, detención o custodia de un individuo³³.

14. La anterior doctrina es relevante a la hora de valorar el principal argumento que han mantenido a lo largo de todo el litigio las autoridades españolas para defender que la interceptación de los demandantes y su inmediata devolución a Marruecos no habría ocurrido dentro de la jurisdicción española. El motivo de fondo esgrimido al efecto, una vez disipadas las ambigüedades que las propias autoridades españolas mantuvieron ante la Sala sobre la ubicación del vallado fronterizo de Melilla en territorio español³⁴, tiene que ver con el denominado concepto de frontera operacional y un pretendido derecho del Estado a modular, autolimitándola, su jurisdicción. A efectos migratorios, esta solo comenzaría una vez que quien cruza irregularmente la frontera, haya superado la imaginaria línea de policía que conformarían los guardias de fronteras representados, en este caso, por los agentes de la guardia civil³⁵. El argumento,

³⁰ *Jaloud c. the Netherlands* (GC), núm. 47708/08, § 131, ECHR-2014, y toda la jurisprudencia ahí citada.

³¹ Para una visión de conjunto, véase MORGADES GIL, S., «La aplicación extraterritorial del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales: el concepto de jurisdicción en perspectiva cosmopolita», en GARCÍA SEGURA, C. (dir.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Madrid, 2016, pp. 149-192

³² Véase *Chiragov and Others c. Armenia*, núm. 13216/05, § 186, 16 de junio de 2015, ECHR 2015, y la jurisprudencia allí citada.

³³ *Ocalan c. Turkey* (GC), núm. 46221/99, § 91, ECHR 2005-IV, y la jurisprudencia allí citada.

³⁴ Contrátese *ND y NT* (2017), § 44, de un lado, y *ND y NT*, 2020, § 91, de otro. Sobre la mencionada ubicación del vallado, con referencias a la polémica parlamentaria derivada de las acusaciones al entonces Gobierno socialista de haber hecho dejación de soberanía al abandonar la denominada zona neutral en el momento de construcción de la valla, véase ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., «Las fronteras terrestres de España en Melilla: delimitación, vallas fronterizas y tierra de nadie», *REEI*, 2014, núm. 28, pp. 17 y ss.

³⁵ La más precisa formulación del concepto de frontera operacional se encuentra recogida en un documento interno de la Guardia Civil denominado Orden de Servicio 6/2014 titulada «Dispositivo anti

con el apoyo esta vez de los Gobiernos intervenientes³⁶, se veía reforzado ante la Gran Sala mediante la invocación del Derecho de la Unión Europea (DUE) y, más concretamente de su normativa sobre control de fronteras como factor determinante de esa limitación de jurisdicción. En lo que parece una indirecta invocación de la doctrina *Bosphorus*, esa especie de *retranqueo jurisdiccional* formaría parte o sería el resultado de las obligaciones de vigilancia y control de fronteras exteriores por parte de los Estados periféricos del área Schengen³⁷.

15. Por contraposición al esquivo posicionamiento de la Sala³⁸, la Gran Sala asume como base de su jurisdicción la condición de territorio español del espacio fronterizo en el que sucedieron los hechos enjuiciados. En esta ocasión, el Gobierno español había reconocido expresamente que es esa la condición del espacio en que se construyó la valla de Melilla y en el que acontecieron los hechos enjuiciados, y de ahí que la competencia se fundamente ahora en la jurisdicción territorial *de iure* basada en la soberanía³⁹, y no en el control continuo y efectivo sobre las personas como se había hecho en la sentencia de la sala y también, por cierto, en el dictamen antes mencionado del Comité sobre los Derechos del Niño⁴⁰. Aunque para el examen de la cuestión de fondo planteada —la posible vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas— la cuestión pueda ser irrelevante, no lo es a otros efectos para nada intrascendentes.

16. De una parte, y sin que ello encuentre reflejo explícito en la sentencia de la Gran Sala, porque el territorial derivado de la soberanía es el vínculo jurisdiccional más fuerte de cuantos determinan la aplicación del Convenio. Y a menos que se vea matizado por causas excepcionales no imputables a las autoridades estatales que impidan que la jurisdicción territorial *de iure* se vea acompañada por la posibilidad efectiva de ejercer la autoridad sobre el territorio⁴¹ —supuesto que el Tribunal rechaza que concurra como consecuencia de la presión migratoria que soporta la valla de Melilla—⁴², de esa jurisdicción territorial se deriva la plena aplicación de las obligaciones que del Convenio derivan para el Estado territorial, sean estas negativas o po-

intrusión en la valla perimetral de Melilla y protocolo operativo de vigilancia de fronteras». El pasaje más relevante al efecto se encuentra reproducido, además de en los pronunciamientos de los órganos judiciales penales de los que se dio cuenta anteriormente, en *ND y NT*, 2020, § 37.

³⁶ En apoyo de la posición de nuestro país como Estado demandado, presentaron observaciones en este asunto los Gobiernos de Italia, Francia y Bélgica.

³⁷ TEDH, *ND y NT*, 2020, §§ 96 y 97.

³⁸ Tal vez para no entrar en el trasfondo de la controversia hispano-marroquí sobre la soberanía respecto de las plazas en el norte de África, la Sala evitó pronunciarse sobre si la valla de Melilla está construida o no en territorio español y optó por fundamentar su competencia sobre el continuo y exclusivo control, «al menos *de facto*», ejercido por los agentes españoles sobre los demandantes desde el momento en que descendieron de las vallas. TEDH, *ND y NT* (2017), § 54.

³⁹ *ND y NT*, 2020, § 104.

⁴⁰ Dictamen *D. D. c. España*, cit., § 13.4.

⁴¹ Como sucede en los supuestos de control del propio territorio por parte de otro Estado, sea mediante sus propias fuerzas o a través de grupos paramilitares sometidos al control vital de este último. *Ilascu and Others c. Moldova and Russia* (GC), núm. 48787/99, § 333, ECHR 2004-VII.

⁴² *ND y NT*, 2020, § 107.

sitivas⁴³. Por poner un ejemplo, de la consideración del espacio fronterizo como territorio español cabe deducir que, de manera similar a como señaló el Tribunal en relación con el muro de Berlín⁴⁴, al entramado que conforma la denominada valla de Melilla y al conjunto de actuaciones activas o pasivas —piénsese, p. ej., en las tan polémicas concertinas, tan comunes por lo demás en la práctica totalidad de las vallas migratorias— llevadas a cabo por las autoridades españolas para combatir y reprimir los intentos irregulares de saltarla, le resultan de aplicación los límites que derivan de los derechos reconocidos en el Convenio.

17. De otra parte, esta vez de forma explícita, la jurisdicción territorial *de iure* como fundamento de la aplicación del Convenio permite a la Gran Sala profundizar en una idea que solo tenuemente aparecía formulada en la sentencia de la Sala. Si esta se limitó a señalar que la frontera entre dos países no puede ser alterada a iniciativa de uno de esos Estados para tratar una concreta situación fáctica⁴⁵, la formación más representativa del Tribunal extrae con mucha más claridad las consecuencias oportunas. Es el Derecho internacional el que no solo dispone la aplicabilidad de sus normas a la totalidad del territorio del Estado (art. 29 CVDT), sino también quien define hasta donde se extiende su jurisdicción territorial, sin que la construcción de una valla que no siga la línea fronteriza «autorice a un Estado a excluir, alterar o limitar unilateralmente su jurisdicción territorial»⁴⁶. La única posibilidad que contempla el Convenio de descartar su íntegra aplicación territorial afecta a la muy cuestionada en el momento de su elaboración *cláusula colonial* del art. 56.1, de modo que en ausencia de la pertinente declaración del Estado en el momento de devenir parte, el mismo se aplica no solo a la integridad de su territorio por más especificidades históricas o de otro tipo que puedan tener algunas de sus partes⁴⁷, sino también a los territorios respecto de los que un Estado parte asume la responsabilidad de las relaciones internacionales, como es significativamente el caso de Gibraltar⁴⁸.

18. Así formulada con carácter general, la regla es específicamente proyectada al ámbito migratorio, insistiendo con especial rotundidad en que la especial naturaleza del contexto que lo caracteriza:

«No puede justificar un área al margen de la ley en la que los individuos no estén cubiertos por ningún sistema capaz de ofrecerles el disfrute de los derechos y garantías protegidos por el Convenio [...]. En tanto que instrumento constitucional del orden público europeo [...], el Convenio no puede ser restrin-

⁴³ En ese sentido, *Z and Others c. the United Kingdom* (GC), núm. 29392/95, § 73, ECHR 2001-V y la jurisprudencia allí citada.

⁴⁴ *Streletz, Kessler and Krenz c. Germany* (GC), núms. 34044/96, 35532/97 y 44801/98, §§ 72 y 73, ECHR 2001-II; y *K.-H.W. c. Allemagne*, núm. 37201/97, §§ 66 y 67, ECHR 2001-II.

⁴⁵ *ND y NT*, 2017, § 53.

⁴⁶ *ND y NT*, 2020, § 109. Traducción del autor.

⁴⁷ Véase, en relación con la georgiana República Autónoma de Ayaria, *Assanidze c. Georgia* (GC), núm. 71503/02, §§ 139 y 143, ECHR 2004.

⁴⁸ *Matthews c. United Kingdom*, núm. 24833/94, §§ 29 y 35, ECHR 1999-I.

gido selectivamente a solo parte del territorio de un Estado por medio de una artificial reducción del alcance de su jurisdicción territorial»⁴⁹.

19. La relevancia de tal afirmación no puede dejar de señalarse en un ámbito como es el del control migratorio, en el que el recurso a artificiales ficciones de extraterritorialidad no solo cuenta con ciertos antecedentes, sino que es presentado en ocasiones como posible fórmula con la que dar respuesta a crisis migratorias de amplio calado. Respecto a lo primero, aunque no haya rastro de ello en la sentencia que ahora se comenta, conviene recordar que es la jurisprudencia del propio TEDH la que ha impedido que las zonas internacionales de puertos y aeropuertos sean consideradas como una suerte de zonas francas exentas, en lo que a los inmigrantes irregulares se refiere, de la aplicación de las exigencias que derivan para los Estados en materia de derechos humanos⁵⁰. Y en cuanto a lo segundo, no hay que descartar que la idea que subyace a esa misma doctrina y el implícito reconocimiento de la plena aplicación del CEDH a los *hotspots* griegos⁵¹ sea uno de los motivos por los que, a diferencia de lo ocurrido en otras latitudes⁵², la creación de plataformas de desembarco se haya planteado, con escaso éxito por ahora, solo en terceros Estados⁵³.

20. No deja de llamar la atención, por último, la respuesta de la Gran Sala al intento de blindar en el DUE la ficticia extraterritorialización del espacio fronterizo pretendida por las autoridades españolas. Para rechazar que la normativa europea y migratoria en materia de control de fronteras determinen su incompetencia, el órgano de Estrasburgo utiliza un doble argumento. El primero puede interpretarse como una ortodoxa aplicación de la doctrina de la protección equivalente: el TEDH parece asumir que no concurre uno de los dos requisitos que, en aplicación de la citada doctrina, determinan su incompetencia *ratione personae* —la ausencia de margen de apreciación para los Estados miembros— pues apoyándose en la directiva de retorno recuerda que estos pueden aplicar normas y reglas más favorables para los inmigran-

⁴⁹ *ND y NT*, 2020, § 110. Traducción del autor.

⁵⁰ *Amuur c. France*, 25 de junio de 1996, §§ 41 *in fine*, y 43, Reports 1996-III; *D. c. The United Kingdom*, 2 de mayo de 1997, Reports 1997-III, § 48; *Gebremedhin [Gaberamadhien] c. France*, núm. 25389/05, 26 de abril de 2007, §§ 66-67, Reports 2007-II; o *Z. A. and others c. Russia* (GC), núm. 61411/15, §§ 130-132, ECHR 2019.

⁵¹ *J. R. and others c. Greece*, núm. 22696/16, ECHR 2018.

⁵² En el caso australiano, el proceso de externalización emprendido en el marco de la llamada «Pacific Solution» supuso no solo la creación de centros de gestión migratoria y de asilo en terceros países como Nauru y Papúa-Nueva Guinea, sino también en el territorio australiano de Christmas Island, el cual quedaba debidamente excluido en cuanto a la aplicación de la legislación migratoria de ese país. Puede verse, sobre el particular, COMMONWEALTH OMBUDSMAN, *Christmas Island immigration detention facilities. Report on the Commonwealth and Immigration Ombudsman's Oversight of Immigration Processes on Christmas Island*, octubre de 2008 a septiembre de 2010, febrero de 2011.

⁵³ Al respecto, CALVO MARISCAL, L. M., «Cooperation between the European Union and Libya as regards to migration and asylum: The eventual creation of disembarkation platforms», 23 *SYbIL*, 2019, pp. 294-305, y MAIANI, F., «“Regional Disembarkation Platforms” and “Controlled Centres”: Lifting The Drawbridge, Reaching out Across The Mediterranean, or Going Nowhere?», *Eumigrationlawblog*, 18 de septiembre de 2018.

tes afectados que las que con carácter mínimo establece el DUE⁵⁴. No cabe decir lo propio del segundo, al rechazar, esgrimiendo el principio de la irrelevancia del Derecho interno como justificación de la violación del Derecho internacional (art. 27 CVDT), que la normativa comunitaria en materia de control de fronteras pueda afectar al concepto de jurisdicción en virtud del Derecho internacional, ni tampoco —ha de entenderse— a su competencia. Cabe preguntarse, por ello, si no cabe interpretar el asunto *ND y NT* como un paso más en la tendencia ya detectada de un mayor rigor en la aplicación de la doctrina de la protección equivalente por parte del TEDH a partir del voto del Tribunal de Luxemburgo a la adhesión de la Unión al CEDH⁵⁵, y si en el futuro Estrasburgo se mostrará dispuesto a afirmar su competencia cuando la normativa comunitaria invocada sea contraria a las normas de Derecho internacional.

2.2. La aplicación de la prohibición de expulsiones colectivas a las medidas de no admisión

21. La segunda línea principal de argumentación a través de la cual los Gobiernos participantes han tratado de impedir el pronunciamiento en cuanto al fondo del Tribunal, formulada en forma de una excepción de incompatibilidad *ratione materiae* con la Convención, se dirigió a cuestionar que las devoluciones sumarias puedan ser calificadas como medidas de expulsión sujetas a la prohibición prevista en el art. 4 PA4. Retoma en este sentido los argumentos que las autoridades italianas habían esgrimido en asuntos previos relativos a intentos de entrada irregular por vía marítima. En el primero de ellos, el fundamental asunto *Hirsi Jamaa*, los afectados fueron inmediatamente devueltos desde el mar inmediatamente después de su interceptación. En *Sarifi y Khlaifia*, en cambio, las personas interceptadas fueron llevadas a suelo italiano y fue desde ese territorio desde donde tuvo lugar la devolución. En los tres casos el Tribunal consideró que se trataba de expulsiones sometidas a la prohibición del art. 4 PA4⁵⁶.

22. Además de insistir en los mismos argumentos en busca de un cambio de criterio jurisprudencial⁵⁷ —ni el Convenio ni el Derecho internacional

⁵⁴ *ND y NT*, 2020, § 109.

⁵⁵ Véanse CORTÉS MARTÍN, J. M., «Sobre la plena vigencia de la presunción de equivalencia (Bosphorus y su aplicación al principio de reconocimiento mutuo en el espacio de libertad, seguridad y justicia)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, núm. 55, pp. 819 y ss., o ALONSO GARCÍA, R., «La doctrina de Estrasburgo sobre la protección equivalente tras el voto de Luxemburgo a la adhesión de la UE al CEDH (a propósito de *Avotins c. Letonia*)», *WP IDEIR*, 2017, núm. 32.

⁵⁶ *Hirsi Jamaa and others c. Italy* (GC), núm. 27765/09, 23 de febrero de 2012, §§ 177-181, ECHR 2012; *Sharifi and Others c. Italy and Greece*, núm. 60104/08, § 212, ECHR 2014; *Khlaifia and Others c. Italy*, 2016, cit., § 243.

⁵⁷ Cambio jurisprudencial que por muy poco no se habría comenzado a materializar unos meses antes, a tenor de la exigua mayoría con la que tales argumentos fueron rechazados en un asunto sobre rechazo en frontera de un grupo de solicitantes de asilo chechenos. Véase la opinión disidente de los Jueces Ravarani, Bošnjak y Paczolay en el asunto *M. A. and others c. Lithuania*, 2018, cit., apdo. 5.

reconocen un derecho a entrar en un país, de modo que los límites a la expulsión solo surgen una vez que se ha autorizado la entrada; los redactores del art. 4 PA4 nunca pretendieron extender su aplicación a los supuestos de no admisión; tanto la Comisión de Derecho internacional en sus trabajos en materia de expulsión de extranjeros (art. 2), como el Comité de Ministros del Consejo de Europa al pronunciarse sobre las líneas directrices en materia de retorno forzoso, habían descartado de su ámbito de aplicación los supuestos de no admisión—, los Gobiernos participantes trataron de demostrar que el caso ahora era distinto por dos razones. Por una parte, porque a diferencia de los casos anteriores, no se trataba de un intento de entrada por mar, sino por tierra; y, por otra y sobre todo, porque como habría demostrado la cuestionable decisión sobre admisibilidad en este asunto⁵⁸, ahora no existía un problema de devolución puesto que los demandantes no se habrían encontrado en una situación de riesgo de padecer en Marruecos tratos prohibidos por el art. 3 del Convenio.

23. Como ya se avanzó, la Gran Sala ha acabado por confirmar que también en los supuestos de devolución de inmigrantes irregulares interceptados en las fronteras terrestres, el término expulsión ha de entenderse en su sentido corriente, para incluir «cualquier alejamiento forzoso de un extranjero del territorio de un Estado, independientemente de la legalidad de la estancia de la persona, de cuánto tiempo ha estado en el territorio, del lugar en el que fue interceptado, de su estatus como migrante o solicitante de asilo y de su conducta cuando cruzó la frontera»⁵⁹. Y lo hace apostando por una concepción de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros muy fuertemente vinculada con el principio de no devolución y el derecho de asilo, que no parece descartar, sin embargo, que esté dotada de cierta autonomía.

24. Pese a reconocer, en efecto, que el proyecto de la CDI excluye de su ámbito de aplicación los supuestos de no admisión, el Tribunal insiste en que en ese mismo instrumento se dejan a salvo las reglas de derecho internacional relativas a los refugiados, con referencia expresa al principio de no devolución reconocido en el art. 33 de la Convención de Ginebra, el cual, como no ha dejado de insistir ACNUR, se aplica no solo en los casos de expulsión, sino también en los de no admisión y rechazo en frontera. El principio de no devolución se encuentra también reconocido, junto al derecho de asilo, por el Derecho de la Unión Europea y, aunque este último derecho no figura entre los derechos reconocidos en el Convenio, el principio de no devolución que formula la Convención de Ginebra se encuentra englobado, insiste el

⁵⁸ Pese a que, de acuerdo con la consolidada jurisprudencia del Tribunal, la fecha crítica para valorar si existe el riesgo de ser sometido a tratos prohibidos cuando efectivamente se ha producido la devolución es el momento de esa devolución, la decisión de admisibilidad no admitió la demanda en lo que a las alegaciones de violación del art. 3 se refiere porque, «sin prejuzgar la situación de riesgo de malos tratos generalizados invocada por los recurrentes», los demandantes no habrían demostrado siquiera indiciariamente haber sido objeto de malos tratos después de su devolución a Marruecos. *N. D. y N. T. c. Spain* (dec.), núms. 8675/15 y 8697/15, § 15, ECHR 2015.

⁵⁹ *ND y NT*, 2020, §§ 185 y 187.

Tribunal, dentro de la prohibición que deriva de su art. 3 de devolver a un extranjero a un Estado en el que se enfrente a un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes. La salvaguardia de ese principio quedaría en peligro, viene a decirse, en caso de devolver sumariamente a una persona por el mero hecho de haber entrado irregularmente en el territorio, sin proceder previamente a su identificación y sin haberle ofrecido la posibilidad de exponer los motivos que puedan oponerse a su devolución⁶⁰.

25. Así pues, el grueso de la argumentación del Tribunal fundamenta en el principio de no devolución la interpretación amplia del concepto de expulsión. Y ello en un asunto en el que, paradójicamente, en fase de admisibilidad se había rechazado que se planteara una situación de riesgo de maltrato⁶¹. La contradicción, apuntada por el Juez Koskelo en su opinión separada, se resuelve al menos en parte asumiendo en un único apartado —no exento de cierta ambigüedad, todo hay que decirlo— una idea autónoma del art. 4 PA4. Aunque pueda serlo con carácter fundamental, el principio del examen individual y objetivo de la situación del extranjero inherente a la prohibición de expulsiones colectivas no es solo un instrumento imprescindible para asegurar el *non-refoulement*, sino también un mecanismo para combatir la arbitrariedad, impidiendo que sobre la base de argumentos meramente formales basados en la distinción entre expulsión y no admisión se prive de efectividad a la protección ofrecida por el Convenio, en particular por el art. 3.

26. De confirmarse esa idea, y en la línea defendida por el Juez Serghides en el asunto *Khlafia*, la prohibición de expulsiones colectivas, pese a su íntima vinculación con el principio de no devolución, tiene un significado más amplio en tanto que reviste una naturaleza eminentemente procedural orientada a excluir la arbitrariedad, la discriminación y el abuso de poder⁶². Vendría a ser, como sostuvo el ACNUDH en sus observaciones, una proyección del *fair trial*, a través de la cual se salvaguardaría el derecho a la no devolución, pero también otros derechos, reconocidos o no en el Convenio, como el derecho a la vida privada y familiar, el derecho de acceso al asilo, o los derechos vinculados a la protección de la infancia, entre otros.

27. Así pues, aun cuando el contenido de la prohibición de expulsiones colectivas puede variar en función de que la exigencia de un examen individualizado se plantee en un contexto en el que se suscite o no una problemática de no devolución⁶³, la prohibición en cuanto tal opera tanto en contextos

⁶⁰ *ND y NT*, 2020, §§ 171-188.

⁶¹ El hecho, ya apuntado, de que las alegaciones basadas en el art. 3 habían sido declaradas inadmisibles desde el principio, es algo que recuerda expresamente la Gran Sala en § 206.

⁶² Partly dissenting opinion of Judge Serghides, TEDH, *Khlafia*, 2016, cit., apdos. 11-12.

⁶³ En *Khlafia*, 2016, la Gran Sala no solo consideró que el art. 4 PA 4 no exige en todo caso la realización de una entrevista personal siempre que el interesado haya tenido la oportunidad de manifestar a las autoridades las razones que se oponen a su devolución. Estimó también, que el derecho a un recurso efectivo (art. 14 CEDH) en relación con la prohibición de expulsiones colectivas (art. 4 PA 4), no implica la exigencia de un recurso de carácter suspensivo cuando la deportación o devolución no opera en un contexto de riesgo de ser sometido a las conductas prohibidas por los arts. 2 y 3 CEDH, §§ 277-281.

de expulsión *stricto sensu* como en casos de rechazo en frontera y/o de no admisión.

3. LA «CONDUCTA CULPABLE» DEL EXTRANJERO Y LA DUDOSA EXISTENCIA DE VÍAS DE ACCESO SEGURO

28. El conjunto de la doctrina de Estrasburgo en materia migratoria se ha basado en una idea de equilibrio entre, de una parte, el reconocimiento del derecho soberano de los Estados a regular el acceso y la estancia de nacionales de terceros países en su territorio y, de otra, la necesidad de asegurar el respeto de los derechos reconocidos en el Convenio y sus protocolos⁶⁴. Sin embargo, de una forma parecida a como ocurrió a partir del 11-S en los asuntos relacionados con la lucha contra el terrorismo⁶⁵, desde principios de la pasada década la invocación de los retos que plantea el incremento de la presión migratoria se ha convertido en un ejercicio frecuente por parte de las autoridades de algunos Estados miembros con el fin de conseguir un relajamiento de los límites que el Tribunal ha deducido del Convenio respecto de sus políticas migratorias. Y si tradicionalmente tal tipo de argumentos no habían dado los frutos perseguidos por quienes los esgrimían, especialmente cuando se proyectaban en asuntos en los que estaban en juego derechos absolutos como los que derivan del art. 3 CEDH⁶⁶, en el asunto *Khlaifa* la Gran Sala pareció iniciar un cambio de actitud. No solo proclamó expresamente, en efecto, que en tal situación de crisis sería artificial no tomar en consideración el contexto general en el que se plantean los hechos a enjuiciar. Tuvo en cuenta, también, la situación de presión a la que se enfrentaban las autoridades italianas en el centro de internamiento de extranjeros de Lampedusa para descartar que los tratos padecidos por los demandantes hubieran alcanzado el nivel de severidad requerido por el art. 3 CEDH, así como para suavizar, como ya se ha señalado, las exigencias que derivan de la prohibición de expulsiones colectivas⁶⁷.

29. La respuesta ante este tipo de alegaciones de los Gobiernos participantes en el asunto *ND y NT* a la hora de abordar los dos problemas que se acaban de analizar —jurisdicción y concepto de expulsión— se mantiene dentro de la lógica tradicional: reconocimiento de los problemas y retos que

⁶⁴ Entre otras muchas, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, núms. 9214/80, 9473/81 y 9474/81, § 67, CEDH 1985, o *Chahal c. Royaume Uni*, núm. 22414/93, § 73, CEDH 1996.

⁶⁵ Entre otras, *Saadi c. Italy*, núm. 37201/06, §§ 114 y 119, ECHR 2008, o *A. and Others c. United Kingdom*, núm. 3455/05, § 104, ECHR 2009.

⁶⁶ *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, núm. 30696/09, § 223, ECHR 2011, o *Hirsi Jamaa*, 2012, cit., §§ 122 y 176, ECHR 2012

⁶⁷ *Khlaifa*, §§ 199 y 277-281. Véase, en particular, la justificación que hace el Juez Raimondi de su cambio de criterio, como miembro de la Sala y de la Gran Sala, en todos los aspectos clave resueltos por esta última. Señala, en particular, que el pronunciamiento de esta última «provides balanced and reasonable answers to the difficult questions raised in the present case, and contributes to establishing the Court's case-law on key points in the context of an unprecedented migration crisis which will certainly continue to cause applications to be sent to Strasbourg».

plantea la presión migratoria, con referencia específica a la situación particular en los enclaves españoles en el Norte de África, pero rechazo a que ello pueda justificar prácticas incompatibles con las exigencias derivadas del Convenio y sus protocolos⁶⁸. Aún sin un reconocimiento expreso, es muy dudoso, sin embargo, que tal tipo de consideraciones no hayan influido en la apreciación de las exigencias que derivan de la prohibición de expulsiones colectivas.

3.1. La eliminación de las exigencias derivadas de la prohibición de expulsiones colectivas en caso de acceso ilegal y violento al territorio del Estado

30. Elemento clave de la estrategia de defensa española en los asuntos relativos a las devoluciones en caliente ante las instancias internacionales de garantía de los derechos humanos ha sido la insistencia, no solo en el carácter ilegal del cruce fronterizo y el acceso al territorio, sino también en el recurrente empleo de la violencia empleado. No puede ignorarse, es cierto, que al carácter masivo de los saltos de la valla se viene uniendo con carácter creciente el uso cada vez más organizado de la violencia contra los guardias españoles de fronteras como medio de conseguir el objetivo perseguido por los inmigrantes. Nadie niega que tal tipo de conductas pueden ser sancionadas por parte de las autoridades españolas, pero los castigos colectivos que renuncian a indagar en la responsabilidad individual de los implicados difícilmente encajan con las exigencias derivadas de los arts. 6 y 7 del Convenio. Y, en cualquier caso, recurrir a construcciones que equiparan tales acciones a aquellas que como los ataques armados abren la puerta a la legítima defensa (art. 51 CONU), o que como los crímenes más graves de trascendencia internacional o más matizadamente, el terrorismo, representan conductas contrarias a los propósitos y principios de Naciones Unidas⁶⁹ e imponen la exclusión del estatuto de refugiado (art. 1F de la Convención de Ginebra de 1951)⁷⁰, constituye un ejercicio paradigmático de falta de medida que recuerda el discurso de los populismos iliberales. Y que, seguramente, no merezcan mejor respuesta que esa respetuosa mezcla de extrañeza e indiferencia con la que es despachada por la Gran Sala en su sentencia⁷¹.

⁶⁸ ND y NT, 2020, §§ 107-108, respecto de las cuestiones jurisdiccionales, y §§ 169-170 y 184, en relación con el concepto de expulsión.

⁶⁹ Sobre la necesidad de restringir el alcance de la circunstancia de exclusión del art. 1.F.c, en particular cuando se aplica a delitos de terrorismo, ACNUR, *Documento del ACNUR sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El art. 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal, Departamento de Protección Internacional, Ginebra, 4 de septiembre de 2003, pp. 41 y ss.

⁷⁰ Véase, respectivamente, Dictamen D. D. c. España, cit., § 12.1, y ND y NT, 2020, § 126.

⁷¹ «Although the Government referred to States' inherent right of individual or collective self-defence if an armed attack occurred against a member State of the United Nations, the Court notes that Spain has not indicated that it has referred the matter to the Security Council of the United Nations, as anticipated

31. De manera más matizada y razonada, el deliberado cruce de la frontera fuera de los puestos fronterizos establecidos, en condiciones de grave alteración del orden público y en flagrante incumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el acceso al territorio español y europeo habría representado, de acuerdo con la posición mantenida por las autoridades españolas, un uso abusivo del derecho a solicitar asilo⁷² y una conducta culpable que sería contraria al sistema del Convenio y que hace el juego a las redes de tráfico de personas⁷³. Ya ante la Gran Sala, el razonamiento se complementó con un argumento utilizado por el Gobierno italiano en el asunto *Hirsi*, consistente en afirmar que el procedimiento individualizado de examen requerido por el art. 4 PA4 habría resultado de imposible desarrollo como consecuencia de la deliberada elección por los demandantes de una vía ilegal de acceso. Con apoyo del resto de Gobiernos intervenientes, se invocaba a tal efecto la doctrina formulada en dos aisladas decisiones de inadmisibilidad en las que el Tribunal había rechazado examinar la posible vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas por falta de colaboración activa en el procedimiento⁷⁴.

32. En el asunto *Hirsi* la Gran Sala no consideró oportuno dedicar ni una sola línea a rebatir el argumento del Gobierno demandado, limitándose a constatar que la transferencia a Libia de los demandantes se realizó sin examinar su situación particular, sin proceder a su identificación y por parte de agentes no entrenados ni asistidos para verificar tal examen⁷⁵. En esta ocasión, en cambio, ha sido ese el razonamiento en el que se ha basado la formación encargada de sentar doctrina en Estrasburgo para afirmar que no hay violación de la prohibición de expulsiones colectivas cuando la falta de un procedimiento individualizado de examen previo a la devolución obedece al hecho de que la persona afectada accedió irregularmente al territorio del Estado parte. O más exactamente, según el Tribunal, el principio de la conducta correcta:

«Debe aplicarse también a situaciones en las que la conducta de las personas que *cruzan una frontera terrestre sin autorización, aprovechándose deliberadamente de su carácter masivo y usando la fuerza*, es susceptible de crear una situación claramente disruptiva que es difícil controlar y que pone en peligro la seguridad pública»⁷⁶.

by Article 51 of the UN Charter (see paragraph 60 above) in this regard. In the circumstances of the case, the Court sees no need to pursue this argument further», ND y NT, 2020, § 166.

⁷² Para un desarrollo más amplio de este tipo de argumentos, GRACIA PÉREZ DE MERGELINA, D., «El “rechazo”...», *op. cit.*

⁷³ ND y NT (2017), § 72.

⁷⁴ Más concretamente, por estimar en el primero que la falta de una decisión individualizada respecto de cada uno de los miembros de un matrimonio obedecía a que la solicitud de asilo había sido formulada conjuntamente y sobre la base de los mismos argumentos y pruebas [*Berisha and Haljiti v The Former Yugoslav Republic of Macedonia* (dec.), núm. 18670/03, § 3, ECHR 2005-VIII]; y en el segundo, por considerar que el procedimiento individualizado para la expulsión de un grupo de manifestantes griegos había resultado imposibilitado como consecuencia de los obstáculos a su identificación que habían planteado los propios demandantes [*Dritsas and Others c. Italy* (dec.), núm. 2344/02, § 7, 1 de febrero de 2011].

⁷⁵ *Hirsi*, 2012, § 185.

⁷⁶ ND y NT, 2020, § 201 (traducción del autor y cursiva añadida).

33. La ilegalidad del acceso, por muy cualificada que esté por su carácter masivo o violento, no es sin embargo el único elemento a valorar a la hora de aplicar la doctrina de la «conducta culpable» y excluir con ello que las devoluciones sumarias constituyan expulsiones colectivas.

3.2. La condición basada en la existencia de vías de acceso

34. A lo largo de todo el procedimiento, las autoridades españolas se esforzaron por poner de manifiesto que los saltos de la valla no solo eran un acto ilegal y violento, sino también una vía innecesaria para solicitar asilo o intentar entrar al territorio español. Y los esfuerzos han acabado dando sus frutos. A los efectos de apreciar si una devolución en caliente vulnera el art. 4 PA4, el Tribunal afirma que resulta necesario determinar si el Estado demandado «ofrecía un *acceso efectivo y genuino a posibilidades de entrada legal*, en particular procedimientos fronterizos» de los que no hizo uso el demandante por motivos distintos a «razones imperiosas [...] basadas en hechos objetivos de los que el Estado demandado fuera responsable». Y todo ello, «en el presente contexto y *sin perjuicio de la aplicación de los arts. 2 y 3*⁷⁷. Todo un cúmulo de circunstancias que, en un pronunciamiento adoptado por unanimidad, la Gran Sala estima concurrentes y que le llevan a considerar que, al participar en el salto masivo y violento de la valla fronteriza y no hacer uso de los procedimientos oficiales de acceso, la ausencia de decisiones individuales de alejamiento fue el resultado de la propia conducta de los demandantes y no hubo, por tanto, violación del art. 4 PA4.

35. De cara a calibrar el alcance del pronunciamiento, parece imprescindible detenerse en qué es lo que entiende el Tribunal por acceso efectivo y genuino a posibilidades de entrada legal. De las cuatro vías de entrada a las que había venido aludiendo el Gobierno español, tres son las que se toman en consideración en la sentencia. Y su apreciación no hace sino alimentar los motivos para dudar que, en el caso de los demandantes, representaran vías reales y efectivas de entrada legal. Para empezar, la posibilidad de solicitar un visado en origen puede ser sin duda una posibilidad de acceso para los inmigrantes que socialmente no son considerados como tales —los altamente cualificados o con recursos—, pero no para el grueso de quienes desde el continente africano aspiran a llegar a Europa a través de un país como el nuestro. Y ello por la sencilla razón de que nuestra política de inmigración legal se caracteriza de manera creciente por su carácter selectivo y restrictivo, hasta el punto de que la crisis económica ha supuesto prácticamente, a juicio de los especialistas, «el cierre de las vías ordinarias de acceso al trabajo de los extranjeros» y su sustitución prácticamente total por la vía teóricamente extraordinaria del arraigo, como viene a demostrar el hecho de que desde 2012 la gestión colectiva de las contrataciones en origen está representada por el denominado contingente cero⁷⁸.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ FERNÁNDEZ COLLADOS, M. B., «Los inmigrantes ante el mercado laboral español en tiempos de crisis», *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, 2017, núm. 23, pp. 53-70.

36. Respecto a la posibilidad de solicitar asilo en las embajadas y consulados de España en el exterior, conviene recordar que el proceso legislativo de reforma de nuestro sistema de asilo en 2009, coincidió con una masiva petición de protección internacional por parte de ciudadanos iraquíes en las embajadas españolas en Damasco y El Cairo⁷⁹. Y eso llevó a que nuestro legislador, haciendo uso de la posibilidad ofrecida por un proceso armonizador europeo de los procedimientos de asilo que solo alcanza a las solicitudes presentadas en el territorio de los Estados de la UE, suprimiera el derecho a solicitar asilo en las embajadas y consulados de nuestro país. Ante las protestas de las organizaciones de la sociedad civil, se reconoció en su lugar con carácter plenamente discrecional, la posibilidad de que los embajadores de España promuevan el traslado a España del interesado «para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley»⁸⁰. El deseo de preservar esa discrecionalidad en el tratamiento de las peticiones acostumbra a mencionarse como uno de los motivos que explican el incumplimiento del mandato de desarrollo reglamentario contenido en la propia ley (art. 38.2), de modo que su regulación se limita a una simple circular que no hace sino corroborar que lo previsto no es un derecho a solicitar asilo en el exterior. Se trata, más bien, de la regulación de una competencia carente de todo carácter reglado reconocida con carácter exclusivo a los embajadores. Y que, «en cualquier caso, [...] no autoriza ni a los embajadores ni a los cónsules a dar curso a una solicitud de asilo o de protección y mucho menos (a fin de evitar obligaciones y gastos de asistencia para nuestro país) a comunicarla a España»⁸¹.

37. La tercera vía es la relativa a la posibilidad de solicitar protección en los puestos fronterizos, y más particularmente, en las Oficinas de protección internacional instaladas en los puestos de Beni-Enzar en Melilla y de El Tarajal en Ceuta. Las mismas fueron inauguradas por el titular de Interior en marzo de 2015 como medida complementaria y vinculada al ya comentado proceso de legalización de las devoluciones en caliente a través de la reforma de la Ley de protección de la seguridad ciudadana. Conviene insistir en que, aunque con ciertas adaptaciones y reduciendo en cierta medida los derechos y garantías reconocidos a los solicitantes, tanto la ley de asilo como la directiva de procedimientos reconocen su aplicación a las solicitudes presentadas

⁷⁹ EFE (OTAZU, J.), «Un rumor provoca que cientos de iraquíes residentes en Egipto pidan asilo en España», *El Mundo*, 8 de febrero de 2007.

⁸⁰ Art. 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, *BOE* núm. 263, de 31 de octubre de 2009. Al respecto, SÁNCHEZ LEGIDO, A., «Entre la obsesión por la seguridad y la lucha contra la inmigración irregular. A propósito de la nueva ley de asilo», *REEL*, vol. 18, 2009, pp. 21 y ss. Lo insatisfactorio de la situación, puesto de manifiesto en el estudio *El asilo en España..., cit.*, llevó a la Defensora del Pueblo a recomendar la modificación de la citada ley «a fin de introducir la posibilidad de presentar demandas de protección internacional en las representaciones en el exterior. Si ello no fuera posible, introducir con carácter urgente un visado humanitario que permita el acceso del potencial solicitante al territorio nacional para pedir asilo en territorio», DEFENSOR DEL PUEBLO. Recomendación de 10/07/2016, queja núm. 16008388.

⁸¹ Circular de 20 de noviembre de 2009. El texto, traducido a las lenguas oficiales del TEDH, en *ND y NT*, 2020, § 38.

en frontera⁸². Y cabe decir, por ello, que de las diferentes vías de entrada legal identificadas por las autoridades españolas, es la única que implica efectivamente el acceso a un procedimiento de examen de un auténtico derecho de entrada legal a España para quienes reúnan los requisitos para el reconocimiento del derecho de asilo (es decir, en el caso de nuestro país, del estatuto de refugiado) o de la protección subsidiaria.

38. A tenor de la extensión que a ella dedica en su pronunciamiento, todo parece apuntar a que es la valoración de esta última vía la más relevante para que el Tribunal concluya que no hay violación de la prohibición de expulsiones colectivas. Pese a que son numerosas y en algunos casos bastante autorizadas las fuentes que denuncian que el acceso a los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla es imposible para los inmigrantes subsaharianos como consecuencia de la acción represiva de los efectivos de la Fuerza Auxiliar Marruecos⁸³, la Gran Sala da credibilidad a las afirmaciones de las autoridades españolas que lo niegan. Sin olvidar, lo que es más grave, que según el propio Tribunal y como ya se señaló, los únicos motivos imperiosos que pueden justificar que no se recurra a las vías legales de acceso e impedir la aplicación de la doctrina de la conducta culpable, son los basados en hechos objetivos de los que el Estado miembro sea responsable.

4. CONSIDERACIONES FINALES

39. La sentencia de la Gran Sala en el asunto *N. D. y N. T. c. España* supone un clarísimo punto de inflexión en su respuesta ante una política migratoria europea volcada de manera creciente en el reforzamiento de los mecanismos orientados a impedir la llegada irregular de inmigrantes a suelo europeo. En juego estaba la admisibilidad de las devoluciones en caliente, o lo que es lo mismo, la última medida de interceptación para impedir la entrada cuando han fallado todas las demás. Representan, en este sentido, el último de los muros de una Europa que fía su respuesta al reto migratorio al desarrollo de medidas de externalización geográfica y funcional. Una me-

⁸² Véanse los arts. 21 de la Ley de asilo, y 43 de la Directiva 2013/32/UE.

⁸³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Estudio sobre el asilo...*, op. cit., p. 54; ACNUR, *Supplementary observations by the office of the UNHCR in the cases of N.D. and N.T. c. Spain before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights*, 2018, §§ 2.1.2 y 2.2.2 y ss.; UNITED NATIONS WORKING GROUP OF EXPERTS ON PEOPLE OF AFRICAN DESCENT, *Statement to the media on the conclusion of its official visit to Spain*, 19-26 de febrero de 2018, § 38; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Observaciones Finales del Comité sobre el tercer y cuarto informes combinados de Marruecos* (CRC/C/MAR/CO/3-4), 2014; COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRANTES, *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Marruecos* (CMW/C/MAR/CO/1), 2013; AMNESTY INTERNATIONAL, *Fear and Fences: Europe's Approach to Keeping Refugees at Bay*, 17 de noviembre de 2015, EUR 03/2544/2015, p. 40, y HUMAN RIGHTS WATCH, *Spain: Migrants Held in Poor Conditions*, 31 de julio de 2017. Los datos ofrecidos por el propio Gobierno en respuesta a una pregunta parlamentaria (respuesta del Gobierno a la pregunta escrita Senado 684/15856, 29/03/2017, Autor: Iñarritu García, Jon, GMX, Madrid, 7 de junio de 2017) ponen de manifiesto que desde 2014 hasta finales de mayo de 2017 no se presentó ni una sola solicitud de protección internacional en la frontera de Ceuta, mientras que de las 9.385 presentadas en la frontera de Melilla solo dos lo fueron por parte de nacionales de países subsaharianos.

dida además que, como demuestran los más recientes acontecimientos en la frontera greco-turca, resulta de cada vez más extendido uso como parte del *escudo de protección* de las fronteras exteriores de la Unión.

40. El pronunciamiento del Tribunal supone, con una profunda crisis migratoria de por medio que ha favorecido una no menos honda crisis del proyecto europeo en su conjunto, una seria corrección respecto del duro golpe que a tales políticas representó en 2012 el asunto *Hirsi Jamaa*. La doctrina de la conducta culpable supone en efecto sentar como regla general que las expulsiones sumarias constituyen una respuesta admisible frente a los intentos de entrada irregular en territorio europeo. No obstante, al rechazar los argumentos vinculados a su jurisdicción y al concepto de expulsión que habían avanzado los Gobiernos participantes en el procedimiento, el Tribunal se reserva la posibilidad de afinar en el futuro el aval otorgado a este tipo de prácticas.

41. En este sentido, en un contexto en el que son varios los asuntos pendientes en los que está en juego el problema del acceso al territorio europeo de migrantes y refugiados⁸⁴, resulta difícil concretar con precisión cuál será la repercusión de esta sentencia. Para empezar, aunque es dudoso si su alcance se extenderá a todos los intentos no consumados de entrada irregular o, por el contrario, se ceñirá a las devoluciones de quienes entraron por la frontera terrestre, en masa y de manera violenta, resulta difícil encontrar razones objetivas que justifiquen un tratamiento distinto de las devoluciones en caliente basado simplemente en el medio por el que se intente franquear las fronteras.

42. Por el contrario, la salvaguardia de los arts. 2 y 3 que se hace en la sentencia y la insistencia al final en que las alegaciones de los demandantes basadas en el primero de esos artículos habían sido inadmitidas apuntan claramente a que el pronunciamiento se limita a la prohibición de las expulsiones colectivas. Por tanto, parece poder concluirse que la doctrina de la conducta culpable resultaría inaplicable y, por tanto, las devoluciones en caliente serían inadmisibles en un supuesto más contrastado de riesgo generalizado de tortura o de privación de la vida en el lugar de destino como el que se planteaba en el asunto *Hirsi Jamaa*. Desde esta perspectiva, podría considerarse que *ND* y *NT* representa en cierto modo un aldabonazo a un sistema europeo común de asilo crecientemente sustentado en mecanismos de Estado seguro.

43. Por último, queda por ver el recorrido de la exigencia de vías de acceso como requisito para que la entrada irregular pueda considerarse una

⁸⁴ Dos de ellos plantean casos casi idénticos a los de *ND* y *NT*. *Doumbe Nnabuchi c. l'Espagne*, núm. 19420/15, y *Balde et Abel c. l'Espagne*, núm. 20351/17. El tercero se refiere al mismo caso que resolvió en 2017 el TJUE en *X y Xc. Bélgica* (asunto C-638/16), y en él está en juego la aplicación del Convenio y, en particular, de los arts. 3 y 4 PA4 a las denegaciones de visado por razones humanitarias en las embajadas y consulados de los Estados parte. *M. N. and Others c. Belgium*, núm. 3599/18. Y el cuarto, por último, plantea el problema de las llamadas interceptaciones marítimas sin contacto, es decir, las que son incentivadas por los Estados parte y se desarrollan con su apoyo y colaboración, pero que son ejecutadas por terceros. Sobre esto último, SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles..., op. cit.*, pp. 168 y ss.

conducta culpable. Tres elementos hacen dudar, sin embargo, de que en Estrasburgo exista una voluntad real de exigir a los Estados parte la creación de vías de acceso seguras. En primer lugar, el Tribunal acepta implícitamente como vías de acceso efectivas y genuinas procedimientos que, como los de solicitud de visado y asilo en nuestras embajadas en el exterior, apenas si abren puerta alguna. En segundo lugar, manifiesta también una amplísima confianza en la palabra de las autoridades estatales cuando, por ser muchos los datos que apuntan a que el procedimiento de asilo en las fronteras de Ceuta y Melilla no es accesible para los inmigrantes subsaharianos, abundan los motivos para dudar de su sinceridad. Por último, y lo que es más grave por lo que parece representar un ciego aval a las políticas de externalización de controles migratorios, el Tribunal afirma expresamente la irrelevancia de la ausencia de vías de acceso cuando la inaccesibilidad no responde a motivos de los que sean responsables los Estados europeos.

RESUMEN

LAS DEVOLUCIONES EN CALIENTE ESPAÑOLAS ANTE EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO: ¿APUNTALANDO LOS MUROS DE LA EUROPA FORTALEZA?

En *N. D. y N. T. c. España*, la Gran Sala del TEDH rechaza con rotundidad las dos grandes amenazas que los Gobiernos participantes habían planteado a sus facultades de control. Ni son admisibles los intentos de escindir artificialmente partes de su territorio para excluir o limitar la aplicación del Convenio, ni es aceptable tampoco excluir las actuaciones de no admisión o rechazo en frontera del alcance de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. Sin embargo, mediante el sorprendente recurso a la doctrina de la «conducta culpable», el Tribunal sienta como regla general la compatibilidad con el sistema del Convenio de las devoluciones en caliente de los inmigrantes interceptados cruzando irregularmente la frontera. La aplicación de esa doctrina se somete a condiciones muy laxamente apreciadas por el Tribunal, relativas a la existencia de vías de acceso efectivo y genuino y a que el interesado no las utilizara por razones imperiosas no atribuibles al Estado demandado. En la presente contribución se sostiene que, de esta forma, Estrasburgo no solo acepta una práctica tan cuestionable como las devoluciones sumarias, sino que también concede un amplio aval a las políticas de externalización de controles migratorios y a los mecanismos de Estado seguro.

Palabras clave: control de fronteras, devoluciones en caliente, Europa fortaleza, jurisdicción del TEDH, no admisión, asilo y refugio, no devolución, expulsión de extranjeros, vías seguras de acceso.

ABSTRACT

THE SPANISH PUSHBACK POLICY BEFORE THE STRASBOURG COURT: STRENGTHENING THE WALLS OF FORTRESS EUROPE?

In *N. D. and N. T. vs. Spain*, the Grand Chamber of the ECHR flatly rejects the two great threats that the participating governments had posed to their powers of control. Neither attempts to artificially excise parts of its territory in order to exclude or limit the application of the Convention are admissible, nor it is acceptable to exclude non-admission measures from the scope of the ban on collective expulsions of aliens. However, through the surpris-

ing recourse to the doctrine of «culpable conduct», the Court sets as a general rule the compatibility with the Convention system of summary returns of aliens intercepted when irregularly crossing the border. The application of this doctrine is subject to conditions very loosely appreciated by the Court in favour of States, requiring the existence of effective and genuine means of access and that these means had not been used by the interested person due to imperative reasons not attributable to the respondent State. In this article it is suggested that, acting in this way, Strasbourg not only accepts the very questionable practice of hot returns, but also grants broad support to the policies of outsourcing of migration controls and to the safe State mechanisms.

Keywords: border control, hot returns, fortress Europe, ECHR jurisdiction, non-admission, asylum and refuge, non-refoulement, expulsion of aliens, safe access means.



ESPAÑA Y LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE AGUAS DE LASTRE EN EL ÁREA DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR. A PROPÓSITO DEL ALGA INVASORA *RUGULOPTERIX OKAMURAE*

Jesús VERDÚ BAEZA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ESTRECHO DE GIBRALTAR: UN ESPACIO SINGULAR Y VULNERABLE ANTE LA ALTERACIÓN AMBIENTAL POR LAS ALGAS INVASORAS INTRODUCIDAS POR EL AGUA DE LASTRE.—3. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL, EUROPEO Y ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LAS ESPECIES INVASORAS.—4. EL CONVENIO INTERNACIONAL PARA EL CONTROL Y LA GESTIÓN DEL AGUA DE LASTRE Y LOS SEDIMENTOS DE LOS BUQUES (CONVENIO BWM).—5. EL CONVENIO BWM Y EL ÁREA DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Desde que se documentara inicialmente en 2015, la zona del estrecho de Gibraltar está siendo devastada por la presencia de un alga invasora procedente de Asia, denominada *Rugulopterix okamurae*, con una capacidad de adaptación y crecimiento explosivo que ha sorprendido a la comunidad científica. Este alga no solo afecta a los equilibrios ecológicos, sino también a actividades económicas fundamentales en el territorio como la pesca y el turismo, afectando potencialmente, incluso, a la salud pública.

2. El caso citado del alga asiática en el estrecho no es, desafortunadamente, un caso aislado. Por el contrario, los efectos perniciosos de la introducción de especies invasoras en otros ecosistemas, tanto marinos como terrestres, es un problema ambiental de enorme transcendencia en todo el planeta que se suma a la compleja lista de amenazas al, ya frágil, equilibrio medioambiental de nuestro planeta. En este artículo, trataremos de ofrecer una visión general de las respuestas jurídicas de la comunidad internacional a este desafío.

* Profesor Titular de Derecho internacional público y Relaciones internacionales, Universidad de Cádiz (jesus.verdu@uca.es).

3. Previo al análisis de los instrumentos jurídicos, en este trabajo partiremos del extraordinario valor medioambiental del estrecho de Gibraltar y de su entorno motivado por sus condicionantes geofísicos y como punto de encuentro de dos mares y dos continentes. Al mismo tiempo, situaremos al estrecho como ruta estratégica en la navegación internacional que atraviesan más de cien mil buques al año.

4. Todos los indicios científicos sugieren que el alga invasora fue introducida accidentalmente a través de las descargas de agua de lastre, técnica de navegación esencial para la estabilidad y navegabilidad de las grandes embarcaciones. Por ello, nos detendremos señalando como a través del agua de lastre se ha producido un fenómeno de dispersión de especies exógenas por prácticamente todos los entornos marinos de nuestro planeta, generando consecuencias ecológicas severas en determinados ecosistemas, como es el caso particular del estrecho de Gibraltar.

5. Ante este problema ambiental de especial transcendencia se ha articulado un conjunto de reglas y normas tanto a nivel internacional, como europeo, que pretenden reducir o controlar este vector de dispersión de especies invasoras. La aplicación de este acervo normativo algo disperso y fragmentado no está exenta de dificultades. El instrumento internacional clave en el medio marino es el Convenio para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques (BWM). Trataremos, en consecuencia, de describir los objetivos, principios y técnicas de este tratado para luchar contra la dispersión de especies invasoras, procurando identificar los principales problemas de aplicación.

6. Para concluir, nos centraremos en los problemas de aplicación del Convenio que son especialmente visibles en un área especialmente compleja, como es el estrecho de Gibraltar. Esta zona se caracteriza por una alta conflictividad jurídica y política entre los Estados presentes en la región, con controversias territoriales tanto en la orilla norte, como en la orilla sur, no existiendo, en consecuencia, delimitaciones consensuadas de los espacios marinos. Adicionalmente, como paso estratégico para la navegación internacional, el estrecho presenta un régimen jurídico particular previsto en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que limita las facultades de los Estados ribereños. Por todo ello, es enormemente complicado que existan marcos para abordar la cooperación en asuntos como el medioambiental. No obstante, concluimos nuestro trabajo con algunas propuestas que, aun reconociendo la intensidad del problema y las dificultades jurídicas y políticas presentes, podrían proporcionar una respuesta ante la magnitud de la crisis ecológica causada por la introducción de especies invasoras.

2. EL ESTRECHO DE GIBRALTAR: UN ESPACIO SINGULAR Y VULNERABLE ANTE LA ALTERACIÓN AMBIENTAL POR LAS ALGAS INVASORAS INTRODUCIDAS POR EL AGUA DE LASTRE

7. El área del estrecho de Gibraltar es una zona especialmente valiosa en términos ecológicos¹, presentando unas características singulares que determinan una muy rica y variada biodiversidad consecuencia de unos fenómenos geofísicos condicionados por el encuentro entre dos continentes y el intercambio de masas de agua del océano Atlántico y del mar Mediterráneo con diferente temperatura y salinidad, al ser este su único punto natural de encuentro². Sobre una longitud de unos 60 km y una anchura media de 20 km, el estrecho presenta una compleja batimetría que condiciona un entorno especialmente privilegiado para la vida marina. Adicionalmente, tanto el medio marino, como el aéreo y terrestre, constituyen no solo una vía preferente en las rutas de migración de un elevado número de especies, sino un espacio estratégico de planificación, programación y descanso en las migraciones³. El estrecho de Gibraltar puede aparecer, en definitiva, algunas veces como barrera biogeográfica, y otras, como puente, creando unas condiciones y dinámicas específicas en la presencia de unos fenómenos naturales y biodiversidad muy significativa⁴.

8. No obstante, su protección mediante algunas de las posibilidades previstas en los diferentes instrumentos internacionales universales o regionales encuentra enormes dificultades derivadas de la compleja yuxtaposición de controversias políticas y jurídicas existentes entre los Estados presentes en

¹ Entre muchísima bibliografía técnica, RODRÍGUEZ-SÁNCHEZ, F. et al., «The Strait of Gibraltar as a melting pot for plant biodiversity», *Quaternary Science Reviews*, vol. 27, Issues 23-24, noviembre de 2008, pp. 2100-2117; RUIZ GIRALDEZ, F. et al., «Especies protegidas intermareales en el Parque Natural del Estrecho», *Zoologica baetica*, 2011, núm. 22, pp. 19-32, y REAL, R. et al., «Fauna vicariante a un lado y otro del Estrecho de Gibraltar», *Quercus*, 2016, núm. 361, pp. 38-44.

² SOTO-NAVARRO, J. et al., «Estimation of the Atlantic inflow through the Strait of Gibraltar from climatological and in situ data», *Journal of Geophysical Research: Oceans*, vol. 115, 2010, núm. C10.

³ La literatura científica sobre ello es muy abundante y variada en función del ámbito de estudio. Entre muchas otras obras, podemos citar: FINLAYSON, Cl., *Birds of the Strait of Gibraltar*, Bloomsbury Publishing, 2010; MEDINA, A. et al., «Stereological assessment of the reproductive status of female Atlantic northern bluefin tuna during migration to Mediterranean spawning grounds through the Strait of Gibraltar», *Journal of Fish Biology*, vol. 60, 2002, núm. 1, pp. 203-217; EVANS, P. R. y LATHBURY, G. W., «Raptor migration across the Straits of Gibraltar», *Ibis*, vol. 115, 1973, núm. 4, pp. 572-585; HILGERLOH, G., «Autumn migration of trans-Saharan migrating passerines in the Straits of Gibraltar», *The Auk*, vol. 106, 1989, núm. 2, pp. 233-239, y LAVERGNE, S., HAMPE, A. y ARROYO, J., «In and out of Africa: how did the Strait of Gibraltar affect plant species migration and local diversification?», *Journal of Biogeography*, vol. 40, 2013, núm. 1, pp. 24-36.

⁴ PLEGUEZUELOS, J. M., FAHD, S. y CARRANZA, S., «El papel del Estrecho de Gibraltar en la conformación de la actual fauna de anfibios y reptiles en el Mediterráneo Occidental», *Boletín de la Asociación Herpetológica Española*, 2008, núm. 19, pp. 2-17; GARCÍA-MUDARRA, J. L., IBÁÑEZ, C. y JUSTE, J., «The Straits of Gibraltar: barrier or bridge to Ibero-Moroccan bat diversity?», *Biological Journal of the Linnean Society*, vol. 96, 2009, núm. 2, pp. 434-450, y JARAMILLO-CORREA, J. P. et al., «The Strait of Gibraltar as a major biogeographic barrier in Mediterranean conifers: a comparative phylogeographic survey», *Molecular Ecology*, vol. 19, 2010, núm. 24, pp. 5452-5468.

el área, España, Marruecos y Reino Unido, a través de Gibraltar, que impide, además, la existencia de acuerdos de delimitación entre los diversos espacios marítimos enfrentados o limítrofes en el estrecho⁵. En consecuencia, a pesar de la presencia de tres Estados en un entorno relativamente reducido y ser un paso estratégico de capital importancia para la navegación internacional, no hay esquemas internacionales de protección ambiental, no existiendo ninguna área marina protegida dentro de las diferentes posibilidades existentes en el Derecho internacional o el Derecho europeo. La protección, en definitiva, queda bajo la exclusiva competencia doméstica de los Estados. Las áreas marinas protegidas existentes en el área del estrecho lo son en virtud, o bien de legislación nacional, o bajo el paraguas de protección del Derecho de la Unión Europea en la red Natura 2000, a propuesta de los Estados miembros.

9. En la orilla sur, en Marruecos, no hay ningún área marina protegida en la zona del estrecho, aplicándose en consecuencia, la normativa general de protección medioambiental, fundamentalmente, la Ley Marco que incorpora la Carta Nacional de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible de 20 de marzo de 2014, que ha sido calificada como obsoleta, incompleta e inadaptada a la evolución socio-económica y tecnológica⁶.

10. Todavía en la orilla sur, pero bajo soberanía española, debemos citar en Ceuta el Lugar de Interés Comunitario, *Zona Marítimo Terrestre del Monte Hacho* (LIC ES6310002), que abarca el espacio natural marino en torno al límite oriental de la ciudad española en el norte de África. Parece especialmente significativa la aplicación de normativa europea, aprobada por la Comisión, en un área protegida, existiendo una controversia territorial con Marruecos.

11. En la ribera norte, en Gibraltar, la práctica totalidad de sus aguas marinas está protegida por la normativa interna, gran parte de ella como transposición del Derecho de la Unión Europea, existiendo además un área marina protegida que ha estado incluida en la Red Natura 2000 de acuerdo con la Directiva Hábitat, el Lugar de Interés Comunitario (LIC UKGIB0002) *Southern Waters of Gibraltar* hasta la salida de Reino Unido, y en consecuencia de Gibraltar de la Unión Europea el pasado 1 de febrero de 2020.

12. En España, el *Parque Natural del Estrecho* protege el espacio marítimo-terrestre desde la ensenada de Getares (Algeciras) al cabo de Gracia (Tarifa) y se adentra en una franja marina de una milla, que está también catalogado como Zona de Especial Protección para las Aves (ZEPA). También, en el entorno de la Bahía de Algeciras/Gibraltar, debemos citar las *Marismas del Río Palmones* con una extensión de 113 hectáreas correspondientes a las marismas, el cordón dunar primario y las llanuras de inundación. Este peculiar ecosistema es lugar de descanso y anidamiento de gran cantidad de aves,

⁵ VERDÚ BAEZA, J., «Espacios marinos protegidos en el área del Estrecho de Gibraltar: incidencia del Brexit», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. X, 2019, núm. 2, pp. 1-35.

⁶ M'RABET TEMSAMANI, R., *El Estrecho de Gibraltar: la protección internacional y nacional de su medio ambiente marino*, Madrid, Dykinson, 2018, p. 218.

es por ello que además la zona fue declarada ZEPA y Zona de Especial Conservación (ZEC). Frente a la desembocadura del río Palmones se encuentra el LIC denominado *Fondos marinos marismas del río Palmones*, de 88 hectáreas de extensión que complementa al paraje natural, protegiéndose el lugar de cría de varias especies de peces y la única colonia de *posidonea oceanica* de la bahía y, fuera ya de la bahía, al oeste, el *Estuario del Río Guadiaro*, también ZEPA, incluidos todos ellos en la red Natura 2000. Finalmente, debemos citar el LIC Estrecho Oriental (ES6120032), con unas 24.000 hectáreas de superficie marítima en torno a Gibraltar, con un significado e interpretación fundamentalmente política. En consecuencia, el propósito político de esta figura desvirtúa, en nuestra opinión, su pretendida finalidad medioambiental⁷.

13. Pues bien, a pesar de la enorme riqueza y valor medioambiental de este espacio, numerosas amenazas lo convierten en una zona altamente vulnerable. Estos riesgos derivan fundamentalmente del hecho de constituir una vía privilegiada en la navegación marítima donde circulan más de cien mil buques al año⁸. Además, en ambas orillas del estrecho se ubican un importante número de núcleos urbanos, instalaciones industriales y portuarias que generan un importante movimiento de buques y embarcaciones de todo tipo, con conexiones entre ellas y, a su vez, con importantes enlaces exteriores.

14. En definitiva, en estas aguas del estrecho de Gibraltar, muy valiosas en términos ecológicos, se proyectan todos los riesgos inherentes a la navegación concentrados en un espacio geográficamente reducido donde transitan y fondean un altísimo número de buques de todo tipo.

15. Desde hace decenios, se ha identificado por parte de la comunidad científica que los vertidos de agua de lastre generan un importante problema ambiental al ser un vector de propagación de especies invasoras en entornos donde potencialmente pueden transformarse en una crisis ambiental seria, mediante la propagación de plagas que pueden dañar y alterar severamente los ecosistemas autóctonos⁹.

16. No obstante, la utilización del lastre es una técnica necesaria e imprescindible en la actualidad, para garantizar la estabilidad y navegabilidad del buque, garantizando su integridad estructural y, en consecuencia, proporcionando eficiencia y seguridad en el transporte marítimo y facilitando la maniobrabilidad¹⁰. Se trata básicamente, siguiendo el principio de Arquímedes

⁷ VERDÚ BAEZA, J., «Espacios marinos protegidos en el área del Estrecho de Gibraltar: incidencia del Brexit», *loc. cit.*

⁸ Datos obtenidos de la web de Salvamento Marítimo, <http://www.salvamentomaritimo.es/mejora-tu-seguridad/control-y-servicios-en-la-mar/dispositivos-de-separacion-de-trafico> (todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 23 de marzo de 2020).

⁹ La primera constatación científica de una invasión de especies alóctonas introducidas por buques y con impacto ambiental severo se realizó en 1903 en el mar del Norte en relación con el alga *Odontella (Biddulphia sinensis)*, procedente de Asia. Véase <http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/BallastWaterManagement/Pages/Default.aspx>.

¹⁰ DAVID, M., «Vessels and ballast water», *Global maritime transport and ballast water management*, Dordrecht, Springer, 2015, pp. 13-34, y BARRY, S. C. et al., «Ballast water risk assessment: principles, processes, and methods», *ICES Journal of Marine Science*, vol. 65, 2008, núm. 2, pp. 121-131.

en la mecánica de fluidos, de utilizar la captación de agua del mar en tanques o compartimentos del buque para alcanzar el equilibrio y flotabilidad que necesite la tripulación a cargo del buque, para navegar siempre con las hélices sumergidas, para después liberar de nuevo al mar el agua, normalmente en puerto de destino, a miles de kilómetros de distancia algunas veces, cuando sea necesario modificar otra vez el equilibrio de la embarcación. También la operación de deslastre se realiza en dique seco en operaciones de mantenimiento, así como en inspecciones y reconocimientos obligatorios. Junto al agua del mar se introducen a bordo multitud de especies y microorganismos que pueden resistir la travesía y ser expulsados en entornos marinos u oceánicos muy diferentes a su origen. Estos seres pueden morir y desaparecer, adaptarse al nuevo entorno y convivir de forma equilibrada con los ecosistemas de destino, o bien, transformarse en una plaga que altere gravemente los ecosistemas y ponga en riesgo la supervivencia de otras especies.

17. Como quiera que el transporte marítimo internacional se ha multiplicado como vía preferente para mover mercancías entre todos los continentes en un entorno de comercio global, los riesgos y amenazas se han multiplicado exponencialmente.

18. En un informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), se resalta que el comercio marítimo estaba prosperando en los últimos años, favorecido por la relativa reactivación de la economía mundial, previa a la pandemia causada por el coronavirus (SARS-CoV-2) causante de la enfermedad COVID-19. Con una tasa de crecimiento del 4 por 100 en 2018, la más alta en cinco años, el comercio marítimo mundial había cobrado impulso y mejorado la confianza del sector del transporte marítimo. El volumen total en 2018 fue de 10.700 millones de toneladas, gracias a una adición de 411 millones de toneladas, cuya mitad aproximadamente correspondió a las mercancías transportadas a granel. El comercio contenedorizado mundial aumentó un 6,4 por 100 tras los mínimos históricos registrados los dos años anteriores¹¹.

19. Ante el incremento de tráficos marítimos que se inicia en la segunda mitad del siglo XX y, por tanto, la multiplicación de riesgos derivados de los vertidos de agua de lastre, en el marco de la Organización Marítima Internacional (OMI en adelante) se ha venido buscando como afrontar este serio problema. La devastación de un ecosistema por la implantación de especies invasoras no solo es una catástrofe ecológica, sino que tiene potencialmente efectos muy negativos en diversos sectores económicos (pesca y turismo, por ejemplo), pudiendo, incluso, afectar gravemente a la salud de la población¹². Dos países que habían sufrido problemas de cierta entidad con la introducción de especies invasoras, Canadá y Australia, incorporaron en los años

¹¹ UNCTAD, *Informe sobre el transporte marítimo 2018* (UNCTAD/RMT/2018), United Nations Publications, Nueva York, 2018.

¹² Algunas epidemias de cólera en América del Sur y el golfo de México se han asociado al agua de lastre. Véase McCARTHY, S. A. y KHAMBATY, F. M., «International dissemination of epidemic Vibrio cholerae by cargo ship ballast and other nonpotable waters», *Applied Environmental Microbiology*, vol. 60, 1994, núm. 7, pp. 2597-2601.

ochenta del siglo pasado a la agenda del Comité de Protección del Medio Marino (MEPC, en adelante) de la OMI, la necesidad de establecer pautas y reglas para tratar esta situación. Se inicia así un largo proceso que culmina con la convocatoria en 2004 de una conferencia internacional que inicia los trabajos que conducen a la adopción del Convenio internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques (Convenio BWM, en adelante). Este Convenio, que entró en vigor el 8 de septiembre de 2017¹³, será, en consecuencia, el instrumento jurídico central de la comunidad internacional para luchar contra un problema que va adquiriendo una magnitud altamente preocupante por la multiplicación de escenarios de invasiones de especies alóctonas que generan. Lo cierto es que este Convenio va a presentar, de forma general, diversos problemas para alcanzar sus objetivos¹⁴, y que veremos algo más adelante en este trabajo, sin embargo, estas dificultades adquirirán una especial intensidad en el área del estrecho de Gibraltar por diversas circunstancias derivadas de su singularidad, tanto ecológica, como jurídico-política.

20. Como hemos querido destacar al inicio de este trabajo, el estrecho de Gibraltar es un entorno singular, parcialmente protegido, muy rico en términos de biodiversidad y significación ecológica, pero al mismo tiempo, con equilibrios naturales complejos y altamente vulnerables. Por tanto, las amenazas y riesgos pueden tener unas consecuencias especialmente graves.

21. En general, todo el Mediterráneo es un mar que sufre con especial intensidad la presencia de especies invasoras¹⁵. Más de mil especies exóticas se han identificado y todavía no se conoce en profundidad el alcance real de las afectaciones ambientales y económicas o sociales.

22. El estrecho de Gibraltar como conexión natural con el océano Atlántico presenta, además de los comunes con el Mediterráneo, problemas específicos. En relación con algas invasoras, ya en tiempos tan lejanos como 1965 se detectó la presencia de *Asparagopsis armata*, en 2005 de *Asparagopsis taxiformis*, y en 2014 se detectó en fondos someros junto a la pared oriental de la isla de Tarifa, la *Caulerpa cylindracea* y aunque en 2015 se realizaron trabajos de erradicación, se han vuelto a localizar en fondos entre 10 y 15 m de profundidad.

23. En 2015 se detectó en la orilla sur del estrecho de Gibraltar un alga invasora procedente de Asia, inicialmente confundida con la *Dyctiota pinnatifida* y probablemente introducida en el agua de lastre de un buque, denominada *Rugulopteryx okamura*, que desde entonces ha mostrado un crecimiento y dispersión que ha sorprendido a la comunidad científica, al tener una capacidad competitiva desbordante desplazando casi totalmente

¹³ Publicado en el *BOE* núm. 282, de 22 de noviembre de 2016.

¹⁴ FRANCO PÉREZ, Á. y FRANCO GARCÍA, M. Á., «Desajuste entre voluntad y realidad: el convenio internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques», *Actualidad Jurídica Ambiental*, sección «Artículos doctrinales», 2018, núm. 83, pp. 1-57.

¹⁵ ESPINOSA, E., «Especies invasoras en el Mediterráneo», *El Ecologista*, 2009, núm. 62, pp. 42-43.

la biota local¹⁶. Este alga se ha expandido de forma muy agresiva sobre fondos rocosos iluminados del submareal en zonas del estrecho de Gibraltar, produciendo graves impactos sobre las comunidades bentónicas preestablecidas. Además, la acumulación y descomposición de biomasa en las zonas intermareales y aguas poco profundas podría estar causando impactos indirectos sobre los ecosistemas costeros¹⁷.

24. En 2020, gran parte de los fondos del estrecho de Gibraltar, por sus dos frentes litorales, están colonizados por la especie invasora con un impacto severo sobre las especies autóctonas¹⁸.

Figura 1. Puntos prospectados en el estrecho de Gibraltar y presencia-ausencia de *Rugulopteryx okamurae* en el rango batimétrico de 0 a 15 m



Fuente: GARCÍA-GÓMEZ, J. C. et al., «*Rugulopteryx okamurae* (E. Y. Dawson) I. K. Hwang, W. J. Lee y H. S. Kim (*Dictyotales, ochrophyta*), alga exótica “explosiva” en el estrecho de Gibraltar. Observaciones preliminares de su distribución e impacto», *Almoraima. Revista de Estudios Campogibraltareños*.

¹⁶ SERRANO, M., «Un alga asiática invade el estrecho de Gibraltar y pone en grave peligro su ecosistema», *Reach/Alcance*, agosto de 2019, núm. 16, p. 8.

¹⁷ Sobre este alga, véase el trabajo del profesor García-Gómez, posiblemente el mejor especialista de la materia, GARCÍA-GÓMEZ, J. C. et al., «*Rugulopteryx okamurae* (E. Y. Dawson) I. K. hwang, W. J. Lee & H. S. Kim (*Dictyotales, Ochrophyta*), alga exótica “explosiva” en el estrecho de Gibraltar. Observaciones preliminares de su distribución e impacto», *Almoraima. Revista de Estudios Campogibraltareños*, 49, diciembre de 2018, Instituto de Estudios Campogibraltareños, pp. 97-113, e id., «From exotic to invasive in record time: The extreme impact of *Rugulopteryx okamurae* (*Dictyotales, Ochrophyta*) in the strait of Gibraltar», *Science of the Total Environment*, vol. 704, 2020, p. 135408. También, NAVARRO-BARRANCO, C. et al., «Can invasive habitat-forming species play the same role as native ones? The case of the exotic marine macroalgae *Rugulopteryx okamurae* in the Strait of Gibraltar», *Biological Invasions*, vol. 21, 2019, núm. 11, pp. 3319-3334, y EL AAMRI, F., IDHALLA, M. y TAMSOURI, M. N., «Occurrence of the invasive brown seaweed *Rugulopteryx okamurae* in Morocco (Mediterranean Sea)», *Mediterranean Fisheries and Aquaculture Research*, vol. 1, 2018, núm. 2, pp. 92-96.

¹⁸ JESCHKE, M. A. et al., «Prolifera en el Estrecho un alga nunca citada en nuestro litoral: de origen asiático, *Rugulopteryx okamurae*, ocupa ya una gran extensión», *Quercus*, 2017, núm. 374, pp. 32-33.

25. Se ha puesto de manifiesto por algunos científicos que la sorprendente explosividad del alga asiática invasora en el estrecho es un bioindicador de una degradación medioambiental en la zona. En este sentido, se indica que esta alga invasora ha sido localizada también en otros entornos (parte del Mediterráneo francés), donde no ha mostrado la potente capacidad de expansión y adaptación a todo tipo de entorno como en aguas del estrecho de Gibraltar¹⁹.

26. Pero además de los impactos ecológicos, la presencia del alga *Rugulopteryx okamura* está teniendo unas consecuencias devastadoras sobre la actividad pesquera y turística en la zona. La acumulación de miles de toneladas de algas de arribazón en las playas de una zona altamente dependiente de la industria turística, fundamental en términos de empleo en zonas como Tarifa, ha causado graves problemas, distorsiones y preocupación en un sector de por sí frágil al verse afectado por la propagación de la noticia con tintes alarmistas en medios de comunicación, tanto locales como nacionales²⁰.

27. La pesca es también una actividad especialmente afectada por la expansión descontrolada del alga. Los pescadores de la zona, en ambas orillas del estrecho, han visto en los últimos años disminuir sensiblemente las capturas, sufriendo además serios problemas de enganches de arribazones del alga tanto en las redes como en otros elementos de las embarcaciones, de tal forma que pueden, incluso, impedir totalmente la pesca e inutilizar las barcas²¹.

28. En definitiva, la introducción del alga *Rugulopteryx okamura* en el estrecho de Gibraltar puede considerarse una verdadera catástrofe, tanto por la potencial pérdida de biodiversidad de los ecosistemas naturales, como por

¹⁹ Félix López Figueroa, Investigador en fotobiología del Instituto de Biotecnología y Desarrollo Azul de Universidad de Málaga, y el Catedrático de Biología Marina de la Universidad de Sevilla, José Carlos García Gómez, expusieron en las «Jornadas sobre Políticas Marítimas y Pesqueras en el marco europeo» celebradas en Conil, en febrero de 2020, que el vector de nutrición del alga invasora asiática *Rugulopteryx okamurae* es el fósforo, según resultados preliminares de una investigación conjunta con el Instituto de Estudios Oceanográficos (IOE). Véase «Un estudio hacer temer que la contaminación por fósforo sea el motivo de la expansión del alga invasora», *El Estrecho*, 5 de febrero de 2020, <http://estrecho.8directo.com/un-estudio-hace-temer-que-la-contaminacion-por-fosforo-sea-el-motivo-de-la-expansion-del-alga-invasora/>.

²⁰ Por supuesto, sin ánimo de exhaustividad, al ser numerosísimas las referencias en los medios, podemos citar a modo de ejemplo: «El alga que destroza la pesca y el turismo de Tarifa», *El Estrecho Digital*, 12 de agosto de 2019, <https://www.elestrechodigital.com/2019/08/12/el-alga-que-invade-y-destroza-la-pesca-y-el-turismo-de-tarifa/>; «Un alga salvaje esquilma el Estrecho», *La Vanguardia*, 14 de octubre de 2019, <https://www.lavanguardia.com/vida/20191014/47952614194/alfa-estrecho-gibraltar-tarifa-ceuta-especie-invasora-crisis-climatica-cambio-climatico.html>, y «La prolífica alga invasora que se ha convertido en una pesadilla en el Estrecho de Gibraltar», *ABC*, 24 de junio de 2019, https://www.abc.es/sociedad/abci/prolifica-alga-invasora-convertido-pesadilla-estrecho-gibraltar-201906240136_noticia.html.

²¹ También, entre muchísimas referencias al problema en los medios de comunicación, como pequeña muestra de ejemplo: «El alga invasora asiática arruina los caladeros de Cádiz», *La Opinión de Málaga*, 6 de septiembre de 2019, <https://www.laopiniondemalaga.es/andalucia/2019/09/06/alfa-invasora-asiatica-arruina-caladeros/1112348.html>; «El alga invasora asiática ahoga los caladeros de pesca de Estepona, Marbella y Fuengirola», *Sur*, 2 de septiembre de 2019, <https://www.diariosur.es/malaga/alfa-invasora-asiatica-20190901210323-nt.html?ref=https%3Fwww.google.com%2F>, y «Un alga asiática amenaza la biodiversidad andaluza», *El País*, 23 de agosto de 2019, https://elpais.com/sociedad/2019/08/23/actualidad/1566545219_791197.html.



los efectos negativos para sectores económicos claves de la zona, como el turismo y la pesca, sin despreciar tampoco los posibles efectos adversos para la salud de las personas. Como quiera que la lucha contra estas especies invasoras solo parcialmente puede tener éxito en estadios muy iniciales de su introducción, y como cuando se han localizado, normalmente, ocupan ya grandes extensiones del fondo marino, es realmente inviable cualquier gestión para el control de su expansión. Por tanto, todos los esfuerzos deben centrarse prioritariamente en la prevención, en la detección de vía de entrada y su control.

29. Por supuesto, no existe una evidencia científicamente constatada que demuestre que la presencia del alga *Rugulopteryx okamura* en las costas del estrecho de Gibraltar sea causada con absoluta seguridad por el agua de lastre arrojada desde algún buque. No obstante, parece prácticamente unánime en la doctrina científica sospechar, con un alto grado de fundamentación, que esta sea la causa más plausible de su introducción en el medio.

3. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL, EUROPEO Y ESPAÑOL EN RELACIÓN CON LAS ESPECIES INVASORAS

30. En consecuencia, antes los graves problemas que hemos planteado, entendemos que es oportuno revisar la eficacia de los mecanismos jurídicos nacionales e internacionales, por un lado, en relación con las especies invasoras y, por otro, en relación con la gestión y el control de agua de lastre. En este trabajo, nos centraremos fundamentalmente en el instrumento internacional relativo al agua de lastre y en los problemas de aplicación como norma de referencia para evitar la propagación de especies invasoras a través del agua de lastre, uno de los principales vectores de trasmisión.

31. No obstante, nos detendremos brevemente en el marco jurídico internacional, europeo y español en torno a las especies invasoras.

32. Como hemos señalado anteriormente, en el presente trabajo nos centraremos especialmente en el principal instrumento internacional tendente a regular la gestión de agua de lastre, como principal vector de introducción de especies invasoras en el medio marino, el Convenio BMW. No obstante, desde el Derecho internacional se ha pretendido abordar la amenaza de las especies invasoras como un problema global, sin haber conseguido implementar un mecanismo coherente y mínimamente eficaz. En este sentido, podemos citar el Convenio CITES que impone controles recíprocos sobre determinadas especies entre los Estados exportadores e importadores²². Sin embargo,

²² El Convenio sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, Convenio CITES (*Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*), busca preservar la conservación de las especies amenazadas de fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio. Firmado en Washington el 3 de marzo de 1973 y en vigor desde 1975. En la actualidad se han adherido 183 Partes, es decir, casi todos los países del mundo forman parte de la Convención. La adhesión de España al Convenio CITES se efectuó el 16 de mayo de 1986 (*BOE* núm. 181, de 30 de julio de 1986). El Convenio CITES establece una red mundial de controles del comercio in-

solo se aplica a las introducciones de especies exóticas si una especie protegida en el Estado exportador fuese considerada potencialmente invasora en el Estado importador. No existe ningún criterio para fomentar una toma de decisiones coherente, aparte de vagas referencias a «amenaza», «daño grave» o nociones similares. El Convenio sobre la Diversidad Biológica ofrece la disposición más general, al exigir en su art. 8.h) que las Partes «en la medida de lo posible y cuando sea apropiado, prevengan la introducción, controlen o erradiquen las especies exóticas que amenazan los ecosistemas, los hábitats o las especies»²³, a pesar de no incluir normas o requisitos concretos sobre cómo conseguir estos objetivos, si bien, se han preparado en su desarrollo un conjunto de actuaciones no vinculantes. En su cuarta reunión, la Conferencia de las Partes, reconociendo los problemas que pueden causar las especies exóticas a las comunidades aborígenes y locales y los efectos negativos sobre las economías locales y nacionales, señaló que la cuestión de las especies exóticas era una cuestión transversal que debía tomarse en cuenta en cada programa de trabajo temático en el marco del Convenio²⁴. La décima Conferencia de las Partes del Convenio sobre la Diversidad Biológica, celebrada en Nagoya en 2010, concluyó con la aprobación del Plan estratégico mundial para la biodiversidad 2011-2020 con las metas de Aichi y el Protocolo de Nagoya sobre acceso a los recursos genéticos y participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de su utilización. En la meta núm. 9 del objetivo estratégico A se recoge²⁵: «Para 2020, se habrán identificado y priorizado las especies exóticas invasoras y vías de introducción, se habrán controlado o erradicado las especies prioritarias, y se habrán establecido medidas para gestionar las vías de introducción a fin de evitar su introducción y establecimiento». La magnitud de las crisis causadas por la introducción de especies invasoras en todo el planeta nos muestra que la meta está muy lejos de alcanzarse²⁶. En definitiva, no existe un marco universal con herramientas

ternacional de especies silvestres amenazadas y de sus productos, exigiendo la utilización de permisos oficiales para autorizar su comercio. Por tanto, la protección se extiende a los animales y plantas, vivos o muertos, sus partes, derivados o productos que los contengan; es decir, también se protegen las pieles, marfiles, caparazones, instrumentos musicales, semillas, extractos para perfumería, etc., elaborados a partir de especímenes de especies incluidas en el Convenio.

²³ El Convenio de Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica (CDB) fue negociado bajo el auspicio del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente y quedó abierto a la firma en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, denominada «Cumbre de la Tierra», celebrada en Río de Janeiro en junio de 1992. Entró en vigor el 29 de diciembre de 1993 y constituye un tratado internacional casi universal, ya que cuenta con más de 196 Partes Contratantes. La Unión Europea, España y el resto de Estados miembros son Partes del Convenio. España firmó el Convenio el 13 de junio de 1992 y lo ratificó el 21 de diciembre de 1993 (*BOE* núm. 27, de 1 de febrero de 1994).

²⁴ Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, Documento UNEP/CBD/SBSTTA/6/7, de 20 de diciembre de 2000.

²⁵ Objetivo estratégico B: «Reducir las presiones directas sobre la diversidad biológica y promover la utilización sostenible».

²⁶ PAINI, D. R. et al., «Global threat to agriculture from invasive species», *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 113, 2016, núm. 27, pp. 7575-7579; RUSSELL, J. C. y BLACKBURN, T. M., «The rise of invasive species denialism», *Trends in Ecology & Evolution*, vol. 32, 2017, núm. 1, pp. 3-6; GALLARDO, B. et al., «Global ecological impacts of invasive species in aquatic ecosystems», *Global change biology*, vol. 22, 2016, núm. 1, pp. 151-163, y CROWLEY, S. L., HINCHLIFFE, S. y McDONALD, R. A., «Con-

jurídicas claras y vinculantes suficientemente efectivo para hacer frente al desafío medioambiental que supone la proliferación de especies invasoras.

33. Algunos instrumentos regionales relevantes son el Acuerdo sobre la Conservación de las Aves Acuáticas Migratorias de África y Eurasia (AEWA) de 1995, aprobado en el marco de la Convención sobre las Especies Migratorias²⁷, que contiene requisitos detallados sobre medidas de conservación, comprendido el tratamiento de las especies exóticas, en su plan de acción jurídicamente vinculante. En el contexto de la Convención sobre la Conservación de la Flora y Fauna Silvestres Europeas y los Hábitats Naturales (Convención de Berna)²⁸, se han adoptado decisiones sobre definiciones, implementación y respuestas coordinadas. Finalmente, en el Tratado Antártico se han adoptado medidas jurídicamente vinculantes²⁹, en este sentido, destacamos el Protocolo de Madrid sobre Protección Ambiental que contiene un interesante conjunto de reglas estrictas³⁰.

34. En lo que respecta al Derecho europeo, en noviembre de 2014, la Unión Europea publicó un nuevo Reglamento (núm. 1143/2014) sobre especies exóticas invasoras³¹, en desarrollo de lo dispuesto en el objetivo 5 de la Estrategia de biodiversidad de la UE para 2020³², que entró en vigor el 1 de enero de 2015. Este Reglamento establece un marco de trabajo coordinado a escala de la UE para las actuaciones dirigidas a prevenir, minimizar y mitigar los efectos perjudiciales de las especies invasoras en la biodiversidad y los servicios ecosistémicos, y para limitar sus daños a la economía y a la salud humana. El Reglamento distingue entre tres tipos de medidas, que siguen una jerarquía consensuada a escala internacional para combatir las especies exóticas invasoras. Primero, prevención: se establecen una serie de medidas para evitar la irrupción de nuevas especies invasoras en la UE, tanto de forma deliberada como accidental. En segundo lugar, alerta precoz y respuesta rápida: los Estados miembros deberán crear un sistema de alerta precoz que permita detectar la presencia de especies invasoras de la forma más temprana posible y tomar medidas para evitar que se implanten. Por último, gestión de especies exóticas invasoras ya implantadas: en el caso de algunas cuya presencia en la UE ya está consolidada, se requieren actuaciones concertadas para gestionarlas, con el fin de que no se sigan propagando y de minimizar el daño que causan³³.

flict in invasive species management», *Frontiers in Ecology and the Environment*, vol. 15, 2017, núm. 3, pp. 133-141.

²⁷ Instrumento de ratificación por España en *BOE* núm. 259, de 29 de octubre de 1985.

²⁸ Instrumento de ratificación por España en *BOE* núm. 235, de 1 de octubre de 1986.

²⁹ Instrumento de ratificación por España en *BOE* núm. 152, de 26 de junio de 1982.

³⁰ Instrumento de ratificación por España en *BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 1998.

³¹ *DOUE* de 4 de noviembre de 2014, I. 317/35.

³² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: *Estrategia de la UE sobre la biodiversidad hasta 2020: nuestro seguro de vida y capital natural* [COM (2011) 244 final de 3 de mayo de 2011].

³³ COMISIÓN EUROPEA, *Especies exóticas invasoras. La respuesta de la Unión Europea*, Bruselas, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014, p. 14.

35. En julio de 2016 la Comisión aprobó la primera lista de la Unión, que contiene treinta y siete especies. Incluye especies invasoras de flora y fauna ya conocidas —como el cangrejo rojo o cangrejo americano (*Procambarus clarkii*), la avispa asiática (*Vespa velutina*) o el jacinto de agua común (*Eichhornia crassipes*) de Sudamérica—, pero también otras que pasan más desapercibidas y, sin embargo, son altamente invasivas y dañinas, como el alga marina (*Lagarosiphon major*), originaria de África³⁴.

36. En relación con la normativa interna española sobre especies invasoras debemos apuntar que la norma de referencia es la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad³⁵, que define una especie invasora en su art. 3.13 como «aquella que se introduce o establece en un ecosistema o hábitat natural o seminatural y que es un agente de cambio y amenaza para la diversidad biológica nativa, ya sea por su comportamiento invasor, o por el riesgo de contaminación genética».

37. Esta misma ley creó, en su art. 64, el Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras en el que deben incluirse todas aquellas especies y subespecies exóticas invasoras que constituyan o puedan llegar a constituir una amenaza grave para las especies autóctonas, los hábitats o los ecosistemas, la agronomía, o para los recursos económicos asociados al uso del patrimonio natural.

38. El Catálogo Español de Especies Exóticas Invasoras es una herramienta dinámica susceptible de modificación permanente³⁶. El art. 5 del Real Decreto 630/2013, de 2 de agosto³⁷, determina el procedimiento de inclusión o exclusión de especies en este catálogo³⁸. Para introducir un nuevo nombre se requiere, básicamente una solicitud justificada, según un modelo de argumentación científica incluido en el Real Decreto, una memoria técnica con un análisis de riesgo y un dictamen del Comité Científico.

39. Finalmente, en el orden internacional, como hemos indicado anteriormente, el instrumento de referencia en el medio marino es el Convenio internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques, cuyos problemas de aplicación comentaremos en este trabajo en relación con la complejidad de problemas suscitados por el alga invasora *Rugulopteryx okamura* en el estrecho.

40. Es cierto que, como hemos indicado, la aparición del alga invasora en la zona es ligeramente anterior a la entrada en vigor del Convenio, por lo

³⁴ Actualizada el 12 de julio de 2017. Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1263, de la Comisión, de 12 de julio, por el que se actualiza la lista de especies exóticas invasoras preocupantes para la Unión establecida por el Reglamento de Ejecución (UE) 2016/1141 de conformidad con el Reglamento (UE) 1143/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, C/2017/4755, DOUE de 13 de julio de 2017, I. 132/87.

³⁵ BOE núm. 299, de 14 de diciembre de 2007.

³⁶ Véase <https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/especies-exoticas-invasoras/ce-eei-catalogo.aspx>.

³⁷ BOE núm. 85, de 3 de agosto de 2013.

³⁸ La STS 637/2016, de 16 de marzo, ha supuesto la inclusión en el Catálogo de diferentes taxones que previamente habían sido eliminados del mismo.

que ni siquiera una eventual eficacia completa del tratado hubiera podido impedir la invasión del alga. No obstante, utilizamos esta grave situación como punto de partida de las reflexiones que vienen a continuación en relación con la eficacia de los mecanismos jurídico internacionales para tratar estas situaciones en un área tan compleja como es el estrecho de Gibraltar.

4. EL CONVENIO INTERNACIONAL PARA EL CONTROL Y LA GESTIÓN DEL AGUA DE LASTRE Y LOS SEDIMENTOS DE LOS BUQUES (CONVENIO BWM)

41. Ante las dificultades de erradicación de las especies invasoras, como nos ha mostrado el caso citado, una vez asentadas en la naturaleza, donde muestran su potente fuerza adaptativa que provoca una transformación drástica de los ecosistemas originarios con las consecuencias perjudiciales para el medio ambiente, la economía y la salud es necesario encontrar vías de prevención mediante la cooperación internacional. En este sentido, el art. 196.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece que los Estados tomarán todas las medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar la introducción intencional o accidental en un sector determinado del medio marino de especies extrañas o nuevas que puedan causar en él cambios considerables o perjudiciales³⁹.

42. En 1992, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo solicitó a la OMI que considerase la adopción de reglas apropiadas sobre la descarga de agua de lastre. También en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de 2002 se instó a todas las partes para que se acelere la elaboración de medidas para hacer frente al problema de las especies foráneas invasoras de las aguas de lastre⁴⁰.

43. Por todo ello, en el marco de la OMI⁴¹, se desarrolló un largo proceso de negociación que culminó con la adopción en 2004 del Convenio internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques (Convenio BWM) que, como hemos mencionado anteriormente,

³⁹ El art. 196 está inserto en la Parte XII de la Convención, relativa a la protección y preservación del medio marino. El análisis de esta materia desbordaría las pretensiones de este trabajo. Pueden consultarse SCOVAZZI, T., *Elementos de derecho internacional del mar*, Madrid, Tecnos, 1995; MÁRQUES RUIZ, C., «Los derechos y deberes de los Estados respecto de la preservación y protección del medio marino en el Convenio de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982», *AEPDIRI, Problemas internacionales del medio ambiente*, VIII Jornadas, Barcelona, Universidad Autónoma, 1985, pp. 143-163; JUSTE RUIZ, J., «El marco jurídico internacional sobre protección del medio ambiente marino», en ARANA GARCÍA, E. (coord.), *La ordenación jurídica del medio marino en España*, Madrid, Thomson Reuters-Civitas, 2012, pp. 79-106; *id.*, «La protección del medio marino en el ámbito mundial», *Derecho Internacional del Medio Ambiente*, McGraw-Hill, 1999, y MARTÍN ARRIBAS, J. J., «La protección del medio ambiente marino en el actual Derecho Internacionales», en MARÍNO MENÉNDEZ, F. M. (dir.), *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*, Trotta, 2017, pp. 357-381.

⁴⁰ Párr. 34.b) del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible. Puede consultarse en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/POIsptoc.htm>.

⁴¹ Véanse las resoluciones de la Asamblea A.774(18) de 1993 y A.868(20) de 1997.

entró finalmente en vigor el 8 de septiembre de 2017. Aunque no aparezca con claridad en el nombre del tratado, el objeto fundamental del mismo es prevenir y reducir al mínimo y, en último término, eliminar, la transferencia de organismos acuáticos perjudiciales y agentes patógenos transportados e introducidos en el agua de lastre de los buques.

44. Se trata de un texto que representa, en nuestra opinión, más un punto de partida que la conclusión definitiva del proceso, a pesar de larguísimo periodo de tiempo que necesitó para su negociación y entrada en vigor. Siendo que es ilusorio considerar que es posible encontrar un consenso internacional que permita promulgar una norma jurídica suficientemente rigurosa y universal para que sea eficaz en la eliminación de los riesgos de introducción de organismos acuáticos perjudiciales y agentes patógenos, el Convenio BWM representa algo así como un mínimo común que puede permitir en el futuro el desarrollo de acciones más efectivas en diferentes niveles, multilaterales y nacionales, para afrontar este fenómeno.

45. El convenio está articulado en torno al papel de los Estados partes que van a gozar de una posición central con un amplio poder discrecional y un importante margen de maniobra en relación con los buques de su pabellón o bajo su autoridad y en relación con las instalaciones de recepción de sedimentos en los puertos y terminales. Probablemente el ámbito donde este enfoque se puede apreciar con mayor claridad es en el relativo a las infracciones. El convenio no establece un catálogo de sanciones, ni tipificaciones, ni umbrales mínimos o máximos, sino que dispone que toda infracción estará penada con las sanciones que a tal efecto establezca la legislación de la administración del buque, independientemente de donde ocurra la infracción (art. 8). En este sentido, no se indica la vía procesal adecuada, penal o administrativa, que los Estados deben implementar para hacer efectivas las sanciones. Al menos, se recoge en el texto que dichas sanciones serán suficientemente severas para disuadir a los eventuales infractores del convenio, dondequiera que se encuentren. En el párr. 2 del citado art. 8 se complementa las capacidades del Estado de pabellón al disponer que toda infracción de las disposiciones del Convenio que se cometa dentro de la jurisdicción de una Parte estará penada con las sanciones que establecerá la legislación de esa Parte. En definitiva, los Estados encargados de adoptar las sanciones serían tanto el Estado de pabellón, como el Estado ribereño y el Estado de puerto⁴².

46. En virtud del Convenio BWM, la descarga del agua de lastre se realizará mediante el control y la gestión a través de los procedimientos esta-

⁴² Sobre las posibilidades de actuación del Estado rector de puerto y el Estado ribereño, véanse QUEL LÓPEZ, F. J. y BOLLO AROCENA, M. D., «Claves de la evolución reciente del derecho del mar en materia de prevención de la contaminación. Hacia una revisión de las competencias del Estado rector de puerto, Estado ribereño y Estado de pabellón», en ÁLVAREZ RUBIO, J. J. (dir.), *Las lecciones prácticas del caso Prestige: prevención, gestión y sanción frente a la contaminación marina por hidrocarburos*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2011, pp. 35-65, y FAJARDO DEL CASTILLO, T., «El Control por el Estado del puerto. cambios de rumbo en el Derecho Internacional del Mar», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (coord.), *Mares y océanos en un mundo en cambio: tendencias jurídicas, actores y factores*, Tirant, 2007, pp. 401-426.

blecidos en el anexo para prevenir, reducir al mínimo y, en último término, eliminar la transferencia de organismos acuáticos perjudiciales y agentes patógenos.

47. No pretendemos entrar en este trabajo en los requisitos técnicos, modalidades y calendario de adaptación de los buques a las plantas de tratamiento al desbordar nuestros objetivos y pretensiones, pero podemos simplemente apuntar de una forma muy sucinta que las normas de cambio de agua de lastre se recogen con cierto detalle en la Sección D del Anexo⁴³. El criterio general es el establecido en la regla D-2, esto es, la obligación de los buques, que se implementará de forma gradual, de disponer de un sistema de gestión de agua de lastre a bordo, es decir, una planta de tratamiento. La regla D-1, que realmente es subsidiaria de la anterior, dispone que los buques que efectúen el cambio de agua de lastre lo harán con una eficacia, como mínimo del 95 por 100 de cambio volumétrico y, de acuerdo con la regla B-4, deberán efectuar el cambio de agua de lastre a por lo menos 200 millas marinas de la tierra más próxima y en aguas de 200 m de profundidad como mínimo, teniendo en cuenta las directrices elaboradas por la OMI⁴⁴. En los casos en que no se pudiera, el cambio de agua se realizará tan lejos como sea posible de la tierra más próxima, y en aguas de 200 m de profundidad como mínimo.

48. En relación con la gestión, la regla D-2 contiene unos indicadores sobre la cantidad de ciertos organismos y agentes contenidos en el agua de lastre que, de acuerdo con los conocimientos científicos disponibles, se consideran inocuos para el medio ambiente y la salud humana.

49. En el anexo también se incluyen prescripciones especiales para ciertas zonas además de un conjunto de obligaciones documentales consistentes fundamentalmente en la existencia de un Plan de gestión del agua de lastre, un Libro registro y un Certificado internacional de gestión.

5. EL CONVENIO BWM Y EL ÁREA DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR

50. Lo primero que habría que remarcar en relación a las dificultades que surgen en relación con la aplicación del convenio en aguas del estrecho de Gibraltar, es que gran parte de los problemas no derivan directamente del convenio en sí, sino que son, en principio, inherentes a toda norma convencional de Derecho internacional. Efectivamente, al ser la soberanía del Esta-

⁴³ Para conocer con más detalle estas previsiones del convenio, véase el trabajo ya citado de FRANCO PÉREZ, Á. y FRANCO GARCÍA, M. Á., «Desajuste entre voluntad y realidad: el convenio internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques», *loc. cit.*, también INFO-MARINE, «Un nuevo convenio contra la amenaza del agua de lastre», *Actualidad y tecnología de la industria naval y marítima*, 2004, núm. 102, pp. 50-51, y COBOS DELGADO, I., «Convenio internacional para el control y gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques», *Marina Civil*, 2013, núm. 106, pp. 25-30.

⁴⁴ Resolución MEPC.288 (71), de 7 de julio de 2017.

do el verdadero principio constitucional del Derecho internacional⁴⁵, toda la arquitectura jurídica internacional se basa en el consentimiento del Estado, y, en consecuencia, determina un ordenamiento caracterizado por el voluntarismo y el relativismo⁴⁶.

51. En este sentido, el Convenio BWM, como la gran mayoría de tratados internacionales, no tiene una aplicación universal. Ciertos Estados no lo han ratificado al tener una normas pretendidamente más rigurosas y exigentes, caso de Estados Unidos⁴⁷, y otros, al pretender disponer de normas más laxas y flexibles para fomentar la competitividad de sus flotas⁴⁸. De los tres Estados presentes en el estrecho de Gibraltar, dos son parte en el Convenio BWM, España y Marruecos⁴⁹, mientras que Reino Unido, como Estado responsable de las relaciones internacionales de Gibraltar, no lo ha ratificado todavía. Por tanto, nos encontramos con espacios marinos con buques fondeando a muy pocas millas de distancia estén, sin embargo, sometidos a reglas y estándares internacionales muy diferentes en relación con la gestión, tratamiento y el vertido de agua de lastre⁵⁰. Es absolutamente ineficaz que la mitad occidental de la bahía de Algeciras/Gibraltar los buques estén sometidos a una inspección pretendidamente rigurosa del tratamiento de agua de lastre conforme al Convenio BWM, si en la mitad oriental, donde, a pesar de la controversia relativa a la titularidad de los espacios marinos, Gibraltar realiza *de facto* el control sobre esas aguas, no se aplica el Convenio BWM, sino su propia normativa interna. Parece evidente que hay una situación, cuanto menos, de distorsión de las condiciones de exigencia en torno al control y la gestión del agua de lastre que pudo conducir no solo a fomentar la competencia desleal en la contratación de las actividades portuarias, sino que acrecienta los riesgos de propagación de especies alóctonas, potencialmente perjudiciales para el medio ambiente y la salud en un espacio marítimo relativamente reducido pero compartido por dos jurisdicciones.

52. En relación con los problemas específicos del convenio, el primero que queremos mencionar es relativo a su ámbito de aplicación. En su art. 3 se dispone que el tratado se aplicará a los buques que tengan derecho a enarbolar el Pabellón de una Parte o bajo su autoridad y realicen operaciones de lastre en trayectos internacionales, esto es, las disposiciones del convenio no

⁴⁵ Véase la obra clásica sobre esta materia de CARRILLO SALCEDO, J. A., *Soberanía del Estado y derecho internacional*, Madrid, Tecnos, 1969.

⁴⁶ DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 19.^a ed., Madrid, Tecnos, 2017, p. 71.

⁴⁷ CAMPARA, L. et al., «Overview and Comparison of the IMO and the US Maritime Administration Ballast Water Management Regulations», *Journal of Marine Science and Engineering*, vol. 7, 2019, pp. 1-19.

⁴⁸ WERSCHKUN, B. et al., «Emerging risks from ballast water treatment: The run-up to the International Ballast Water Management Convention», *Chemosphere*, vol. 112, 2014, pp. 256-266.

⁴⁹ Marruecos ratificó el Convenio BWM en noviembre de 2015, y España en noviembre de 2016, ambos países antes de su entrada en vigor; véase la nota 12 de este trabajo en relación con la publicación oficial española del instrumento de ratificación.

⁵⁰ En relación con las aguas de Gibraltar, la normativa de referencia es *Gibraltar Merchant Shipping (Prevention of Pollution from Ships) Regulations 2009* (In. 2009/082).

son aplicables a buques que realicen navegación de cabotaje. En este respecto, Álvaro Franco Pérez y Miguel Ángel Franco García mantienen que dicha exención «parte de la absurda premisa de que se puede parcelar el mar, es decir, de que por el hecho de que las descargas se efectúan en aguas jurisdiccionales del estado de pabellón, los organismos y agentes alóctonos no pasarían de dichas aguas, y por ello, no afectarían a los Estados adyacentes o a otros Estados»⁵¹. Efectivamente, compartimos que esta exclusión es preocupantemente amplia, particularmente, en relación con espacios marinos singulares como los mares cerrados o semicerrados o zonas marinas de especial protección. En definitiva, con el Convenio BWM ya en vigor, el alga invasora *Rugulopteryx okamura*, que ha colonizado el estrecho, puede ser transportada en la actualidad en agua de lastre en buques que no cumplen los requisitos previstos en el citado tratado por diferentes puntos de la costa española (el flujo de navegación entre puertos españoles en el estrecho de Gibraltar es altísimo, especialmente durante la Operación Paso del Estrecho, en verano)⁵² y desde allí, extenderse por espacios marinos próximos como Marruecos o Portugal, desde donde a su vez, pueden continuar su ruta de adaptación y colonización de nuevos territorios.

53. El art. 3 del Convenio también prevé que no se aplicará a los buques de guerra, ni a los buques auxiliares de la armada, ni a los buques que, siendo propiedad de un Estado o estando explotados por él, estén exclusivamente dedicados en el momento de que se trate a servicios gubernamentales de carácter no comercial. No obstante, cada Parte garantizará mediante la adopción de medidas apropiadas que no menoscaben las operaciones o la capacidad operativa de tales buques, que estos operen, dentro de lo razonable y factible, de forma compatible con lo prescrito en el convenio. Siendo una cláusula recurrente en convenios de protección ambiental la exención de aplicabilidad a buques de estas características, es nuestra opinión que, ante la magnitud del problema, existen fórmulas eficaces compatibles con los principios de inmunidad de los buques de Estado existentes en Derecho internacional que hubieran permitido, siempre bajo el control del Estado de pabellón, que los buques de guerra y similares quedaran vinculados por técnicas equivalentes de control y prevención de las existentes en el Convenio BWM⁵³. Como quiera que el estrecho de Gibraltar es un paso estratégico en la navegación interna-

⁵¹ FRANCO PÉREZ, Á. y FRANCO GARCÍA, M. Á., «Desajuste entre voluntad y realidad: el convenio internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques», *loc. cit.*, p. 15.

⁵² La Operación Paso del Estrecho se desarrolla todos los años, desde 1987, entre el 15 de junio y el 15 de septiembre, para facilitar el viaje de gran número de trabajadores magrebíes residentes en Europa, que aprovechan sus vacaciones para visitar sus países de origen en el norte de África. Se contempla como un Plan Especial de Protección Civil que pone en marcha el Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de Protección Civil y Emergencias, ideado, estructurado y dirigido a prevenir situaciones de riesgo y a hacer frente a las contingencias que comporta todo movimiento masivo de personas. En 2018 movió 3.241.679 de pasajeros y 734.240 vehículos, <http://www.proteccioncivil.es/operaciones/pasoestrecho/presentacion>.

⁵³ En relación con la gestión del agua de lastre en buques de la armada española, CALVO AGUILAR, P., «Polizones en el agua de lastre, especies invasivas», *Revista General de la Marina*, enero-febrero de 2019, pp. 103-110.

cional de las flotas navales de las potencias globales, esta exención adquiere una relevancia mayor en este espacio marítimo.

54. Un aspecto que queremos también destacar es el relativo a las limitaciones existentes en relación con las actividades de inspección en la zona en cuanto que el estrecho de Gibraltar, como estrecho estratégico⁵⁴, es un espacio marino en el que se aplica un régimen de navegación muy específico, denominado *paso en tránsito*, de acuerdo con lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (art. 37). Esta modalidad de paso se caracteriza fundamentalmente por privilegiar el paso de los buques en detrimento de las facultades de ordenación, control e inspección de los Estados ribereños, que, aunque existen (arts. 41 y 42), son relativamente reducidas en relación con otros regímenes jurídicos⁵⁵. Todo ello motivó que, en su día, tanto España como Marruecos fueran reacios a su incorporación en la Convención de Jamaica y considerados como objetores persistentes, condición que, por supuesto, perdieron después de su ratificación por ambos Estados⁵⁶.

55. Lo cierto es que se trata, en consecuencia, de un área donde las administraciones marítimas van a tener dificultades para ejercer sus competencias. Adicionalmente, el régimen de inspección previsto en el Convenio BWM (art. 9) es, en principio, limitado en su ámbito en comparación con el ejercicio de control por el Estado rector de puerto previsto en la normativa europea, básicamente la Directiva 2009/16/CE⁵⁷ y la Directiva 2000/59/CE⁵⁸, con regímenes de control relativamente severos favoreciendo la capacidad de la administración inspectora y las posibilidades de retención del buque⁵⁹. En el Convenio BWM la actuación de inspección parece limitarse a las cuestiones fundamentalmente administrativas (art. 9), esto es, el reconocimiento y certificación de buques; la llevanza a bordo de un Plan de gestión y de un Libro registro de aguas de lastre, con una preocupación, desproporcionada desde nuestro punto de vista en relación con otros instrumentos internacio-

⁵⁴ TRUVER, S. C., *The Strait of Gibraltar and the Mediterranean*, Alphen aan der Rijn, Sijhoff & Noordhoff, 1980.

⁵⁵ Véanse las obras de YTURRIAGA BARBERÁN, J. A., *Straits used for international navigation*, Londres, Sijhoff & Noordhoff, 1991, y «Estatuto jurídico del Estrecho de Gibraltar y consecuencias de la construcción de una obra fija», *Anuario Hispano-Luso-American de Derecho Internacional*, 1981, núm. 6, pp. 185-218. También, MARTÍN LÓPEZ, A. G., *La navegación por los estrechos. Geoestrategia y derecho*, Madrid, Dykinson, 2008; BOU FRANCH, E., *La navegación por el mar territorial, incluido los estrechos internacionales y las aguas archipelágicas, en tiempos de paz*, Madrid, Iberediciones, 1994; DÍ COMITÉ, V., «La incidencia de la ratificación española del Convenio de Montego Bay sobre el régimen jurídico del Estrecho de Gibraltar», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 49, 1997, núm. 1, pp. 322-333, y MARÍN LÓPEZ, A., «Los estrechos internacionales y la III Conferencia de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar», *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 5, 1979-1981, pp. 43-66.

⁵⁶ ATMANE, T., *España y Marruecos frente al derecho del mar*, Coruña, Netbiblo, 2008, p. 99 y ss.

⁵⁷ Directiva 2009/16/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto (versión refundida), *DO L* 131, de 28 de mayo de 2009.

⁵⁸ Directiva 2000/59/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de noviembre, sobre instalaciones portuarias receptoras de deshechos generados por buques y residuos de carga, *DO L* 332, de 28 de diciembre de 2000.

⁵⁹ Sobre ello, véanse las obras citadas en la nota 42.

nales de protección medioambiental y reducción de la contaminación, en no causar demoras innecesarias en los buques.

56. Como vimos en el epígrafe anterior, el régimen de sanciones que pude de imponer la administración inspectora ante las posibles infracciones se remite desde el Convenio BWM a los ordenamientos internos de los Estados. Pues bien, en el caso de España no existe un desarrollo normativo o reglamentario para hacer cumplir las previsiones del art. 8.3 del Convenio que prevé que sean las legislaciones de los Estados parte quienes implementen las sanciones, suficientemente severas para que tengan efecto disuasorio. Por ello, la potestad sancionadora queda discrecionalmente en manos de la Capitanía Marítima correspondiente, que, de esta forma, pudiera diferir del criterio adoptado por otras Capitanías del territorio español. Nos consta al menos una actuación sancionadora de la Capitanía Marítima de Algeciras (con ámbito de actuación en el espacio marítimo objeto de este trabajo) en relación con el cumplimiento del Convenio BWM en 2019⁶⁰. A nuestro entender, la falta de desarrollo normativo y el incumplimiento por parte de España de sus obligaciones en relación al tratado constituye una preocupante debilidad jurídica que podía eventualmente determinar la nulidad de la sanción por un tribunal al contradecir un principio básico del procedimiento administrativo sancionador, *nullum crimen nulla poena sine lege*⁶¹, y puede hacer absolutamente inoperativo todo el sistema.

57. Por otra parte, parece especialmente preocupante el incumplimiento en el puerto de Algeciras de lo previsto en relación con el art. 5 del Convenio en relación con la obligación de España de garantizar que en los puertos y terminales en los que se efectúen trabajos de reparación o limpieza de tanques de lastre se disponga de instalaciones adecuadas para la recepción de sedimentos, teniendo en cuenta las directrices elaboradas por la OMI⁶². Debe tenerse en cuenta que el puerto de Algeciras, cuyas instalaciones se encuentran en todo el arco de la bahía, hasta Gibraltar, es el primer puerto de España en tráfico total de mercancías y el primero del mar Mediterráneo, y se encuentra entre los 25 más importantes del mundo y el cuarto de toda Europa⁶³. Estos datos de tráfico y movimientos de buques nos sitúan obje-

⁶⁰ Conferencia del capitán marítimo de Algeciras, don Julio Berzosa en las Jornadas Retolastre celebradas en Algeciras, sede de la Autoridad Portuaria Bahía de Algeciras, el 4 de diciembre de 2019, organizadas por la Universidad de Cádiz y la Fundación Campus Tecnológico de Algeciras.

⁶¹ La STC 42/1987, en su FJ 2 dice que: «El art. 25.1 de la Constitución prescribe que “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones y omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. El derecho fundamental así enunciado incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo». En relación con dicha sentencia, MAESTRE DELGADO, J. F., «Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora (Comentario a la STC, Casino de Mallorca, 42/1987, de 7 de abril)», *REDA*, 1988, núm. 57, pp. 79-88.

⁶² Véase la Resolución MEPC 152 (55), adoptada el 13 de octubre de 2006, que contiene las Directrices sobre las instalaciones de recepción de sedimentos.

⁶³ Se puede encontrar información detallada de los tráficos del puerto de Algeciras en la web de la Autoridad Portuaria Bahía de Algeciras: <https://www.apba.es/>.

tivamente en la importancia de disponer de instalaciones adecuadas según las obligaciones derivadas del convenio. No son pocas las sospechas sobre la posible introducción del alga invasora *Rugulopteryx okamura* en operaciones de deslastrado en labores de mantenimiento de un buque en instalaciones portuarias⁶⁴.

58. Por otra parte, nos llama la atención la falta de actuación de las autoridades españolas en relación con la obligación existente en la regla C-2 del convenio. En ella se establece que las Partes se esforzarán por notificar a los navegantes las zonas bajo su jurisdicción en la que los buques no deberían tomar agua de lastre en zonas en las que se sepa que las aguas presentan brotes de infección, o estén infestadas o pobladas por organismos acuáticos perjudiciales y agentes patógenos (p. ej., proliferación de algas tóxicas) que probablemente afecten a la toma o descarga del agua de lastre o en cuyas cercanías haya desagües de aguas residuales. Pues bien, de acuerdo con los estudios inicialmente ya publicados⁶⁵, todas las aguas del arco de la bahía de Algeciras donde se sitúan las instalaciones portuarias están ya infestadas gravemente por el alga invasora *Rugulopteryx okamura*, que han colonizado todo tipo de suelos y lecho marino, incluso sobre instalaciones artificiales y otros organismos vivos. Adicionalmente, existe en la actualidad un gravísimo problema de vertido de aguas residuales de la ciudad de Algeciras que desembocan directamente en distintos puntos de las aguas portuarias. Por todo ello, hubiera parecido razonable que las autoridades españolas, en cumplimiento de lo dispuesto en la regla C-2 y por un elemental respeto de los principios de precaución y prevención, hubieran determinado que los buques no deberían tomar agua de lastre en las aguas portuarias de Algeciras, fuertemente contaminadas y con presencia constatada de alga invasora, designando las coordenadas exactas de la zona, emitiendo los avisos correspondientes y designando zonas alternativas.

59. Es cierto que todo el estrecho de Gibraltar es un área marina extraordinariamente compleja, y no solo en términos geográficos o medioambientales, sino también en cuanto que, al no estar los espacios marinos delimitados entre los tres Estados presentes en la zona, esta es políticamente muy sensible y vulnerable ante las crisis episódicas que cada cierto tiempo se suceden en la frontera sur, además de ser una ruta geoestratégica para las principales potencias globales.

60. La práctica totalidad del área del estrecho no cumple los requisitos para efectuar el cambio de agua de lastre previstos en la regla B-4.1 y que hemos citado anteriormente⁶⁶, esto es, este cambio debe efectuarse a por lo menos 200 millas marinas de la tierra más próxima y en aguas de 200 m de profundidad como mínimo. Por ello, y ante las especiales circunstancias

⁶⁴ Véase «VERDEMAR denuncia a la Autoridad Portuaria Bahía de Algeciras y a la Junta de Andalucía ante la Fiscalía por el alga invasora», *Europa Sur*, 20 de julio de 2019.

⁶⁵ Véanse los artículos de la explicación de la figura 1.

⁶⁶ Véase parr. 47.

concurrentes en el estrecho de Gibraltar que hemos venido mencionando en el trabajo, nos parece de enorme interés la posibilidad existente en el apartado 1.2.2 de la regla B-4 que permite al Estado rector del puerto, en consulta con los Estados adyacentes o con otros Estados, designar zonas especiales en las que se permita al buque efectuar el cambio del agua de lastre. Para ello, se deberá tener en cuenta las Directrices sobre la designación de zonas para el cambio del agua de lastre (D14), adoptadas mediante la Resolución MEPC.151(55)⁶⁷ que establece el proceso de identificación, evaluación y designación de las posibles zonas. De acuerdo con los principios de cooperación regional previstos en el art. 13, parecería conveniente la realización de consultas con los Estados adyacentes, Marruecos, Argelia, Reino Unido y Portugal para una eventual identificación conjunta de una zona adecuada para el cambio de agua de lastre y que quedará establecida mediante un acuerdo internacional, bilateral o regional.

61. En lo relativo a la identificación de la zona especial, parece evidente que es necesario tener en cuenta las principales rutas internacionales de navegación que atraviesan el estrecho, así como las rutas que unen los principales puertos de España con el norte de África, Marruecos y Argelia, así como un factor de enorme importancia, la existencia de los puertos de Algeciras y Gibraltar, donde se realizan un altísimo número de escalas. En este sentido, se debe considerar forzosamente la existencia de dispositivos de separación del tráfico marítimo en el estrecho de Gibraltar de acuerdo con la OMI⁶⁸. Otro factor importante a la hora de identificación de la zona es el relativo al régimen jurídico del estrecho y de sus aguas. Como hemos mencionado anteriormente, el paso por el estrecho de Gibraltar dispone de un régimen jurídico especial, *paso en tránsito*, regulado en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar que garantiza el paso de los buques.

62. Por otra parte, tal y como hemos mencionado anteriormente en este trabajo, la falta de delimitación de los espacios marítimos de los Estados presentes en el área del estrecho es uno de los grandes obstáculos para alcanzar cualquier acuerdo de cooperación en el ámbito marino. En consecuencia, esta situación dificultará, sin duda, una posible identificación consensuada de una zona especial para el cambio de agua de lastre en los términos de la regla B-4.

63. La evaluación adecuada para la identificación de la zona tendría que considerar adicionalmente otro tipo de factores, como los oceanográficos, físico-químicos, biológicos, medioambientales, económicos y operacionales. Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, algunos autores identifican la embocadura oriental del estrecho, el mar de Alborán, como la

⁶⁷ Resolución MEPC.151(55). Adoptada el 13 de octubre de 2006.

⁶⁸ CEPILLO GALVIN, M. A., «El dispositivo de separación del tráfico marítimo en el estrecho de Gibraltar», en SOBRINO HEREDIA, J. M. (dir.), *La contribución de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar a la buena gobernanza de los mares y océanos*, Nápoles, Editorial Scientifica, 2014, pp. 731-745.

más adecuada a estos fines⁶⁹. En cualquier caso, si se identificara la zona, esta, de acuerdo con las directrices de la OMI, debería estar delimitada con precisión, incluyendo sus coordenadas geográficas, pero también batimetría, y determinación de la distancia a las costas más cercanas, junto con la información más relevante para facilitar la navegación (flujos y cambios de mareas, condiciones de oleaje, vientos, principales episodios climáticos estacionales, etc.).

64. Indudablemente, un acuerdo entre los Estados presentes en la zona en la identificación y designación de una zona especial para el cambio de aguas de lastre nos parece como la solución más adecuada y, que, por supuesto, sería más eficaz en la práctica.

65. No obstante, somos conscientes de las pocas probabilidades existentes de alcanzar un acuerdo en este sentido, al menos en el escenario político actual, cuando en el inicio de 2020 se recrudecen las tensiones y problemas de delimitación marítima simultáneamente con Marruecos y Argelia⁷⁰, y las extraordinariamente complejas negociaciones con Reino Unido sobre Gibraltar en el contexto del *Brexit* atraviesan fases muy delicadas en la búsqueda de un acuerdo antes del final de este año 2020.

6. CONCLUSIONES

66. La introducción de especies exóticas en entornos naturales distintos de los de su origen constituye hoy en día uno de los principales problemas ambientales internacionales ya que, en gran parte del planeta, determinadas especies alóctonas, convertidas en invasoras, han adquirido una gran capacidad de expansión desplazando, cuando no extinguiendo, la biota autóctona, degradando el entorno y sometiéndolo a presiones y alteraciones, algunas veces irreversibles. Las consecuencias de este proceso no son exclusivamente medioambientales, sino que tienen impactos severos sobre la economía y la salud de las poblaciones locales.

67. Sin duda, ante la extrema gravedad de la situación, la lucha contra este fenómeno debería ser una de las prioridades medioambientales de la comunidad internacional. Por supuesto, ninguna región o Estado es capaz por sí solo de luchar contra esta difusión global de especies invasoras. Por ello, es necesario la existencia de mecanismos de coordinación internacionales efectivos e instrumentos, tanto vinculantes, como de *soft law*, que establezcan pautas, reglas y compromisos eficaces.

⁶⁹ En este sentido, GARCÍA LLAVE, R. y ALCAIDE, J. I., «The International Convention for the Control and Management of Ship's Ballast Sediments: A Respectful Way to Tackle the Problem of Aquatic Biodiversity in Maritime Transport», en WEINTRIT, A. y NEUMANN, T., *Advances in Marine Navigation and Safety of Sea Transportation*, Leiden, The Nautical Institute, 2019, pp. 135-143.

⁷⁰ Véase *El País*, «Marruecos lanza un pulso a España por el control de las aguas próximas a Canarias», 23 de enero de 2020, y «Argelia amplía sus aguas de forma unilateral e invade parte del Parque Nacional de Cabrera», 19 de febrero de 2020.

68. En la actualidad, la especial transcendencia y extensión del problema nos pone de manifiesto la ineeficacia de las respuestas jurídicas internacionales existentes, que configuran un marco fragmentado y extraordinariamente débil, para abordar la situación.

69. Los desarrollos en el transporte internacional y la multiplicación de flujos de comercio y movilidad derivados del proceso de globalización han favorecido la existencia de vectores de transmisión que se han extendido por todo el planeta contribuyendo a romper equilibrios ecológicos. En lo relativo al medio marino, el transporte internacional es el principal vector de introducción de especies invasoras mediante su dispersión mediante las aguas de lastre, indispensables, hoy en día, para la navegabilidad y seguridad estructural de los buques. Por ello, en el seno de la OMI se ha venido trabajando en relación con el tratamiento y condiciones de cambio del agua de lastre y sus sedimentos. La culminación de estos trabajos es la adopción del Convenio internacional para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques (Convenio BWM).

70. Como toda norma de Derecho internacional, el convenio presenta importantes debilidades en cuanto a su aplicación, respeto, cumplimiento y sanción de su infracción.

71. En particular, estos problemas de aplicación son especialmente visibles en el estrecho de Gibraltar. Este es un espacio singular, especialmente valioso por su biodiversidad que se ha visto severamente atacado por la presencia de un alga invasora denominada *Rugulopterix okamurae*, que con un comportamiento agresivo, desconocido en otras zonas del planeta y desconcertante para la comunidad científica está causando estragos en los equilibrios ecológicos de las costas del estrecho, causando además importantes daños económicos a sectores muy vulnerables, pesca y turismo, de un territorio con enormes deficiencias de desarrollo y altas tasas de paro.

72. En este sentido, la lucha contra la dispersión de especies invasoras transportadas en el agua de lastre debería una ser acción preferente de los Estados presentes en el estrecho utilizando todos los recursos y herramientas internacionales.

73. Pero lo cierto es que la aplicación de los mecanismos previstos en el ordenamiento internacional, en especial, el Convenio BWM, es enormemente compleja en un área que se caracteriza por su alta conflictividad jurídica y política. Resultado de ello es la carencia de acuerdos consensuados de delimitación de espacios marítimos en el estrecho lo que dificulta cualquier escenario de negociación.

74. En cualquier caso, consideramos que España, Estado con mayor presencia en el estrecho, al disponer de territorio tanto en la orilla norte como en la sur y, en consecuencia, con mayor proyección sobre los espacios marítimos de la zona, debería liderar el interés por la protección frente la dispersión de especies invasoras a través del agua de lastre en aguas de un enorme valor

ecológico con transcendencia económica y social en la zona, y para ello, en nuestra opinión, debería:

— Impulsar la negociación con los Estados vecinos del estrecho de Gibraltar (Portugal, Reino Unido, Marruecos y Argelia) para la identificación de una zona especial para el cambio de agua de lastre de acuerdo con lo previsto en la regla B-4 del Convenio BWM y buscar fórmulas jurídicas adecuadas para delimitarla mediante un acuerdo que permita disponer de mecanismos de cooperación internacional para su implementación, supervisión y control.

— Tratar de cumplir de una forma más rigurosa las obligaciones derivadas del Convenio BWM, y a tal fin disponer en el puerto de Algeciras de instalaciones adecuadas para la recepción de sedimentos, de acuerdo con lo regulado en el art. 5 del mismo.

— En tanto se siga detectando en prácticamente todas las aguas portuarias de Algeciras la presencia masiva del alga invasora y sigan existiendo vertidos importantes de aguas residuales, se disponga una restricción de toma de agua de lastre aplicando lo previsto en la regla C-2 para evitar su dispersión.

— Desarrollar un protocolo de inspecciones más ambicioso, y promulgar una norma interna de desarrollo que tipifique las infracciones al convenio previendo un catálogo de sanciones, siguiendo lo previsto en el art. 8 del Convenio, que evite la enorme fragilidad jurídica del sistema actual al depender discrecionalmente de cada Capitanía Marítima.

— Actuar con mayor celeridad y eficacia en la catalogación de las especies invasoras de acuerdo con la normativa interna para que los sectores más perjudicados puedan acceder a los recursos existentes, tanto en el plano doméstico, como en el de la Unión Europea, fundamentalmente del Fondo Europeo Marítimo y de Pesca⁷¹.

— Fomentar la investigación científica para conocer mejor los procesos del alga invasora *Rugulopterix okamurae* para tratar de buscar formas de erradicación, control o potenciales usos beneficiosos, pudiendo usar de los recursos disponibles de la Unión Europea mencionados anteriormente. En este sentido, varias universidades están trabajando ya en estas líneas, por ejemplo, algunos investigadores de la Facultad de Química de la Universidad de Sevilla están estudiando la posibilidad de obtención de biodiésel y las facultades de Farmacia y Biomedicina investigan la posibilidad de obtener algún medicamento. Igualmente, la Universidad de Extremadura, enfoca la investigación en su posible utilización para compostaje.

⁷¹ El alga invasora *Rugulopterix okamurae* sigue sin estar incluida en el catálogo español de especies exóticas invasoras creado por el Decreto 630/2013. Una vez incluida, y solicitada por España su inclusión en la lista europea, el Reglamento de la UE del Fondo Europeo Marítimo y de Pesca contempla varias posibilidades de apoyo. El art. 27 brinda ayuda para asesoramiento de operadores, que incluirían estudios de viabilidad sobre especies exóticas invasoras. El art. 35 ofrece compensaciones por incidentes medioambientales que abarcarían este caso. El art. 40 describe la concesión de ayudas para varios tipos de operaciones, como estudios y controles para una evaluación científica completa. El art. 80 sirve para financiar medidas de cartografía y vigilancia para mejorar el conocimiento del medio marino.

— También, y en último lugar, en nuestra opinión, se deberían apoyar los esfuerzos locales para hacer frente a este fenómeno o, incluso, transformarlo en una oportunidad para generar recursos económicos y consolidar actuaciones sociales en la generación de iniciativas emprendedoras en torno a la economía circular del aprovechamiento sostenible de las algas de arribazón⁷².

RESUMEN

ESPAÑA Y LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL CONVENIO DE AGUAS DE LASTRE EN EL ÁREA DEL ESTRECHO DE GIBRALTAR. A PROPÓSITO DEL ALGA INVASORA *RUGULOPTERIX OKAMURAE*

El estrecho de Gibraltar es un espacio marino singular con un extraordinario valor ambiental motivado por sus condicionantes geofísicos y como punto de encuentro de dos mares y dos continentes. Esta zona está siendo devastada por la presencia de un alga invasora procedente de Asia, denominada *Rugulopterix okamurae* con una capacidad de adaptación y crecimiento explosivo que ha sorprendido a la comunidad científica. Esta alga no solo afecta a los equilibrios ecológicos, sino también a actividades económicas fundamentales en el territorio como la pesca y el turismo, poniendo en peligro, incluso, la salud pública.

Todos los indicios apuntan a que la introducción del alga invasora se produjo a través de alguna descarga de agua de lastre. El Convenio para el control y la gestión del agua de lastre y los sedimentos de los buques (BWM) es el instrumento internacional clave en la lucha contra la dispersión de especies invasoras, uno de los grandes problemas ecológicos del mundo. Este convenio presenta ciertas dificultades de aplicación, que son especialmente visibles en el área del estrecho de Gibraltar. Esta zona se caracteriza por una alta conflictividad jurídica y política entre los Estados presentes en la región, no existiendo delimitaciones consensuadas de los espacios marinos. Adicionalmente, como paso estratégico para la navegación internacional, el estrecho presenta un régimen jurídico particular previsto en la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar que limita las facultades de los Estados ribereños.

Palabras clave: Convenio BWM, especies invasoras, alga *Rugulopterix okamurae*, estrecho de Gibraltar.

ABSTRACT

SPAIN AND THE PROBLEMS OF APPLICATION OF THE CONVENTION ON BALLAST WATER IN THE AREA OF THE STRAITS OF GIBRALTAR. ON THE INVASIVE ALGA *RUGULOPTERIX OKAMURAE*

The Strait of Gibraltar is a unique marine space with an extraordinary environmental value motivated by its geophysical conditions and by the fact of being a meeting point of two seas and two continents. This area is being devastated by the presence of an invasive alga from Asia, called *Rugulopterix okamurae* with an adaptive capacity and explosive growth that has surprised the scientific community. This alga not only affects ecological

⁷² En este sentido, es de destacar la actuación de la asociación Algas del Estrecho en Tarifa, constituida por el alumnado del Plan educativo «Algas Marinas del estrecho» perteneciente a la Sección de Educación Permanente Tarifa. Su centro motor es la generación de iniciativas emprendedoras en torno a la economía circular del aprovechamiento sostenible de las algas de arribazón, especialmente de la invasora asiática *Rugulopterix okamurae*. Véase su web: <https://www.algasdelestrecho.es/>.

balances, but also disrupts economic activities such as fishing and tourism, threatening as well the public health.

All indications suggest that the introduction of the invasive seaweed occurred through some discharge of ballast water. The International Convention for the Control and Management of Ships' Ballast Water and Sediments (BWM) is the key international instrument in the fight against the dispersion of invasive species, one of the world's greatest ecological problems. This agreement presents certain difficulties of application, which are especially visible in the area of the Strait of Gibraltar. This area is characterized by a high legal and political unrest between the States present in the region, where the maritime spaces are not delimited, and there are not any border agreement. Additionally, as a strategic route for international navigation, the strait of Gibraltar has a particular legal regime provided for in the United Nations Convention on the Law of the Sea limiting the powers of the coastal States.

Keywords: Convention BWM, invasive species, alga *Rugulopterix okamurae*, straits of Gibraltar.



Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
El Derecho de las relaciones exteriores/
The Law of foreign relations
Vol. 72/2, julio-diciembre 2020, Madrid, pp. 289-290
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.2a.01>
© 2020 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

II. FOROS

Coordinación a cargo de
Montserrat ABAD CASTELOS
(Derecho Internacional Público)
Miguel GARDEÑES SANTIAGO
(Derecho Internacional Privado)
Rafael GRASA HERNÁNDEZ
(Relaciones Internacionales)

EL DERECHO DE LAS RELACIONES EXTERIORES/ THE LAW OF FOREIGN RELATIONS

EL DERECHO ESPAÑOL DE LAS RELACIONES EXTERIORES

Nota introductoria

Montserrat ABAD CASTELOS

¿Debe impulsarse la configuración de un Derecho interno de las relaciones exteriores (DIRE)? ¿Vale la pena al menos incitar su conformación en cuanto sector normativo? Se entiende que este se trataría siempre de un Derecho *interior*, aunque ejerciese fundamentalmente una función conectora con el Derecho internacional. ¿Sería necesario o convendría pues contar con un Derecho español de las relaciones exteriores (DERE)? Si bien una respuesta afirmativa a las primeras interrogantes planteadas se abrió paso hace ya años en el ámbito estadounidense, una discusión intelectual amplia sobre este aspecto concreto aún no se había encendido como tal en España.

En este *foro*, dos eminentes *iusinternacionalistas* reflexionan y muestran su visión acerca de ello, inclusive tanto sobre las facetas de la posible proyección, alcance y límites que tal Derecho debería tener, como sobre las ventajas e inconvenientes de su existencia; esto es, que se derivarían de su consideración *autónoma*. A ambos, la *REDI* les solicitó que se adaptaran a un formato de *comentario-réplica*. Envíe que aceptaron desde el principio de manera incondicional. Al Profesor Espósito se le asignó así la elaboración del primer comentario en el tiempo, que debía contener su tesis, a la que el Profesor Roldán debería responder después, a la vista del texto enviado. Se aguardaba y animaba, de este modo, la sana y fundada divergencia de opiniones. Cuanta más diversidad de criterios, casi siempre mayor riqueza de contenido, y así se ha cumplido aquí. Las garantías adelantadas al solicitar las presentes contribuciones se confirmaron. Quienes lean ahora su contenido podrán explorar



sin duda argumentos persuasivos, desgranados de manera condensada en ambos comentarios.

Ciertamente, entre los puntos fuertes de un Derecho interno de las relaciones exteriores, los autores vienen a destacar, directa o indirectamente, entre otros: la oportunidad para analizar profundamente determinados conceptos y prácticas que precisan mayor estudio desde la perspectiva interna; la importancia de que el conocimiento de normas y principios internacionales pueda hacerse más fácilmente accesible para jueces y otros operadores jurídicos (algo de especial utilidad siempre que hay monismo); el incremento en la toma de conciencia acerca de las similitudes y diferencias con otros ordenamientos desde una perspectiva de Derecho comparado; o la importancia de escudriñar y airear, con aspiraciones de progreso, ciertos aspectos del ámbito de la acción exterior, el cual, pese a ser transversal y afectar a prácticamente a todos los sectores jurídicos, contemplados desde una perspectiva general e interna, aún está transido de ciertos vicios que suelen limitar su pedigree democrático. Entre los talones de Aquiles de apostar por la autonomía normativa, ya sea en general del DIRE o en particular del DERE, siempre puede temerse también por el riesgo de adaptación innecesaria de categorías jurídicas internacionales firmes, que incluso podrían llegar a verse lesionadas como tales, aunque estén bien establecidas. Por ello, un peligro latente en este sentido, nada baladí, sería el de remar en contra, en definitiva, de los ideales de un Derecho de Gentes genuinamente cosmopolita y universalista.

A la vista de lo anterior, esta es una oportunidad concebida, ante todo, para meditar acerca de las relaciones exteriores de España en perspectiva jurídica; siendo esto tal vez lo primordial, más allá de la opción final que a cada cual parezca especialmente convincente o deseable. Porque a la postre hay áreas de confluencia visibles entre las dos contribuciones que se recogen aquí, a la vez que ambas abonan el terreno para asegurar más debates posteriores, tanto a favor o en contra de la existencia del DIRE o del DERE en cuanto potencial sector normativo autónomo, como acerca de cualesquiera claves a tener en cuenta en caso de que se opte por una respuesta afirmativa (*v. gr.*, el problema de su delimitación).

EL DERECHO ESPAÑOL DE LAS RELACIONES EXTERIORES

Carlos ESPÓSITO*

SUMARIO: 1. EL DERECHO DE LAS RELACIONES EXTERIORES ¿DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA?—2. LA APROXIMACIÓN DE ESPAÑA AL DERECHO DE LAS RELACIONES EXTERIORES.—2.1. Textos académicos.—2.2. Legislación.—2.3. Decisiones judiciales.—3. EL RETO DEL DERECHO ESPAÑOL DE LAS RELACIONES EXTERIORES.

1. EL DERECHO DE LAS RELACIONES EXTERIORES ¿DISCIPLINA JURÍDICA AUTÓNOMA?

El Derecho de las Relaciones Exteriores (DRE) ha sido definido como «el Derecho interno de cada Estado que gobierna cómo interactúa ese Estado con el resto del mundo»¹. El DRE se compone de normas y prácticas de Derecho interno que regulan el poder de los Estados respecto de otros sujetos de Derecho internacional². En este sentido, el DRE comprendería normas internas reguladoras del uso de la fuerza armada por parte de los Estados, las inmunidades internacionales y las relativas a la celebración y aplicación de los tratados internacionales. Estas normas pueden tener distintos rangos en la jerarquía normativa de un Estado. Sirvan de ejemplo las normas constitucionales que regulan la celebración de tratados, como es el caso de los arts. 93 y 94 de la Constitución; leyes, como la que regula los tratados y otros acuerdos internacionales celebrados por España; o la distribución de poderes hacia el exterior en Estados de estructura compleja.

* Catedrático de Derecho internacional público, Universidad Autónoma de Madrid (carlos.esposito@uam.es).

Este trabajo está basado en una parte de mi capítulo «Spanish Foreign Relations Law and the Process for Making Treaties and Other International Agreements», en BRADLEY, C. A. (ed.), *Oxford Handbook on Comparative Foreign Relations Law*, OUP, 2019, pp. 205-222 (en adelante, *Oxford Handbook*).

¹ BRADLEY, C. A., «What is Foreign Relations Law», *Oxford Handbook*, Capítulo 1, pp. 3-20. Veáse también McLACHLAN, C., *Foreign Relations Law*, Cambridge, CUP, 2014.

² GIEGERICH, T., «Foreign Relations Law», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, <http://opil.ouplaw.com>.

Cabe subrayar que la definición habla de Derecho interno, no de Derecho internacional. Es importante destacar que el *DRE es primordialmente Derecho interno*: aunque puede confundirse o solaparse con el Derecho internacional, no es necesariamente ni principalmente Derecho internacional. En otras palabras, el Derecho de las relaciones exteriores *no es sinónimo* de Derecho internacional³.

El DRE debe distinguirse también del Derecho internacional comparado. Esta expresión no ha tenido un significado conceptual autónomo hasta hace muy poco tiempo. Algunas reputadas revistas e instituciones se llaman incluso Derecho internacional y comparado. Por otra parte, la mayoría de las revistas de Derecho internacional agregan su país o región a sus títulos, como es el caso de la *Revista Española de Derecho Internacional* o el *Spanish Yearbook of International Law*. Aún así, el concepto mismo de «Derecho internacional comparado» parece extraño al Derecho internacional, o al menos pareciera que debería serlo por definición en una rama del Derecho que aspira a ser universal. Sin embargo, desde hace relativamente poco, hay autores que perspicazmente se han mostrado a favor del estudio de un Derecho internacional comparado y hay incluso un grupo de académicos que han diseñado un ambicioso proyecto de investigación para una nueva línea de estudio del Derecho internacional que lleve ese nombre. El libro *Comparative International Law*⁴ delimita ese concepto y explora diferentes aproximaciones al Derecho internacional y, sobre todo, distintas formas de interpretar y aplicar normas que, en principio, son uniformes para todos por su carácter universal, como algunos tratados y costumbres internacionales.

Es evidente que alguna de las lecturas del DRE choca con el ideal universalista del Derecho internacional. McLachlan distingue cuatro concepciones del DRE: excluyente, internacionalista, constitucional y diplomática⁵. La *excluyente* tiene como principal función separar estrictamente lo interno de lo externo en la regulación del poder conectado con las relaciones exteriores. Aquí la constitución de un Estado operaría en un ámbito interno y las acciones externas del Estado quedarían fuera de su alcance, siendo reguladas solo por el Derecho internacional. En la concepción *internacionalista* del DRE, su función es realizar la incorporación del Derecho internacional en el ordenamiento interno del Estado mediante la creación de normas procesales y sustantivas necesarias para una apropiada aplicación del Derecho internacional. La concepción *constitucional*, por su parte, se identifica con las funciones básicas del constitucionalismo, es decir, la separación de poderes y la protección de los derechos fundamentales. Se reconoce en las reglas y prácticas

³ McLACHLAN, C., «Five Conceptions of The Function of Foreign Relations Law», *Oxford Handbook*, Capítulo 2, pp. 21-43.

⁴ ROBERTS, A., STEPHAN, P., VERDIER, P.-H. y VERSTEEG, M. (eds.), *Comparative International Law*, OUP, 2018. Véase una crítica de este proyecto en ASPREMONT, J. D., «Comparativism and Colonizing Thinking in International Law», manuscrito de octubre de 2019, disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3566052>.

⁵ McLACHLAN, C., «Five Conceptions of The Function of Foreign Relations Law», *op. cit.*, nota 3.

relativas a la distribución de poderes exteriores al Estado entre los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, así como entre entes territoriales en Estados de estructura compleja, como los Estados federales o nuestro Estado autonómico. La función del DRE en la concepción *diplomática* consistiría en la facilitación de las relaciones exteriores del Estado con otros sujetos y actores de las relaciones internacionales. Esta aproximación se ocuparía de asegurar la existencia de reglas internas para que estas relaciones ocurran con normalidad, y también favorecería la preservación de ámbitos de discrecionalidad del poder ejecutivo en la práctica de esas relaciones exteriores. Por supuesto, diversos elementos de estas concepciones conviven y se superponen en casi todos los casos, pero la clara preponderancia de una comprensión sobre otras ayuda a entender mejor el tipo de DRE de cada país.

2. LA APROXIMACIÓN DE ESPAÑA AL DERECHO DE LAS RELACIONES EXTERIORES

España cuenta con un gran número de complejas y diversas normas de Derecho interno que podrían ser incluidas en el concepto de Derecho de las relaciones exteriores. Los juristas españoles aún no hemos discutido la necesidad o la conveniencia de considerar al DRE como una disciplina con entidad normativa propia. Con la excepción del Derecho de la Unión Europea, las normas típicamente asociadas con el DRE se han enseñado normalmente en las Facultades de Derecho como parte integrante del Derecho internacional público, ya sea en relación con la competencia para celebrar tratados y los procedimientos internos de celebración de los tratados, o en conexión con la recepción del Derecho internacional en España y su aplicación por los funcionarios públicos y la judicatura⁶.

Sin embargo, el Derecho español que regula los asuntos exteriores podría ser descrito como una rama del Derecho interno relacionado con las relaciones internacionales. Existen pruebas de que los participantes en el proceso son conscientes de esta realidad, ya sean académicos, funcionarios públicos, legisladores, jueces o profesionales. Algunos ejemplos relacionados con textos académicos, leyes y decisiones judiciales apoyan esta observación.

2.1. Textos académicos

En Estados Unidos, donde el DRE es una disciplina jurídica bien establecida, los expertos suelen citar algunos títulos que han moldeado esa disciplina, particularmente la primera edición de 1972 del clásico libro de Henkin,

⁶ Véanse, e. g., REMIRO BROTONS, A. et al., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 629-668; CASANOVAS, O. y RODRIGO, A. J., *Compendio de Derecho Internacional Público*, 7.^a ed., Tecnos, 2018, pp. 156-162. Elementos del DRE aparecen también, aunque en menor medida, en las asignaturas de Derecho constitucional, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Alemania, donde se incorporan a la enseñanza de la teoría del Estado.

*Foreign Affairs and the Constitution*⁷. Aunque España carece de tal enfoque sistemático, cuenta desde hace décadas con títulos que responden bien al objeto del DRE. El libro de Remiro Brotóns, *La Acción Exterior del Estado*, publicado en 1984, es un buen ejemplo que contiene los elementos esenciales del DRE⁸. Roldán Barbero publicó una completa monografía sobre las relaciones exteriores de España en 2001, que abarca la mayoría de los asuntos relacionados con el DRE⁹. Al lector especializado en Derecho internacional se le ocurrirán otras tantas interesantes contribuciones. Esos textos adoptan la perspectiva de Derecho internacional en vez de un enfoque primordialmente de Derecho interno¹⁰. Sin embargo, los temas y objetos de esos libros constituyen el núcleo del DRE. En la medida en que los textos abordan reglas y prácticas internas comprendidas por el DRE, contienen una forma específicamente española de concebir esas reglas y prácticas internas que rigen las interacciones internacionales de España¹¹.

2.2. Legislación

El legislador español ha mostrado en los últimos años un interés creciente y sobresaliente respecto de cómo el ordenamiento interno ha de contemplar las relaciones del Estado en la esfera internacional. Desde 2014 España ha adoptado nuevas piezas importantes de legislación que afectan a las relaciones exteriores, que comprende leyes ambiciosas en su ámbito de aplicación como la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales¹², la Ley Orgánica sobre Privilegios e Inmunidades de los Estados Extranjeros¹³, y la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado¹⁴.

Cada una de estas leyes responde a diferentes necesidades normativas y prácticas. La Ley sobre Privilegios e Inmunidades de los Estados Extranjeros es un buen ejemplo. La adjudicación de inmunidades jurisdiccionales de los

⁷ HENKIN, L., *Foreign Affairs and the US Constitution*, Clarendon Press, 2.^a ed., 1996.

⁸ REMIRO-BROTÓNS, A., *La Acción Exterior del Estado*, Tecnos, 1984.

⁹ ROLDÁN BARBERO, J., *Las Relaciones Exteriores de España*, Dykinson, 2001.

¹⁰ Ilustra esta lectura de Derecho internacional la recensión de CARDONA-LLORENS, J., en *REEI*, 2012, núm. 4.

¹¹ Cfr. ROBERTS, A., *Is International Law International*, OUP, 2017.

¹² Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, *BOE* núm. 288, de 28 de noviembre de 2018. Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, Civitas, 2015.

¹³ Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España, *BOE* núm. 258, de 28 de octubre de 2015. Véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: Gestión y Contenido*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2016, núm. 55.

¹⁴ Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, *BOE* núm. 74, de 26 de marzo de 2014. Véase DE LAIGLESIAS, J. P., «La Ley de la acción y del servicio exterior del Estado. Un intento fallido», *REDI*, vol. 67, 2015, pp. 317-321.

Estados fue llevada a cabo por la judicatura sobre la base del Derecho internacional consuetudinario sin mayores problemas de interpretación¹⁵. De hecho, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados extranjeros estableció desde 1986 claras excepciones a la norma de las inmunidades, dejando atrás la interpretación absoluta del principio¹⁶. Esta jurisprudencia ha sido sostenida y ulteriormente desarrollada por el Tribunal Constitucional cuando la norma de la inmunidad de los Estados extranjeros fue impugnada desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva¹⁷. La falta de legislación española no fue, por tanto, un impedimento para la aplicación y el desarrollo del Derecho de las inmunidades del Estado extranjero en España.

La incorporación del Derecho internacional consuetudinario mediante una ley interna, que casi no difiere en su redacción de la Convención de Naciones Unidas de 2004 sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, ofrece una capa adicional de certeza a los jueces nacionales que aplican la Ley Orgánica de Privilegios e Inmunidades de los Estados Extranjeros, y permite a los funcionarios públicos resolver cuestiones administrativas espinosas de una manera más sencilla, por ejemplo, garantizando inmunidades oportunas y adecuadas a los asistentes a las conferencias internacionales que tienen lugar en España, sin tener que celebrar un nuevo tratado internacional para todas y cada una de esas conferencias¹⁸.

2.3. Decisiones judiciales

La jurisprudencia sobre el DRE ha sido tradicionalmente bastante escasa en España, pero se ha vuelto mucho más común en tiempos recientes. La jurisprudencia sobre inmunidades jurisdiccionales ha sido ya mencionada, mostrando un apropiado manejo judicial del Derecho internacional consuetudinario¹⁹ y los tratados internacionales²⁰. El supuesto más conocido de práctica judicial relacionada con el DRE en España es la serie de casos basados en el principio de jurisdicción universal que comenzaron en 1996.

Los procesos penales basados en la jurisdicción universal fueron posibles porque, al principio, la ley que regía la jurisdicción universal tenía un alcance

¹⁵ Un estudio de referencia de las inmunidades jurisdiccionales en España para esa época es el libro de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas, 1990. Véase también GASCÓN-INCHAUSTI, F., *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial Frente a Estados Extranjeros*, Civitas, 2008.

¹⁶ STS (Sala de lo Social), de 1 de diciembre de 1986.

¹⁷ SSTC 107/1992, de 1 de julio; 292/1994, de 27 de octubre; 18/1997, de 10 de febrero, y 179/2001, de 17 de septiembre.

¹⁸ Véanse los arts. 42-48 de la Ley sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, *op. cit.*, nota 13.

¹⁹ Véanse las referencias citadas anteriormente en las notas 16-17.

²⁰ Véase STC 140/95, de 28 de septiembre, y ESPÓSITO, C. y GARCIMARTÍN, F. J., «El Artículo 24 de la Constitución y la inmunidad civil de los agentes diplomáticos extranjeros (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995)», *REDI*, vol. 16, 1996, núm. 41, pp. 257-292.

muy amplio. De hecho, el modelo original español de jurisdicción universal, establecido en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985²¹, se basaba únicamente en la naturaleza de los delitos cometidos, sin ningún tipo de limitaciones o requisitos, como la nacionalidad de las víctimas o la presencia de los presuntos autores de los delitos en territorio español. Esta estructura allanó el camino para una jurisdicción universal no solo para «acusados de *bajo coste*»²², que podía convertirse en una herramienta adecuada para luchar contra la impunidad en todo el mundo. En aquel momento, el Tribunal Constitucional, en desacuerdo con una interpretación restrictiva del Tribunal Supremo, sostuvo una interpretación amplia de esa disposición en su sentencia de 2005 sobre el caso del genocidio del pueblo maya²³, afirmando que, tal como estaba legislado, el principio de jurisdicción universal fue diseñado para tener un carácter absoluto, basado solo en la naturaleza particularmente grave de los delitos que son objeto de su persecución.

El Gobierno español, con el apoyo de la oposición y bajo la presión de algunos gobiernos extranjeros, introdujo varias restricciones a la disposición de jurisdicción universal en 2009, pero la reforma fue redactada de manera deficiente en relación con la finalidad que perseguía y, lógicamente, no resultó efectiva a la hora de restringir el alcance de la base universal de jurisdicción²⁴. Una reforma restrictiva mucho más eficaz fue aprobada el 14 de marzo de 2014, provocando lo que Sánchez Legido ha denominado «el fin del modelo español de jurisdicción universal»²⁵. Esta reforma, de nuevo estimulada por la presión externa de poderosos países extranjeros que reaccionaban contra las investigaciones judiciales llevadas a cabo por la Audiencia Nacional²⁶, estableció nuevos requisitos relativos a los presuntos autores de los delitos, quienes ahora tienen que ser españoles o residir en España, junto con la estricta aplicación del principio de subsidiariedad y la limitación de la acción popular. El Tribunal Supremo sostuvo que la nueva concepción del principio de jurisdicción universal, tal y como fue enmendado en 2014, era conforme tanto respecto del Derecho internacional como el Derecho constitucional en una larga y profundamente razonada sentencia sobre el presunto genocidio de China y los crímenes contra la humanidad cometidos contra el pueblo

²¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985.

²² Expresión de LANGER, M., «The Diplomacy of Universal Jurisdiction: The Political Branches and the Transnational Prosecution of International Crimes», *AJIL*, vol. 105, 2011, pp. 2-3.

²³ Véase STC 237/2005, de 26 de septiembre.

²⁴ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal, *BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 2014.

²⁵ SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *REEI*, 2014, núm. 27. Véase también «Agora on Universal Jurisdiction in Spain», *SYBIL*, vol. 18, 2013-2014, pp. 223-316. Véase también del mismo autor «El papel del juez nacional en la represión de los crímenes internacionales: jurisdicción universal y problemas conexos», en DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ESPÓSITO, C., IZQUIERDO SANS, C., y TORRECUDRADA, S. (eds.), *Principios y Justicia en el Derecho Internacional. Libro homenaje al Profesor Antonio Remiro Brotóns*, Dykinson, 2018, pp. 223-330.

²⁶ En particular, el descontento del Gobierno chino respecto a las investigaciones judiciales llevadas a cabo en relación con los casos del Tibet y del Falun Gong ante la Audiencia Nacional, las cuales incluían a dos ex Presidentes de la República Popular China, Jiang Zemin y Hu Jintao.

del Tibet²⁷. A su vez, el Tribunal Constitucional, en una sentencia que llama la atención por la utilización del concepto de control de convencionalidad, sostuvo la constitucionalidad de la jurisdicción universal según la reforma de 2014²⁸.

El DRE es distintivo en todos estos ejemplos, donde se divisan elementos de las diferentes concepciones antes descritas. Esos casos, sin embargo, están lejos de una visión excluyente o excepcionalista del Derecho internacional. Al contrario, tanto las normas como los participantes en el proceso insisten en la idea de que el Derecho interno debe ser aplicado e interpretado de conformidad con el Derecho internacional. Este mandato está explícitamente incorporado en la Constitución, que establece en su art. 96.1 que los tratados internacionales «solo podrán ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional». La Constitución también dispone que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades «se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España»²⁹.

3. EL RETO DEL DERECHO ESPAÑOL DE LAS RELACIONES EXTERIORES

El DRE español, según las categorías de McLachlan³⁰, puede ser descrito como predominantemente internacionalista y constitucionalista, con reglas de distribución de competencias, normas constitucionales y funciones diplomáticas. En cambio, el DRE español no es excluyente, no responde a una visión separatista del orden interno e internacional.

Las normas constitucionales y las disposiciones legislativas, la jurisprudencia y la práctica en general, respaldan esta afirmación. De hecho, el diseño constitucional favorece una concepción internacionalista del DRE español mediante normas que incorporan el Derecho internacional de una manera totalmente operativa y directa, ya que considera al Derecho internacional consuetudinario y los tratados internacionales válidamente celebrados como parte del ordenamiento jurídico español. Además, los derechos fundamentales y las libertades reconocidas en la Constitución deben ser interpretados de conformidad con las convenciones internacionales de derechos humanos. Al mismo tiempo, la Constitución hace suyo el sistema de fuentes del orden jurídico internacional en tanto en cuanto los tratados internacionales solo pueden

²⁷ STS (Sala de lo Penal, Sección 1.^a) de 6 de mayo de 2015.

²⁸ STC 140/2018, de 20 de diciembre de 2018.

²⁹ Véase SAIZ-ARNAIZ, A., «Comentario del art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos», en CASAS, M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (eds.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, BOE, 2018, pp. 230-254.

³⁰ Véase McLACHLAN, C., *op. cit.*, nota 3 y la primera parte de este escrito.

ser derogados, modificados o suspendidos en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional³¹.

El reto de un DRE como disciplina autónoma, sin embargo, más que descriptivo es normativo. En otras palabras, la discusión sobre un DRE español debe responder a la pregunta sobre su bondad y beneficios comparados con sus desventajas e inconvenientes. Estos últimos incluyen el peligro de favorecer una visión parroquial del Derecho internacional frente a una visión universal. El DRE podría incluso tener un efecto de sustitución del Derecho internacional por el Derecho interno y, por tanto, debilitar al primero³². También podría representar un desafío para ciertas teorías de fuentes del Derecho internacional, sobre todo en lo que se refiere al valor de la práctica de los Estados, aunque esto no necesariamente es un valor negativo o positivo en sí mismo.

En relación con los posibles beneficios de concebir al DRE como disciplina separada, habría que mencionar las consecuencias que podría tener la especialización para identificar y analizar conceptos y prácticas jurídicas³³, así como los beneficios que podrían derivarse para la interpretación y aplicación judicial de normas complejas relacionadas con el Derecho internacional. Ayudaría a desarrollar estudios de Derecho comparado, a reflexionar sobre categorías como dualismo y monismo desde puntos de vista diferentes, y podría arrojar nueva luz sobre la unidad y pluralismo del Derecho internacional. Todo esto podría ser útil y beneficioso para nuestro sistema jurídico y para el Derecho internacional, siempre y cuando la concepción del DRE español rechace el excepcionalismo.

En conclusión, teniendo en cuenta estas ventajas y desventajas, aun cuando no se considere necesario abrazar una nueva disciplina jurídica de estas características, y aunque solo fuese por razones pragmáticas, resulta en todo caso conveniente tener conciencia y tomar en serio la existencia de un DRE español.

Palabras clave: Derecho de las relaciones exteriores, Derecho de las relaciones exteriores español, Derecho internacional y Derecho interno español, Derecho internacional comparado.

Keywords: Foreign Affairs Law, Spanish Foreign Affairs Law, International law and domestic law, Comparative International Law.

³¹ Véase ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., «Comentario al Artículo 96», *Comentarios a la Constitución*, *op. cit.*, nota 29, pp. 355-373. Sobre la eficacia de los tratados en el ordenamiento español, véase DÍEZ-HOCHLEITNER, J., «Comentario al Artículo 30», *Comentarios a la Ley de Tratados y Otros Acuerdos Internacionales*, *op. cit.*, nota 15, pp. 532-560.

³² Véase KNOP, K., «Foreign Relations Law: Comparison as Invention», *Oxford Handbook*, pp. 51 y 54.

³³ Véase BRADLEY, C., *op. cit.*, nota 1. Véase también RODILES, A., «Executive Power in Foreign Affairs: The Case for Inventing a Mexican Foreign Relations Law», *Oxford Handbook*, p. 126.

DERECHO ESPAÑOL DE LAS RELACIONES EXTERIORES: ¿UN *TERTIUM GENUS*?

Javier ROLDÁN BARBERO*

SUMARIO: 1. LA INELUCTABLE INTERACCIÓN ENTRE AMBOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.—2. LA CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO INTERNO DE LAS RELACIONES EXTERIORES (DIRE).—3. EL DERECHO ESPAÑOL DE LAS RELACIONES EXTERIORES (DERE). SUS FUNDAMENTOS.—4. EL DERE. SU DIVERSIFICACIÓN TERRITORIAL Y PERSONAL.—5. EL DERE. SU EXCEPCIONALISMO Y SU CALIDAD DEMOCRÁTICA.—6. EL DERE. SU ÁMBITO MATERIAL. CONCLUSIONES.

1. LA INELUCTABLE INTERACCIÓN ENTRE AMBOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

El Derecho internacional y el Derecho estatal son sistemas distintos, pero no constituyen esferas enfrentadas ni separadas. Un Estado bien organizado (un Estado de Derecho propiamente) debe mantener *ad intra* y *ad extra* una actividad normativa coherente, coordinada y complementaria entre sí. El derrumbe de un Estado convulsiona a la comunidad internacional; el caos internacional sacude al Estado. Ambos ordenamientos jurídicos contagian al otro sus propias flaquezas. Ambos ordenamientos jurídicos se necesitan y se asisten mutuamente, han de hacerlo lealmente. El Derecho interno requiere el Derecho internacional para la realización de sus funciones y de sus objetivos; hasta para su sostenimiento y restauración en ocasiones de crisis. El Derecho interno llega a regular determinados contratos y acuerdos internacionales. El Derecho de Gentes interviene cada vez más en las relaciones internas y entre particulares. El Derecho internacional —que no es un sistema jurídico alógeno— tiene, por su parte, al Estado como factor decisivo para su creación y su ejecución, sea esta normativa o administrativa, si bien no permite que el Derecho nacional conturbe su aplicación ni su régimen de responsabilidad internacional. En consecuencia, ambos ordenamientos jurídicos están interconectados y no hay más remedio lógico, en consecuencia,

* Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad de Granada (jroldanb@ugr.es).

que profesar en este orden de ideas un monismo interordinamental, nada excluyente. El Derecho interno, en su desdoblamiento funcional y para su propio perfeccionamiento, ha de invocar y ponerse al servicio del Derecho internacional, el cual va adquiriendo una naturaleza constitucional y una orientación, no solo hacia los Estados, sino también hacia otros sujetos y actores supra o infraestatales; también hacia bienes públicos globales, hacia grandes conceptos como la Humanidad o la Naturaleza. Este aserto nos introduce ya, propiamente, en el objeto de este comentario.

2. LA CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO INTERNO DE LAS RELACIONES EXTERIORES (DIRE)

En el mundo estadounidense se acuñó la idea de un sector normativo del Derecho interno consistente en entresacar de ese Derecho la normativa relacionada con el Derecho internacional. Por consiguiente, el enfoque es internista en sus fuentes, pero internacionalista en sus fines. Se trataría de una parte de la política jurídica exterior del Estado, pues este DIRE no abarcaría los derechos y obligaciones internacionales que cada país ha tratado con los demás (lo cual sería, en puridad, el Derecho internacional, ordenamiento que precisamente se remite al DIRE nacional para su perfeccionamiento, como ocurre con la manifestación del consentimiento para obligarse por un tratado internacional). Entre nosotros, Carlos Espósito, como se colige del comentario precedente, es el principal impulsor de este movimiento en sintonía con el espíritu curioso que siempre ha guiado al apreciado colega. Por mi parte, publiqué una monografía sobre las relaciones exteriores de España en la que seguía un hilo conductor diferente y en la que, por tanto, combinaba y entrelazaba la dimensión autónoma e internacional de nuestra acción exterior. Lo hice en el año 2001, año que resultaba futurista en el siglo xx y ahora pertenece al pasado casi remoto, casi obsoleto ya¹.

Claro, el DIRE comunica también con el Derecho comparado, ya que los distintos ordenamientos nacionales intercambian influencias y, sobre todo, porque el Derecho internacional —y no solo el Derecho de la Unión Europea— surte un poderoso efecto de armonización de las legislaciones nacionales, en especial las de un mismo entorno y más tupidas relaciones entre sí. La estructura de poder está naturalmente presente en este estado de cosas, pues hay Estados más influyentes y hasta convincentes, y no siempre mediante el mero *soft power*, para condicionar el Derecho interno de los demás. En realidad, la práctica interna e internacional de algunos Estados (cuyo estudio es señá de identidad de algunas escuelas científicas de Derecho internacional, como la fecunda asturiana) tiene al mismo tiempo más peso en la configuración de la costumbre internacional, sin que a menudo se pueda decir a ciencia cierta si una determinada norma interna participa en la elaboración (fase ascendente) o ya en la aplicación (fase descendente) de la norma con-

¹ ROLDÁN BARBERO, J., *Las relaciones exteriores de España*, Madrid, Dykinson, 2001.

suetudinaria internacional, dado el carácter inaprehensible de este fenómeno jurídico. Hay, ciertamente, entre los sistemas jurídicos estatales distintos niveles de exposición y receptividad hacia el Derecho internacional, de modo que, en el marco de ese enfoque comparativo, se puede trazar un panorama *situacionista* de cada Derecho interno, ninguno verdaderamente igual a los demás. En correcto Derecho internacional, cada Derecho interno debería, eso sí, atenerse, sin modificarlas, a las categorías jurídico-internacionales no susceptibles de adaptación nacional; pero ya se sabe que los parámetros del Derecho internacional son objeto en la normativa y en la práctica internas de un tratamiento muy heterogéneo, no siempre respetuoso con el ámbito internacional. Ese *situacionismo* estatal a la hora de tratar al Derecho internacional deriva, a su vez, de causas diversas: por ejemplo, la cultura jurídica y el desarrollo social de los países subdesarrollados dificulta su adaptación jurídica al intenso tráfico-jurídico exterior. Tranquiliza pensar que prácticamente todos los sistemas nacionales afirman, y por tanto, acreditan, la existencia del Derecho internacional, puesto que los Estados son los supremos hacedores del Derecho de Gentes. Y no podemos ser negacionistas también del Derecho nacional.

Claro, se plantea un problema de ubicación científica de este sector normativo, tradicionalmente objeto de estudio en esencia por parte de la doctrina iusinternacionalista, pero transversal en la medida en que penetra en todas las ramas del Derecho positivo. Al no haber excesivo crédito (ni académico ni económico) de por medio, la disputa interdisciplinar no ha de encarnarse. El DIRE para el que lo trabaja y lo comprende, podríamos decir. Sin embargo, enseguida salta a la vista el problema de los límites de este sector normativo, su efectivo campo de operaciones y de estudio. Tengamos presente, como se lee en el comentario precedente, que la doctrina anglosajona y el propio Carlos Espósito conceptúan al DIRE como aquella normativa interna relacionada, interactuada con las relaciones internacionales. Eso cubre mucho, y casi incommensurable, terreno. Distinto sería, y más modesto y más acotado, si las pretensiones de este sector normativo se circunscribieran al equipamiento jurídico de cada Estado para afrontar las relaciones jurídicas exteriores. Así, y muy notablemente, la celebración, recepción y ejecución de tratados internacionales.

Pero pospongamos esta cuestión al apdo. 6 y conclusivo porque antes conviene ya entrar en la perspectiva específicamente española.

3. EL DERECHO ESPAÑOL DE LAS RELACIONES EXTERIORES (DERE). SUS FUNDAMENTOS

La regulación en España —país «nodal» en muchos aspectos—² de lo que podríamos llamar, con alguna licencia, «leyes internacionales» ha sido muy

² Véase MORILLAS, P., «Una política exterior nodal», *El País*, 6 de marzo de 2020.

tardía. Por situarnos, desde el tardofranquismo, en los últimos cincuenta años y en lo referente a la caracterización jurídica del tratado internacional —coordenada básica del DERE—, solo en 1972 se reglamentó la ordenación de la actividad de la Actividad del Estado en esta materia³; y solo en 1974, en el marco de la reforma del Título preliminar del Código Civil, se clarificó legalmente la inserción del tratado como fuente del Derecho español previa publicación en el *BOE*⁴. Ello por no hablar de otras impuntualidades notorias en materias específicas, como fue la no tipificación penal del delito de genocidio hasta 1968.

La democratización de nuestro sistema político estuvo acompañada, como dos caras de la misma moneda, de un mayor compromiso internacional. La internacionalización de un orden jurídico se entiende, más aún con el rebrote del virus nacionalpopulista, como una opción ideológica progresista. Sin embargo, como Antonio Remiro consignó magistralmente en sus estudios sobre el tema, las bases constitucionales de 1978 —reformadas solamente en dos oportunidades, ambas precisamente inducidas por la UE— resultan endeble desde el punto de vista del Derecho internacional⁵: sin fórmula general y explícita de recepción y acatamiento de este ordenamiento jurídico, con una cláusula «Europa» tácita y enrevesada, con la atención polarizada únicamente en los tratados internacionales, con la redundancia «tratados y convenios», incluso con la contradicción intrínseca de admitir el recurso de inconstitucionalidad contra un tratado internacional y, al mismo tiempo, proclamar que el tratado solo puede ser derogado, modificado o suspendido de acuerdo con sus propias disposiciones o con las del Derecho internacional general (art. 96.1 *in fine*), dato este que, por añadidura, infunde a la Constitución de 1978 un elemento incierto de cambio, puesto que esas disposiciones generales, básicamente contenidas en las Convenciones de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, están sujetas a un eventual y difuso proceso de modificación marcado por el Derecho consuetudinario. Eso sí, nuestra Carta Magna, ya cuarentona, se muestra hospitalaria con la protección internacional de los derechos humanos.

La exuberancia de la política exterior desplegada por el Reino de España en este periodo democrático ha dejado aún más endeble el Derecho constitucional de las relaciones exteriores. El Estado parece creer en la legalidad de su comportamiento internacional, como se atestigua con la declaración unilateral, hecha en 1990, de aceptación (aunque con reservas) de la jurisdicción obligatoria del Tribunal Internacional de Justicia. Sin embargo, los miembros del DERE, también los infraconstitucionales, se antojaban insuficientes y hasta anacrónicos. En efecto, el mencionado Decreto de 1972 ha seguido surtiendo efecto mucho tiempo, salvo en lo que tenía de inconstitucional; los funcionarios internacionales han carecido durante décadas de un régimen jurídico específico; en punto a las inmunidades ordenadas por el Derecho

³ Decreto 801/1972, de 24 de marzo, *BOE* núm. 85, de 8 de abril de 1972.

⁴ Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, *BOE* núm. 163, de 9 de julio de 1974.

⁵ Véase especialmente REMIRO BROTONS, A., *La acción exterior del Estado*, Madrid, Tecnos, 1984.

internacional, el Tribunal Constitucional tuvo que escrutar en la costumbre internacional en 1992 para descifrar el estado al respecto del Derecho internacional, al que se remite —junto a la legislación española— el art. 21.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985⁶.

Este estado de cosas reñido con la seguridad jurídica ha sido, como señala Espósito en su exposición, en gran parte reparado, más allá de los reproches concretos que se puedan argüir, con tres leyes «fundamentales» en materia de DERE, promulgadas durante la X Legislatura (en concreto, en el bienio 2014-2015), siendo Ministro de Asuntos Exteriores y Cooperación José Manuel García-Margallo: en materia de tratados y otros acuerdos internacionales⁷; sobre la acción y el servicio exterior del Estado; y sobre los privilegios e inmunidades de Estados extranjeros, Organizaciones internacionales con sede u oficina en España y Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

Aun así, y en términos generales, a mi juicio el Derecho internacional de las relaciones exteriores en España, y más aún la práctica y la cultura jurídicas en este campo, sigue siendo defectuoso. Ciertamente, no todo es norma jurídica: la práctica nos ofrece desatinos como publicaciones intempestivas de tratados en el *BOE*, bifurcando su eficacia interna y su eficacia internacional; acuerdos secretos, en contravención del mandato tácito constitucional de que no haya tratados desconocidos para las Cortes Generales, por no hablar de la proliferación de acuerdos no normativos; la jurisprudencia comete errores y negligencias ocasionales de bullo, si bien predomina la buena predisposición hacia la normativa internacional; y la indolencia e impericia que suelen mostrar los parlamentarios españoles en temas internacionales por falta de preparación y de réditos electorales (así, resulta manipulador y deficiente su manejo de los principios estructurales del Derecho internacional, cuando la ocasión se ha presentado)⁸. Importa que el DERE, según una suerte de principio de equivalencia, no sea menospreciado —por su presunta fuerza jurídica menor contagiada del Derecho internacional, por su presunta mayor facilidad e impunidad para ser conculado— en comparación con las normas internas de uso interno del Derecho español. En todo caso, al transgredir el DERE se está contraviniendo, obviamente, el Derecho interno. Pero a eso me referiré brevemente en el apdo. 5 de este comentario.

4. EL DERE. SU DIVERSIFICACIÓN TERRITORIAL Y PERSONAL

Nuestra democracia ha conocido y alentado una expansión personal de la política exterior del Estado, el cual no dispone ya propiamente de su mono-

⁶ STC 107/1992, de 1 de julio.

⁷ Debemos destacar a este propósito la enciclopédica obra dirigida por ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *Comentario a la Ley de tratados y otros acuerdos internacionales*, Madrid, Civitas, 2015.

⁸ MARRERO ROCHA, I., «El discurso jurídico internacional en los debates en el Congreso de los Diputados: los casos de Kosovo y la guerra de Irak», *REDI*, vol. 57, 2005, núm. 1, pp. 49-87.

polio, por tanto. Podríamos hablar de una socialización de la política exterior de España con una mayor implicación de la sociedad civil y con la acción internacional planificada por las grandes empresas del país. Política exterior somos, de alguna forma, todos, podríamos decir.

En este orden de ideas es asimismo sobresaliente la descentralización administrativa que ha experimentado el DERE con una participación rampante de las entidades infraestatales. Este fenómeno ha provocado debates y disputas de Estado (piénsese en las oficinas exteriores de ciertas Comunidades Autónomas como Cataluña) y fue la razón principal de la demora en la adopción de una ley de tratados, que permite a una Comunidad Autónoma celebrar esos «otros acuerdos internacionales»: los no normativos y los administrativos. La Constitución de 1978 parecía diseñar un Estado descentralizado *ad intra* y centralizado *ad extra*, también por el Derecho comparado al respecto, que suele proclamar la unidad de la política exterior, y por efecto del Derecho internacional, que es un sistema recentralizador al priorizar al Estado como interlocutor y único responsable internacional. Las propias urgencias que presiden las relaciones internacionales contemporáneas parecen privilegiar al Estado como unidad. Piénsese, por ejemplo, en el bloqueo ocasionado por Valonia al acuerdo económico y comercial de la UE y sus Estados miembros con Canadá (CETA), al tener que dar su parlamento regional el visto bueno al mismo por imperativo del Derecho federal belga. Es verdad que el Derecho internacional, por lo general, suele imponer al ordenamiento jurídico estatal una obligación de resultado, dejándole autonomía institucional y procesal para alcanzar ese resultado. También es cierto que la doctrina del Tribunal Constitucional y los nuevos Estatutos de Autonomía han amparado, bajo ciertas condiciones, esta profusa política exterior de las autonomías.

Desde el punto de vista subjetivo y territorial, el Derecho español de las relaciones exteriores encierra otra vertiente relevante: el factor europeo. La política jurídica exterior de la UE condiciona la de sus Estados miembros, aun en su ordenamiento interno, de tal modo que, impulsado por un purismo jurídico europeo para nuestra Constitución, su art. 97 bien podría decir que el Gobierno dirige la política exterior española en el marco de la política exterior europea, que comporta, por ejemplo, acuerdos internacionales mixtos o bien una, siempre tentativa, Política Exterior y de Seguridad Común (PESC). Esta política tiene un marcado y preponderante contenido *ad intra*, frente al contenido más extravertido y convencional de las llamadas relaciones exteriores de la UE (herederas de la primitiva Comunidad Europea).

5. EL DERE. SU EXCEPCIONALISMO Y SU CALIDAD DEMOCRÁTICA

Decíamos al principio de estas páginas que un Estado propiamente de Derecho ha de realizar y observar una actividad normativa coherente en el plano internacional y en el interno, siendo el Derecho interno de las rela-

ciones exteriores una bisagra fundamental a tal efecto. Pues bien, Derecho internacional y Derecho español (este enmarcado en el europeo) promueven y protegen de consumo la tríada política occidental de Democracia-Estado de Derecho-Derechos humanos. Sin embargo, ese trípode no siempre resulta correlativo, como está llamado a ser. No son buenos tiempos, ya se sabe, para el Estado de Derecho. A veces, las elecciones democráticas arrojan resultados nocivos para el Derecho interno y el Derecho internacional, así como para la salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales. Se trata además de que la propia comunidad internacional y el ordenamiento jurídico que produce, al tiempo que tutelan las democracias nacionales, estén regidos, ellos mismos, por una buena gobernanza.

A pesar de que en los últimos treinta años el Derecho internacional se ha orientado visiblemente a favorecer los principios democráticos, él mismo, con sus limitaciones, inocula en los sistemas jurídicos internos formas jurídicas reñidas con el buen Derecho. Piénsese, por ejemplo, en la proliferación de acuerdos de *soft law*, tales como SOFA y MOU, que escapan al conocimiento y control parlamentario y judicial, lo mismo que a la seguridad y a la publicidad normativas, en violación del art. 9.3 de la Constitución española. En la medida en que crece el tráfico-jurídico internacional es ineluctable que se deteriore el Estado democrático en España. Las relaciones internacionales son un campo abierto para la opacidad y la incertidumbre jurídicas.

Ahí reside la paradoja que preside el DERE: la democracia española se ve fomentada y escrutada por el Derecho internacional, con especial monitoreo de los derechos humanos una vez agotados los recursos internos, y al mismo tiempo, y como contraposición, la incidencia del Derecho internacional en el ordenamiento jurídico español empaña el imperio de la ley, perjudica a una democracia bien calificada en listas internacionales. Claro, el Derecho español puede conferir un amparo adicional al jurídico-internacional, tal como ocurre en punto a la protección diplomática, al convertir el Derecho del Estado reconocido por el Derecho internacional en un motivo que, por omisión de dicha protección, puede generar la responsabilidad patrimonial de la administración, tal como la sentencia en el caso *José Couso*, dictada por la Audiencia Nacional el 11 de diciembre de 2019, ha establecido, para disgusto del Gobierno de la nación, que la ha recurrido considerando esta doctrina «inasumible» para el Estado⁹.

El DERE está enmarcado en un sistema político y jurídico general: el Derecho interno de España. Sin embargo, es natural e inevitable que el DIRE tenga particularismos que ha llevado a uno de sus teóricos, Curtis Bradley, a pregonar su «excepcionalismo»¹⁰. La formulación del consentimiento del Estado para crear las normas internacionales, singularmente los tratados y acuerdos no normativos, ha de ser peculiar, pues el Derecho internacional es

⁹ SAN (Sección 4.^a de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional) 494/2005.

¹⁰ BRADLEY, C. A., «What is Foreign Relations Law?», en BRADLEY, C. R. (ed.), *Oxford Handbook on Comparative Foreign Relations Law*, OUP, 2019, pp. 205-222.

una labor coral, no unilateral. A su vez, las distintas formas de crear Derecho internacional responden a distintas formas de expresar el consentimiento del Estado en obligarse. En el caso español, el Tribunal Constitucional ha desautorizado el instrumento del Decreto-ley, reservado para actos internos, con vistas a vincularse a un acuerdo internacional, cualquiera que fuera la «urgente y extraordinaria necesidad» para tal trámite¹¹. Por otra parte, nuestra Constitución solo contempla la aprobación de un acto jurídico interno —una Ley Orgánica— para consentir en obligarse por un tipo de tratado internacional (en concreto, para los tratados previstos en el art. 93).

El «excepcionalismo» del DIRE derivaría de una mayor relajación de este sector respecto a las reglas y controles constitucionales generales, para lo que contaría con la venia del Derecho de Gentes, que es informalista en cuanto a la naturaleza del consentimiento que se otorga en el plano exterior, siempre que no esté viciado (la hipótesis señalada en el art. 46 de las Convenciones de Viena de Derecho de los Tratados como causa de nulidad de un tratado por violación manifiesta de una norma fundamental del Derecho interno es extraordinaria). Tal cosa se verificaría en el caso español con el mayor protagonismo adquirido en política exterior por el Gobierno central en detrimento de los otros dos poderes del Estado (y también, como hemos visto, en detrimento de las administraciones subestatales). En efecto, ya apuntábamos el menor peso jurídico y *de facto* de las Cortes Generales en política exterior. Jurídicamente, esta postergación se refleja en las escasas mayoría parlamentarias que la Constitución impone para que el parlamento dé su autorización a fin de que el Estado preste su consentimiento. Así las cosas, el carácter supralegal afirmado para todo tratado resulta internacionalmente venturoso, pero democráticamente discutible. El recurso abusivo a los acuerdos no normativos —sean instados por España o por sus partenaire— no hace sino acentuar la degradación democrática.

Por lo que se refiere a la administración de justicia, también es tradicional la renuencia de los sistemas jurídicos nacionales, y de los propios jueces y tribunales, a involucrarse en asuntos exteriores (recuérdese la *act-of-State doctrine* anglosajona a estos efectos). Cuando lo han hecho, como en el caso, emblemático internacionalmente, de la jurisdicción universal, sus alas han sido a menudo cortadas por el Estado-legislador, tal como explica Carlos Espósito. Nada nuevo, ya digo, en el Derecho comparado, también en el caso de la política exterior de la UE: fíjense, sin ir más lejos, en las oscuridades e irregularidades, incluidos los silencios judiciales, que han presidido la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016 en materia migratoria¹².

¹¹ STC 155/2005, de 9 de junio.

¹² Aparte de las fundadas dudas doctrinales sobre su naturaleza jurídica, el Tribunal de Justicia de la UE confirmó la sentencia previa pronunciada por el Tribunal General, desestimando el recurso de anulación contra esta Declaración por no vincular, a su juicio, a ninguna institución de la UE (ECLI:EU:T:2017:128). Posteriormente, el Tribunal General avaló que no se hicieran públicos los documentos informativos sobre el reparto de competencias entre la UE y sus Estados miembros en torno a esta Declaración (ECLI:EU:T:2018:71).

6. EL DERE. SU ÁMBITO MATERIAL. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, parece plausible la propuesta de Carlos Espósito, consolidada ya en Estados Unidos, de identificar e individualizar un Derecho interno (y español, por consiguiente) de las relaciones exteriores como un sector normativo nacido del Derecho interno y conectado con el Derecho internacional, que sirve de gozne y confirmación de la articulación entre ambos ordenamientos, mediatisado por el Derecho de la UE (que también tiene su propio Derecho interno de las relaciones exteriores) y fuente de estudio del Derecho comparado. Aunque evidentemente no se trata de un *tertium genus*, sino de una bisagra jurídica, el acotamiento como área de estudio de este DERE está más justificado porque, impelido por las propias características y tradiciones del Derecho internacional, encierra algunas peculiaridades con respecto al conjunto del Derecho interno: mayor labilidad, inseguridad y opacidad jurídicas, mayor protagonismo del Estado, en detrimento de otras administraciones territoriales, y del Gobierno de la Nación, en detrimento de los otros dos poderes del Estado. Por tanto, el DERE tendría una menor calidad democrática, sobre la que hay que llamar la atención. Esta área normativa del Derecho interno español ha experimentado en nuestra etapa democrática una acusada diversificación personal y territorial y se caracteriza, además, por un saludable internacionalismo, pero más teórico y retórico que práctico. La cultura jurídica española sobre el Derecho internacional y su aplicación en España tiene aún un largo trecho que recorrer como parte del robustecimiento de nuestro Estado de Derecho.

Los valedores del Derecho interno de las relaciones exteriores identifican como tal a cualquier norma relacionada o vinculada con el Derecho internacional. Ahí radica mi principal prevención sobre el DIRE: en su contenido material, que, así configurado, sería prácticamente incommensurable e inescrutable. Ciertamente, el Derecho internacional no admite una definición material, dada su transversalidad y *vis expansiva*, que atraviesa todas las ramas del Derecho positivo, incluido el constitucional. De ahí que resultara objetable la «teoría de las competencias» elaborada por prestigiosos administrativistas, tendente a delimitar, y a no jerarquizar, las relaciones entre tratado y ley. El DIRE podría abrazar a cualquier norma interna no discrecional, sino reglada por el Derecho internacional, aun si esta inspiración internacionalista fuera indirecta, y acaso omitida oficialmente. Ese grado de internacionalismo de la norma interna podría variar (así, el factor internacional de la elaboración, reforma y aplicación de la justicia universal en España ha ido oscilando). Así las cosas, habríamos de situar en el DIRE a la ley española de navegación marítima —en buena parte, una codificación del Derecho internacional en la materia—; o a la norma penal en blanco en materia de medioambiente que termina conectando con la CITES (Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora); o la regulación española de la propiedad intelectual, objeto de una controversia con Estados Unidos durante algún tiempo, pongo por ejemplos. Estos arcanos



confines del DIRE son, en parte, fiel reflejo de la confusión en nuestro tiempo sobre el reparto de méritos y culpas políticos y jurídicos. El DIRE, en este sentido extensivo, nos obligaría, pues, a hurgar en las fuentes reales de las normas internas, también desde una óptica extrajurídica, y desde luego también en la aplicación práctica, y no solo puramente normativa, de su contenido (Méjico, p. ej., reformó su Constitución nacional para rendir homenaje al Derecho internacional de los derechos humanos, y esa reforma apenas si ha tenido traducción práctica).

Más realista, a mi juicio, sería limitar el DIRE a la normativa y práctica internas destinadas a regular la elaboración y aplicación del Derecho internacional (el DIRE, digamos, general), descartando de su alcance toda la normativa interna relacionada de cualquier forma con las relaciones internacionales (el DIRE, digamos, material).

Un último apunte: una parte también importante del Derecho interno de otros países no es mero Derecho extranjero, sino Derecho internacional y asimismo objeto de interés jurídico para España: no hay que respetar y avalar, en virtud de una rigorista y trasnochada acepción del principio de no intervención en los asuntos internos, todo el Derecho emanado de terceros Estados. Pensemos, sin ir más lejos, en la nueva normativa marroquí y argentina que se encabalgá con nuestros legítimos derechos e intereses marítimos.

Palabras clave: Derecho interno de las relaciones exteriores, España, Derecho internacional, Derecho interno español.

Keywords: Foreign Relations Law, Spain, International Law, Spanish Domestic Law.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 132/2019/*THE JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT 132/2019*

EL ESTADO DE LA PLURILEGISLACIÓN CIVIL
EN ESPAÑA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL 132/2019

Nota introductoria

Miguel GARDEÑES SANTIAGO

El Derecho internacional privado no se ocupa únicamente de la gestión de las relaciones privadas de carácter genuinamente internacional, en las que se halla presente algún elemento extranjero, sino también de las situaciones que, aunque no tengan un carácter internacional, tengan una naturaleza «*heterogénea*», es decir, aquellas en las que se da una situación de pluralismo jurídico, aun cuando los ordenamientos en presencia pertenezcan a una misma estructura estatal. Esta es la llamada «dimensión interna» del Derecho internacional privado, que en el caso español se identifica con los supuestos de Derecho interregional o interterritorial.

Ahora bien, la inclusión en el contenido del Derecho internacional privado de la dimensión de los conflictos internos no debe ocultar algunas diferencias importantes: por un lado, tal como dijera el Profesor O. Casanova y La Rosa en las páginas de esta revista, los problemas de plurilegalización no se plantean de la misma manera en todas partes, debiendo tenerse en cuenta los parámetros específicos de cada Estado, como por ejemplo su estructura o la existencia de un sistema de solución de los conflictos de leyes único o plural, por lo que cada sistema requeriría su propio modelo de análisis («El Derecho interregional desde una nueva perspectiva», *REDI*, 1987-2, p. 478). Por otro lado, como acertadamente destacó A. Arce Janáriz, en los conflictos de leyes en el seno de los Estados compuestos o plurilegislativos el problema de la competencia resulta fundamental y condiciona necesariamente los problemas de Derecho aplicable; es decir, antes que el problema de la aplicabi-

lidad de las normas autonómicas, se plantearía el de su validez, que vendría determinada por el respeto de los cánones constitucionales y estatutarios de competencia (*Comunidades autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1987, pp. 34-36). Por ello, la cuestión de la titularidad de la competencia en materia de Derecho civil actuaría como presupuesto básico o marco condicionante de la plurilegalización en España en esta materia.

Por esta razón, creo que resulta oportuno ocuparse en este foro de la reciente STC 132/2019, de 13 de noviembre, dictada a raíz de la impugnación de buena parte de las disposiciones de la ley autonómica que aprobaba el Libro VI del Código Civil catalán, relativo a los contratos. Se trata de una sentencia que en apariencia se asienta en la jurisprudencia constitucional anterior, pero que introduce elementos novedosos que podrían tener repercusiones importantes en el futuro. Bien es cierto, sin embargo, que ha sido objeto de múltiples críticas que tienen que ver con la calidad técnica de sus argumentos, y su carácter polémico queda en evidencia por los numerosos votos particulares que la acompañan. En cualquier caso, y sea cual fuere la opinión sobre las soluciones que adopta, suscita cuestiones de gran interés, y algunas de ellas se debatirán en este foro. Para ello tenemos la suerte de contar con dos «pesos pesados» del Derecho interterritorial, los Profesores Santiago Álvarez y Albert Font, a quienes agradecemos su generosa disposición para compartir sus reflexiones con los lectores de esta revista.

En la primera de las contribuciones, el Profesor Santiago Álvarez centra su atención en los aspectos básicos de la sentencia y su relación con la doctrina jurisprudencial anterior. A su juicio, el resultado alcanzado —declaración de compatibilidad de todas las disposiciones impugnadas, excepto una— era uno de los posibles, pero el aparato argumental en el que se funda sería inconsistente y desafortunado. A partir de aquí, examina el marco constitucional y estatutario previo, a la luz de la anterior jurisprudencia constitucional, y la novedad más destacada que aporta la Sentencia 132/2019, consistente en que la «conexión» con el ordenamiento civil autonómico preexistente pueda predicarse, no únicamente del vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución, sino también de las instituciones normadas con posterioridad. Es evidente que ello supone una concepción expansiva de la competencia autonómica en materia de Derecho civil, pero, al mismo tiempo, se plantea la duda de si esta doctrina constitucional realmente supone un punto de inflexión o si, por el contrario, quedará como un caso aislado.

Por su parte, el Profesor Albert Font adopta una perspectiva distinta: más que en la propia sentencia, prefiere centrarse en el problema subyacente, que no sería otro que el de las dificultades de interpretación del art. 149.1.8 de la Constitución. Desde esta perspectiva, critica sin ambages la exigencia por parte de la doctrina constitucional de una «conexión suficiente» de las nuevas normas autonómicas con instituciones preexistentes, aun cuando reconozca que en el caso concreto el Tribunal Constitucional se decanta por una interpretación particularmente laxa de dicha condición. A su juicio, se trata de una regla insegura y casuística. Por ello, propone una interpretación alterna-

tiva, basada en los principios informadores de los Derechos civiles autonómicos y en los propios principios constitucionales, que aporte un criterio seguro y previsible de delimitación de las competencias en materia de Derecho civil. En definitiva, entiende que el problema de fondo sería la indefinición del constituyente de 1978, que habría dejado en manos del Tribunal Constitucional una tarea singularmente difícil, de naturaleza híbrida, jurídica pero también política. Ello le conduciría a juzgar la sentencia comentada con mayor benevolencia, al menos implícitamente.

En lo que ambos autores parecen estar completamente de acuerdo es en que, a pesar de la potencialidad expansiva de la competencia autonómica en materia de Derecho civil que derivaría de la Sentencia 132/2019, no cabe olvidar que de la Constitución derivarían otros muchos diques que limitan dicha competencia: para empezar, y como destaca Albert Font, la competencia exclusiva del Estado en materia de normas para resolver los conflictos de leyes, junto con el principio de unidad de la jurisdicción, despliegan una función de vértice o garantía de la unidad. Igualmente, tampoco cabría olvidar el principio de unidad de mercado y de libre circulación de personas y bienes. Con respecto a este último, el Profesor Santiago Álvarez termina con una interesante reflexión: comparándolo con la situación que se ha dado en la UE a propósito de los principios de libre circulación, pone de relieve como estos han constituido un límite a competencias genuinamente exclusivas de los Estados miembros, como el régimen de los apellidos o los matrimonios entre personas del mismo sexo. Se pregunta, entonces, si el art. 139.2 de la Carta Magna podría cumplir en el futuro una función parecida con respecto a los Derechos civiles autonómicos.

En definitiva, espero que las breves consideraciones anteriores permitan dar cuenta del interés y riqueza de los planteamientos de los Profesores Álvarez González y Font i Segura. Ellos mismos se han encargado de destacar que las limitaciones de espacio propias de este foro les obligan a la concisión, en un tema que bien merecería desarrollos mucho más amplios (incluso uno de ellos se ha quejado, con toda razón, del «confinamiento» al que le han sometido las autoridades de la *REDI*...). Asumo plenamente la responsabilidad que me pueda corresponder por ello, pero déjeseme decir en mi descargo que dicho «confinamiento» espacial también habrá tenido algún aspecto positivo: como bien dijera Baltasar Gracián, lo bueno, si breve, dos veces bueno.



LA STC 132/2019, SOBRE EL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA. ¿INCIDENTE O PUNTO DE INFLEXIÓN?

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN Y PLAN.—2. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL LIBRO VI DEL CCCAT.—3. LOS PARÁMETROS DE FISCALIZACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA DOCTRINA ANTERIOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—4. LA STC 132/2019, SOBRE EL LIBRO VI CCCAT.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN Y PLAN

1. El 13 de noviembre de 2019, el Tribunal Constitucional (TC en adelante) dictó su muy esperada sentencia sobre el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de España contra el grueso del Libro VI del Código Civil catalán (CCCat, en adelante)¹. La sentencia declara ajustados a la Constitución la casi totalidad de las normas impugnadas. El TC se desvía en algún sentido de su doctrina tradicional y, en otros, opta por apoyarse en locuciones ya utilizadas antes, pero para extraer de ellas nuevas consecuencias muy favorables a la expansión del Derecho civil autonómico, al menos en el caso concreto. Sin embargo, la proyección de estas consecuencias para la configuración futura del pluralismo jurídico civil en España es, a mi juicio, incierta.

La sentencia ha deparado una cierta sorpresa no tanto por la respuesta final de constitucionalidad, que era una de las posibles, cuanto por el andamiaje argumental que la sustenta, que considero inconsistente y desafortunado.

* Catedrático de Derecho internacional privado, Universidad de Santiago de Compostela (*santiago.alvarez@usc.es*). El presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación «Balance de 38 años de plurilegalización civil posconstitucional: situación actual y propuestas de futuro», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el FEDER (Ref. DER2016-77190-R).

¹ Sentencia 132/2019, de 13 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad 2557-2017, interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los Libros I, II, III, IV y V.

En las próximas páginas, me propongo describir por qué la sentencia me parece mala. Para ello describiré suavemente el recurso (2); expondré el marco constitucional y estatutario que sirvió de parámetro al TC (3); valoraré el acomodo de la respuesta dada por la STC 132/2019 a ese marco (4), y concluiré con una valoración global que, ya adelanto, volverá a repetir la pregunta del título, sin decantarme por ninguna respuesta de forma contundente (5), pues es difícil pronosticar si esta sentencia será una anécdota, un incidente, una excentricidad en la doctrina del TC o si supone el principio de una nueva forma de interpretar el art. 149.1.8 de la Constitución.

Mas antes de ello quiero dejar claro que el contenido del fallo era uno de los posibles y es el que liquida las dudas planteadas por el recurso. El TC es el órgano constitucionalmente legitimado para resolver tales dudas. La división en su seno y la contundencia de los votos particulares, con objeciones en ocasiones muy fundadas, no afectan para nada al hecho cierto de que el Libro VI del CCCat es en su práctica totalidad constitucional.

2. EL RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL LIBRO VI DEL CCCAT

Ley 3/2017, de 15 de febrero², tenía como objetivo fijar la estructura del Libro VI del CCCat, relativo a las obligaciones y los contratos, aprobar la regulación de los contratos de compraventa, de permuta y de mandato, modificar e incorporar los contratos regulados por leyes especiales y sustituir la Compilación del Derecho civil de Cataluña. Se trataba de un contenido ambicioso con una regulación *ex novo* y exhaustiva de las figuras contratuales citadas.

El recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno de España impugnaba el art. 3, sobre el contrato de compraventa, el de permuta y la cesión de finca o de aprovechamiento urbanístico a cambio de construcción futura; el art. 4, sobre el mandato y la gestión de asuntos ajenos sin mandato; y el art. 9, en lo tocante a la disposición transitoria primera, en tanto que recogía el ámbito de aplicación temporal de los contratos de compraventa y permuta del mencionado art. 3. En todos los casos se consideraba infringido el art. 149.1.8 CE (competencia sobre legislación civil); también se adujó respecto de aspectos vinculados a los contratos de consumo la vulneración del art. 149.1.6 CE (competencia sobre legislación mercantil).

El TC consideró constitucionales todas las normas impugnadas, con excepción del art. 621.54.3 CCCat, que declaró inconstitucional y nulo por vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (art. 149.1.6 CE).

² DOGC núm. 7314, de 22 de febrero de 2017; BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2017.

3. LOS PARÁMETROS DE FISCALIZACIÓN CONSTITUCIONAL Y LA DOCTRINA ANTERIOR DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A pesar de que los parámetros de medida de la constitucionalidad de las normas impugnadas podrían ser múltiples (diversos títulos de los arts. 149.1.6, 149.1.1 y 149.1.13 CE, y otros), el TC se centró prioritariamente en el art. 149.1.8 CE³ y en el art. 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña. A mi juicio, la estructura subyacente de la sentencia se acomoda más a la literalidad del segundo que al primero. Pero recordemos que la STC sobre el *Estatut* había limitado esa literalidad de forma importante⁴. Por ello, merece la pena situar brevemente la regla constitucional, las alternativas interpretativas que plantea y cuál o cuáles de ellas había elegido el TC hasta la fecha. Y comoquiera que el ponente de la sentencia, el Magistrado Xiol Ríos, recientemente había descrito las posibilidades interpretativas del art. 149.1.8 CE, las sintetizo utilizando su misma terminología. Una primera sería la «histórico-foral», una segunda la «federal» y, la tercera, la «foral residual»⁵. La primera y la segunda no habrían sido asumidas hasta la fecha por parte del TC.

La «histórico foral» supondría que cualquier territorio, hoy autonómico, que hubiera tenido en algún momento Derechos forales o especiales, aunque no estuviesen vigentes en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, podría asumir competencia legislativa en materia de su *conservación, modificación y desarrollo*.

La interpretación «federal» vendría a obviar *de facto* el significado (el límite) de *conservación, modificación y desarrollo*, estableciendo como únicos límites al legislador autonómico los recogidos en la regla última del propio art. 149.1.8 CE. Es decir, las materias que con carácter exclusivo y cerrado corresponden «en todo caso» al legislador estatal. Sin embargo, la determinación de qué Comunidades Autónomas tendrían competencia sobre Derecho civil seguiría dependiendo de «la existencia histórica de Derechos forales

³ Especialmente relevante en este sentido es su rechazo a dar por buena la alegación de inconstitucionalidad por vulneración de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación mercantil: *La compraventa de consumo* es materia civil. Lo destaca GARCÍA RUBIO, M. P., «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat», *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, octubre-diciembre de 2019, núm. 4, pp. 1-43, esp. pp. 9-12, que extiende la calificación civil a los contratos (de otro tipo) entre un empresario y un particular que tenga la condición de consumidor, algo que no sé si deriva necesariamente de la sentencia.

⁴ Haciendo, a mi juicio, una desviada utilización del canon de la interpretación constitucional conforme. Véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Extensión de la plurilegislación civil española. La competencia legislativa en materia de derecho civil en la STC 31/2010», *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, 2012, pp. 23-39; más recientemente y con más doctrina, DURBÁN MARTÍN, I., *La España asimétrica. Estado autonómico y pluralidad de legislaciones civiles*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 370-377.

⁵ XIOL RÍOS, J. A., «Reflexiones sobre la competencia en Derecho civil en el siglo XXI», en BAYOD LÓPEZ, C. (dir.), *La Constitución Española y los Derechos civiles españoles cuarenta años después. Su evolución a través de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 207-226.

o especiales»⁶. El calificativo *federal* no implica en este caso que todas las Comunidades autónomas posean competencia sobre legislación civil, como potencialmente posibilitaba la Constitución de 1931 (art. 15.1 y ss. con él relacionados).

La tercera, la interpretación *foral-residual*, es la admitida por la doctrina pasada del TC. Esta supondría una *identificación* de los legisladores autonómicos con capacidad para asumir competencias en materia de Derecho civil, como aquellos en cuyos territorios estuvieran vigentes tales Derechos forales o especiales (en la terminología constitucional) *en el momento de la entrada en vigor de la CE*; y una comprensión del *alcance de la competencia* vinculada a la existencia de algún tipo de *conexión* razonable entre el nuevo Derecho civil y el que se encontraba en vigor en el mismo momento. La exigencia de esta «*conexión suficiente*», de «*instituciones conexas*», de «*materias conexas*», etc.⁷, había deparado, a su vez, interpretaciones divergentes en función del caso enjuiciado, que han sido tachadas con razón de erráticas y oportunistas⁸.

4. LA STC 132/2019, SOBRE EL LIBRO VI CCCAT

La STC 132/2019 es una sorpresa en el panorama descrito. A mi juicio, su argumentación discurre entre una *sustancial* proximidad a la concepción que más atrás se ha calificado como «*federal*» y una *apariencia formal* de continuismo respecto de la concepción «*foral-residual*». Mas, como reza el refrán, *soplar y sorber no puede ser*, y ello conduce a tensiones lógicas difícilmente resolubles. Soy consciente de que el fallo da pie a la selección de múltiples afirmaciones contradictorias (lo cuál ya es de por sí la peor de las valoraciones) pero creo que el resultado avala las que paso a destacar.

El *plan estratégico* de la sentencia se encuentra, a mi juicio, en la siguiente afirmación:

«Dos son, por tanto, los pasos que debemos dar para resolver el problema competencial planteado. *En primer lugar, valorar si la comunidad autónoma catalana tiene competencia para legislar en materia de Derecho contractual*, lo que exige que a la entrada en vigor de la Constitución Española estuviera incorporada esta materia a su ordenamiento jurídico, y por consiguiente con la introducción de estas normas en su Código Civil de Cataluña se está conservando, modificando o desarrollando, de conformidad con el art. 129 EAC; y, si el examen arroja un resultado positivo, y se concluye que ostenta tal competencia, *en segundo término, habrá de determinarse si esta legislación se ha acometido dentro de los límites establecidos en la reserva material a que hace referencia el último pá-*

⁶ XIOL RÍOS, J. A., *loc. cit.*, p. 210.

⁷ La terminología en la doctrina constitucional no es uniforme, a pesar de la importancia que ello tiene.

⁸ GARCÍA RUBIO, M. P., «Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias autonómicas», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, 2017, núm. 3, pp. 1-33, esp. pp. 27-28, y XIOL RÍOS, J. A., *loc. cit.*, pp. 212-213, las denuncia, sin llegar a descalificarlas.

rrafo del art. 149.1.8 CE, que ordena «en todo caso» su adecuación a la legislación básica estatal»⁹.

Nótese que este planteamiento no incluye necesidad alguna de *conexión suficiente* con nada. Nótese también que el párrafo se aproxima a la concepción *federal*, pero exige la preexistencia de *Derecho contractual*. No bastaría con acreditar que Cataluña tiene competencia en materia de Derecho civil, pero tampoco se exige ningún tipo de institución específica o de regulación contractual más o menos extensa.

En estos términos, ante la incontrovertida evidencia de que Cataluña tiene competencia en materia contractual, lo único que quedaría por analizar sería si la nueva normativa respeta los *límites* en la llamada reserva material que, también simplificando, limitaré a las llamadas «bases de las obligaciones contractuales».

Esta idea de que basta con acreditar que Cataluña posee competencia en materia contractual (quién puede) para justificar cualquier nueva legislación que tenga tal carácter (hasta dónde puede) la encontramos también en otros pasajes, como, por ejemplo, cuando habla de nuevas modalidades contractuales, que, si bien no estaban en la Compilación, «participan de la *naturaleza contractual* de la compraventa y por ello no son ajena al Derecho civil catalán susceptible de desarrollo»¹⁰.

Si extrapolamos este planteamiento, tendremos resultados del siguiente calibre: basta con que una comunidad autónoma tuviese normas contractuales a la entrada en vigor de la Constitución, para que pueda legislar con carácter general en materia contractual; basta con que tuviese normas en materia de Derecho de familia, para que pueda legislar con carácter general en materia de familia; basta con que tuviera normas en materia de sucesiones *mortis causa...* y así sucesivamente. Esto es nuevo.

Mas dije que la sentencia tiene un sustrato *federal* y un formato *foral-residual*. Desde esta segunda alma, se afanará por la búsqueda de esa *conexión*, recurrente en la anterior doctrina del TC. Y es aquí donde la sentencia consagra una clara novedad respecto de la situación anterior: la constitucionalidad de las nuevas normas exige que tengan *conexión* con las instituciones recogidas en el ordenamiento catalán «a la entrada en vigor del texto constitucional, en su ordenación posterior o bien tengan conexión con ellas [...] dicha conexión ha de efectuarse con el *conjunto del Derecho preexistente*, tanto el vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, como con las *instituciones reguladas posteriormente* al amparo del art. 149.1.8 CE»¹¹.

Estas afirmaciones se refieren a la pregunta sobre la *extensión* de la competencia: no al *si*, sino al *hasta dónde*. Y en ellas podemos diferenciar dos dimensiones: la temporal (novedosa) y la referencial (preexistente, pero no

⁹ FJ 2, último párrafo. La cursiva es obviamente añadida.

¹⁰ FJ 4. La cursiva es añadida.

¹¹ FJ 3. La cursiva es añadida.

consolidada). Ambas denotan, *de facto*, una concepción expansiva de la competencia catalana en materia de Derecho civil. Respecto de la cuestión temporal, porque el volumen y variedad del Derecho civil catalán posconstitucional es muy superior al de la Compilación (y es plenamente constitucional, recuérdese, mientras el TC no diga lo contrario, se ajuste *de facto* y *de iure*, o no, a estas mismas exigencias constitucionales que ahora analizamos).

Respecto de la cuestión referencial, porque de entre las variadas (y aleatorias) opciones que el TC había manejado con anterioridad, ahora se habla directamente del «conjunto del Derecho preexistente» y, más adelante, de la mera exigencia de una «conexión orgánica»¹², que creo que, no por casualidad, guarda cierta familiaridad semántica con un concepto de difícil delimitación que también está presente en la práctica del TC desde sus primeras sentencias (aunque no esté en la CE): el de «crecimiento orgánico» de los Derechos civiles autonómicos¹³. Tan abstruso es el criterio (generalmente calificado como restrictivo) de la exigencia de «conexión», como el argumento (aparentemente expansivo) del «crecimiento orgánico». Y respecto de este segundo, la sentencia lo utiliza para, a mi juicio, incurrir en la falacia de hacer hipótesis de la cuestión, presuponiendo, estableciendo como premisa, que la legislación civil autonómica participa de la naturaleza, objetivos y capacidad creadora de «cualquier ordenamiento jurídico»¹⁴.

Esta orientación marcadamente extensiva de la competencia catalana sobre Derecho civil también se manifiesta en el otro gran tema sobre el que el TC se pronuncia: el relativo a las «bases de las obligaciones contractuales» como límite infranqueable a la legislación civil autonómica. A mi juicio, este aspecto también se resuelve mal. El TC identifica el concepto de «bases de las obligaciones contractuales» con el de «legislación básica» estatal. Constitucionalmente hablando, esta conceptualización se vincula a la idea de *bases-desarrollo*, idea totalmente ajena a la competencia en materia de *legislación civil*. Ello, muy sumariamente descrito, hace que el TC se mueva, también de forma notablemente ambigua, entre el reproche al legislador estatal por no haberse pronunciado «sobre lo que debe entenderse por normativa contractual básica» y la necesidad de inferir por sí mismo cuál es esta¹⁵. Algo que hace de tal forma que apenas resulta imaginable un Derecho contractual autonómico que las vulnerara¹⁶, y que, en términos sistemáticos, convertiría al Derecho civil contractual autonómico en «legislación de desarrollo», con

¹² FJ 4, al hablar de la preexistencia del Derecho civil contractual. No podemos entrar en este breve foro en las diferencias entre *conexión orgánica* y *conexión institucional*, sobre las cuáles me remito a GARCÍA RUBIO, M. P., «Incertidumbre...», *loc. cit.*, pp. 19 y ss. También debo dejar constancia de que la sentencia no es totalmente coherente en la utilización de los conceptos: también se habla en numerosas ocasiones de *conexión institucional*.

¹³ Ya en la capital STC 88/1993, de 12 de marzo, sobre la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos, y en otras muchas posteriores.

¹⁴ Sería una especie de *peticIÓN de principio*, visible especialmente en el último párrafo del FJ 3.

¹⁵ FJ 6.

¹⁶ También sobre este tema, ampliamente, GARCÍA RUBIO, M. P., «Incertidumbre...», *loc. cit.*, pp. 26 y ss.

consecuencias pintoescas: ¿La tradicional rescisión por lesión *ultra dimidium* del Derecho catalán es ahora «legislación de desarrollo» de la «legislación básica» estatal?

5. CONCLUSIONES

La STC 132/2019 merece mucho más espacio del que proporciona este foro. Es, a mi juicio, una sentencia netamente política. Y utilizo el término en un sentido no peyorativo. Lo que creo que pretende, una visión quasi *federal* del reparto de competencias en materia de Derecho civil, es defendible. No es mi comprensión de lo que permite nuestra Constitución, pero es defendible, como ya algunos votos particulares en sentencias pasadas habían propuesto¹⁷. El mayor problema de la sentencia es tratar de conseguir un resultado, la declaración de constitucionalidad de las normas impugnadas, con unos instrumentos inadecuados; con unos instrumentos que probablemente conducirían en muchos casos a lo contrario¹⁸. Es una sentencia que quiere defender claramente una postura, pero no lo hace con la claridad y valentía suficientes, ni con los argumentos adecuados, que pasarían, simplemente, por separarse expresamente de la doctrina pretérita del propio TC. Por reconocer y afirmar el cambio de rumbo.

En este errático viaje, el fallo está repleto de contradicciones y de una «música forzada» que pretende transmitir una impresión de fortaleza a través de imágenes que, simplemente, son irrelevantes, por no ser parámetros de medida constitucional. No lo es (para atestiguar la existencia de instituciones o Derecho conexo con el nuevo) que el Código Civil estatal fuese llamado como supletorio por la Compilación; no lo es el objetivo del legislador catalán de recodificar su Derecho en un CCCat completo; no es constitucionalmente correcto (ni incorrecto) que Cataluña haya considerado beneficiosa una regulación detallada de tal o tal otro contrato: la conveniencia y oportunidad no es un parámetro de competencia legislativa¹⁹.

Es una certeza afirmar que la sentencia se aparta de decisiones anteriores del TC (*reincidiendo* en un trato discriminatorio entre Comunidades Autónomas)²⁰. Pero una incógnita conocer sus consecuencias. Plantearé simplemente tres posibles. Dos que antes de la sentencia (y quizás también ahora) resultarían sumamente extravagantes, y una tercera que no deja de ser una Espada de Damocles sobre todo el Derecho contractual autonómico.

La primera: la idea de que basta una conexión con el Derecho civil *post-constitucional* ¿habilitaría a las Comunidades que han desarrollado sobre

¹⁷ Desde la ya citada STC 88/1993, en la que los votos particulares de los Magistrados Carles Viver Pi-Sunyer y Julio Diego González Campos la defendieron.

¹⁸ GARCÍA RUBIO, M. P., «Incertidumbre...», *loc. cit.*, pp. 21-26.

¹⁹ Todo ello se puede leer en el FJ 4, letra A).

²⁰ Que el propio ponente había denunciado: XIOL RÍOS, J. A., *loc. cit.*, pp. 222-223.



otras bases competenciales un «Derecho civil autonómico no foral»²¹ para asumir competencias en sus estatutos²² y desarrollarlo en el mismo sentido que el resto? Una lectura estricta del fallo parecería indicar que no, pues se reafirma en la exigencia de Derecho contractual catalán en el momento de la entrada en vigor de la Constitución y el desarrollo, precisamente, del art. 149.1.8 CC, pero la propia sentencia juega con una ambigüedad notable en los títulos competenciales cuando, por ejemplo, habla de contratos de consumo²³.

La segunda: si es válida la secuencia legitimadora catalana *albaceazgo/mandato/materia contractual/etc.*²⁴, ¿podría rechazarse la secuencia gallega *contador-partidor/mandato/materia contractual/etc.*? Y, tirando de este mismo hilo, ¿*contador-partidor/mandato/gestión de negocio sin mandato?*²⁵.

La tercera: el TC establece una estrecha vinculación entre las «bases de las obligaciones contractuales» (legislación —contractual— básica, en su comprensión) y el principio de unidad de mercado: «Ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español» (art. 139.2 CE).

En la UE, la fortaleza de la *libre circulación* de personas ha constituido un límite a la competencia de los Estados miembros en materias tan genuinamente exclusivas como el régimen de los apellidos o el matrimonio entre personas del mismo sexo²⁶. ¿Puede asegurarse que el art. 139.2 CE no vaya a cumplir en el futuro una función similar respecto de los Derechos civiles autonómicos?

Palabras clave: Derecho civil, contratos, Cataluña.

Keywords: Civil Law, contracts, Catalonia.

²¹ Utilizo la terminología de DURBÁN MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 298-300.

²² De hecho, con distinta fórmula y alcance, esta asunción la encontramos en los Estatutos de Andalucía, Asturias, Murcia, Extremadura y Castilla y León.

²³ FJ 4.c): «Cataluña tiene asumida competencia legislativa no solo en materia de contratos civiles (art. 129 EAC), sino también en la de consumo (art. 123 EAC), lo que le ha permitido contar entre otras leyes, con un código propio de consumo».

²⁴ FJ 5.a).

²⁵ Siguiendo la microscópica y excéntrica «conexión» que alumbra el FJ 5.b) de la sentencia en relación con la gestión de negocios sin mandato: «Puesto que, al fin y al cabo, la diferencia básica con el mandato es precisamente la ausencia de este». ¡Genial!

²⁶ Por ejemplo, STJ C-353/06, *Grunkin y Paul* (régimen de apellidos), o STC C-673/16, *Coman y otros* (aceptación de matrimonio homosexual).

LA STC 132/2019, SOBRE EL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA: ¿UNA CUESTIÓN DE PRINCIPIOS?

Albert FONT I SEGURA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MALOS PRINCIPIOS NUNCA FUERON BUENOS.—3. UNA INTERPRETACIÓN BASADA EN PRINCIPIOS.—3.1. Principios informadores de los Derechos autonómicos.—3.2. Principios constitucionales.—4. BALANCE FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

La pluralidad normativa constituye uno de los rasgos definitorios del ordenamiento español en materia civil. Se trata de un elemento estructural que determina la configuración plural del Estado. En efecto, la pluralidad normativa es en la CE una expresión de la articulación territorial del poder, así como de una concepción del Estado y de su ordenamiento. En este sentido, la atribución de competencias legislativas en este ámbito despliega un valor de múltiples efectos. Puede afirmarse, por ello, que convergen en este punto aspectos esenciales como son la función encomendada al Derecho civil como parte del ordenamiento que regula las relaciones entre particulares; la articulación del Derecho civil y el Derecho mercantil en un sistema dual como el nuestro; la regulación del mercado; el modelo de Estado; el objeto, función y naturaleza de la norma fundamental en una sociedad democrática; la función del juez constitucional o incluso el valor y función del Derecho. Un conjunto de elementos que, de un modo u otro, aparecen en la STC 132/2019¹, lo que da buena medida de lo difícil que debía ser resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de España contra un buen número

* Profesor titular de Derecho internacional privado, Universitat Pompeu Fabra (albert.font@upf.edu). El presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación «Balance de 38 años de plurilegalidad civil posconstitucional: situación actual y propuestas de futuro», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el FEDER (Ref. DER2016-77190-R).

¹ Sentencia 132/2019, de 13 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad 2557-2017, interpuesto por el presidente del Gobierno respecto de diversos preceptos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del Código Civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los Libros I, II, III, IV y V.

de preceptos del Libro VI del Código Civil de Cataluña (CCCat, en adelante). En cualquier caso, resulta imposible abordar aquí este abanico de elementos.

Pese a que la pluralidad normativa en materia de obligaciones y contratos ya estaba presente en nuestro ordenamiento², no puede negarse que la adopción del Libro VI del CCCat ha comportado la necesidad de plantearse en profundidad el alcance que esta pluralidad debe tener³. Con todo, debe decirse también que, a pesar de la complejidad del tema abordado, la STC 132/2019 realiza incursiones desacertadas, contiene carencias argumentativas y no aporta una solución conclusiva⁴. No obstante, mi modesto propósito será no tanto criticar la STC como sondear nuevos argumentos a la solución de salida.

El planteamiento que se va a desarrollar pondrá de manifiesto la dificultad de arbitrar una solución fundada en la letra del art. 149.1.8 (2); la necesidad de recurrir a un planteamiento basado en principios (3), cuya concreción puede centrarse en los principios informadores de cada Derecho autonómico (3.1), que deben conjugarse con los principios que derivan de la CE (3.2); para concluir con un balance final (4).

2. MALOS PRINCIPIOS NUNCA FUERON BUENOS

Es casi un axioma decir que el art. 149.1.8 CE contiene una mala solución. No es extraño que así fuera. El precepto condensa todas las tensiones heredadas desde la época de la codificación. La relevancia del art. 149.1.8 para la estructura del Estado y del ordenamiento merecía una norma más clara. El constituyente no supo, o no pudo, adoptar una regla de atribución clara que permitiera determinar no solo quién tenía competencia para legislar en materia civil, sino sobre todo hasta dónde podía alcanzar su competencia. La opacidad de la norma, especialmente por lo que se refiere a la extensión de la competencia atribuida, generó un debate científico que el TC zanjó, en falso, con la doctrina de la «conexión suficiente», sentada en la STC 88/1993⁵, de 12 de marzo, y confirmada en posteriores sentencias.

Esta doctrina determina que los legisladores autonómicos, más allá de la conservación y modificación del Derecho civil «foral o especial» existente

² Con reflejo judicial creciente, como puede apreciarse en las «Crónicas de Derecho Interterritorial», ARENAS GARCÍA, R. y FONT I SEGURA, A. (coords.), que desde 2012 se van publicando en el AEDIPr.

³ Aunque la legislación navarra tiene un desarrollo realmente relevante en materia de obligaciones y contratos, el impacto económico, y también político, del Libro VI CCCat es, sin duda, mucho mayor. Véase GÓMEZ POMAR, F., «Entran en vigor la compraventa y el mandato del Código Civil de Cataluña», *InDret*, 1/2018.

⁴ Véase GARCÍA RUBIO, M. P., «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132/2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCat», *RDC*, vol. 6, octubre-diciembre de 2019, núm. 4, pp. 1-43.

⁵ El pronunciamiento no fue unánime al presentar sendos votos particulares los Magistrados Carles Viver Pi-Sunyer y Julio Diego González Campos.

con carácter previo a la entrada en vigor de la CE, pueden llevar a cabo su desarrollo para permitir «que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no solo la historicidad y la actual vigencia sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales» (FJ 3), por ello cabe abordar ámbitos no normados, pero se establece como parámetro limitativo que se «regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de esta según los principios informadores peculiares del Derecho foral» (FJ 3). El TC ha puntualizado, sin embargo, que no se trata de una competencia legislativa civil ilimitada por razón de la materia.

La crítica más severa que puede realizarse a esta doctrina jurisprudencial estriba en el carácter impreciso y desequilibrado de la función limitativa que despliega. En efecto, aparte de consolidar una asimetría para nada deseable entre los distintos Derechos civiles, la doctrina de la «conexión suficiente» obliga a los legisladores autonómicos a justificar la vinculación de cada ámbito nuevamente regulado con alguna de las instituciones civiles preeexistentes en las Compilaciones preconstitucionales. Así, por más que se abra la puerta a un crecimiento orgánico de los Derechos civiles autonómicos, resulta evidente que no se traza una línea divisoria clara entre lo que se puede regular y lo que no. Se trata de una regla casuística e incierta. Igualmente, se constata un desequilibrio entre el legislador estatal y los legisladores autonómicos⁶ dado que, aun ejerciendo una competencia que les es exclusiva⁷, pende sobre los legisladores autonómicos, como una espada de Damocles⁸, el riesgo de que bajo tan etéreo criterio se considere que no hay una conexión suficiente y, por tanto, se declare la inconstitucionalidad de la norma autonómica⁹.

La STC 132/2019 prosigue en apariencia la senda marcada por esta doctrina. Es cierto que relaja la vinculación de la conexión con instituciones preeexistentes hasta el punto de que no sea necesario vincular las nuevas normas «con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexis-

⁶ En este sentido, «al legislador autonómico le incumbe justificar y al Tribunal verificar, si la regulación aprobada se fundamenta en unos principios informadores propios y distintos de aquellos que inspiran la legislación civil estatal», como indica el Magistrado Antonio Narváez Rodríguez en su voto particular.

⁷ Aquí la STC incurre en un error al calificar esta competencia de compartida (FJ 2: «Conviene subrayar también que estamos en presencia de un problema de competencias legislativas compartidas cuya resolución exige disipar sucesivamente dos interrogantes», y, más adelante, al referirse a las bases de las obligaciones contractuales, también lo reitera, FJ 6). Véase GARCÍA RUBIO, M. P., *op. cit.*, p. 7; igualmente GETE-ALONSO, M.^a C., «La STC 132/2019, sobre el llibre sisè del Codi civil de Catalunya en matèria d'obligacions i contractes (II). Nota sobre la sentència», publicada el 4 de marzo de 2020 en el blog de la *Revista catalana de dret públic* (eapc-rcdp.blog.gencat.cat), consultado el 13 de mayo de 2020.

⁸ Véase GETE-ALONSO, M.^a C., *op. cit.*, p. 2.

⁹ Un ejemplo que llama la atención es la STC 133/2017, de 16 de noviembre, interesante también por los dos votos particulares, uno del Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón (al que se adhieren dos magistrados más) y otro del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, precisamente ponente de la STC que aquí comentamos.

tentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan». No obstante, esta fue una grieta (o, si se quiere, una rendija de oportunidad) que ya se abrió en la STC 95/2017, de 6 de julio, FJ 4, y que, por otra parte, estaba ya latente en la STC 88/1993 que dio origen a la doctrina de la «conexión suficiente» cuando aludía a «los principios informadores peculiares del Derecho foral». Ahora bien, la brecha, que no grieta ni rendija de oportunidad, se produce cuando se declara que «dicha conexión ha de efectuarse con el conjunto del Derecho preexistente, tanto el vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, como con las instituciones reguladas posteriormente al amparo del art. 149.1.8 CE»¹⁰. Así, el TC reposa formalmente sobre la doctrina precedente, cierto; pero queriendo al mismo tiempo desgajarse del criterio pre establecido. Por ello, como señala el Profesor Álvarez González haciendo acopio del refranero castellano, recuerda que *soplar y sorber no puede ser* o, con un matiz algo distinto, podría apuntarse que es un *vol i dol*¹¹, si acudimos al refranero catalán. Así, en correspondencia con estos malos principios (normativos y jurisprudenciales), la STC 132/2019 presenta deficiencias notables, pero sobre todo proporciona una regla inestable al continuar vinculada, artificialmente quizá, a la doctrina de la «conexión suficiente».

3. UNA INTERPRETACIÓN BASADA EN PRINCIPIOS

Ante el abismo abierto, y a falta de una modificación constitucional que permita aclarar el alcance de la atribución competencial —la mejor de las opciones, en mi opinión—, me aventuro a explorar un fundamento para una solución general de futuro que permita superar la doctrina de la «conexión suficiente». Las deficiencias del art. 149.1.8 CE quizá solo puedan ser superadas a través de una aproximación a la manera dworkiniana, mediante una interpretación basada en principios¹². Esta aproximación para enfrentarse a este «caso difícil», tanto acudiendo a los principios informadores de los Derechos autonómicos como respecto de los principios ordenadores de la CE.

3.1. Principios informadores de los Derechos autonómicos

La referencia a los principios informadores de los Derechos civiles que pueden ser objeto de conservación, modificación y desarrollo por parte de los

¹⁰ FJ 3. El voto particular que había efectuado el ponente en la STC 133/2017 resulta particularmente revelador de las pautas que luego se incorporarían a la STC 132/2019, aunque bien es cierto que no se apunta en él el factor que quiebra con la línea jurisprudencial precedente.

¹¹ Algo así como un «quiere y le sabe mal», un estado de ánimo entre ambiguo y dubitativo que le hace estar a uno entre dos orillas.

¹² Véase *contra* Magistrado Andrés Ollero Tassara en su voto particular, «La sentencia que nos ocupa rebosa de una exuberante referencia a los principios», continuando con una crítica contundente (párr. 2).

legisladores autonómicos aparece ya en 1979¹³. Así, la vocación de compleitud que pudieran tener los Derechos civiles «forales o especiales» avalaría que el alcance de la competencia autonómica alcanzara todas las materias civiles no expresamente excluidas por el propio art. 149.1 CE, desarrolladas de acuerdo con los principios del propio Derecho¹⁴. Esta interpretación obligaría a examinar si esta vocación tiene fundamento para un desarrollo hacia la autointegración. Como se ha visto, esta aproximación no fue acogida íntegramente por el TC, al puntualizar que la competencia no solo no podía ser ilimitada, sino que debía estar justificada por la existencia de una vinculación con las instituciones preexistentes¹⁵ ya que tales principios operan como razón y límite de la competencia civil autonómica. No obstante, lo que interesa es que, de algún modo, se adoptó el criterio de los principios informadores como guía para determinar la competencia de los legisladores autonómicos. Esta directriz puede constatarse en la jurisprudencia constitucional relativa a la aplicación del art. 149.1.8¹⁶.

Mi objeción a esta interpretación radica en que se consagra una asimetría con fundamento historicista. En efecto, tanto si interviene la doctrina de la conexidad suficiente como si no, se hace depender la plenitud de la competencia del carácter que poseía el Derecho civil preexistente y perpetúa la fragmentariedad. Por otra parte, olvida o no permite ahondar en los principios constitucionales, que deberían ser considerados con carácter previo. La determinación de la competencia de una CA no puede depender del carácter de plenitud que hubiera tenido el Derecho preexistente si no hay un aval constitucional que lo permita.

¹³ Véase DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Los derechos civiles forales en la Constitución», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1979, núm. 3, pp. 643-667, cuya posición se ve reflejada en el del director general de los Servicios Jurídicos de la CA de Aragón presentó, en representación de la Diputación General de Aragón, cuando alega que: «Cada Derecho civil foral o especial es un conjunto de normas e instituciones dotado de propia sistematización y conexión interna, informado por principios y valoración peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración», del que es trasunto el pronunciamiento que efectuara el TC en la STC 88/1993. Más adelante se torció esta perspectiva y «los principios informadores peculiares» pasaron a constituir un límite al desarrollo de la competencia autonómica sin que el TC haya materializado nunca estos principios (véase especialmente STC 133/2017). Así, teniendo en cuenta el contexto en que se adoptó la expresión, los principios informadores no son «peculiares» porque imprimen una dirección distinta a la legislación autonómica de la estatal —como apunta el Magistrado Antonio Narváez Rodríguez, en su voto particular—, sino que son «peculiares» porque son los propios de aquel Derecho.

¹⁴ En este sentido, véase el voto particular del Magistrado Carles Viver Pi-Sunyer a la STC 88/1993.

¹⁵ Véase STC 95/2017 (FJ 4) reiterando que el «criterio de la conexión que, según la función que hemos señalado que realiza esta competencia legislativa autonómica, debe ir referido al Derecho civil propio en su conjunto, esto es, que se puede verificar respecto de otra institución que sí formase parte del mismo o en relación a los principios jurídicos que lo informan».

¹⁶ Así en las SSTC 132/2019, de 13 de noviembre (y voto particular del Magistrado Antonio Narváez Rodríguez); 41/2018, de 26 de abril; 40/2018, de 26 de abril; 133/2017, de 16 de noviembre (y voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos); 95/2017, de 6 de julio; 82/2016, de 28 de abril; 40/2014, de 11 de marzo (que no se refiere al art. 149.1.8, sino a la constitucionalidad del párr. 5 del art. 174.3 LGSS); 31/2010, de 28 de junio; 156/1993, de 6 de mayo, y 88/1993, de 12 de marzo.

3.2. Principios constitucionales

El punto de partida consistiría en considerar la CE como comunidad de principio, en el sentido de pacto colectivo primigenio y originario¹⁷, y como comunidad de principios, en el sentido de conjunto articulado de principios compartidos que permite sostener y orientar el edificio normativo. El giro que supuso la CE y la relevancia estructural de la pluralidad legislativa en materia civil en la conformación del Estado justifica, en mi opinión, acudir a los principios constitucionales¹⁸.

No cabe más, lo digo en un sentido absolutamente literal (dado el espacio físico y temporal a que me tienen confinado las autoridades... que rigen la *REDI*), que enumerar estos principios. Así, del art. 149.1.8 CE cabría extraer tanto el principio de historicidad¹⁹ como el principio dinámico o evolutivo²⁰, en una relación de secuencia complementaria. No obstante, quizás estos principios no rompen por sí mismos con la doctrina de la «conexión suficiente». Se requiere entonces un fundamento principal suplementario.

En este sentido, creo que el argumento que tiene más fondo es el que se sostiene sobre el principio de claridad, que deriva directamente de la función del precepto, como norma de atribución. Una norma de competencia debe ser clara, comprensible y predecible. Segura, en suma. La interpretación de la norma, vinculada a la existencia de una conexión suficiente, dista de ser clara y predecible para el ejercicio de una competencia normativa²¹. La puesta en

¹⁷ Véase el voto particular de Juan Antonio Xiol Ríos a la STC 13/2019, de 31 de enero, en cuyo último párrafo apunta: «El reconocimiento de los derechos civiles forales o especiales es, entre otros, uno de los elementos esenciales del pacto socio-político que posibilitó la aprobación de la Constitución y el sostenimiento del actual régimen constitucional. El menoscabo de un elemento tan imprescindible como el reconocimiento y garantía constitucional del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española, equiparado con el principio de su indisolubilidad (art. 2 CE), es el que ha provocado la reiteración de votos particulares que he suscrito en esta materia (SSTC 82/2016, de 28 de abril; 110/2016, de 9 de junio; 192/2016, de 16 de noviembre, o 133/2017, de 16 de noviembre) y que, sinceramente, desearía que quedara clausurada con el presente» (la cursiva es nuestra).

¹⁸ Me refiero a los principios informadores de la configuración y estructura del ordenamiento plurilegal español, dejando a un lado, porque se dan por sentados, los principios constitucionales informadores del contenido del ordenamiento plurilegal español, como el principio de no discriminación por «razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE), que obligó en su momento a modificar todas aquellas disposiciones que, tanto en el CC como en las Compilaciones, contravenían tan fundamental principio.

¹⁹ El pacto primigenio hunde sus raíces en el pasado, sin el cual aquel no tiene sentido alguno. El principio está presente también en la DA 1.^a, aunque sea únicamente de aplicación en la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra (implícitamente desde la STC 76/1988, de 26 de abril, y explícitamente en la STC 110/2016, de 9 de junio). Para una renovación de esta interpretación, véase HERRERO DE MIÓN, M., «Los derechos forales como Derechos históricos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1998, núm. 52, pp. 53-80.

²⁰ La referencia al «desarrollo» conlleva un pacto que aún fundado en el pasado, tiene por encima de todo, proyección de futuro. Este principio transversal se expresa magistralmente en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, FJ 9, relativo a la constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo.

²¹ Anticipando ya los problemas que la doctrina de la «conexión suficiente» depararía, véase el voto particular del Magistrado Julio Diego González Campos a la STC 88/1993, y que se constatan hasta el paroxismo en la STC 132/2019.

marcha de la maquinaria legislativa autonómica está sometida a la aceptación *ex post* de la justificación aportada por la CA en cuestión. Una norma que presenta tal grado de inseguridad y litigiosidad parece contrariar el principio organizativo e institucional²². Las instituciones deben actuar en el ámbito de competencias claramente establecidas, algo que debe mantenerse en beneficio de todos los ciudadanos²³.

Cabe argumentar además que relegar la doctrina de «conexión suficiente» no compromete la unidad del ordenamiento si este se concibe como un ordenamiento plurilegal en el que el sistema de Derecho interregional, sobre el que tiene competencia exclusiva el Estado, y el principio de unidad jurisdiccional despliegan la función de vértice y garantía de la unidad²⁴. Igualmente queda preservado este principio mediante las normas que determinan la estructura y el sistema económico de la sociedad y que velan por la unidad de mercado y la libre circulación de personas y bienes. No obstante, y siempre sobre este fondo estructural, creo que es lícito mantener que, en materia civil, la esencia del ordenamiento español es la pluralidad²⁵ y que el sistema plurilegal no compromete *per se* la unidad de mercado. Por otra parte, la unidad, entendida ahora en sentido opuesto a la fragmentariedad, no tiene por qué ser invocada únicamente respecto del ordenamiento estatal. Los ordenamientos civiles autonómicos deben poder ser completos dentro de los límites constitucionales («En todo caso...») y coherentes en sí mismos, sin perjuicio de la supletoriedad que, en primer o segundo grado, pueda tener el Derecho civil estatal.

4. BALANCE FINAL

Desde un punto de vista jurídico, esta no es una cuestión fácil. El problema radica en que esta es una cuestión difícil que rebasa además una dimensión estrictamente jurídica, dado el alcance que el art. 149.1.8 CE tiene para la arquitectura institucional del ordenamiento español y, por consiguiente, para la configuración del Estado. La indefinición del constituyente ha dejado en manos del TC una decisión que, por lo antedicho, tiene una naturaleza híbrida, de carácter político-jurídico, y la jurisprudencia constitucional adoptó una doctrina que a mi juicio debe ser abandonada. Resulta decepcionante que no se tome conciencia de que la pluralidad normativa es una cuestión de Estado. Si esto es cierto con carácter general respecto de la pluralidad normativa en materia civil, más lo es aún respecto de las obligaciones contractuales, en

²² Conjugando así el art. 9.3 CE con las exigencias derivadas de Título VIII, De la Organización Territorial del Estado.

²³ En un ámbito tan vivo y vivido como el Derecho civil, los ciudadanos deben saber quién tiene competencias para regular las normas que directamente les afectan. En caso contrario, queda comprometido el principio de participación (art. 9.2 CE).

²⁴ Véase FONT I SEGURA, A., *Actualización y desarrollo del sistema de Derecho interregional*, De Conflictu Legum, Universidade de Santiago de Compostela, 2007, pp. 217 y ss.

²⁵ Entre otras, STC 96/2002, de 25 de abril, FJ 11.

la que el Estado tiene reservada la competencia exclusiva para establecer las bases de las obligaciones contractuales. El TC, acudiendo al CC, no ha sabido encontrar el resorte para hacer aflorar estas bases. Quizá no se puede, y si se puede, ello requiere un pacto de Estado, una comunidad de principio.

Palabras clave: Derecho civil, competencia legislativa, Comunidades Autónomas, contratos.

Keywords: civil law, legislative competence, Autonomous Communities, contracts.

75 AÑOS DE NACIONES UNIDAS/ *75 YEARS OF THE UNITED NATIONS*

75 AÑOS DE NACIONES UNIDAS: BALANCE Y REFLEXIONES SOBRE SU FUTURO EN EL NUEVO SISTEMA INTERNACIONAL

Nota introductoria

Rafael GRASA

Naciones Unidas, diseñada por las potencias vencedoras durante el final de la Segunda Guerra Mundial, siguiendo —con algunos cambios significativos— los principios del orden liberal surgido del fin de la primera guerra mundial, es sin duda alguna la organización intergubernamental más importante de la sociedad internacional en sus diversas configuraciones desde la paz de Westfalia y la aparición de la sociedad de Estados. Por otro lado, en la medida en que recoge el legado de la Sociedad de Naciones, en virtud de su mencionada relación con los principios del orden liberal, su evolución está totalmente imbricada con la del nacimiento de la disciplina de las Relaciones Internacionales, surgidas, como la noción de seguridad colectiva y la idea de una organización centrada en ello, del intento de responder a un empeño social e intelectual: conocer las causas de las guerras para establecer las condiciones de la paz. De ahí que sea oportuno, un siglo después de la creación de las Relaciones Internacionales como disciplina, y en ocasión de los 75 años de las Naciones Unidas, aprovechar dicha efeméride para abrir un foro de debate sobre el balance y las reflexiones sobre su futuro en el marco del nuevo sistema internacional.

Desde hace algunos años, se debate sobre cambios fácticos en el sistema (creciente desoccidentalización, cambios en la naturaleza y difusión del poder, potencias emergentes, mutación del multilateralismo, cambios en la naturaleza y ubicación de los conflictos armados y de la violencia directa, por ejemplo), sobre cambios normativos (fin del orden liberal, críticas y desgaste del consenso sobre la paz liberal, entre otros) y sobre temas de agenda glo-

bal de enorme urgencia (emergencia y cambio climático, pandemias y crisis sanitarias, por ejemplo). Todo ello ha puesto, y todavía más en el contexto de la pandemia COVID-19 que estalló cuando ya se había diseñado la presente sección de la *Revista*, en el centro del debate Naciones Unidas, su eventual y siempre discutida reforma o incluso una eventual y progresiva irrelevancia, en un contexto de fuerte contestación del multilateralismo.

Por ello, a los dos autores que dialogan y generan puntos de debate, se les pidió que en sus reflexiones tuvieran en cuenta el contexto cambiante, el balance y elementos de cambio, e incluso de perspectiva, respecto del presente y futuro de Naciones Unidas. Se les enviaron unas directrices abiertas y breves, a las que respondieron con un primer texto y, tras comentarlos los tres juntos, ambos reescribieron sus textos conociendo el escrito por el otro contribuyente. El resultado son estos dos textos, sugerentes y complementarios: uno, el de Itziar Ruiz-Jiménez, organiza su contribución desde las diversas visiones de las teorías de las relaciones internacionales: otro, el de Pol Bargués, desde la propuesta de «sostener la paz» en un mundo multipolar que propuso António Guterres, cuando recomendó al Consejo de Seguridad no alimentar expectativas poco realistas. Estoy, estamos, convencidos que ambos textos incentivarán la reflexión.

ALGUNAS REFLEXIONES TEÓRICAS SOBRE LA RELEVANCIA ACTUAL DE NACIONES UNIDAS

Itziar RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EPICENTRO DE LA CONFRONTACIÓN/COOPERACIÓN DE LAS GRANDES POTENCIAS.—3. EPICENTRO DE LA REVUELTA CONTRA OCCIDENTE.—4. VIGILANTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.—5. EMPRENDEDORA NORMATIVA VS. (RE)PRODUCTORA DEL SENTIDO COMÚN.—6. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

En 1945, pocos meses antes del final de la Segunda Guerra Mundial, se creaba Naciones Unidas (NNUU) con la finalidad de que contribuyera a mantener la paz y la seguridad internacionales, fomentar las relaciones de amistad entre Estados e impulsar la cooperación en campos diversos: el cumplimiento del Derecho internacional (DP), la promoción de los derechos humanos (DDHH), el desarrollo, la asistencia humanitaria y otros asuntos socioeconómicos, culturales o medioambientales, etcétera.

Con estos loables propósitos, hace setenta y cinco años se iniciaba la andadura de quien, con el tiempo, se convertirá en la mayor y más importante organización internacional. Con sus 193 Estados miembros y un prolífico entramado institucional formado por sus órganos principales, organizaciones asociadas y un sin fin de programas y agencias especializadas, el sistema de NNUU se tornaba en un actor destacado del mundo internacional contemporáneo. Sin embargo, su relevancia, eficacia, efectividad o legitimidad son objeto de fuertes controversias entre las escuelas de Relaciones Internacionales (RRII), cuyas divergentes miradas sobre NNUU nos ayudarán a glosar algunos hitos de su historia y a reflexionar sobre su relevancia, siendo más difícil, por no decir imposible, entrever cuál podría ser su futuro.

* Coordinadora del Grupo de Estudios Africanos e Internacionales (GEA-GERI) de la UAM (*itziar.ruiz-gimenez@uam.es*).

2. EPICENTRO DE LA CONFRONTACIÓN/COOPERACIÓN DE LAS GRANDES POTENCIAS

Para muchos autores, NNUU sería básicamente el escenario político en el que las grandes potencias, en función de sus *intereses nacionales*, dirimen sus controversias, marcando esa confrontación el devenir histórico de la organización.

Desde esta perspectiva, se resalta cómo su diseño institucional favorece a las potencias vencedoras de la 2GM (Estados Unidos, URSS, Francia, Reino Unido y China), otorgándoles el privilegio de ser los únicos Estados miembros permanentes en el Consejo de Seguridad (CS) y, por tanto, con derecho de «veto» en el ámbito de «la paz y la seguridad internacionales». Aunque esta privilegiada posición ha sido vista por algunos como imprescindible para que NNUU pudiera funcionar, para otros autores solo refleja la distribución de poder internacional imperante por entonces¹.

Un segundo hito en este relato se centra en los múltiples impactos que la contienda bipolar causó en NNUU, en especial, en el ámbito que, para muchos, habría dado sentido a su existencia². Así, se destaca cómo, durante cuatro décadas, las dos superpotencias bloquearon el CS³, paralizando el sistema de seguridad colectivo y limitando a 13 las misiones de paz desplegadas. Se incide, asimismo, en sus impactos en todo el sistema de NNUU, mostrando la limitada capacidad y autoridad de esta última para contener a las superpotencias y frenar su carrera armamentística, en especial la nuclear, así como para impedir la enorme violencia que generaron en todo el mundo.

Este relato resalta, en tercer lugar, las mudanzas que el final de dicha contienda inducirá en NNUU y cómo la nueva hegemonía estadounidense/occidental impulsará la revitalización del sistema de seguridad colectivo, la proliferación de decenas de misiones internacionales y la consolidación del modelo de «paz liberal» cuyo análisis es abordado con más detalle por Pol Bargués en este *Foro*. Entrañará, asimismo, la reorientación de NNUU hacia la promoción del modelo de democracias neoliberales imperante en Occidente. Estos cambios se verán, a su vez, intensamente afectados por el proceso de *securitización* que Estados Unidos y sus aliados impulsarán tras los atentados del 11 de septiembre del 2001, impregnando muchas de las actividades de la organización⁴.

Estos vaivenes refuerzan las voces realistas que insisten en qué el principal vector de influencia de NNUU es la agenda de los poderosos. De ahí que,

¹ Véase, por ejemplo, KENNEDY, P., *El parlamento de la Humanidad: la historia de las Naciones Unidas*, Debate.

² Muchos autores consideran el anhelo de «preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra» el principal motivo de la existencia de NNUU.

³ Entre 1945-1990 hubo 193 vetos mientras que, entre 1990 y 2010, hubo 23.

⁴ Véase, por ejemplo, su participación en la lucha contra el terrorismo internacional, la securitización del modelo de «Paz Liberal» o la consolidación del nexo seguridad-desarrollo en la Agenda 2030.

hoy en día, centran su atención en la consolidación como grandes potencias de los famosos BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica). Aunque este escenario está siendo objeto de intensos debates en las RRII, algunas controversias versan sobre sus impactos en NNUU: entre otras, la necesaria reforma de su estructura institucional, en especial, del CS para que refleje el nuevo orden multipolar o, incluso, la creciente difusión del poder entre múltiples actores en un sistema internacional cada vez más policéntrico; los esfuerzos de los BRICS por tener mayor protagonismo en la conformación de la agenda venidera de la organización; o cómo le afectará el denominado «retorno de la geopolítica», esto es, la llegada al poder de proyectos ultranacionalistas en muchos países, incluido Estados Unidos, Rusia, Brasil, India, etcétera⁵.

Ahora bien, algunos enfoques teóricos (Escuela Inglesa, Neoliberalismo), si bien reconocen el papel determinante de la *realpolitik*, enfatizan los logros de NNUU en propiciar la cooperación interestatal. Es más, la primera, en su variante *solidaria*, así como otras variantes del Liberalismo realzan su decisiva contribución a la universalización de una agenda cosmopolita centrada en la consecución de los denominados bienes globales. En este sentido, se destaca el exponencial crecimiento de su arquitectura institucional, con el Comité Económico y Social en su cúspide, dedicada a temas socioeconómicos, DDHH, género, asuntos humanitarios, personas refugiadas, cuestiones medioambientales, etcétera.

Con todo, estas escuelas reconocen la intensa tensión identitaria existente en NNUU entre su papel como defensora del *status quo* imperante en cada momento y sus ideales cosmopolitas. Tensión que se estaría acentuando en el actual contexto geopolítico marcado por la confrontación entre Estados Unidos y China y por el «retorno de la geopolítica». Aspecto sobre el que solo el futuro podrá arrojar alguna luz.

3. EPICENTRO DE LA REVUELTA CONTRA OCCIDENTE

Los últimos derroteros del orden internacional nos introducen en un ámbito en el que NNUU ha tenido un protagonismo destacado: la «Revuelta contra Occidente». En efecto, según la Escuela Inglesa, se creaba en 1945 como una institución clave de la, por entonces, sociedad occidental de Estados articulada en torno a dos círculos diferentes: un orden *intra* formado por los 51 Estados fundadores, en su mayoría occidentales, a quienes se les reconocía la igualdad soberana, la no intervención en sus asuntos internos, la reciprocidad en los tratados, etc.; y otro *extra* en él que las potencias europeas mantenían sus imperios en Asia y África, gobernando a más de 750 millones de personas bajo lógicas racistas y coloniales, similares a las que, según los

⁵ ACHARYA, A., *The End of American World Order*, Cambridge, Polity Press, 2014, y GUZZINI, S., *The Return of Geopolitics in Europe? Social Mechanisms and Foreign Policy Identity Crises*, Cambridge University Press, 2013.

autores decoloniales, subsistían en los Estados occidentales⁶. Sin embargo, la Carta de NNUU no cuestionará la legalidad y legitimidad de aquel orden colonial, ni permitirá su supervisión internacional, salvo en territorios bajo administración fiduciaria⁷.

En este *Foro* no se puede abordar con el detalle que merece la centenaria lucha de los pueblos no occidentales contra la expansión occidental y la consolidación del sistema-mundo capitalista. Si resulta oportuno mencionar que, tres años después de la creación de NNUU, con la independencia de la India e Indonesia, se iniciaba la segunda fase de lo que Hendly Bull denominó la «revuelta contra Occidente»⁸ que se extenderá entre los años sesenta y noventa, transfigurando profundamente a la organización. Su composición se ampliará hasta los actuales 193 Estados, convirtiéndose en universal y reflejo de la enorme diversidad sociopolítica y cultural de la Humanidad. Se volvía, asimismo, en el epicentro de una contienda en la que los pueblos no occidentales obtenían algunas conquistas normativas, entre otras, proscribir el Derecho colonial y eliminar el estándar civilizador occidental. Para ello, conforme se les reconocía la independencia e ingresaban en NNUU, reconvertían a la Asamblea General en el escenario idóneo para reinterpretar a su favor los principios fundamentales de la Carta: la igualdad soberana, la libre determinación de los pueblos, etc⁹. Además, conseguían desbloquear en dos ocasiones el CS para que adoptará medidas coercitivas contra Rodesia y el apartheid sudafricano, así como transformaban el Comité de Administración Fiduciaria en un órgano clave de la descolonización. Este último proceso está todavía hoy inconcluso, al subsistir formalmente 17 territorios No Autónomos¹⁰, entre los que destaca el Sáhara Occidental sin que, hasta ahora, España haya asumido la responsabilidad histórica que tiene con su excolonia, ocupada ilegalmente por Marruecos desde 1975.

Al hilo de lo anterior, resulta ineludible mencionar otras dos consecuencias de la «Revuelta contra Occidente». Primero, el apoyo del entramado institucional de NNUU a su lucha por incluir el derecho a la autodeterminación de los pueblos y el derecho a una vida libre de violencia y discriminación racial dentro de la legislación internacional de DDHH¹¹. Segundo, la reorientación de su agenda hacia las problemáticas que interesaban a los nuevos Estados: desigualdades socioeconómicas, inestabilidad política,

⁶ RUIZ-GIMÉNEZ, I., «Diálogos con la escuela de la Sociedad Internacional», y AIMÉ, E., «La Teoría de la sociedad internacional. De la narrativa clásica de la Escuela Inglesa al enfoque crítico», *Relaciones Internacionales*, 2019, núm. 41.

⁷ La Carta estableció un sistema de administración fiduciaria para esos territorios (bajo mandato previo de la Sociedad de Naciones) y algunas excolonias italianas, reforzando la obligación de las metrópolis de buscar su futura autodeterminación, RUIZ-GIMÉNEZ, 2005, pp. 72-74.

⁸ BULL, H., *La Sociedad Andáquica*, Libros de la Catarata, 2005, pp. 220-224.

⁹ RUIZ-GIMÉNEZ, I., *La historia de la intervención humanitaria*, Libros de la Catarata, 2005.

¹⁰ En los que viven dos millones de personas. Véase la lista en <https://www.un.org/es/decolonization/nonselfgovterritories.shtml>.

¹¹ Así se creaba, por ejemplo, la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial.

conflictos armados, etc.; y a las que, desde hace décadas, se dedica gran parte de su entramado institucional y de su presupuesto cercano a los 49.000 millones de dólares¹². Su eficacia y efectividad es, sin embargo, objeto de intensas controversias teóricas, en especial, dado la pervivencia de estos *males globales*¹³.

4. VIGILANTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Otro de los grandes logros de NNUU ha sido, para algunas escuelas, la creación «de las condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y otras fuentes del Derecho internacional»¹⁴. Con ese objetivo se crea la Corte Internacional de Justicia para resolver las controversias entre los Estados y asesorar jurídicamente al sistema de NNUU. Se establece, igualmente, que el CS podrá imponer medidas coercitivas (sanciones, embargos, tribunales *ad hoc*, uso de fuerza armada, etc.,) para mantener «la paz y seguridad internacionales». Su desbloqueo, con el final de contienda bipolar, permitirá la reactivación de esa función de garante del orden legal internacional, siendo numerosas las ocasiones en las que ha autorizado el uso de fuerza armada¹⁵, o impuesto sanciones económicas, comerciales o embargos de armas. Sin embargo, como señala Pol Bargués en este Foro, por su propio diseño, ha sido incapaz de actuar en similares situaciones, en especial, cuando interesan a alguna gran potencia o sus aliados: entre otras, la ocupación militar estadounidense de Afganistán (2001) o Irak (2003), la intervención de la OTAN en Kosovo (1999) o Libia (2011), la ocupación israelí de Palestina o la continua injerencia de las grandes potencias en Siria.

Con todo, a lo largo de los últimos setenta y cinco años, NNUU ha actuado como garante del DI a través de múltiples mecanismos de vigilancia. Tal sería el caso, por ejemplo, del prolífico entramado de mecanismos convencionales y extraconvencionales establecidos para supervisar el cumplimiento de los tratados internacionales de DDHH¹⁶; o la intensa supervisión que realizan el Fondo Monetario Internacional —FMI—, el Banco Mundial —BM— o la Organización Mundial del Comercio —OMC— sobre la observancia estatal de las normas económicas y comerciales internacionales. Un tercer ejemplo sería la creación por el CS en los años noventa de dos tribunales penales internacionales *ad hoc* (ex Yugoslavia o Ruanda) o la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional (CPI) en julio de 2002 para enjuiciar los más graves

¹² Para el año 2020, el presupuesto total de la ONU y sus 33 agencias es de 48.764,75 millones de dólares, cifra similar al PIB de Serbia o Costa de Marfil. Fuente: <https://elordenmundial.com/mapas/cuanto-dinero-se-emplea-en-la-onu/>.

¹³ FALK, W., «Global Law», *The Oxford Handbook of Global Studies*, OUP, 2019, p. 754.

¹⁴ Preámbulo de la Carta.

¹⁵ Por ejemplo en Irak, Liberia, Somalia, Ruanda, Haití, Sierra Leona, Costa de Marfil, etcétera.

¹⁶ Sobre la evolución histórica del régimen internacional de DDHH, véase, por ejemplo, RUIZ-GIMÉNEZ, I., «Luces y sombras de la DUDH», *Papeles*, 2018, núm. 142.

crímenes internacionales, considerado un hito histórico en la «criminalización de la barbarie»¹⁷.

Aunque es imposible abordar en este *Foro* su análisis detallado, estos tres ejemplos muestran las enormes dificultades de NNUU como garante del orden legal internacional¹⁸. Son muchas las voces que alertan de que su labor se circumscribe a estrategias de «denunciar y avergonzar», insuficientes en muchos casos para conseguir que los Estados poderosos y sus aliados respeten el DI, salvo si deciden voluntariamente hacerlo. Por ello, consideran que la pervivencia de estos «dobles raseros» pone en peligro la legitimidad e imparcialidad de NNUU¹⁹.

Otras voces, ubicadas en el paradigma estructuralista, extreman su crítica a la organización. Por un lado, se preguntan quién vigila al vigilante cuando es NNUU quien vulnera normas internacionales, como sería el caso, mencionado por Pol Bargué en este *Foro*, de la violencia sexual ejercida contra mujeres y niñas por «cascos azules»²⁰. Por otro, consideran que las organizaciones y normas internacionales son instrumentos al servicio de las élites del sistema-mundo y, por tanto, que NNUU es parte de las estructuras globales causantes de la discriminación, violencia y desigualdades (incluida la de género) que afronta la mayoría de la Humanidad. Por su parte, autores de la Teoría Verde realizan una ulterior crítica, enfatizando la (co)responsabilidad de NNUU en la (re)producción del capitalismo neoliberal causante del deterioro medioambiental que está poniendo en peligro la sostenibilidad de la vida en todo el planeta y, sin duda, uno de los grandes retos de NNUU de cara al futuro.

5. EMPRENDEDORA NORMATIVA VS. (RE)PRODUCTORA DEL SENTIDO COMÚN

La espectacular irrupción en las últimas décadas de las escuelas pospositivistas en las RRHH ha permitido el desarrollo de novedosas líneas de investigación sobre el protagonismo de NNUU en la conformación de las estructuras normativas globales y, por tanto, de los intereses e identidades de los actores internacionales.

En este ámbito, son relevantes dos aportaciones del constructivismo social. Primero, su análisis de NNUU como «emprendedora normativa», esto es, de su capacidad de influir y cambiar los consensos intersubjetivos dominantes sobre lo que se considera «apropiado» en el mundo internacional. A través de la inserción de su funcionariado en redes transnacionales de de-

¹⁷ CARRILLO SALCEDO, J. A. (coord.), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

¹⁸ Sobre esto véase, por ejemplo, RUIZ-GIMÉNEZ, I., «MPS: Controversias feministas en torno a la paz liberal», en GARCÍA SEGURA, C., *La tensión cosmopolita*, Madrid, Tecnos, 2016.

¹⁹ FALK, W., *op. cit.*, p. 754.

²⁰ Véase RUIZ-GIMÉNEZ, I., *op. cit.*, 2016.

fensa junto a movimientos sociales, ONG, comunidades epistémicas, líderes de opinión, etc., ha contribuido de forma decisiva a la creación de nuevas normas, conceptos o agendas: desarrollo humano y sostenible, seguridad humana, agenda de género, responsabilidad de proteger, Objetivos de Desarrollo Sostenible —ODS—, y un largo etcétera. Se enfatiza, sobre todo, cómo este tipo de redes han logrado cambios normativos contra los *intereses* de los Estados poderosos. Tal sería el caso, por ejemplo, en el *ius in bello*, de la prohibición de armas químicas y biológicas (1972-1973), minas antipersonales (Tratado de Ottawa, 1997) o municiones de racimo (2008), así como el Tratado sobre el Comercio de Armas (TCA, 2014), etc. Otros ejemplos serían dos campañas que se están impulsando en el seno de NNUU: la prohibición del uso de armas nucleares o la que pretende conseguir que los cinco Estados miembros permanentes del CS se comprometan a no usar su derecho de voto en casos de genocidio o crímenes contra la humanidad. Por último, aunque son múltiples los cambios normativos conseguidos en el marco de NNUU, resulta interesante mencionar otros tres casos que, por el contrario, están encontrando fuertes resistencias por parte de las grandes potencias, así como por otros actores internacionales poderosos, en especial, las empresas multinacionales: el Acuerdo de París (2015) para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, la campaña a favor de un tratado internacional sobre empresas y derechos humanos y la agenda internacional de «género». En este último caso, el movimiento feminista internacional ha logrado incluirla en muchos ámbitos de NNUU: entre otras, la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad —MPS—, o en la Agenda 2030 (ODS5 y ODS16). Sin embargo, muchas autoras feministas denuncian la pervivencia de importantes obstáculos para su transversalización tanto en el sistema de NNUU como en la inmensa mayoría de los Estados, incluido los occidentales²¹.

La segunda aportación del constructivismo, en especial de su variante liberal, explora la capacidad de NNUU de actuar de forma autónoma respecto a los poderosos, a través de la autoridad moral que posee en el mundo internacional. Según Michael Barnett y Marta Finnemore, dicha autoridad deriva, por un lado, de que es percibida como una burocracia impersonal, tecnócrata y neutral con un gran conocimiento experto (*expertise*) y, por otro lado, de la legitimidad que emana de que su agenda sea universal, desinteresada y de rasgos cosmopolitas²². Se resalta, así, su capacidad como «generadora sistémica», esto es, como productora de los marcos epistémicos y operacionales con los que se opera, por ejemplo, en los ámbitos del desarrollo, la economía internacional, la asistencia humanitaria, las misiones de paz, la asistencia a personas refugiadas, el medio ambiente, etc. Se enfatiza, en especial, su capacidad de definir, categorizar y diagnosticar las

²¹ RUIZ-GIMÉNEZ, I., *op. cit.*, 2016.

²² BARNETT, M. y FINNEMORE, M., «The power of liberal international organizations», en BARNETT, M. y DUVAL, R., *Power in Global Governance*, Cambridge University Press, 2005, o BARNETT, M., y FINNEMORE, M., *Rules for the world. International Organization in global politics*, Ithaca, Cornell University Press, 2004.

problemáticas a abordar y de prescribir las posibles soluciones, esto es, su agencia y capacidad de desarrollar nuevas ideas y agendas y, así, contribuir al cambio social.

Esta benigna visión de NNUU es cuestionada, sin embargo, por otras escuelas pospositivistas (posestructuralismo, poscolonialismo, feminismos críticos, Teoría Verde, etc.). En lugar de resaltar su autonomía y legitimidad, subrayan cómo dicha organización (re)produce, intencionadamente o no, los discursos hegemónicos²³, coparticipando de este modo en la (re)producción de la actual gobernanza global neoliberal, así como de sus lógicas patriarcales, racistas, transhomofóbicas, antropocéntricas, antiecológicas, securizadas, etc. Insisten, sobre todo, en el protagonismo de NNUU en la gestión de «los espacios fronterizos globales», es decir, de las poblaciones del Sur Global desde lógicas bipolíticas para «mejorar su salud o bienestar» o bien desde lógicas soberanas para decidir quién puede vivir o a quien «se le deja morir»²⁴.

Desde esta perspectiva, la contribución de NNUU a las «políticas de vida» neoliberales se relaciona, a su vez, con su implicación en las estrategias identitarias de la actual gobernanza global dedicadas a reconstruir de forma dicotómica, racista y patriarcal la identidad de los actores occidentales *vs.* la de los *otros* y las *otras*. Dichas estrategias discursivas retratan a los primeros como desarrollados, democráticos, justos guerreros, constructores de paz, humanitarios, respetuosos con los DDHH y la igualdad de género, etc. Etiquetan, a su vez, a los *otros*, a los no occidentales, como corruptos, codiciosos, no democráticos, terroristas, criminales, extremistas, violentos, irrationales, etc. Por su parte, las mujeres no occidentales son retratadas como víctimas, sufrientes, indefensas, dependientes, necesitadas de asistencia, etc. Retrato que, en opinión del feminismo crítico, invisibiliza su agencia y desempodera sus diversas agendas. En este sentido, se denuncia la reproducción discursiva por NNUU de esa dicotomía eurocéntrica, racista y patriarcal, considerando que no solo la dota de legitimidad política, sino que, además, delimita «las condiciones de posibilidad» de lo que se puede ser o hacer en las relaciones internacionales contemporáneas.

Un último aporte pospositivista sobre NNUU remite a su insistencia en la actual gobernanza neoliberal es una construcción social, contingente y cambiante, que puede ser transformada, a través de múltiples estrategias de resistencia y de movilización social. Y más cuando, en su opinión, nos encontrariamos en un momento disruptivo en el que dicha estructura global afronta una cuádruple crisis (política, socioeconómica, de género y medioambiental), lo que haría más evidente la fragilidad y contingencia de sus discursos y políticas, facilitándose la articulación de nuevas agendas y alianzas que,

²³ Véase, por ejemplo, RUIZ-GIMÉNEZ, I., «Una mirada crítica al “humanitarismo” desde los estudios pospositivistas», *Afers Internacionals*, 2017, núm. 117.

²⁴ Véase, por ejemplo, TELLERIA, J., «Can we “transform our world without affecting power relations”», *Globalizations*, 2018, núm. 15. Otros autores posestructuralistas claves son Fassin y Pandolfi, Duffield, Edkinsm, Rostis y Mills, Chandler y Campbell.



quizá, puedan cambiar las «condiciones de posibilidad» del presente y configurar nuevas prácticas políticas. En el caso de NNUU, puede abrir el camino para una reforma institucional profunda y una revisión intensa de su agenda para liberarla de sus actuales ataduras neoliberales, reorientándola a eliminar los actuales dispositivos de poder globales que acaparan por desposesión el trabajo de la mayoría de la Humanidad y la sostenibilidad de la vida en el planeta.

6. CONCLUSIÓN

A lo largo de estas páginas y de la mano de algunas escuelas de RRII se ha intentado ofrecer un pequeño balance sobre la relevancia histórica y actual de NNUU, mostrando cuán diferentes son sus valoraciones sobre su legitimidad, eficacia o efectividad. A través de sus controversias se han mostrado algunos hitos de su andadura como epicentro de la confrontación/cooperación entre grandes potencias o de la «Revuelta contra Occidente», así como sus luces y sombras como vigilante del ordenamiento legal global, emprendedora normativa y «generadora sistémica» de nuevas normas o agendas o, por el contrario, como (re)productora del sentido común hegemónico que perpetua la actual gobernanza global neoliberal, contribuyendo así, a la generación de algunos de los malos globales para cuya eliminación fue creada en 1945.

Palabras clave: Naciones Unidas, constructivismo, feminismo decolonial, poststructuralismo, BRICS, Occidente, historia.

Keywords: United Nations, constructivism, decolonial feminism, post-structuralism, BRICS, West, history.



LA ONU Y LA IDEA DE «SOSTENER LA PAZ» EN UN MUNDO MULTIPOLAR

Pol BARGUÉS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. MISIONES DE PAZ DESPUÉS DE LA GUERRA FRÍA: EUFORIA Y FRACASOS.—3. SOSTENIENDO LA PAZ EN UN MUNDO COMPLEJO Y MULTIPOLAR.—4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

En 2020, a los setenta y cinco años de la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), el compromiso con la paz sigue vigente, aunque en la última década hay una clara reorientación en la manera de perseguirla, mucho más modesta y pragmática. Actualmente solo hay 13 misiones de mantenimiento de la paz de la ONU y en algunas (como las de Kosovo, Chipre, Sahara Occidental o India y Pakistán) el trabajo es rutinario, de soporte, casi invisible. En estas misiones, la importancia de los cascos azules reside en su mera presencia, que tranquiliza a la población local, más que en funciones arriesgadas y controvertidas que recuerden a los guardianes de paz de antaño.

En otras misiones, como la de Sudán del Sur, donde la violencia y la inestabilidad es manifiesta a pesar de que se haya llegado a acuerdos de división de poderes, el secretario general de la ONU, António Guterres, aconsejó al Consejo de Seguridad abstenerse de «crear expectativas poco realistas»:

«Por favor terminen con los mandatos que parecen árboles de Navidad. Las navidades ya pasaron y la misión de la ONU en Sudán del Sur no puede, de ninguna manera, cumplir las 209 tareas asignadas. Intentando hacer mucho, diluimos nuestro trabajo y debilitamos nuestro impacto»¹.

En el mismo discurso también se refirió al conflicto de Yemen, uno de los más devastadores del momento que se ha cobrado centenares de miles de víc-

* Investigador de CIDOB (Barcelona Centre for International Affairs) (pbargues@cidob.org).

¹ Secretario general de Naciones Unidas. «United Nations Peacekeeping Operations». Reunión 8218, Nueva York, Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, 2018, <https://www.un.org/sg/en/content/speeches/2018-03-28/collective-action-improve-un-peacekeeping-operations-remarks>.

timas y cuenta con millones de desplazados. Guterres habló de la importancia de apoyar las iniciativas existentes en vez de ofrecer liderazgo o imponer soluciones desde el exterior: la ONU debe ser solamente «una herramienta para crear el espacio para una solución política que debe ser nacional», porque «las operaciones de paz deben ser un apoyo y no pueden tener éxito si se despliegan en lugar de una solución política»².

En Yemen, como en Siria, no hay ninguna misión de mantenimiento de la paz de la ONU. Como trataré de argumentar, esto es en parte porque los miembros permanentes del Consejo de Seguridad (China, Estados Unidos, Francia, Reino Unido y Rusia) mantienen visiones opuestas y frenan cualquier intervención determinante; y, por otra parte, porque ya no hay confianza en grandes operaciones y gestas. El *modus operandi* de organismos y programas de la ONU tanto en Yemen como en Siria es actuar con precaución, en coordinación con otras organizaciones humanitarias internacionales y locales, e intentar paliar las consecuencias de las crisis. Por ejemplo, en Yemen, la ONU proporciona ayuda al desarrollo, además de combatir el virus del cólera efectuando vacunaciones masivas o más recientemente asistiendo a la gestión contra la COVID-19. En Siria, y en los demás países de la región, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados está administrando ayuda humanitaria a los más de cinco millones de refugiados, además de facilitar la resiliencia de las comunidades receptoras.

¿Cuál es la idea de paz que se promueve actualmente cuando Guterres pide modestia y moderación en las misiones de paz; cuando la ayuda internacional en países en conflicto debe quedar al margen de intervenciones exuberantes, vetadas por el Consejo de Seguridad? La intención de este artículo es captar la reorientación de las misiones de paz que empezó el secretario general Ban Ki-moon y está continuando Guterres. Para entender este giro, es importante entender los últimos treinta años de fracasos de lo que se consideró la «paz liberal» —intervenciones internacionales ambiciosas que trataban de conseguir democracias liberales para preservar la paz y seguridad internacionales—. El argumento es que, por un lado, tratando de sobreponerse a la parálisis que impone el Consejo de Seguridad y, por el otro, tratando de romper con el pobre historial de las misiones, Guterres está decidido a encontrar en «sostener la paz» una nueva dirección en la asistencia a países afectados por conflicto. En diálogo con la contribución de Itziar Ruiz-Giménez Arrieta, este artículo se escribe en un *Foro* que reflexiona sobre las Naciones Unidas a los setenta y cinco años de su creación.

2. MISIONES DE PAZ DESPUÉS DE LA GUERRA FRÍA: EUFORIA Y FRACASOS

El final de la Guerra Fría supuso una oportunidad para que la ONU asumiera mayor responsabilidad en la búsqueda de la paz y la seguridad inter-

² *Ibid.*

nacional. En 1988, se premió con el Nobel de la Paz a las fuerzas de mantenimiento de la paz de la ONU, en reconocimiento a las cuatro décadas de operaciones de apoyo a zonas afectadas por conflicto. En el siguiente lustro, la ONU lanzó más operaciones que en los primeros cuarenta años.

En 1992, el entonces secretario general, Boutros Boutros-Ghali propuso fortalecer la organización e introdujo la idea de «construcción de paz» (*peace building*). Esta requería una mayor implicación de los cascos azules, además de cumplir con las funciones tradicionales del mantenimiento de la paz, como el desarme de rebeldes, la diplomacia o la ayuda humanitaria. Como se concibió originalmente, la construcción de la paz consistía en la gestión y supervisión por parte de agentes internacionales de un proceso de democratización y desarrollo económico³. Entre 1992 y 1996, Boutros-Ghali publicó «Una agenda para la paz», «Una agenda para el desarrollo» y «Una agenda para la democracia», para indicar que los tres objetivos eran complementarios y debían cultivarse y perseguirse al mismo tiempo, para así lograr una paz entre democracias liberales, «la paz liberal»⁴.

En los 1990 y a principios de los 2000, la convicción era que la reforma del estado de derecho (liderada por la ONU en coordinación con otros actores internacionales como el Banco Mundial, la Unión Europea (UE) o agencias no gubernamentales) era necesaria para conseguir una transición duradera y eficaz hacia a la paz y la democracia. A imagen y semejanza de los estados occidentales, se creía que una economía dinámica, una separación de poderes con instituciones políticas y judiciales solventes, y una sociedad civil vibrante consolidarían la democracia, el desarrollo y la paz en países subdesarrollados o afectados por conflicto⁵.

Sin embargo, la paz liberal funcionó solo en teoría, cuando estuvo avivada por el optimismo del final de la Guerra Fría y se logró desarmar a combatientes y disminuir la violencia, por ejemplo, en El Salvador, Camboya o Mozambique. Cuando se revisan las últimas tres décadas, ni la ONU ha podido actuar con coherencia y determinación ante crisis humanitarias y conflictos, ni las operaciones internacionales que se han conducido han logrado en su mayoría crear estados pacíficos, democráticos y liberales.

Primero, uno de los principales obstáculos ha sido la indecisión en el Consejo de Seguridad de la ONU que incapacitaba a las misiones de paz. Se vio claro al principio de los noventa, cuando hubo poca voluntad o determinación para actuar y los cascos azules no supieron mantener el alto al fuego en Somalia (1992-1993), ni pudieron evitar el genocidio en Ruanda (1994) o la masacre de Srebrenica en Bosnia (1995). Principalmente, la parálisis de la ONU frente a crisis humanitarias ha sido como consecuencia del poder de veto de los miem-

³ BOUTROS-GHALI, B., «Empowering the United Nations», *Foreign Aff.*, vol. 71, 1992, núm. 5, pp. 89-102.

⁴ DOYLE, M. W., «A more perfect union? The liberal peace and the challenge of globalization», *Rev. Int. Stud.*, vol. 26, 2000, núm. 5, pp. 81-94.

⁵ CHANDLER, D., *Empire in Denial: The Politics of State-Building*, Londres, Routledge, 2006.

bros permanentes del Consejo de Seguridad. El veto ha sido una constante y ha frenado un mayor involucramiento: China y Rusia, por ejemplo, vetaron una resolución para el embargo de armas y sanciones económicas a Zimbabue en 2008, y han parado varias propuestas de resoluciones para condenar al Gobierno de Siria desde que empezó la guerra civil en 2011. Rusia también frenó cualquier acción de la ONU cuando se anexionó a Crimea en 2014, así como EEUU ha impedido que se condenaran las acciones de Israel en Palestina.

También fueron un problema las intervenciones que se ejecutaron a pesar del veto del Consejo de Seguridad, como ocurrió en Kosovo (1999), Irak (2003) o Libia (2011). En particular, la guerra en Irak contaminó los propósitos humanitarios de las intervenciones lideradas por coaliciones internacionales. Durante los proyectos de construcción del Estado post-Saddam Hussein en Irak, se vio como la retórica humanitaria —centrada en la democratización, la construcción de paz o la responsabilidad de proteger— en realidad ocultaba las ambiciones neocoloniales e imperiales de Estados Unidos y sus aliados⁶. La Misión de Asistencia de las Naciones Unidas para Irak (UNAMI), que empezó en 2003, no fue percibida como una entidad imparcial en busca de la estabilidad del país y de la paz internacional, sino como una misión vinculada a los intereses occidentales. Cada motivo humanitario parecía esconder intereses geopolíticos, cada acción se volvió sospechosa. Tara McCormack lo resumió con estas palabras: «Los ideales de la justicia internacional y la ruptura de la soberanía estatal no son una expresión de la creciente moral internacional sino una extensión del poder estadounidense»⁷.

Segundo, las misiones de paz fueron económica y políticamente costosas para los estados contribuyentes, que tenían que invertir recursos considerables, y obtuvieron resultados decepcionantes. Aunque la guerra se detuvo relativamente rápido en la mayoría de los países donde la ONU desplegó tropas y personal civil, la paz parecía no consolidarse nunca, requiriendo la posterrogación de las misiones⁸. A medida que los objetivos se ampliaron y las tareas de los agentes internacionales, orientadas hacia la construcción de una paz positiva, se diversificaban, surgieron más complicaciones. Frecuentemente, los obstáculos estaban relacionados con la necesidad de acomodar valores y estándares supuestamente universales en la resolución de un conflicto que acontecía en un contexto sociocultural específico⁹.

A veces incluso la presencia de la ONU ha generado dinámicas contraproducentes. Episodios de corrupción y escándalos sexuales también dañaron la

⁶ RUIZ-GIMÉNEZ, I., *La historia de la intervención humanitaria: El imperialismo altruista*, Madrid, Catarata, 2005.

⁷ McCORMACK, T., «The Responsibility to Protect and the End of the Western Century», *J. Interv. Statebuilding*, vol. 4, 2010, núm. 1, p. 72.

⁸ BARGUÉS-PEDRENY, P., «False Promise: Local Ownership and the Denial of Self-government», en DEBIEL, T. et al. (eds.), *Peacebuilding in Crisis: Rethinking Paradigms and Practices of Transnational Co-operation*, Abingdon y Nueva York, Routledge, 2016, pp. 227-239.

⁹ MATHIEU, X. y BARGUÉS-PEDRENY, P., *The Politics of Peacebuilding in a Diverse World: Difference Exposed*, Abingdon y Nueva York, Routledge, 2019.

imagen de las tropas de la ONU. En 2017, una investigación de Associated Press destapó más de dos mil denuncias que acusaban a personal de los cascos azules de explotación y abuso sexual, y que en algunos casos incluso involucraban a menores de edad. Aunque la ONU adoptó la Resolución 2272 en 2016 para combatir la explotación sexual y el abuso por parte del personal de las tropas, los críticos han señalado reiteradamente el efecto limitado de estas medidas a la hora de prevenir estos crímenes y, a su vez, ayudar a las víctimas¹⁰.

En resumen, el compromiso de la ONU con la neutralidad, la transparencia y los valores de su fundación, así como la legitimidad y la confianza en la organización para liderar procesos de construcción de paz, se han deteriorado por dos principales motivos: por un lado, la subordinación de la ONU a los intereses geopolíticos de las miembros permanentes del Consejo de Seguridad que ha supuesto la inacción o las intervenciones en servicio de valores y propuestas occidentales; y por otro lado, la dificultad de las misiones para conseguir estabilidad social, desarrollo económico y democrático en países afectados por conflicto; además de cargar con los capítulos vergonzosos de corrupción y escándalos sexuales.

3. SOSTENIENDO LA PAZ EN UN MUNDO COMPLEJO Y MULTIPOLAR

Hacia finales de la década de 2000, había crecido la impopularidad de los cascos azules y, como argumenta Ruiz-Giménez Arrieta en este *Foro*, se multiplicaban las críticas a la ONU. Lejos de considerarla un garante eficiente, neutral y legítimo del orden internacional, los críticos argumentaban que reproducía discursos hegemónicos y un orden eurocentrico, neoliberal y patriarcal.

Estas críticas y una profunda desilusión coincidieron con la pérdida del poder relativo de Occidente (la democracia liberal dejaba de ser un modelo a exportar o imponer) y, por otro lado, con el auge de países no occidentales como Rusia, China o Brasil y de las organizaciones regionales como la Unión Africana que irían desempeñando un papel cada vez más destacado en las operaciones de paz.

Con una creciente multipolaridad, sin una visión liberal que pueda imponer una forma de construir la paz en el mundo, los conflictos también han perdido en inteligibilidad. No es de extrañar que los conflictos en esta última década parezcan más complejos e intratables, muy diferentes a las guerras interestatales con ejércitos regulares, o incluso a las que enfrentaban a grupos étnicos dentro de un mismo estado. Las guerras son difusas, prolongadas, y fragmentadas, generan innumerables efectos regionales (inestabilidad social, crisis económicas, refugiados) y están dominadas por actores no estatales.

¹⁰ SMITH, S., «Accountability and sexual exploitation and abuse in peace operations», *Aust. J. Int. Aff.*, vol. 71, 2017, núm. 4, pp. 405-422.

Pensemos, por ejemplo, en las transiciones inestables y violentas que han ocurrido después de la primavera árabe en Libia o Yemen; el desafío presentado por el Estado Islámico y otros grupos insurgentes que disputan la hegemonía de las autoridades estatales en Siria, Irak o Afganistán, mientras afectan y regulan la vida social, política y económica allí donde se imponen; los conflictos híbridos generados por campañas de desinformación y nuevas tecnologías que afectan la UE y que están supuestamente organizados por Rusia; los efectos del calentamiento global en los ecosistemas en la zona del Sahel; o las consecuencias económicas, sociales y humanitarias generadas por una pandemia global como la de la COVID-19.

Frente a estos desafíos, existe un consenso de que la ONU debe reformarse y adaptarse a este nuevo orden multipolar en el que la confianza en la construcción de una «paz liberal» ha disminuido y los conflictos se prolongan y se asumen complejos¹¹. Sin embargo, debido a que el dominio del Consejo de Seguridad parece difícil de cambiar, a pesar de las diferentes propuestas que existen para ello¹², y que es sabido que las misiones van escasas de dinero, recursos y personal, la ONU está gradualmente introduciendo reformas que le permiten intervenir con medida y pragmatismo. Las reformas que comenzaron con Ban Ki-moon y que Guterres está reforzando se podrían resumir en dos niveles: a nivel de gestión, se están integrando y reorganizando diferentes pilares y departamentos para evitar duplicaciones y mejorar la eficiencia y coordinación de las intervenciones para lograr la paz. A nivel conceptual, se ha introducido la idea de «sostener la paz» (*sustaining peace*), que cambia las prioridades sobre el terreno y reconfigura las operaciones en tres dimensiones, evaluadas a continuación: mayor atención a la seguridad humana y a las perspectivas locales como base para articular cualquier misión; confianza en la asociación y cooperación con otras organizaciones internacionales y regionales; y un énfasis en la prevención y el sustento y la prolongación de las intervenciones.

Primero, a diferencia de las misiones anteriores que se centraban en construir estados con instituciones solventes o facilitaban las negociaciones de los altos cargos, la ONU pone énfasis en proporcionar seguridad humana y atender las necesidades de los más vulnerables: «La Organización mantendrá su vigencia en la medida en que responda con eficacia a las expectativas de personas que sufren grandes penurias, en ocasiones en lugares apartados e inaccesibles, [y que sin embargo] hacen gala de un enorme grado de resistencia, orgullo y arrojo»¹³. Hoy, cada informe y publicación de la ONU subraya la necesidad de trabajar con actores locales, tanto gubernamentales como

¹¹ DE CONING, C. y PETER, M., *United Nations Peace Operations in a Changing Global Order*, Cham, 2019.

¹² LATTILÄ, V. y Ylönen, A. «United Nations Security Council Reform Revisited: A Proposal», *Dipl. Statecraft*, vol. 30, 2019, núm. 1, pp. 164-186.

¹³ ASAMBLEA GENERAL / CONSEJO DE SEGURIDAD, «Aunar Nuestras Ventajas En pro de La Paz - Política, Alianzas y Personas», Informe del Grupo Independiente de Alto Nivel sobre las Operaciones de Paz, A/70/95, Naciones Unidas, p. 7.

organizaciones de la sociedad civil, en entender sus perspectivas y visiones, y conseguir que ellos sean los líderes del proceso de paz.

Algunos críticos, como Séverine Autesserre, han argumentado que las misiones de la ONU prescinden de las perspectivas locales durante la implementación de sus programas: «cuando las fuerzas para el mantenimiento de la paz apoyan los esfuerzos de pacificación locales, deben resistir la tentación de imponer enfoques universales»¹⁴. Estas críticas han sido influyentes y están siendo asimiladas por la organización. Prueba de ello son los informes más recientes que citan a Autesserre como referencia teórica, e instan a restringir el liderazgo externo y dar más protagonismo a los actores locales. La idea de sostener la paz pone énfasis en el conocimiento local y exige precaución y prudencia a los actores externos que son acompañantes de una paz que no es suya.

En segundo lugar, la ONU apela al multilateralismo y a las alianzas entre varios actores y niveles de gobernanza (internacionales, regionales y locales) para sostener la paz. Si bien la cooperación entre organizaciones siempre ha existido sobre el terreno, hoy la ONU crea alianzas más profundas y plurales que movilizan una variedad de recursos y asignan responsabilidades entre las partes interesadas. Existen alianzas importantes en África entre las Naciones Unidas y organizaciones regionales como la Unión Africana, la Comunidad Económica de los Estados del África Occidental y la Comunidad de Desarrollo del África Meridional. Estas organizaciones han sido clave para ayudar a las Naciones Unidas a abordar diferentes conflictos, por ejemplo, en la República Centroafricana, en Darfur, Mali, la República Democrática del Congo, Somalia o Burundi. Sin embargo, estas operaciones mixtas a menudo han generado controversias sobre posibles violaciones del derecho internacional y los derechos humanos: ¿está delegando la ONU las funciones más conflictivas y controvertidas porque no es capaz de ejercerlas debido a las discrepancias entre sus miembros?¹⁵.

La ONU y la UE establecen una alianza central, que sirve para desplegar diversos proyectos para sostener la paz. Por ejemplo, en 2017, lanzaron la Iniciativa Spotlight con el ambicioso objetivo de «eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas». Inicialmente respaldado por 500 millones de euros de la UE y basado en la Agenda 2030, Spotlight proporciona apoyo continuo y dirigido a gran escala a más de una docena de países y regiones en su lucha contra la violencia sexual y de género¹⁶. El programa promueve una «nueva forma de trabajar» que reúne a agencias, fondos y programas relevantes de la ONU, la UE, y un conglomerado de actores interna-

¹⁴ AUTESSERRE, S., «La crisis del mantenimiento de la paz», *Foreign Aff. Latinoam.*, vol. 19, 2019, núm. 3, p. 94.

¹⁵ MOE, L. W. y GEIS, A., «Hybridity and Friction in Organizational Politics: New Perspectives on the African Security Regime Complex», *J. Interv. Statebuilding*, vol. 14, 2020, núm. 2, pp. 148-170.

¹⁶ UNIÓN EUROPEA y NACIONES UNIDAS, «Spotlight Initiative: To Eliminate Violence against Women and Girls», *Informe Anual*, 1 de julio de 2017-31 de marzo de 2018. Acceso en https://www.un.org/fr/spotlight-initiative/assets/pdf/Spotlight_Annual_Report_July_2017-March_2018.pdf.

cionales y locales tan diversos como organizaciones autónomas de mujeres, medios de comunicación o el sector privado.

Tercero, las operaciones de paz de la ONU requieren un compromiso prolongado y continuo. Por ejemplo, Guterres asegura que los esfuerzos para combatir la violencia contra mujeres y niños deben ser «antes, durante y después del conflicto»¹⁷. La lógica es que si la violencia es prolongada y constante, así mismo deben ser las intervenciones. En uno de sus primeros discursos delante del Consejo de Seguridad, Guterres puso énfasis en actuar para prevenir los conflictos, aunque la prevención nunca conlleve aplausos ni atraiga a las cámaras de televisión: «La prevención no es simplemente una prioridad, sino la prioridad. Si cumplimos con nuestras responsabilidades, salvaremos vidas, reduciremos el sufrimiento y daremos esperanza a millones»¹⁸. La prevención siempre ha estado en la agenda de la ONU, pero Guterres no se refiere a una negociación puntual para impedir que salte la chispa que conflagre el conflicto. Es una prevención mucho más sutil, menos visible, menos épica. Se trata de prevenir el conflicto o su recurrencia antes de que sea imaginable para muchos de los participantes. Esto requiere la prolongación del apoyo externo, la continuidad en la financiación y logística, y la perseverancia del personal. Esto es sostener la paz: trabajar de forma determinante, aunque aparentemente invisible.

4. CONCLUSIÓN

En este artículo, he argumentado cómo la ONU ha encontrado con la idea de «sostener la paz» una nueva dirección para preservar la paz en el mundo. Si se analiza el recorrido de las misiones de paz desde el final de la Guerra Fría, se entiende que no puede ser de otra manera: la paz liberal ha quedado obsoleta. Primero, sin el dominio de Occidente en las relaciones internacionales y con un Consejo de Seguridad paralizado por el poder de veto de sus Estados miembros, el optimismo con una ONU que pudiera liderar procesos de paz, democratización y construcción de estados se desvanece. Segundo, se ha visto que las intervenciones internacionales en zonas de conflicto tampoco son deseables si sirven intereses neocoloniales o imperialistas, o generan complicaciones y dinámicas de dependencia que son costosas y raramente facilitan la consolidación de la paz. Estas dos lecciones llevan a pensar en una alternativa «pragmática» que asume que en un mundo multipolar e interconectado los conflictos son complejos y arduos de resolver¹⁹.

¹⁷ NACIONES UNIDAS, «Protect Women's Rights “before, during and after Conflict” UN Chief Tells High-Level Security Council Debate», *Noticias*, 23 de abril de 2019. Acceso en <https://news.un.org/en/story/2019/04/1037151>.

¹⁸ GUTERRES, A., «Remarks to the Security Council Open Debate on “Maintenance of International Peace and Security: Conflict Prevention and Sustaining Peace”», 10 de enero de 2017. Acceso en <https://www.un.org/sg/en/content/sg/speeches/2017-01-10/secretary-generals-remarks-maintenance-international-peace-and>.

¹⁹ DE CONING, C., «Adaptive Peacebuilding», *Int. Aff.*, vol. 94, 2018, núm. 2, pp. 301-317.

¿Cuál es entonces esta nueva dirección que se dibuja después de las críticas y los fracasos y al margen de un Consejo de Seguridad irresoluto, dominado por los vetos de sus miembros permanentes, incapaz de renovarse? Las reformas iniciadas por Ban Ki-moon y ejecutadas por Guterres están reforzando la coordinación y eficiencia de la ONU, dando a las acciones sobre el terreno un nuevo impulso. Lejos de ser intrusivas y grandilocuentes, las operaciones de paz actuales se centran en ayudar a los más vulnerables en potenciar las iniciativas locales. Se basan en alianzas con múltiples organizaciones que se reparten responsabilidades y procuran esfuerzos colectivos. Y por último, están centradas en el largo plazo con la idea de que prevenir el conflicto es menos costoso que resolverlo. La idea de sostener la paz exige a la ONU apostar por la prudencia y el apoyo, en vez del liderazgo. Las tropas están encontrando su nuevo lugar en la prevención y en la gestión modesta de las consecuencias del conflicto: una intervención de ayuda tan relevante como incorpórea.

Palabras clave: misiones de paz, construcción de paz, ONU, Antonio Guterres, crítica.

Keywords: Peace missions, peacebuilding, United Nations, Antonio Guterres, criticism.



Revista Española de Derecho Internacional
Sección PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO
INTERNACIONAL
Vol. 72/2, julio-diciembre 2020, Madrid, pp. 351-357
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.3.01>
© 2020 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Coordinación a cargo de
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
(Derecho Internacional Público)
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
(Derecho Internacional Privado)
Inmaculada MARRERO ROCHA
(Relaciones Internacionales)

EVOLUCIÓN Y AVANCE EN LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE FAMILIA. RELATO DEL ÉXITO DE DOS PROYECTOS EUROPEOS «EUFAM'S I» Y «EUFAM'S II»

Rosario ESPINOSA CALABUIG*

En los últimos años, desde principios de 2016 hasta finales de 2020, el área de Derecho internacional privado (DIPr.) de la Universitat de València ha participado como miembro asociado en una de las iniciativas a nivel europeo de más relevancia para la disciplina del DIPr. y para todos los operadores que se dedican en mayor o menor medida a ella. Se trata de dos Proyectos financiados por la Comisión Europea en la materia concreta del derecho de familia, conocidos bajo los acrónimos de EUFam's I —*Planning the future of cross-border families: a path through coordination*— (web: www.eufams.unimi.it; cuenta facebook: www.facebook.com/eufams) y EUFam's II —*Facilitating cross-border family life: Towards a common European understanding*— (www2.ipr.uni-heidelberg.de/eufams). Ambos proyectos han sido fruto del impulso de varias Universidades europeas y operadores jurídicos (abogados, jueces, notarios y registradores) unidos por un objetivo común: analizar la trayectoria legislativa, política y jurisprudencial de los Estados miembros vinculados en dichos Proyectos en el Derecho europeo de familia.

Cuando en 2015 la Profesora Ilaria Viarengo, con la que llevaba años trabajando en DIPr. de familia, me propone que la Universitat de Valencia, en

* Catedrática de Derecho internacional privado en la Universitat de València (rosario.espinosa@uv.es).

concreto el área de DIPr., formara parte del primer proyecto «EUFam's» para analizar el futuro de las *cross-border families* en Europa, nunca hubiéramos imaginado el enorme y satisfactorio trabajo que íbamos a realizar. Un trabajo que ha tenido grandes repercusiones sobre el avance en el conocimiento y difusión del derecho europeo de familia entre los operadores prácticos y de la evolución de la práctica legislativa y jurisprudencial comparada europea. En el equipo español del EUFam's participamos los Profesores Rosario Espinosa Calabuig (IP del equipo), Carlos Esplugues Mota, Guillermo Palao Moreno, Carmen Azcárraga Monzonís y Pablo Quinz Redondo, así como la Profesora Laura Carballo Piñeiro. A ellos se añadió José Juan Castelló para el EUFam's II

El primer Proyecto *Planning the future of cross-border families: a path through coordination* - «EUFam's» estuvo cofinanciado por la Comisión europea en el ámbito del *Justice Programme* y coordinado por la *Università degli studi di Milano* (Profesores Viarengo y Villatta), con duración desde el 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2017. Como socios estábamos, además de la Universitat de València, las Universidades de Heidelberg, Osijek y Verona, así como el *Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law*. Junto a ellos, la AEAFA (Asociación Española de Abogados de Familia) con la que el equipo español ha trabajado de modo coordinado en todo momento, así como la AIAF (*Associazione Italiana degli Avvocati per la famiglia e per i minori*), la *Scuola Superiore della Magistratura* italiana y la Academia judicial croata.

A este respecto ha de señalarse la estrecha y fructífera labor realizada entre el equipo español y la AEAFA, en particular con la Abogada Pilar Tintoré Garriga, así como con José Luis Ferrer Sama, Paola Tamborero Font y Concha Ballester Colomer. Desde aquí va nuestro agradecimiento y confianza en venideras colaboraciones.

El objetivo del primer proyecto EUFam's ha sido el análisis de la legislación y jurisprudencia europea sobre DIPr. en materia de familia para poder identificar las dificultades encontradas en la práctica y formular las propuestas más necesarias en este contexto a las instituciones europeas. En concreto, han sido analizados el Reglamento CE 2201/2003, de 27 de noviembre, sobre competencia y reconocimiento y ejecución en materia matrimonial y responsabilidad que deroga el Reglamento CE 1347/2000 (Bruselas II bis) (*DO L 338*, de 23 de diciembre de 2003); el Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III) (*DO L 343/10*, de 29 de diciembre de 2010); el Reglamento UE 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DO L 7*, de 10 de enero de 2009) y, por último, el Reglamento UE 605/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de suce-

siones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DO L* 201, de 27 de julio de 2012). Si bien la escasa práctica existente en ese momento en materia sucesoria llevaría a centrarnos entonces en los demás Reglamentos.

El análisis de todos los Reglamentos se ha compatibilizado con el de los textos convencionales más significativos en este ámbito, como el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y la Convención de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el cobro de alimentos para niños y otros familiares (Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, *DO L* 331, de 16 de diciembre de 2009); el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños (*BOE* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010), así como el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980 (*BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987).

Al amparo de dicho análisis se realizaron varios Seminarios nacionales en Valencia, Heidelberg, Verona y Osijek (todos ellos entre junio-octubre de 2016) y un Seminario internacional en el Max Planck de Luxemburgo (12 de mayo de 2017) con académicos, jueces, abogados, oficiales del registro, representantes de las autoridades centrales de 20 países, así como un representante de la UE. Como broche de todos estos seminarios se celebró en Milán la Conferencia final el 1 de diciembre de 2017. Todos estos seminarios se celebraron conforme al método de las llamadas *Chatham Rules*, que permite a los participantes expresarse libremente y discutir abiertamente sobre sus experiencias y dudas sin que sus nombres sean recogidos. Asistieron especialistas en la materia provenientes de la esfera judicial, de la abogacía, notarios y registradores, así como del mundo académico de los Estados involucrados (incluyendo un académico de un país vecino que en el caso de España fue Francia en el EUFam's I y Portugal en el EUFam's II, entre los que el debate e intercambio de experiencias fue muy enriquecedor y quedó reflejado en diversos *Exchange National Seminars Reports* publicados en la web mencionada del primer proyecto. A este respecto, el Seminario celebrado en Valencia el 24 de octubre de 2016, como después el Seminario del EUFam's II el 19 de mayo de 2019 fueron un éxito rotundo.

Los excelentes resultados del primer Proyecto EUFam's y la necesidad de seguir avanzando en ellos y en la práctica de los operadores y la jurisprudencia propulsaron la petición de un segundo Proyecto, bajo el título *Facilitating cross-border family life: Towards a common european understanding* «EUFam's II». En esta ocasión coordinado por la Universidad de Heidelberg (Profesor Pfeifer), desde enero de 2018 a diciembre de 2020 (salvo prórroga como consecuencia de la COVID-19), y financiado por el Programa de Justi-

cia de la UE (2014-2020). Véase ampliamente el sitio *web* en www2.ipr.uni-heidelberg.de/eufams.

El objetivo del EUFam's II ha sido todavía más ambicioso que el primero al incluir la práctica generada tanto por los reglamentos ya analizados en EUFam's I (incluido también el 650/2012 sobre sucesiones y la mayor práctica que se había producido en este ámbito) como por el Reglamento UE 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable y reconocimiento de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (*DO L* 183, de 8 de julio de 2016); el Reglamento UE 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de efectos patrimoniales de uniones registradas (*DO L* 183, de 8 de julio de 2016) y, por último, el Reglamento UE 2016/1191, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento UE 1024/2012 (*DO L* 200, de 26 de julio de 2016).

EUFam's II ha ido, por tanto, más allá del primer Proyecto al desarrollar la experiencia práctica más completa y promover un mayor entendimiento común europeo como bases para garantizar la aplicación uniforme, coherente y congruente del derecho de familia europeo, a fin de facilitar el movimiento transfronterizo de personas dentro de la UE. Como socios hemos repetido la Universitat de València, las Universidades de Osijek, Milán y Verona, se ha incorporado la Universidad de Lund y se han mantenido el Max Planck de Luxemburgo y la AEAFA española como miembro asociado.

Para justificar la necesidad y el consiguiente éxito de los dos Proyectos EUFam's hay que recordar el hecho de que, como es sabido, la UE se ocupe desde hace tiempo del derecho de familia, superando el tabú según el cual era una materia que escapaba de las competencias comunitarias y no era relevante para la integración europea. Por el contrario, la posibilidad, entre otras, de obtener una decisión relativa a la disolución de un matrimonio o la custodia sobre los hijos o sobre aspectos vinculados con la situación familiar o incluso su reconocimiento, representa una cuestión fundamental para un ciudadano europeo o una persona residente en la UE a la hora de transferir su residencia a otro Estado miembro. Es decir, dicha posibilidad resulta funcional al interés comunitario de promover la libre circulación de personas como condición para favorecer el buen funcionamiento y desarrollo del mercado interior.

Desde que el Tratado de Ámsterdam atribuyera a la Comunidad la competencia normativa en materia de DIPr. sustrayéndola a los Estados miembros, se ha desarrollado un importante *corpus* normativo que, partiendo

del divorcio, se ha extendido a los aspectos económicos de las relaciones familiares y a las sucesiones con elemento extranjero. El gran dinamismo de las instituciones comunitarias ha conducido, sin embargo, a una fragmentación de la regulación de las relaciones familiares a través de reglamentos diferentes y con base en criterios para determinar la competencia judicial y la ley aplicable que, lamentablemente, pueden llevar a resultados contradictorios. Cuestiones que surgen de una separación o un divorcio como la responsabilidad parental, el domicilio familiar o los alimentos hacia los hijos o el cónyuge más débil, que tradicionalmente se han considerado accesorias y se han resuelto conjuntamente, ahora deben resolverse por normas diferentes, lo que ha suscitado dudas razonables e incertidumbre en los operadores jurídicos.

Con este marco, los Proyectos EUFam's I y EUFam's II se han concebido como una plataforma desde la que proveer de instrumentos útiles y necesarios a los operadores prácticos, en particular jueces y abogados, pero también notarios y registradores (sobre todo con EUFam's II) para una mejor y correcta aplicación de las normas en cuestión (reglamentos y su coordinación con los Convenios).

En este sentido, se han realizado múltiples, diferentes e intensas actividades como ejecución de los Proyectos. Una de las más importantes ha sido la recopilación de la jurisprudencia nacional por parte de los socios del Proyecto que ha sido analizada e incluida en las bases de datos disponibles en ambos Proyectos. Los Estados miembros objeto de investigación han sido Alemania, Bulgaria, Croacia, Francia, Grecia, Italia, Eslovaquia, España y República Checa habiéndose recogido una gran cantidad de resoluciones entre EUFam's I y EUFam's II. De cada resolución se han extraído —en inglés— los datos más relevantes respecto de las partes (nacionalidad y la residencia) y de la resolución en sí (fecha, iter judicial, preceptos aplicados), así como un resumen y un comentario de la misma. Extremos todos ellos de enorme utilidad práctica para el operador jurídico.

Bajo la coordinación, primero de la Universidad de Milán y luego de la Universidad de Heidelberg, los distintos socios europeos hemos ido realizando, entre otros, a lo largo de la ejecución de los dos Proyectos: 1) Cuestionarios sobre el conocimiento real de los reglamentos. 2) *Exchange National Seminars Reports*. 3) *Best practices* sobre la aplicación de los reglamentos. 4) *Final Study* en EUFam's I. 5) *Report on internationally shared good practices* (EUFams I). 6) *Report on National Implementation laws* (EUFam's II). 7) Como broche de oro final se ha publicado un volumen en la editorial *Hart Publishing* que verá la luz a lo largo de 2020 sobre los resultados del EUFam's I, elaborado tanto por los miembros de los equipos nacionales como de otros especialistas invitados a participar en él, editado por las Profesoras Viarengo y Villata. Por su parte, los resultados del EUFam's II se publicarán en otro volumen en *Heidelberg University publishing* una vez finalice el Proyecto, con las contribuciones, asimismo, de los miembros del Proyecto y otros colaboradores invitados (para consultar las diferentes actividades y textos realizados

en ambos Proyectos se aconseja la visita de ambos sitios *web* antes mencionados).

En plena vigencia del EUFam's I se presenta por la Comisión —el 30 de junio de 2016— la Propuesta de revisión del Reglamento Bruselas II bis y por fin en 2019 se publica el Reglamento UE 2019/1111, del Consejo, de 25 de junio, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (*DO L 178*, de 2 de julio de 2019), que entrará en vigor en 2022. De este modo, los seminarios nacionales e internacionales celebrados durante todos estos años han posibilitado ir conociendo y discutiendo los trabajos de la Comisión y el texto finalmente publicado, intercambiando opiniones y experiencias y proponiendo o sugiriendo modificaciones en relación con las novedades incluidas, sobre todo en materia de traslado o retención ilícita de menores.

De los resultados de los Seminarios nacionales reflejados en los cuestionarios y en los *Exchange National Seminars Reports* se han podido constatar tanto las dificultades y dudas principales a las que se enfrentan en la práctica del día a día los operadores. En particular, estas se refieren a los aspectos más críticos derivados de la determinación de la competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las decisiones, cooperación administrativa, interrelación entre reglamentos y Convenios de La Haya o el ámbito de aplicación residual de las normas nacionales. Los Proyectos han previsto además instrumentos prácticos de apoyo como las cláusulas modelo de elección de la ley aplicable y de elección de foro, así como un modelo de protocolo dirigido a mejorar e incrementar la cooperación entre jueces, además de las *Policy guidelines* que complementan los trabajos de la Dirección general de Justicia y consumidores de la Comisión europea. Con el EUFam's I se ha realizado asimismo un *Final Study* con todas las cuestiones, críticas o dificultades surgidas durante la ejecución del Proyecto y presentadas en la Conferencia final de Milán de diciembre 2017. Por su parte, con el EUFam's II, además de muchas de las actividades mencionadas, se ha realizado un *Report on National Implementation Laws* por parte de todos los socios del Proyecto que resulta igualmente muy útil. Todo ello, junto con diferentes temas asignados a cada uno de dichos socios, deberían haberse expuesto en la Conferencia Final que iba a celebrarse en Heidelberg el 25 de junio de 2020, pero que ha debido posponerse como consecuencia de la crisis de la COVID-19.

En definitiva, hay que felicitar tanto a las Universidades de Milán y Heidelberg por haber coordinado unos Proyectos (EUFam's I y EUFam's II respectivamente) de tanta relevancia, así como a los socios involucrados. Una mención especial merece la Universitat de València y en particular el equipo español, que hemos participado con gran entusiasmo y profesionalidad en esta enriquecedora experiencia, demostrando una vez más la calidad humana y científica de este equipo. Gracias a este tipo de experiencias ha sido posible potenciar algo fundamental en nuestra disciplina como es la transmisión y

difusión del conocimiento y la práctica del DIPr. de la UE entre todos los operadores jurídicos.

Palabras clave: Proyecto europeo EUfam's I, Proyecto europeo EUfam's II, Derecho europeo de familia y sucesiones, unificación Derecho europeo de familia.

Keywords: European Project EUfam's I, European Project EUfam's II, European family and succession law, unification European family law.



IV. BIBLIOGRAFÍA

Sección coordinada por Jaume FERRER LLORET (Derecho Internacional Público), Andrés RODRÍGUEZ BENOT (Derecho Internacional Privado), Inmaculada MARRERO ROCHA y Rafael GRASA HERNÁNDEZ (Relaciones Internacionales)

RECENSIONES

AGUDO GONZÁLEZ, J. (dir.), *Relaciones jurídicas transnacionales y reconocimiento mutuo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 310 pp.

1. La monografía que me ocupa presentar es el resultado de un seminario celebrado en la UAM, el 11 de junio de 2018, vinculado al proyecto de investigación titulado «Relaciones jurídicas transnacionales en el mercado interior y justicia administrativa», del que es investigador principal el Director de la obra, el Dr. J. Agudo González, que se estructura en cuatro capítulos, de los cuales tres corresponden a autores administrativistas, que se encargan de analizar la esencia relacional del reconocimiento mutuo, como instrumento que permite entablar relaciones jurídicas administrativas en un contexto que supera el puramente territorial-estatal. En el Capítulo I el Profesor J. Fernández Gaztea se ocupa de las «Relaciones jurídicas transnacionales y reconocimiento mutuo en la Unión Aduanera»; en el Capítulo II, el Profesor H. Iglesias Sevillano estudia «Los sectores bancario y financiero en el Derecho europeo: el reconocimiento mutuo y los mecanismos de cooperación», y en el Capítulo IV el Profesor J. Agudo González aborda las relaciones jurídicas surgidas con base

en el ejercicio de las libertades de circulación en el mercado interior, bajo el título «La articulación de las relaciones jurídicas transnacionales mediante las variantes del reconocimiento mutuo». Por su parte, en el Capítulo III el Profesor M. Gardeñes Santiago analiza «El reconocimiento mutuo en la Unión Europea: su naturaleza jurídica a la luz de las técnicas o métodos del Derecho internacional privado», desde una óptica y enfoque distinta al de los estudios anteriores, centrada en la lógica internacional privatista, y en el que pone de relieve las tres funciones distintas del reconocimiento mutuo, influyendo en la determinación del ordenamiento aplicable a la puesta en el mercado de productos y servicios, determinando la aceptación de los documentos y certificados de otros Estados miembros en cuanto a su eficacia probatoria y, en ocasiones, también ordenando el reconocimiento de resoluciones administrativas de otros Estados miembros.

2. Por el espacio disponible quiero centrar la atención del lector en la

segunda parte del estudio del Profesor Agudo González, que se presenta como el central del libro, donde sistematiza los resultados de las colaboraciones sectoriales de sus compañeros administrativistas, llamando la atención dogmática de su teoría general del «Derecho administrativo de la transnacionalidad», a través de la que logra desentrañar un modelo regulativo relacional orientado a otorgar un rol activo a los titulares de derechos vinculados con las libertades de circulación, no solo para ejercerlos y hacerlos cumplir, sino también para determinar los términos en que se encuadrará la relación jurídica, y a generar necesariamente conexiones cooperativas entre las Administraciones y los procedimientos de los Estados miembros involucradas en la relación transnacional. Punto de partida es la idea del espacio jurídico europeo como noción que integra una pluralidad de ordenamientos nacionales que mantienen una relación de dependencia mutua, condicionadas por el carácter superior que se otorga el Derecho europeo, y en el que se desenvuelve el modelo regulativo relacional condensando, a su vez, los dos escenarios de «transnacionalidad» («plena» y «horizontal»), en los que la asimetría entre ámbito de validez y de vigencia de los derechos reconocidos por las normas europeas, y de las normas y actuaciones jurídicas estatales dictadas para dotarles de plena efectividad, hace preciso ampliar sus ámbitos de vigencia para que gocen de una eficacia potencial que desborde el marco territorial estatal, mediante la previsión de técnicas conflictuales que, con independencia del *nomen iuris* (reconocimiento automático, recíproco, automático, condicionado, implícito...) son utilizadas en el Derecho europeo para conectar los ordenamientos nacionales como eventuales normas aplicables sobre una relación jurídica preexistente y nacida en uno de los Estados miembros (país de origen).

3. La constatación anterior sintetiza muy claramente la posición conflictualista del autor en relación con la regla de reconocimiento mutuo que incorpora al modelo regulativo relacional, cuestión que fue objeto de una controversia en la doctrina internacional-privatista, como pone de relieve en su estudio el Profesor M. Gardeñas Santiago, y del que ha tenido ocasión de pronunciarse el TJUE en el asunto *eDat Advertising*, en el contexto de la cláusula de mercado interior de la Directiva 2000/31/CE, negando que esta presente las características de una norma de conflicto, destinadas a zanjar un conflicto específico entre varios Derechos que deben ser aplicados (apdo. 61). Hubiera sido, por ello, preferible abordar la efectividad de los derechos concretados en una actuación administrativa del Estado de origen (autorizaciones, licencias o títulos) desde otra interpretación distinta, como sugiere M. Gardeñas Santiago (p. 172), desplazando el foco desde el razonamiento conflictual para centrarlo en la intervención de la autoridad del país del origen, que ha creado en dicho Estado un acto en su sentido más amplio, por lo que el reconocimiento de la norma de origen se concretaría en la eficacia de los actos dictados por la Autoridad administrativa del Estado miembro de origen en el Estado miembro de destino. Al margen de esta apreciación, por el espacio disponible se quedan en el tintero otras conclusiones relevantes y reflexiones sobre la presente monografía, que, como anteriormente he señalado, contiene un análisis profundo y exhaustivo de un tema en el que la doctrina española apenas ha centrado su atención hasta el momento y que, sin embargo, suscita un interés innegable que me hace recomendar su lectura.

J. I. PAREDES PÉREZ
Universidad Autónoma de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.01>

BARREÑADA, I. (coord.), ABU-TARBUSH, J., ÁLVAREZ-OSSORIO, I. y SANAHUJA, J. A., *Entre España y Palestina. Revisión crítica de unas relaciones*, Biblioteca del Islam Contemporáneo, Barcelona, Edicions Bellaterra, 2018, núm. 52, 327 pp., por Miguel Hernando de Larramendi.

Los veinticinco años transcurridos desde la firma de los Acuerdos de Oslo en 1993 y el fracaso del «proceso de paz» proporcionan a los autores de esta obra colectiva, coordinada por Isaías Barreñada, la perspectiva necesaria para hacer una reflexión crítica sobre el papel de la ayuda internacional hacia el Territorio Palestino Ocupado sustentada en la consideración de que este se encontraba en una situación de posconflicto. Como señalan los autores en los primeros capítulos, la prioridad dada por la comunidad internacional a la consecución de un acuerdo a toda costa ha obviado la realidad de la ocupación. El importante volumen de ayuda internacional destinado desde entonces a los palestinos ha contribuido a financiar indirectamente la ocupación permitiendo a Israel desentenderse de sus obligaciones como potencia ocupante perpetuando un *statu quo* que ha acentuado la desarticulación territorial, humana y política de los palestinos sin contribuir a la solución del conflicto.

Estructurada en ocho capítulos, la obra disecciona con espíritu crítico las diferentes dimensiones y niveles de las relaciones entre España y Palestina cuya relevancia en la agenda diplomática y también social española se ha ido, sin embargo, difuminando estos últimos años como consecuencia de la aparición de nuevos conflictos en la región.

Aunque el núcleo del análisis se centra en las últimas décadas, el libro enmarca históricamente unas relaciones cuyo origen en época contemporánea estuvo vinculado al establecimiento en el siglo XVIII de la Obra Pía de los Santos Lugares. Como los autores señalan, la actuación de España respecto a la cuestión palestina desde finales de los años cuarenta ha respondido sobre todo a intereses indi-

rectos relacionados con la historia, con los efectos de la cuestión palestina en sus relaciones con otros países árabes, con el prestigio internacional y con la opinión pública. El apoyo a las posiciones árabes sobre esta cuestión en Naciones Unidas y el no reconocimiento del Estado de Israel se convirtieron en los ejes que vertebraron una «política árabe» sobre la que el régimen franquista intentó proyectar la ilusión de una cierta influencia regional que, durante la transición política, continuó siendo considerada como un importante «activo» para la política exterior española. El convencimiento de que el no reconocimiento de Israel aseguraba una interlocución privilegiada con los Estados árabes contribuyó a aplazar el establecimiento de relaciones diplomáticas con Tel Aviv hasta la adhesión de España a la Comunidad Europea. A partir de ese momento el rol asumido por la diplomacia española pasó a ser el de un actor que aspiraba a desempeñar un papel más activo de mediación e interlocución en la búsqueda de una solución al conflicto, en el marco de sus intentos por adquirir un mayor protagonismo en la política europea hacia el Mediterráneo.

El análisis de la evolución de las relaciones con Palestina es realizado a varios niveles incluyendo el papel desempeñado por los actores de la sociedad civil y la opinión pública. El tercer capítulo analiza la dimensión bilateral de una política en la que en líneas generales ha prevalecido la continuidad, independientemente del color político de los diferentes gobiernos. Aunque la política española se ha europeizado no ha conseguido tener un liderazgo proactivo en el seno de la Unión Europea. Esta dimensión multilateral es abordada en el cuarto capítulo en el que también son analizadas las posiciones adoptadas por la diplomacia

española sobre la cuestión palestina en las Naciones Unidas.

La cooperación española es analizada en el primer y en el quinto capítulo y es puesta en relación con el concepto de la coherencia de políticas para el desarrollo, adoptado por España y los principales donantes internacionales. Palestina ha sido uno de los principales destinos tanto en términos absolutos como en términos per cápita de la ayuda española, tendencia que se ha mantenido a pesar de la reducción drástica de los fondos a partir de 2011. Para los autores, la ayuda ha sido un instrumento de la acción exterior utilizada de forma abusiva y ambigua sin que, en la mayor parte de los casos, haya ido acompañada de una estrategia política dirigida al objetivo de la descolonización y de una paz justa. La ayuda ha estado inserta en la lógica de los Acuerdos de Oslo —mantener en funcionamiento las instituciones de la Autoridad Nacional Palestina y prestar ayuda humanitaria a la población— sin dirigirse a poner fin a la ocupación. La ayuda española, como la de otros países occidentales, ha pretendido contribuir a impulsar el desarrollo económico y social sin avances políticos, manteniendo unas relaciones con el ocupante como si no existiera una situación de conflicto. El respaldo tácito de la mayor parte de las ONG implicadas en la cooperación con Palestina y en la ayuda a los refugiados en los países vecinos con el *Oslo Aid Model* contrasta con el espacio de la solidaridad política analizado en el capítulo séptimo. Los comités y asociaciones de amistad con Palestina han mantenido posiciones más críticas con el modelo de Oslo apoyando campañas de boicot como el BDS. Este movimiento

de solidaridad con la causa palestina no ha conseguido, sin embargo, articularse como lobby político con capacidad de influencia más allá de los espacios de poder local, y se enfrenta a la aparición de grupos de presión proisraelíes en sectores conservadores vinculados a laboratorios de ideas como FAES.

Las relaciones de España con Israel y otros países de la región son analizadas en el capítulo sexto. En él los autores sostienen que los intentos de preservar una posición equilibrada que permita mantener un rol de mediador, han llevado a la diplomacia española a asumir el empeño israelí de separar el tratamiento del conflicto de las relaciones bilaterales con Israel, país con el que se ha buscado mantener unas relaciones estrechas en el ámbito económico y político (para no alienarse con Estados Unidos y otros miembros de la UE) y también en el simbólico (aceptando en muchas ocasiones la amalgama entre judío e israelí).

El libro concluye con un capítulo de recomendaciones en el que los autores abogan por una acción exterior de España coherente que aborde prioritariamente el núcleo del problema, la ocupación, y reoriente la cooperación para que sea parte de la solución y no del problema.

Se trata, sin duda, de una contribución relevante que llena una laguna en la bibliografía en español y, por tanto, de obligada lectura para todos aquellos interesados en el estudio de las relaciones hispano-palestinas analizadas con exhaustividad en sus diferentes dimensiones.

Miguel HERNANDO DE LARRAMENDI
Universidad de Castilla-La Mancha
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.02>

BEDJAOUI, M., *La Guerra de Argelia, una revolución a la altura del ser humano*, Valencia, Tirant Humanidades, 2019, 402 pp.

No es común la edición en español de libros o artículos sobre la guerra de

Argelia. Ni lo fue en su momento por razones obvias, ni lo ha sido más tarde, con

la notable excepción de los dedicados a la «batalla de Argel» —consagrados casi en exclusiva a la interpretación desde diferentes claves de la célebre película de Gillo Pontecorvo—. En este contexto, resulta pues insólita la reciente aparición de una obra dedicada al tema y más aún si lo hace bajo la firma de Mohamed Bedjaoui, antiguo Presidente de la CIJ y miembro del *IDI*, cuya densa trayectoria jurídica se glosa en el prólogo que firma el Profesor A. Remiro Brotóns.

Sin embargo, el que tal obra vea la luz —en una traducción del Profesor Juan Soroeta Liceras muy aceptable, sin perjuicio de la innecesaria *galicización* de lugares y apellidos— no resulta extraño para quien conozca la trayectoria del jurista argelino. Al margen de sus publicaciones sobre DI, el Profesor Bedjaoui no había descuidado publicitar su extensa actividad política al servicio de la República argelina, línea en la que se situaba la reciente *En mission extraordinaire. Carnets d'un ambassadeur d'Algérie en France, 1970-1979* (París, L'Harmattan, 2016). Pero si hay un trabajo que enlaza directamente con el objeto de este libro es sin duda *La revolution algérienne et le droit* (Bruselas, Editions de l'Association Internationale de Juristes Democrates, 1961). Ciertamente era esta una obra de combate y —pese a los equívocos que rodean la expresión— se trataba de un exponente, *avant la lettre*, de lo que hoy se conoce como *lawfare*.

Y es que, aun presentándose como un libro de memorias, no puede el autor desasirse en él de lo que ha sido una de las constantes a lo largo de su vida: su compromiso con la revolución argelina y el ulterior devenir de la República de ella surgida, lo que encuentra confirmación en las dos partes que en su estructura interna —no formal— vertebran la obra. La primera, dedicada a los recuerdos y vivencias personales de un niño y adolescente musulmán en la Argelia colonial. Allí, la personal percepción de la «alienación colonial» y la consiguiente «forja del

hombre» nos aporta sin duda un excelente telón de fondo para comprender al universitario sobrio y recio que aterriza en la Francia metropolitana para cursar brillantemente sus estudios superiores, que compagina con un compromiso militante para con sus paisanos expatriados; lo que le lleva a descartar una previsible promoción al *enarcado*, tras un episodio judicial en el que jugó un papel protagonista: el célebre *Arrêt Barel* del Consejo de Estado francés de 28 de mayo de 1954.

La segunda parte ofrece ya la visión del hombre comprometido con la revolución argelina. Esta sin duda, es la parte que más valorarán los lectores de esta revista pues en ella se pone de manifiesto el prodigioso acervo que atesora el jurista Bedjaoui y que pone al servicio de la causa revolucionaria: desde la denuncia del tratado del Atlántico norte hasta la financiación del Gobierno Provisional, pasando por la adhesión a los Convenios de Ginebra de 1949, no hay prácticamente cuestión que no pase por las manos de Mohamed Bedjaoui, que se revela como una pieza fundamental en el combate jurídico por asentar tanto en el plano interno como en el internacional al naciente régimen. De hecho, su genio jurídico brilla tanto en esos pasajes como en el dedicado a la participación en las sesiones de Naciones Unidas, así como en el inesperado epílogo consagrado al «nacimiento y muerte de los sistemas jurídicos», cuya actualidad revela su paralelismo con algunos acontecimientos muy próximos y en la mente de todos.

En el libro se desvelan acontecimientos sorprendentes —los términos de la visita a Cuba en plena crisis de «los misiles de octubre»—, estrambóticos, como el recuento de dinero en el apartamento de Ginebra —en un episodio digno de John Le Carré—, o pintorescos, como las andanzas de la delegación argelina por el sudeste asiático. Sin embargo, y he ahí el envés, hay cuestiones que no encuentran el debido tratamiento en una obra que recorre los grandes hitos que sustentan

el devenir de la revolución argelina. Sin duda, se pretenden ofrecer los recuerdos del protagonista y no la historia de tan singular proceso político. En este contexto, sorprende la escasa atención, que brinda a la figura de Frantz Fanon. El artífice de la caracterización del proceso argelino como una revolución de masas solo aparece citado una vez en una anodina enumeración de participantes al servicio de la causa. Tampoco encuentra respuesta algún episodio del tráfico de armas que nutrió a la revolución a lo largo de los casi ocho años de lucha. El autor dedica bastantes páginas a describir los esfuerzos por allegar efectivos a la «Argelia combatiente» —como le gusta decir— y no ahorra críticas a los Estados (Egipto) o sus dirigentes (el Túnez de Bourguiba) que habrían mermado considerablemente su eficacia. Sin embargo, mantiene en penumbra, por ejemplo, la peripecia del carguero *Athos II*, fletado por el Gobierno provisional y cuyo destino —así se afirma en libro— hubiera sido el puerto de Melilla (pp. 265-266, núm. 78). ¿Supone esto confirmar —de ello se ha hablado— la puntual connivencia de las autoridades franquistas con la revolución argelina?

Por otra parte, el autor también aprovecha para librar su particular ajuste de cuentas con la Historia. Sin duda, a lo largo de la obra sobresale la figura del Dr. Ahmed Francis, del que autor se recono-

ce como solícito colaborador a lo largo de todo el periodo examinado. La reivindicación de la figura de Francis revela bien a las claras el afán de Bedjaoui por hacer justicia a quien habría sido un firme pilar del proceso que conduciría a la victoria. En cambio, salen malparados, desde luego Bourguiba —al que no ahorra críticas a lo largo del libro— y Ahmed Ben Bella, primer presidente de la República, como revela su despectiva referencia a «las autoridades argelinas de *Villa Joly*» (pp. 334-335), en alusión a la sede presidencial.

Existe, en fin, un afán —el propio título de la obra lo refleja— por presentar la revolución como una obra que ha contribuido a humanizar la sociedad internacional y su Derecho. Sin duda, escrita en otro momento tal afirmación podría sostenerse; lamentablemente, como hijo cada uno de su tiempo, resulta difícil seguirla ahora cuando se justifica la «ley de hierro de la revolución» —léase «el tiro en la nuca»— como cauce para eliminar físicamente a los desafectos o se caracteriza bonachonamente al dictador de Corea del Norte, Kim-Il-Sung, cuando perora: «Ayer los déspotas en Corea eran los extranjeros. Hoy el déspota es, por fin, un coreano. ¿Acaso no es un progreso?».

J. A. GONZÁLEZ VEGA
Universidad de Oviedo
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.03>

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 julio 2012: análisis crítico*, 2.^a ed., Murcia, Rapid Centro, 2019, 734 pp.

La segunda edición de esta obra, cuya primera edición vio la luz en Comares en 2014, es un estudio exhaustivo del Reglamento (UE) 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

A pesar de ser una segunda edición, el libro cuenta con 734 páginas, y 1.315 notas a pie de página, con cita de más 250 sentencias judiciales y resoluciones de la DGRN. En realidad se trata de un nuevo libro con 387 páginas más, que su primera edición de 347 páginas.

El especialista de DIPr encuentra en este libro todas y cada una de las herramientas teóricas y prácticas necesarias

para solventar cualquier problema relacionado con una sucesión internacional, pues se hace un estudio profundo de todos los considerandos —83— y de todos los preceptos —84— del Reglamento europeo sucesorio. Se trata de un estudio completo del Reglamento que regula la sucesión de manera «total»: la competencia internacional de las autoridades, la Ley aplicable y la validez extraterritorial en el ámbito sucesorio.

Dividida en cuatro partes, siguiendo un orden lógico-jurídico desde un punto de vista de DIPr, la primera parte de la obra se refiere a los «Aspectos generales del Reglamento sucesorio europeo» (pp. 1-118); la segunda a la «Competencia internacional» (pp. 119-244), la tercera a la «Ley aplicable a sucesión *mortis causa*» (pp. 245-622), y, por último, la cuarta parte relativa a la «Validez extraterritorial de decisiones y Certificado Sucesorio Europeo» (pp. 623-685).

Muchos son los puntos a destacar de esta valiosa obra. Del mundo fascinante sucesorio internacional en que nos sumerge el autor pueden ponerse de relieve, por su importancia o por su novedad, los siguientes aspectos de cada una de los cuatro partes mencionadas.

De la primera parte es de destacar el estudio profundo de la génesis del Reglamento sucesorio europeo, al que se le dedica casi 120 páginas y que hubiera podido ser publicado como una monografía autónoma, por el interés del tema y el desarrollo prolífico que permite seguir paso a paso el desarrollo legislativo del Reglamento.

De la segunda parte, en las pp. 119-245 es muy destacable el examen del concepto de «residencia habitual» en el momento del fallecimiento, como foro de competencia judicial internacional general. Dado que no existe un mínimo temporal a partir del cual se adquiera la residencia habitual, esto obliga a razonar caso por caso, con atención, siempre, a los datos del caso concreto. Destaca así

el estudio de «trece casos complejos de precisión de la residencia habitual del causante»: residencias habituales internacionalmente disociadas, residencias habituales alternativas y contemporáneas del causante, residencia intermitente pero muy frecuente, etcétera.

En la tercera parte, de casi 400 páginas, el lector puede encontrar una colección de problemas sobre el Derecho aplicable a la sucesión internacional, perfectamente hilados y solucionados con una exigencia y precisión jurídica de relojero suizo, hay que mencionar: i) el muy adecuado enfoque sobre la cuestión de qué se entiende por tribunal con un análisis ponderado de la STJUE de 23 de mayo de 2019, C-658/17, *WB*, que realiza el autor, en sus pp. 120-141; ii) la especial relevancia de la inclinación del autor por el enfoque heterodoxo de la remisión a sistemas plurilegislativos en el caso del ordenamiento jurídico español, donde en sus pp. 567-572, se sostiene la aplicación del art. 9.10 CC por analogía en el caso de extranjeros con residencia habitual en España y la aplicación de la Ley de la vecindad civil del extranjero; iii) el muy interesante discurso sobre la sucesión de activos a través de *Will Substitutes* y promesa de testamento; iv) el completo análisis de los casos de Derecho societario y «cláusula tontina»; v) el interesante estudio interesante de los trusts sucesorios; vi) el examen de la eficiencia del sistema conflictual del Reglamento sucesorio europeo; vii) el correcto análisis de la unidad y de universalidad de la Ley sucesoria, que muestra el defecto del Reglamento en este punto al no haber aclarado la duda de saber si se admite el fraccionamiento de la Ley sucesoria en casos de reenvío; viii) el análisis crítico de la *Professio juris* con demasiadas limitaciones para que el causante elija la Ley reguladora de la sucesión y crítica de la posición de la DGRN al detectar la *professio juris* tácita; ix) el examen en términos de eficiencia de la cláusula de excepción, y x) o los aspectos concretos dignos de destacarse como la

adquisición de la propiedad de los bienes de la herencia (con explicación de los privilegios del Derecho alemán en este particular), troncalidad vizcaína, el tema de los commorientes, de sucesión en favor del Estado, de la pluralidad de testamentos y crítica de la posición de la DGRN, o el ponderado estudio del orden público internacional y legítimas.

De la cuarta parte hay que mencionar el análisis de la utilidad del Certificado sucesorio europeo que pone de relieve su alcance práctico al mismo tiempo que sus limitaciones como título sucesorio, en sus pp. 655-685.

A nadie se le escapa que este análisis crítico del Reglamento sucesorio europeo marcará un antes y un después en

el DIPr sucesorio europeo. Trabajo de relevante impacto, lectura obligada y consulta imprescindible para todos los operadores jurídicos que se precien de acudir a la obra más completa, actual y vanguardista sobre el Reglamento sucesorio europeo.

Con un claro enfoque práctico, sin olvidarse de la complejidad de las cuestiones teóricas, se ha conseguido un estudio sobre el Derecho sucesorio europeo que aúna una precisión jurídica extrema y un diseño jurídico-práctico exclusivo característico del buen hacer del Profesor Carrascosa González.

E. CASTELLANOS RUIZ

Universidad Carlos III de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.04>

CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I. (dirs.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019, 341 pp.

La presente monografía contiene 17 trabajos que podrían agruparse en torno a cinco ejes temáticos.

En primer lugar, cuatro capítulos se refieren a los menores migrantes, migran solos o acompañados, y advierten de los efectos que determinados fraudes o uso indebido de derechos tienen sobre las modificaciones legislativas y su aplicación práctica. Rodríguez Rodrigo («Protección de los MENA que llegan a España») y Ortega Giménez y Heredia Sánchez («Efectos jurídicos de la determinación de la edad de los menores extranjeros no acompañados. La polémica que no termina») analizan algunos de los aspectos complejos y problemáticos de los MENA. Vargas Gómez-Urrutia («Reconstituyendo la familia inmigrante en el Estado miembro de acogida ¿atrapados en un laberinto legal?»), estudia los obstáculos a la reagrupación familiar y el modelo subyacente, y el «control de los vínculos familiares» frente al fraude en esta sede. Sobre este último aspecto, pero en su regulación civil, registral e inter-

nacional privatística, Iriarte Ángel («Los reconocimientos de paternidad ficticios o de conveniencia en situaciones internacionales») advierte de la excepcional aplicación del art. 9.4 CC en los reconocimientos de paternidad *internacionales*, a los que, generalmente se aplica Derecho material español.

Un segundo grupo de trabajos analiza la protección internacional de los menores, previa o posterior a las crisis de pareja de sus progenitores. Antón Juárez («Acuerdos prematrimoniales internacionales y protección de menores»), aborda el carácter preventivo de los *prenups*, los problemas de calificación derivados de la carencia de normas de DIPr español en esta materia y el complejo marco jurídico de los acuerdos sobre alimentos a favor de los hijos y uso de la vivienda familiar. Entre las contribuciones que abordan la situación *ex post*, Carrascosa González («Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro. Un estudio jurisprudencial»), hace un com-

pleto análisis de jurisprudencia española y europea que demuestra cómo el foro de la residencia habitual del menor es adecuado no solo por ser más consistente con su interés superior, sino también por la economía de la litigación. Sin embargo, la posibilidad de que en muchos casos el foro de la responsabilidad parental y el del divorcio sean diversos es estudiada tanto en el trabajo de Durán Ayago («Ejercicio de los derechos de custodia y visita en un mundo globalizado: riesgos y disfunciones. Especial referencia al *fórum divortii* en el contexto europeo»), como en el de Lorente Martínez («Divorcio en España y menores con residencia habitual fuera de la Unión Europea»). Se analiza en ambos tanto la diversidad de normas de DIPr europeo y estatal en la materia, como el efecto de su aplicación en la posible dispersión del pleito; el primero se detiene en la limitada aplicabilidad de la regla del *fórum divortii* del art. 12 del Bruselas II bis y el segundo expone la complejidad y dispersión a través del análisis de dos resoluciones judiciales. Más optimista con el sistema de DIPr diseñado en Europa es Valverde Martínez («El caso *Green card. Reconocimiento de resolución de familia británica en España. Sustracción internacional de menores/Reino Unido, España y Estados Unidos de América*»), contribución en la que, desde el estudio de un caso de familia pluriconectada, analiza los efectos positivos en la protección del interés superior del menor de la aplicación de las normas de DIPr europeas.

Un tercer grupo de capítulos aborda cuestiones diversas relativas al sistema de protección de menores; Sánchez Cano («Adopción simple: inscripción en el registro civil y adquisición de la nacionalidad española. Una cuestión pendiente») propone una modificación del art. 30.2 de la LAI para posibilitar la inscripción en el RC español de adopciones simples constituidas en el extranjero con el efecto, además, de atribución de la nacionalidad española al adoptado. Juárez Pérez («La kafala islámica como institución

de protección: interpretación y práctica española»), desde un estudio de la práctica judicial y registral españolas, analiza las reformas llevadas a cabo por la Ley 26/2015 que sitúan a la kafala como institución de protección desde una perspectiva «más internacional y respetuosa». Finalmente, Herranz Ballesteros («Aproximación al procedimiento prejudicial de urgencia a través de la protección internacional de menores») hace un documentado análisis de los casos en materia de menores en los que el TJUE acepta el excepcional procedimiento prejudicial de urgencia, cuando se dan circunstancias tales como la corta edad de los niños, su proximidad a la mayoría de edad o la interrupción de sus derechos a relacionarse con ambos progenitores, entre otros.

La cuarta línea, es relativa a los menores trabajadores, en trabajos de «élite» («Responsabilidad parental respecto de los contratos internacionales con menores en el ámbito deportivo», de Romero Matute) o desde la perspectiva de los derechos humanos y la empresa (Villar González, «Normativa internacional de protección frente al trabajo infantil en el contexto empresarial»).

Finalmente, una quinta parte del libro, de carácter misceláneo, agrupa los interesantes trabajos de Marino («Common core or enhanced cooperation in European family law?»), en el que se analiza el papel del TJUE y del TEDH en la consolidación del derecho a la vida en familia en situaciones transfronterizas; Castellanos Ruiz estudia la «Protección jurídica del menor en la maternidad subrogada» tanto en el contenido de los contratos en origen, como en su reconocimiento en destino; y por último, Cebrián Salvat escribe sobre un problema muy actual: «Capacidad de contratación en internet y protección del menor: antiguos problemas en nuevos contextos».

S. ADROHER BIOSCA
Universidad Pontificia Comillas
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.05>

CEBRIÁN SALVAT, A. y LORENTE MARTÍNEZ, I. (dirs.), *Innovación docente y Derecho Internacional Privado*, Granada, Comares, 2019, 168 pp.

Los nuevos modelos de enseñanza-aprendizaje han conllevado a que se reflexione sobre la pedagogía utilizada en la educación universitaria conforme a los criterios de convergencia europea en materia educativa. La obra colectiva dirigida por las Profesoras Asunción Cebrián Salvat e Isabel Lorente Martínez constituye un valioso resultado fruto del Congreso «Innovación docente de Derecho internacional privado» celebrado los días 31 de mayo y 1 de junio de 2018 en la Universidad de Murcia. Esta obra, dividida en once capítulos, está llamada a ser un referente en el estudio de los diversos métodos de innovación docente en el arte de enseñar la asignatura «Derecho internacional privado» ofreciendo al lector diversas metodologías y enfoques transversales en su impartición entre los diversos planes de estudios.

Así, en el capítulo primero que lleva por título «Innovación docente en las asignaturas de Derecho internacional privado en la Universidad Carlos III de Madrid», la Profesora Dra. Juliana Rodríguez Rodrigo indica que, desde su dilatada experiencia, el docente debe estructurar sus clases pensando en que tiene que conseguir despertar en el estudiante sus ganas de participar y estudiar la asignatura. El área de Derecho internacional privado de la UC3 ha desarrollado valiosos proyectos de innovación docente a través de una amplia variedad de opciones: MOOC, SPOC y cursos OCW. La Dra. Rodríguez Rodrigo enfatiza que lo importante de la innovación docente es que el alumno aprenda, comprenda la asignatura y sepa aplicar los conocimientos adquiridos.

Seguidamente, el capítulo segundo, a cargo de la Profesora Dra. Laura García Álvarez centra su planteamiento en el análisis de las clínicas jurídicas y su implementación metodológica en

la enseñanza del Derecho internacional privado. Establece valiosos criterios concibiendo la clínica jurídica como un espacio de formación teórico-práctica con el propósito de formar a personas implicadas, preocupadas y ocupadas por la comunidad social.

El Derecho comparado en la enseñanza del Derecho internacional privado será el punto central del capítulo tres, a cargo de la Profesora Dra. Nuria Marchal Escalona. La autora considera crucial el estudio del Derecho comparado en el mundo actual, inevitablemente globalizado. Bajo la solvente carrera docente e investigadora de la Dra. Marchal, la mejor opción constituye adoptar una metodología basada en el *Case Law*, exigiendo al profesor la preparación de material docente adecuado para poder sacar el máximo partido a las enseñanzas que se derivan del Derecho comparado.

El capítulo cuatro, de la mano del doctorando D. Yeray Moreno Matute, centra su atención en examinar la motivación del alumno concebida como estrategia para el aprendizaje y el esquema como herramienta útil en la docencia.

Un asunto hasta ahora no tratado en esta obra colectiva es la íntima relación entre el cine, la propiedad de obras de arte y el Derecho internacional privado. Esta misión es llevada a término por la Profesora Dra. Isabel Lorente Martínez en el capítulo quinto. Tras un análisis argumental de la película, la autora establece de manera clara los aspectos jurídicos internacionales que calan en el contenido del film y cómo a través del cine pueden extraerse verdaderos asuntos para la asignatura.

El sexto capítulo da a conocer al lector la realidad de la innovación docente en la Universidad Carlos III. Esta tarea es

ejecutada por la Profesora Dra. M.^a José Castellanos Ruiz. La autora expone su implicación en sugerivas iniciativas docentes tales como, OCW, MOOC y SPOC. El estudio muestra las diversas estrategias, objetivos y planificación en cada una de las propuestas.

A continuación, en el capítulo séptimo, se reflexiona acerca del valor de los diccionarios jurídicos en la enseñanza. Los Profesores Alfonso Ortega Giménez y Lerdys Heredia Sánchez plantean los grandes beneficios que supone su uso en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Estos constituyen un complemento del vocabulario del estudiantado conllevando grandes mejoras en su léxico jurídico, la ortografía y una mayor precisión en su uso.

El siguiente capítulo está respaldado por la Profesora Dra. Antonia Durán Ayago, en el que muestra tres atrayentes experiencias innovadoras para enseñar Derecho internacional privado: «Periodistas del Derecho internacional privado», «Seminarios Wiki de Derecho internacional privado» y «Clínica jurídica de acción social».

Seguidamente, y con el debate como método de enseñanza-aprendizaje, la Profesora Dra. M.^a Jesús Sánchez Cano, en el capítulo noveno, parte de la idea de que este fomenta al alumnado su capacidad de reflexión, desarrollando, por tanto, el razonamiento crítico, la aptitud de trabajo en equipo junto con las facul-

tades de negociación e interacción entre iguales.

El capítulo décimo, hace muestra de la importancia de la cooperación jurídica internacional en la docencia del Grado en Derecho. La Profesora Dra. Pilar Maestre Casas asevera que el objetivo es proporcionar a los alumnos una comprensión activa sobre la relevancia y la función social de la cooperación como sistema necesario de solución de conflictos surgidos en las relaciones sociales con componente internacional.

Como corolario de esta obra, el capítulo undécimo, asumido por la Profesora Dra. M.^a Asunción Cebrián Salvat, muestra el funcionamiento del «Método al caso». La Dra. Cebrián aboga por su implementación siempre que venga precedido por las clases magistrales en las que se exponen las normas y principios fundamentales de cada tema.

En suma, la obra representa una excelente visión panorámica de las variadas técnicas y métodos de enseñanza-aprendizaje planteados por un elenco de insignes y reputados académicos internacional-privatistas, motivando así, su lectura en un contexto de incesantes retos a los que nos enfrentamos como docentes en el proceso de transmisión de conocimientos a nuestros alumnos.

D. CARRIZO AGUADO
Universidad de León
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.06>

FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C. (coord.), *Los efectos jurídicos en España de las decisiones de los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos de naturaleza no jurisdiccional*, Madrid, Dykinson, 2020, 297 pp.

El tradicional rechazo de los órganos españoles a ejecutar las decisiones adoptadas por órganos internacionales de derechos humanos de carácter no jurisdiccional lleva años suscitando la atención (y la preocupación) de la doctrina. La STS 1263/2018 —que apreció responsabilidad

patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración sobre la base de un dictamen condenatorio del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer— parece marcar un punto de inflexión en la posición de los órganos estatales, pero está por ver

en qué se traducirá (por lo pronto, la STS 1/2020, Sala Especial del art. 61 LOPJ, de 12 de febrero, FJ 6, negó que las «recomendaciones y dictámenes» emanados por comités «que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos» sean equiparables a las sentencias del TEDH). En este contexto, la obra que coordina Fernández de Casadevante viene a insistir en la inadecuación de negar efectos jurídicos a las decisiones adoptadas por tales órganos internacionales, y lo hace brindando un amplio panorama de la práctica en, y relativa a, España.

El libro gira básicamente en torno a la labor de los órganos de vigilancia (comités) creados por los principales tratados en materia de derechos humanos adoptados en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Justificando su título —genéricamente referido a órganos internacionales—, se presta también atención al Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) en el excelente y minucioso capítulo elaborado por Jimena Quesada, aunque con un peso desigual, pues no vuelve a ser objeto de tratamiento en el resto del volumen. La centralidad de los comités de la ONU en el análisis provoca reiteraciones de datos e ideas posiblemente evitables, si bien las variaciones en el enfoque adoptado por las diversas contribuciones permiten comprender una lectura global y complementaria de la labor de estos órganos respecto a España y su alcance en el ámbito estatal. Algunos capítulos constituyen además útiles compendios de la práctica, como es el caso en particular del exhaustivo estudio de Bou Franch sobre el Comité de Derechos Humanos (CDH) o el de López Martín sobre la doctrina del Consejo de Estado en relación con los dictámenes de los comités.

La primera de las tres partes de la obra aborda la efectividad de las decisiones adoptadas por los comités de la ONU y por el CEDS. A las ya citadas contri-

buciones de Bou Franch (CDH) y Jimena Quesada (CEDS), se suman las de Villán Durán, que ofrece un panorama general del valor jurídico de las decisiones de los comités, y Faleh Pérez, sobre la práctica sobre España del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC). Los tiempos editoriales y probablemente la mayor disponibilidad del CDESC para examinar con cierta celeridad los asuntos registrados, dado el bajo número de Estados parte del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (24 hasta la fecha, incluida España), afectan a este último capítulo, pues al análisis que presenta de los tres primeros asuntos contra España en los que el CDESC examinó el fondo habría que sumar ya otro (López Albán *et al.*, doc. E/C.12/66/D/37/2018, 11 de octubre de 2019).

Los cuatro autores inciden con acierto en la necesidad de diluir las distinciones tajantes entre los efectos jurídicos de los documentos resultantes de los distintos mecanismos de vigilancia y control de que disponen los órganos examinados. En el caso de los comités de la ONU, ponen de manifiesto la creciente interconexión que existe entre la presentación de informes por el Estado, con la subsiguiente adopción de observaciones finales por los comités (mecanismo de vigilancia), y la presentación de comunicaciones individuales, resueltas mediante dictámenes (mecanismo de control). Tal interconexión resulta de la incorporación de un procedimiento de seguimiento (*follow-up*) a las medidas dictadas en los dictámenes, que se refleja en el examen de informes, un aspecto sobre el que más adelante vuelven los capítulos de Ripol Carulla y Fernández de Casadevante.

La segunda parte pretende centrarse en la respuesta de los órganos españoles, con dos contribuciones: la ya citada de López Martín sobre la doctrina del Consejo de Estado relativa a los dictámenes de los comités de la ONU, y otra de Ripol

Carulla, titulada «Las decisiones de los órganos de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas en el Derecho español», que no se ajusta estrictamente al objeto anunciado en el índice (la interpretación del Tribunal Constitucional), un tema de indudable interés que merece un tratamiento detallado y que aquí queda en cierta medida diluido al abordarse junto con otras cuestiones.

La tercera y última parte, integrada por los capítulos elaborados por Fernández de Casadevante y Gutiérrez Espada, recapitula los argumentos esgrimidos a lo largo del libro en defensa de los efectos jurídicos de las decisiones adoptadas por los comités: el deber, en virtud del principio *pacta sunt servanda*, de cumplir de buena fe las obligaciones convencionales asumidas —de las que los comités son intérpretes autorizados, dato que debe ser tenido en cuenta al aplicar el art. 10.2 de la Constitución—, y la obligación reiterada en los diversos textos convencionales de adoptar todas las medidas necesarias para garantizar los derechos recogidos en los tratados. Fernández de Casadevante recurre también al *estoppel* para reforzar estos argumentos, aunque resulta difícil ver en este ámbito de qué forma el comportamiento de España puede modificar la conducta de otros Estados sobre la base de la confianza mutua. Más acertado es su apunte de que

negar efectos jurídicos a los dictámenes de los comités priva de efecto útil a las disposiciones convencionales —voluntariamente asumidas por España— que les otorgan la competencia de dictarlos. Otro argumento, defendido por López Martín, es que la labor de los comités genera «práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado» en los términos del art. 31.3.b) de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, una posición que, siguiendo a Nolte (*Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, OUP, 2013), debe ser matizada, pues más que las decisiones de los comités *per se*, esa práctica ulterior la integraría la reacción de los Estados frente a las mismas y, como apunta Villán Durán (p. 114), el grado de acatamiento satisfactorio de los dictámenes tiende a ser bajo.

En suma, esta obra da argumentos suficientes para insistir en la necesidad de articular vías internas para hacer efectivas las decisiones adoptadas por los órganos internacionales de control en materia de derechos humanos. Limitarse a desdeñarlas pone en cuestión el compromiso de España con la defensa de los derechos humanos y su cabal cumplimiento de las obligaciones convencionales que voluntariamente ha contraído.

R. A. ALIJA FERNÁNDEZ
Universidad de Barcelona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.07>

FERNÁNDEZ MASIÁ, E., *La transparencia al rescate del arbitraje inversor-Estado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 168 pp.

Incremento de la litigiosidad en el ámbito de las inversiones extranjeras, cuestionamiento de la legitimidad del arbitraje y de su idoneidad como método de resolución de controversias inversor-Estado, confidencialidad y privacidad del arbitraje que pasan a primer plano, muy especialmente en este contexto, donde la afectación de los intereses públicos es significativa y es imposible soslayar

la general corriente pro-transparencia. La presente monografía se sitúa en este marco de máxima actualidad y debate científico para abordar de forma seria y rigurosa las dos premisas sobre las que se construye: el arbitraje como sistema de resolución de controversias inversor-Estado y la conformación de la transparencia como elemento esencial en este ámbito. Se está así en disposición de

plantear la conclusión, que sintetiza muy bien el título: que la transparencia llega a la litigiosidad inversor-Estado para quedarse, y que es necesaria, pero puede no ser suficiente, para que el arbitraje perviva como método preferente de solución.

Entrando en el contenido, la obra se divide en cuatro capítulos que culminan con una reflexión y el correspondiente anexo bibliográfico. El primer capítulo aborda los conceptos clave: arbitraje de inversiones, confidencialidad y transparencia. Partiendo de las particularidades de la resolución de controversias en el sector de las inversiones directas extranjeras, se examina la extensión a esta materia del arbitraje internacional, donde se ha consagrado como método despolitizadora y susceptible de proporcionar un foro neutral al inversor. Tradicionalmente inherente al sistema, la confidencialidad del arbitraje está sometida a revisión desde hace tiempo, anudada a una tendencia más global: la reivindicación de la transparencia como valor. Centrado en la dimensión procesal de la transparencia, se explica cómo esta tendencia afecta de manera señalada al arbitraje inversor-Estado, los factores que justifican la incorporación de la transparencia al proceso, su alcance y los inconvenientes que comporta.

Los siguientes capítulos analizan cómo la incorporación de la transparencia al arbitraje inversor-Estado se ha ido consolidando progresivamente hasta constituir una característica del proceso arbitral. Con esta perspectiva, el capítulo segundo refiere los inicios de esta transformación que se localizan en la práctica arbitral. En este sentido, la obra estudia el tratamiento que la confidencialidad recibió en casos planteados en el seno del TLCAN, con avances importantes, y explica cómo la tendencia se ha positivizado en la reforma del Reglamento del CIADI de 2006 y en las nuevas generaciones de Acuerdos Internacionales sobre Inversiones, cuyo amplio alcance ha permitido extender esta solución de manera

significativa. Particular atención merece la reforma operada en el Reglamento CIADI y la jurisprudencia arbitral que está en su origen. Las previsiones específicas que incorporó el Reglamento son comentadas detenidamente por el autor: la publicación del laudo, la apertura pública de la fase oral del procedimiento y la aceptación de la figura del *amicus curiae*.

El capítulo tercero está dedicado a la adaptación de las normas CNUDMI a la transparencia en el arbitraje inversor-Estado, que se concreta en el Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado, así como la Convención de Mauricio. La obra se detiene en el estudio detallado del Reglamento de transparencia: el Registro de Transparencia, la publicación del comienzo del procedimiento y de documentos del proceso, la posibilidad de intervención del *amicus curiae* y de un Estado parte del Acuerdo aunque no del procedimiento arbitral, la obligatoria publicidad de las audiencias, las excepciones a la regla y el archivo y difusión de la información del procedimiento por la Secretaría de la CNUDMI. Culmina este capítulo el análisis de los dos primeros casos de la práctica, que permiten observar el Reglamento en acción.

Al fin, el capítulo cuarto aborda las más recientes realizaciones legislativas con un examen casuístico y comparado de los siguientes textos: el Reglamento de Arbitraje de Inversión del SIAC de 2017, el Apéndice sobre disputas de Tratados de inversión del Reglamento SCC y el ambicioso Proyecto de reforma del Reglamento de arbitraje del CIADI, este último, al que se dedica una especial atención. El capítulo consagra un último apartado al estado de la cuestión en el ámbito de la Unión Europea. Y es que, frente al protagonismo arbitral y pese a algunos «vai-venes», la Unión Europea está apostando de forma decidida por otra forma de solución de controversias inversor-Estado: los tribunales internacionales de inver-

siones. También este modelo comparte la vocación de procedimiento transparente, y su plasmación en el CETA es utilizado para ilustrar la posición adoptada por la Unión; en palabras del autor, «de transparencia total».

Empezamos señalando la actualidad del tema. Este último capítulo permite constatar el momento constitutivo que atraviesa el arbitraje inversor-Estado, lo que hace particularmente acertada la monografía que se reseña y temporáneas sus valiosas aportaciones. El desarrollo de la investigación descansa de forma importante sobre un examen metódico

de la jurisprudencia arbitral, lo que constituye una de sus principales fortalezas. Siguiendo un esquema claro y con una exposición precisa se recorre el proceso conducente al estado de cosas actual, que es objeto, tanto de análisis pormenorizado, como de observación crítica; en este sentido, hay que llamar la atención sobre la reflexión final «mirando al futuro» con la que culmina la obra. En definitiva, estamos ante una parada imprescindible en el debate abierto.

M. V. CUARTERO RUBIO

Universidad de Castilla-La Mancha
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.08>

FOTINOPOLOU BASURKO, O., *Habitualidad vs. temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional*, Atelier, 2019, 216 pp.

En los últimos años, han visto la luz sucesivos pronunciamientos en los que el TJUE ha interpretado la conexión de lugar de trabajo habitual en supuestos en los que la localización espacial de la prestación de servicios resulta particularmente compleja. La interpretación del TJUE se ha desarrollado progresivamente y resulta decisiva para su necesaria adaptación a los contratos de trabajo del transporte internacional.

En este contexto aparece esta obra, cuyo objetivo es el análisis del criterio conflictual de la *lex loci laboris*, en exclusiva, y desde la perspectiva del trabajo desempeñado en los distintos sectores del transporte. Ello implica un análisis de las dimensiones definitorias de este criterio: la habitualidad —y su contraposición a temporalidad— y la territorialidad.

La obra se estructura en una breve introducción y tres capítulos. Ya en la introducción se anticipa una visión crítica sobre algunos aspectos de las soluciones adoptadas por el TJUE. En palabras de la autora, la evidente preeminencia y centralidad otorgada al criterio del lugar de trabajo por el TJUE y su interpretación

extensiva, si bien tienen el objetivo evidente de proteger a los trabajadores, en ocasiones cuentan con un escaso anclaje técnico (p. 33).

En el primer capítulo, se incide en la necesidad de delimitar correctamente las distintas situaciones caracterizadas por la movilidad de los trabajadores: es necesario diferenciar los supuestos de trabajo del transporte internacional de los de desplazamiento, así como establecer categorías dentro de los trabajadores del transporte.

Las características propias de la prestación de servicios en cada sector tienen evidentes implicaciones de cara a la localización del lugar de trabajo: en unas ocasiones el trabajo se ejecuta a bordo de medios que circulan por espacios no territoriales (sector aéreo y marítimo), mientras que en otras se presta servicios en territorios sucesivos (transporte por carretera, navegación interior y ferrocarril). En el primer caso, la complejidad se deriva de que la prestación de servicios se ejecuta extramuros del territorio de cualquier país y, en el segundo, de la existencia de una multiplicidad de lugares de ejecución.

Al igual que la obra en su conjunto, el capítulo se dedica a los contratos de trabajo del transporte, pero se introduce un apartado dedicado a las prestaciones de servicios ejecutadas en estaciones espaciales y en los círculos polares Ártico y Antártico. Ello se debe a que, en estos supuestos, al igual que en el sector marítimo y aéreo, el trabajo se ejecuta en lugares ajenos a la soberanía de cualquier Estado y, por ello, en ambos existe un fuerte componente de Derecho internacional público.

Solo tras estas oportunas puntualizaciones previas, puede plantearse la aplicación en los distintos sectores del transporte de la Directiva 96/71 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. A excepción del personal navegante, el resto de los trabajadores del transporte internacional se encuentran dentro del ámbito subjetivo de la Directiva. No obstante, la localización del lugar de trabajo habitual constituye el punto de partida ineludible, y dadas las especiales dificultades que ello supone, su aplicación a los trabajadores del transporte también resulta particularmente compleja.

El capítulo central de la obra se dedica al análisis de la evolución de la jurisprudencia del TJUE, desde las sentencias *Mulox* (1993) y *Rutten* (1997), pasando entre otras por *Weber* (2002), *Torlinne* (2004), *Koelzsch* (2011), *Voogsgaerd* (2011) y *Schlecker* (2013), hasta la más reciente, en el asunto *Nogueira* (2017). Destaca, por problemática, la inicial aplicación a los casos de contratos de trabajo del transporte de las interpretaciones que en pronunciamientos previos se habían realizado en supuestos de desplazamiento de trabajadores. No se tenía en cuenta la distinta naturaleza de los supuestos y en este momento se daba primacía a un criterio cuantitativo o temporal.

El punto de inflexión lo marcaron la exclusión de la relevancia de la matrícula del medio de transporte y la introducción de un criterio cualitativo, es decir, la bús-

queda de criterios sustanciales que vinculan el contrato de trabajo con un determinado país. En este sentido, la autora aboga por la realización de un análisis *a posteriori* en el que se valoren elementos ajenos al contrato, impuestos por el Derecho público de cada Estado (véanse pp. 166 y ss.).

Esta interpretación extensiva se produjo inicialmente en casos de competencia judicial internacional y es problemática cuando se extrapolala a la ley aplicable, ya que este concepto amplio de lugar de trabajo parece coincidente con la conexión de los vínculos más estrechos. Esta cuestión, desarrollada ampliamente en la obra, permanece irresoluta, pues el TJUE aún no se ha pronunciado al respecto.

La obra concluye con una reflexión que ya se adelanta en su introducción respecto a la posibilidad de que la interpretación paralela del concepto de lugar de trabajo habitual en el ámbito de la competencia judicial y de la ley aplicable sea una muestra de la intención del TJUE de avanzar hacia un sistema integrado y homogéneo de Derecho internacional privado del trabajo europeo. Pese a su conveniencia, como se ha visto, esta interpretación paralela no está exenta de dificultades y no puede realizarse a costa de la confusión conceptual y por encima de una buena técnica interpretativa.

La originalidad de la obra deriva de la absoluta concreción del objeto de estudio. Ello permite un análisis denso y profundo de la evolución normativa y jurisprudencial experimentada por el criterio de la *lex loci laboris*, omitiendo una perspectiva general sobre el régimen de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. El resultado es una obra útil, e incluso indispensable para quienes se dedican al estudio esta cuestión, que además permite prever algunos aspectos sobre los que el TJUE deberá pronunciarse en el futuro.

N. FERNÁNDEZ AVELLO

Universidad de Oviedo

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.09>

GUTIÉRREZ CASTILLO, V. (coord.), *Amnistías y justicia transicional. Límites a la luz del Derecho internacional*, Sevilla, Aula Magna, Proyecto Clave, McGraw Hill, 2019, 503 pp.

Este libro se ocupa de analizar las amnistías y la justicia transicional tanto en el ámbito internacional como nacional, pero siempre de conformidad con el marco jurídico del DI, y en ocasiones también con referencia al marco político-sociológico en el que estos procesos se plantean. Se trata de una obra bien documentada, bien ordenada y expuesta para que el lector no se pierda en el hilo argumental y en las ideas principales.

En su parte I (con seis aportaciones) se hace un recorrido histórico de las amnistías desde los tiempos más remotos hasta el casi presente (Víctor Sánchez Sánchez). Haciendo hincapié, por ejemplo, en la Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía en España, y en las diferentes recomendaciones que a este Estado han hecho los mecanismos de protección de las Naciones Unidas (Alicia Moreno Pérez). Asimismo, se examina la responsabilidad del Estado en el marco del Derecho internacional humanitario sobre los límites de las amnistías concedidas en la justicia transicional: ¿Son conforme a Derecho internacional? No (Valentín Bou Franch). Se desgrana el término amnistías y sus tipologías, vinculándolo a los derechos de las víctimas con el objetivo de que se cumplan (Angélica Anichiari-co González y Cástulo Cisneros Trujillo). De este modo procede el sistema interamericano de derechos humanos, ya que ha establecido que las leyes de amnistía no pueden servir de justificación para no investigar y para no hacer justicia (Ana Elizabeth Villalta Vizcarra). Incluso, en situaciones de terrorismo en el marco de la justicia transicional, como ocurrió en el Cono Sur del contenido americano (Victoriano Perruca Albaladejo).

En su parte II (con siete aportaciones), se analiza con carácter general las amnistías en determinados países

de América Latina y también en España, poniendo de relieve el difícil equilibrio para lograr la unión entre justicia, paz y reconciliación nacional (Carlos R. Fernández Liesa). Incluso el *interés de la justicia* es embriagado, en determinadas ocasiones, por la perspectiva política más que la jurídica, como ocurrió en la situación de Afganistán en la Corte Penal Internacional: negando en un primer momento su investigación, aunque hoy, por fortuna, ya se ha dado luz verde (Carmen Montero Ferrer). Como luz es lo que emite el análisis sobre los años de plomo en Marruecos y, particularmente, la necesidad de avanzar en las reformas para lograr una verdadera reconciliación y protección de los derechos humanos (Rabia M'Rabet Temsamani y Khadija Ismaili Alaoui). Que es lo que se está haciendo, en la medida que así lo permite ciertos movimientos políticos, en Chile; pero aún queda mucho por avanzar (Antonio Muñoz Aunión y Glorimar Alejandra León Silva), al igual que en España. Un espejo en dónde mirarse es en la memoria, verdad y justicia alcanzada en Argentina por los crímenes cometidos por la dictadura de Videla: inclusive se plantea la siguiente cuestión, que tiene respuesta, en el libro: «Cobra mayor firmeza la idea de calificar a los hechos como lo que fueron: un genocidio» (Daniel González Stier). Muchos de estos avances en la protección de los derechos humanos después de una dictadura o durante un marco de justicia transicional se han logrado merced a organismos supranacionales que hacen de contrapeso jurídico y político. Así se pudo ver en el caso de Uruguay y el sistema interamericano de derechos humanos (Isabel Clemente Battalla). Pero de nada sirve ese contrapeso si los Estados no están del todo concienciados en tipificar determinados crímenes, en interpretar la ley nacional en el marco

del DI y en abrir su mirada, en definitiva, allende sus fronteras. Un ejemplo a este respecto se da en *el procesamiento a la organización terrorista ETA por crímenes de lesa humanidad* (Carmen Vallejo Peña), ya que hay una contienda entre penalistas e internacionalistas sobre el principio de legalidad y la costumbre (contencioso que deriva, principalmente, de los juicios de Núremberg). Esto ha tenido efectos a la hora de investigar, enjuiciar y, en su caso, condenar a miembros de ETA por la comisión de crímenes internacionales, más allá del crimen de lesa humanidad. No hay unanimidad a este respecto en nuestra jurisprudencia. Lo que hace preguntarme lo siguiente: ¿Por qué la magistratura española es tan reacia a analizar determinados crímenes y leyes desde la perspectiva del DI?

Cuando todo cambia (o parece haberlo) alrededor en el siglo xxi, el objetivo es garantizar la no repetición de lo sucedido en épocas no tan remotas, ¿deberán permanecer las amnistías, quizás solo las condicionadas, y siempre garantizando los derechos de las víctimas de crímenes? ¿Es necesario codificar la justicia transicional, así como también establecer mecanismos adecuados y estables, no solo en el ámbito de las Naciones Unidas sino también en los ámbitos regionales? Es-

tas son algunas de las preguntas que el libro ha hecho que me formule, ya que las líneas de pensamiento expuestas deben aplicarse no solo a la teoría, también a la acción, y parece ser que hoy no sean muchos —en la práctica— los partidarios de conjugar de forma proporcionada y eficaz la paz, la justicia y los derechos de las víctimas.

Apenas es necesario llamar la atención sobre los efectos nocivos que las amnistías totales, leyes de punto final y otras análogas provocan en las víctimas, pues, desgraciadamente, se las vuelve invisibles, se vulnera sus derechos internacionalmente reconocidos. Habrá que incentivar propuestas como las que presenta este libro y medidas jurídicas y voluntad política para alcanzar un perfecto equilibrio entre la tríada formada por la justicia, la paz y la reconciliación. En definitiva, se trata de una obra necesaria y de referencia obligada para quien desee comprender e interpretar las amnistías y la justicia transicional de conformidad con el DI y ver, por ello, los límites que existen actualmente a fin de poder superarlos.

C. GIL GANDÍA

Universidad de Murcia

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.10>

LORENTE MARTÍNEZ, I., *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*, Madrid, Dykinson, 2019, 283 pp.

La obra que se presenta aborda un fenómeno cuya complejidad, graves consecuencias y actualidad, justifica plenamente que se haya desarrollado una investigación sobre el mismo.

Los factores mencionados son puestos de manifiesto ya en la Primera Parte, dedicada al concepto, a la evolución del fenómeno, a las causas y, especialmente, a los efectos negativos. Así, destaca el estudio que la autora realiza sobre el perfil del sustractor y los efectos negati-

vos sobre los menores, sobre el titular del derecho de custodia y sobre el sistema jurídico.

La Segunda Parte versa sobre los mecanismos legales que pueden ser empleados para tratar de lograr la restitución del menor sustraído. Dicho estudio es precedido del análisis del derecho de los progenitores a reunirse con sus hijos —contemplado en el art. 8 CEDH—, que se acompaña de una selección de pronunciamientos del TEDH.

Los instrumentos internacionales que se analizan en la Segunda Parte son el Convenio de Luxemburgo de 1980, así como el Convenio de La Haya de 1980. La autora dedica al Convenio de Luxemburgo de 1980 un análisis no tan profundo como en el caso del Convenio de La Haya de 1980, puesto que explica que el Convenio de Luxemburgo de 1980 se encuentra en «decadente aplicación».

A continuación, se realiza el análisis del Convenio de La Haya de 1980, comenzando por su «carácter fáctico», aspecto que es ilustrado con numerosos pronunciamientos de los tribunales españoles. Dichos aspectos generales son seguidos de tres «normas básicas de funcionamiento del Convenio»: el establecimiento de las Autoridades Centrales como órgano de enlace entre Estados, los requisitos de la solicitud de repatriación y la acción directa de restitución. Este último aspecto resulta conectado con el art. 16 del Convenio, que prohíbe pronunciarse sobre el fondo de los derechos de custodia. Todas las cuestiones se encuentran también respaldadas por diversos pronunciamientos de los tribunales españoles.

Posteriormente, se aborda el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1980, distinguiendo entre «requisitos subjetivos», el carácter *inter partes* del Convenio y la ilegitimidad del traslado. Para abordar el estudio de la acción de restitución, la autora distingue entre la regla general de restitución del menor y su excepción. A su vez, en este segundo supuesto, diferencia entre el transcurso de más o menos de un año desde el traslado. Cada una de las causas de denegación de la restitución es explicada y acompañada del análisis de relevantes pronunciamientos de los tribunales españoles y extranjeros.

El estudio del Convenio de La Haya de 1980 finaliza con unas reflexiones, entre las que destaca la relativa a la evolución del «caso tipo», la debilidad de la protección del derecho de visita, la necesaria motivación judicial y el protagonismo adquirido en la Unión Europea por el Regla-

mento (CE) 2201/2003, que es el siguiente instrumento que resulta analizado.

El análisis del Reglamento (CE) 2201/2003 se encuentra acompañado de fundamentales resoluciones del TJUE. En el ámbito de este instrumento, la autora distingue tres mecanismos: *a)* la acción directa de restitución (art. 11, párrs. 2 a 5); *b)* la «litigación por la custodia y obtención de una orden de restitución en el Estado miembro de la precedente residencia habitual del menor» (art. 11, párrs. 6 a 8); y la «litigación sobre la custodia del menor ante los tribunales del Estado miembro de la previa residencia habitual del menor» (art. 28 a 36).

En el ámbito de la acción directa de restitución, se exponen cuatro correcciones que el Reglamento (CE) 2201/2003 hace al Convenio de La Haya de 1980. Cabe destacar que se aportan pertinentes resoluciones con respecto al art. 11.4 del Reglamento, precepto que impide denegar la restitución del menor en virtud del art. 13.b) del Convenio, cuando en el Estado miembro de origen se han adoptado medidas adecuadas que permitan garantizar la protección del menor.

Con respecto al segundo mecanismo (art. 11, párrs. 6 a 8), la autora analiza especialmente, con base en la jurisprudencia del TJUE, las consecuencias del «carácter directamente ejecutivo» de la orden de restitución dictada por el Estado miembro de origen.

El tercer mecanismo hace preciso analizar, entre otros aspectos, los foros de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental, prestando la autora por ello especial atención al art. 10 del Reglamento, dado que dicho precepto se refiere expresamente a cómo se ve afectada tal competencia en caso de traslado o retención ilícitas.

Tras el estudio de los instrumentos de la Unión Europea e internacionales, así como de las relaciones entre ellos, la parte final de la obra se refiere a las normas de producción interna españolas. Al

respecto, cabe destacar las medidas contempladas en los arts. 103 y 158.3 CC, y el análisis del art. 225 bis CP.

Esta obra analiza así un fenómeno que, tal como indica la autora en sus Conclusiones, se encuentra en una «fase expansiva». Los instrumentos internacionales, de la Unión Europea y de producción interna estudiados, así como todos los relevantes pronunciamientos aportados de tribunales nacionales, extranjeros y del TJUE; ponen de manifiesto la ya mencionada complejidad del fenómeno y la pertinencia y necesidad de obras como

esta. Dadas las bases sentadas en la misma, cabe esperar que la autora continúe con esta línea de investigación, puesto que el Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, que resultará aplicable a partir del 1 de agosto de 2022, planteará nuevos retos.

C. M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ

Universidad Carlos III de Madrid

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.11>

MÁRQUEZ CARRASCO, C., *La Unión Europea y los actores no estatales*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, 234 pp.

El creciente protagonismo de los actores no estatales en la arena internacional es una realidad incontestable. En la UE el papel jugado por estos es, indudablemente, creciente, lo que ha sabido apreciar y analizar brillantemente la Profesora Márquez Carrasco. Y es que estamos ante una obra original, oportuna y rigurosa, que viene a cubrir un vacío existente de manera impecable.

Cuatro son los tipos de actores no estatales identificados por la autora, y a cada uno de ellos se dedica un capítulo —empresas transnacionales y otras empresas comerciales, instituciones financieras internacionales, organizaciones de la sociedad civil y defensores de los DH—, precedidos de un capítulo introductorio que sirve de contexto, en el que se concreta el ámbito de trabajo: la interacción de estos actores no estatales con la UE con el objeto de «minimizar los impactos negativos en derechos humanos» y «acentuar sus impactos positivos». Para la autora es imprescindible el «análisis del ámbito geopolítico y su impacto en las actividades de la UE en diversos campos» (p. 23), dado que aquí entran en colisión intereses y políticas, por un lado, la promoción de la democracia y el respeto por los DH y, por otro,

la capacidad y los medios de la Unión para alcanzarlos, lo que se evidencia en situaciones como las existentes en Siria y Ucrania, entre otras.

Como es sabido, Márquez Carrasco es una de las especialistas internacionales de referencia sobre empresas y DH. Ello se refleja en el capítulo dedicado a estos actores, en el que la autora se adentra en el análisis de los distintos instrumentos desarrollados por la UE, con familiaridad y fluidez. Así, se diseccionan los distintos instrumentos e iniciativas con rigor, aludiendo, en primer lugar, a las modalidades de participación en el marco de la RSE que abarcan cuestiones relativas a DH, la Comunicación de la UE sobre RSE y otros instrumentos, el Marco estratégico y los Planes de acción para los DH y la democracia, el Instrumento europeo para la democracia y los DH y otras iniciativas, los mecanismos y compromisos bilaterales de la UE y los Estados miembros, y la participación de la UE en los foros internacionales. También analiza las importantes lagunas que en este ámbito se presentan, como es la que atañe a las empresas militares y de seguridad privadas, la contratación pública o la gestión responsable de la cadena de suministro. Todo ello, conduce a concluir la existencia

de dos tendencias. La primera, consiste en que la UE asume «el compromiso con los derechos humanos y las empresas a través de la perspectiva de la RSE» (p. 94) y, la segunda, atañe a la política exterior, donde existen diversas posturas acerca de la gestión de la UE en este ámbito.

Por lo que respecta a las Instituciones Financieras Internacionales, hay que señalar que el debate sobre el impacto de sus políticas y los DH viene de lejos, a pesar de que «carecen de un firme compromiso jurídico y práctico para promover y proteger los derechos humanos», lo que no ha impedido que hayan «reconocido [...] que existe un vínculo entre sus actividades y los derechos humanos» (p. 97). Por lo que se refiere al papel de la UE, la autora distingue la relación con el Banco Mundial y con el Fondo Monetario Internacional, donde la UE no es miembro, aunque sí lo son los Estados miembros; y el Banco Europeo de Inversiones, que sí está vinculado a los Tratados y a la Carta de Derechos Fundamentales.

En tercer lugar, en el análisis de las organizaciones de la sociedad civil y su relación con la UE, la autora comienza señalando la ausencia de una definición unánimemente aceptada, aunque se destacan las notas características de estos actores, y se indica que en la UE «el concepto de sociedad civil se entiende ampliamente y abarca una amplia gama de organizaciones, incluidas las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones benéficas, los fideicomisos, las fundaciones, los grupos de defensa y las asociaciones nacionales e internacionales no estatales», a los que la Comisión suma «los agentes del mercado de trabajo [...], así como a las organizaciones sociales y económicas, [...] las organizaciones de consumidores, organizaciones comunitarias y comunidades religiosas», aunque en el ámbito de la cooperación al desarrollo, se maneja una concepción más restringida «excluyendo expresamente las estructuras con fines de lucro, partidistas y violentas» (p. 120). En este

siglo la sociedad civil juega un papel mucho más relevante que en épocas pasadas, lo que se concreta en el Documento de trabajo de 2000 de la Comisión sobre ONG, el Libro Blanco sobre la gobernanza europea de 2001, la Comunicación para establecer un proceso de consulta de 2002, y el Plan D para la Democracia, el Diálogo y el Debate de 2005. Pero si existe un ámbito donde la labor de las organizaciones de la sociedad civil reviste especial importancia, es en la cooperación al desarrollo, donde son consideradas como «socios vitales» (p. 127).

Los Defensores de los DH son el último actor sobre el que centra su atención la autora. Las instituciones de la UE —fundamentalmente el Parlamento, pero también el Consejo, la Comisión o el SEAE— han desarrollado una amplia gama de instrumentos que ponen de manifiesto su compromiso con ellos, y que se acompañan asimismo de un importante grado de institucionalización, lo que facilita la interacción de la Unión con estos actores. Márquez Carrasco indica que «el mecanismo de protección de los defensores de los derechos humanos de la UE tiene el potencial de constituir un nuevo hito en lo que respecta al compromiso de la UE con los defensores de los derechos humanos» (p. 187), aunque aún existen retos por cumplir, como es el compromiso con los defensores en zonas remotas y el diálogo con estos.

El libro termina con unas conclusiones en las que se incide en los aciertos existentes y en las mejoras que la UE debe acometer en relación con estos actores. Estamos, en definitiva, ante una obra que viene a aclarar un complejo panorama, no tratado previamente por la doctrina, que colma, en consecuencia, una laguna, y que es de indudable interés para los internacionalistas, por lo que es preciso felicitar a su autora por su reciente y brillante monografía.

A. MANERO SALVADOR
Universidad Carlos III de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.12>

PASCUAL-VIVES, F., *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, 312 pp.

La monografía del Profesor Pascual-Vives viene a brindarnos una excelente oportunidad de poder contar con una obra de calidad sobre las últimas tendencias del arbitraje de inversiones y la participación de los individuos en el procedimiento arbitral, particularmente en el ámbito del CIADI, pero también de otros mecanismos arbitrales de carácter internacional. Como lo señala el autor, el arbitraje de inversiones en las últimas décadas ha generado situaciones de desequilibrio entre las personas físicas y/o jurídicas que han demandado a los Estados. En forma paulatina el individuo, como lo caracteriza el autor, ha ido ingresando al sistema del arbitraje de inversión y generando en forma progresiva, jurisprudencia que ha posibilitado su mayor legitimación activa.

La obra cuenta con una primera parte titulada *La legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión: un régimen especial en el Derecho internacional público*. Bajo el capítulo primero, denominado *El carácter heterogéneo de la noción del inversor extranjero*, el autor efectúa un detallado análisis sobre el rol de las personas físicas como inversores extranjeros. El autor también se encargará de hacer un repaso sobre el desarrollo y evolución de la práctica convencional en lo referente al rol de las personas jurídicas como inversores extranjeros y en lo relativo a la capacidad de las personas físicas y/o jurídicas para efectuar demandas de arbitraje de inversiones y con ello, conocer sobre los alcances en torno a la nacionalidad de las personas al calor de la práctica arbitral.

El capítulo segundo reflexiona sobre *El carácter amplio de la noción de inversión extranjera*. Y con ello en una primera sección se buscó analizar *El concepto de*

inversión extranjera, para efectuar importantes comentarios sobre la evolución que ha tenido dicho concepto. El autor analiza relevante jurisprudencia en la que se ha desarrollado el debate sobre la noción de inversión y la existencia de la violación de un tratado de inversión. Para ese objetivo, el autor efectúa un trabajo detallado sobre el asunto *Salini* que ha marcado la línea interpretativa sobre el estándar de inversión extranjera en las últimas décadas.

Una segunda sección de este capítulo, va a estar destinada al *Estudio sobre el arbitraje de inversión sobre la deuda externa*. El autor tomará como parámetro de estudio el caso *Abaclat*. Propio de la época en la que se desarrolló la investigación, el autor logra asociar sus estudios sobre los antecedentes de laudos arbitrales de deuda soberana y los efectos de las disputas de arbitraje de inversión en el caso de la deuda soberana griega.

Una segunda parte de la obra está orientada a lo que el autor denomina *Particularidades procesales derivadas de la legitimación activa del individuo en el arbitraje de inversión*. Para ello se destina el capítulo tercero de la obra a analizar *El alcance de la manifestación del consentimiento al arbitraje de inversión*. El consentimiento expreso (o no) prestado por los Estados en tratados de inversión para que personas físicas puedan demandarlos, ha constituido en el arbitraje de inversión un debate que llevó a la redacción de variada doctrina y a la vez jurisprudencia. En el estudio de este capítulo, surgen los debates sobre las demandas colectivas presentadas contra algunos Estados en el marco de incumplimiento de pagos de deuda soberana, retomando los debates sobre la «saga» *Abaclat*.

El autor también se detendrá en comentarios profundos sobre la deno-

minada doctrina *Maffezini*, respecto de los alcances del agotamiento de los recursos internos, requisito *sine qua non* para que los Estados otorguen su consentimiento a la jurisdicción de órganos arbitrales o de otra índole. En este precedente de la jurisprudencia del arbitraje inversiones, se puede apreciar un delicado análisis entre la dimensión procesal del agotamiento de los recursos internos y la dimensión sustancial de dicha doctrina.

En el capítulo cuarto de la obra el autor desarrolla *Los desafíos generados por la litigación paralela de los individuos en el arbitraje de inversión*. Esto, por las diversas demandas que personas físicas han exigido indemnizaciones por violaciones del tratado de inversión, tanto a sus intereses económicos, como a los de la persona jurídica a las que están vinculados. De allí las denominaciones de litigación paralela. El autor efectuará en la sección primera un estudio sobre *Los derechos de los accionistas de las personas jurídicas* y compatibiliza dichos derechos con la práctica que han llevado adelante diversos internacionales.

La sección segunda de este capítulo cuarto está destinada a plantear *Algunas fórmulas de coordinación para superar los desafíos planteados por la litigación paralela de los accionistas de las personas jurídicas en el arbitraje de inversión*. El arbitraje de inversión ha tenido un gran auge en casi media centuria y no está exento de haber generado situaciones de desequilibrio entre

las personas físicas y/o jurídicas y los Estados demandados, llevando a estos últimos a replantearse el ceder jurisdicción internacional en determinados sectores de su economía o ámbitos de producción.

La segunda parte del capítulo cuarto, nos permite conocer del autor sus aportes de *Alternativas sustantivas a los desafíos derivados de la litigación paralela*, de lo que denomina *la deferencia entre las distintas jurisdicciones internacionales*. Entendiéndolo desde un aspecto positivo, como el diálogo entre jurisdicciones internacionales y desde un plano negativo, con la idea de deferencia relacionado directamente con el concepto de contingencia, es decir, la facultad de un órgano arbitral para decretar la inadmisibilidad una demanda alegando que los mismos hechos controvertidos por las partes en un litigio ya han sido tratados en otro procedimiento arbitral.

Finalmente, el autor plantea sus conclusiones de los cuatro capítulos desarrollados en su obra, señalando relevantes aportes de calidad para todo estudiioso sobre el derecho de las inversiones extranjeras, ya se trate de un investigador neófito, como de aquel que requiere contar con la necesaria sistematicidad de antecedentes y jurisprudencia sobre los temas planteados en la obra.

Ch. G. SOMMER
Universidad Nacional de Córdoba
y Universidad Católica de Córdoba
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.13>

RUIZ RISUEÑO, F. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (coords.), *El arbitraje y la buena administración de la justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, 737 pp.

Resulta inusual que una obra que integra casi cincuenta contribuciones y en la que participan más de medio centenar de autores proporcione un elaborado tratado en el que se abordan con una clara sistematicidad las principales cuestiones de un sector tan complejo y dispar como es el del arbitraje. Este singular valor de la obra comentada es producto del acierto de sus coordinadores en la selección de los participantes en el proyecto y en la fijación de los contenidos y la estructura de la obra.

Precisamente, el libro está organizado en cinco grandes bloques, precedidos de un par de contribuciones directamente vinculadas a la efeméride que la obra conmemora, en concreto, la constitución en 1989 —hace tres décadas— de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA). Las aportaciones preliminares ponen de relieve cómo la evolución de CIMA durante sus tres décadas de existencia ha ido unida a la profunda transformación de la práctica arbitral en España, al tiempo que permiten introducir algunas de las cuestiones de mayor actualidad en los debates acerca de la modernización de los reglamentos de las instituciones arbitrales, como es el caso del otorgamiento de poderes adicionales a los árbitros o la puesta en marcha de procedimientos abreviados. Los cinco bloques en los que la obra se divide, seleccionados en atención a su relevancia desde la perspectiva de la actividad de las instituciones de arbitraje, van referidos a: aspectos generales del arbitraje, instituciones arbitrales y árbitros, procedimiento arbitral, relaciones entre jueces y árbitros y arbitrajes especializados.

En lo relativo a los aspectos generales del arbitraje recibe especial atención

su dimensión constitucional, con elaborados análisis acerca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de arbitraje, así como valoraciones críticas de aspectos puntuales del desarrollo del arbitraje en España, como se refleja en el abierto rechazo a ciertos excesos de los tribunales de justicia respecto de anulaciones de laudos arbitrales, con grave menoscabo para la posición de España como sede de arbitrajes internacionales. Tratándose de una obra gestada en el marco de una institución arbitral no es de extrañar que los principales aspectos que suscita el arbitraje institucional en nuestro país sea el núcleo de su segundo bloque temático, relativo a instituciones arbitrales y árbitros. Se incluyen en esta sección un rico conjunto de contribuciones en las que desde la perspectiva de la práctica arbitral se abordan cuestiones como la interacción entre institución arbitral y árbitros; la cuantificación y asignación de las costas; la gestión económica del arbitraje; la elección, independencia e imparcialidad de los árbitros, así como su necesaria profesionalización; y el tratamiento de las actuaciones y resoluciones de las instituciones arbitrales en lo relativo a su eventual impugnación judicial.

Entre las contribuciones que integran el bloque relativo al «procedimiento arbitral», un grupo significativo gira en torno a sus principios, incluyendo estudios acerca de la oralidad, inmediación y concentración; los principios relativos a la práctica de la prueba; el significado del principio *iura novit curia* en el arbitraje o el alcance de la cosa juzgada y su interacción con la tutela judicial efectiva.

Desde la perspectiva práctica presentan singular interés las aportaciones acerca de aspectos concretos del desarrollo del proceso arbitral. Cabe reseñar que son objeto de estudio los procedimientos previos al inicio del arbitraje; la importancia del factor tiempo en el procedimiento arbitral; el interrogatorio directo de los testigos; la conducta de los abogados; así como la notificación y actuaciones complementarias del laudo. Reflejo del carácter actual del contenido de la obra es que las principales cuestiones que suscitan las llamadas Reglas de Praga sean objeto de estudio detallado, tanto en lo relativo a la práctica de la prueba como en lo que concierne a los poderes del tribunal arbitral.

Estrechamente conectados con el estudio del desarrollo del procedimiento arbitral se encuentran los capítulos que abordan las relaciones entre jueces y árbitros, centrados en cuestiones tan importantes como la designación judicial de árbitros, la prejudicialidad civil y penal, la eficacia de la renuncia a la acción de anulación o la interpretación

por los tribunales españoles de la Convención de Nueva York de 1958. Muy ilustrativa de la riqueza de la obra es su parte final, dedicada al estudio de los arbitrajes especializados, pues ofrece un tratamiento detallado de las particularidades arbitrales en sectores tan dispares como el ámbito societario, el transporte marítimo, la construcción, el deportivo, las telecomunicaciones, la automoción, el arte, el sector público o las inversiones extranjeras.

En síntesis, el libro conmemorativo del trigésimo aniversario de la CIMA constituye una obra particularmente valiosa, de imprescindible lectura para los estudiosos y prácticos del arbitraje, tanto de cara a conocer el tratamiento de las cuestiones más controvertidas que el arbitraje, en toda su diversidad, suscita en nuestro ordenamiento como para acceder a las claves que han de inspirar su evolución en el futuro más inmediato.

P. A. DE MIGUEL ASENSIO

Universidad Complutense de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.14>

SÁNCHEZ LEGIDO, A., *Controles migratorios y derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 232 pp.

El análisis de la regulación jurídico internacional del fenómeno migratorio no deja de ser un reto imperante de la disciplina, más si cabe en el marco de la UE tras haber vivido la que ya se conoce como la crisis migratoria más importante de la Organización. El desafío científico es crucial si tenemos en cuenta que probablemente este sea uno de los campos en que se percibe, de forma más notoria, el contraste entre los valores y las obligaciones en materia de derechos humanos que han de guiar la actuación de la UE y la realidad de unas políticas reactivas que dictadas bajo el paradigma de la contención de flujos

fuerza del territorio europeo impide el ejercicio efectivo de derechos básicos, al tiempo que desatiende la solidaridad más elemental. En este contexto, el Profesor Sánchez Legido se ha convertido en una voz imprescindible para entender las dinámicas subyacentes a unas políticas —control de fronteras, inmigración y asilo— en constante transformación y que el autor analiza con la destreza de quien domina las claves del Derecho internacional público y de la UE y con afán de abordar espacios no explorados por la doctrina, por lo que su obra, siempre original, resulta de obligada referencia.

Esa maestría puede observarse en esta monografía sobre las políticas de contención que tratan de impedir no solo la entrada, sino también la aproximación de potenciales inmigrantes —no irregulares sino «en situación administrativa irregular»— a territorio europeo y que plantea un importante desafío en relación con la protección de los derechos humanos en general, así como el derecho de asilo y principio de no devolución, en particular, ahora consagrado al más alto nivel. La obra se desarrolla en cuatro capítulos y finaliza con unas conclusiones, a las que se añade un apartado de bibliografía y documentación. Tras un primer capítulo introductorio donde contextualiza la deslocalización de los controles migratorios en Europa, en el capítulo segundo analiza las principales medidas de externalización y deslocalización, para luego abordar, en los capítulos terceros y cuarto, la respuesta que el TEDH ha dado a las mismas y cuál sería la adecuada en aquellos casos sobre los que la Alta Instancia Judicial aún no se ha pronunciado.

El análisis pormenorizado de las diferentes medidas en liza se aborda en el capítulo segundo. La *política de visados y el control previo que realizan las empresas de transporte* para evitar que las personas sin la documentación adecuada viajen a territorio europeo; la *cooperación con países de origen y tránsito* con la finalidad de hacer de ellos zonas de contención de flujos y cómo ha ido cambiando el principio de condicionalidad en la acción exterior de la UE en materia migratoria; las *operaciones de interceptación marítima*, con especial atención al desarrollo de las competencias de FRONTEX como principal actor en el fortalecimiento de la dimensión europea del control fronterizo; la *construcción de muros, vallas, barreras y fosos*; así como las *medidas de escisión y deslocalización de territorios* (territorios off-shore, zona internacional de aero-

puertos y fronteras operativas). El estudio, de gran rigor analítico, presta atención al Derecho y práctica comparada (la interceptación marítima en Estados Unidos o Australia, la práctica italiana en materia de cooperación operativa o interceptación marítima...), así como la llevada a cabo por las autoridades españolas, desafortunado referente para muchas de ellas.

El capítulo tercero se dedica a los supuestos de escisión y deslocalización de territorios (zonas internacionales de tránsito y puestos fronterizos, así como las vallas migratorias) e interceptación marítima en alta mar, en los que el TEDH ha defendido claramente la aplicación del CEDH y sus garantías, lo que permite al autor analizar sentencias clásicas (como el asunto *Amuur*), *leading cases* como el asunto *Hirs*, y de absoluta actualidad, como el asunto *N. D. y N. T.* Lamentablemente, la obra se ha publicado antes de emitirse el fallo de la Gran Sala, lo que nos priva de conocer la opinión del autor respecto a la enmienda que, en materia de jurisdicción, realiza esta respecto a la sentencia de Sala y que rechaza que la existencia de una valla autorice al Estado a excluir, unilateralmente, alterar o limitar su jurisdicción territorial o que existan circunstancias excepcionales que rebaten la presunción de jurisdicción que se presume de todo el territorio. Con su habitual agudeza jurídica, el autor critica la sentencia de Sala y ofrece argumentos frente a la pretensión de crear espacios de no Derecho, algunos de los cuales vemos ahora reproducidos en la sentencia de 2020, como la cuestión del ejercicio efectivo de la autoridad en el territorio o las consecuencias que cabe extraer de la consideración de la naturaleza del CEDH como instrumento constitucional del orden público europeo.

Pero es en el capítulo cuarto en el que el autor demuestra su amplio domi-

nio del Derecho internacional público y de la doctrina del TEDH, al tratar de fundamentar la responsabilidad de los Estados europeos, en virtud del CEDH, como consecuencia de medidas de interceptación sobre las que aún no se ha pronunciado el Tribunal y respecto de las cuales aplica —de manera completamente original— las reglas internacionales en materia de atribución de comportamientos o de responsabilidad de los Estados y las OI. Se trata de los complejos casos de medidas de interceptación marítima llevada a cabo por las autoridades de los Estados parte sin asumir la custodia de los interesados; aquellas desarrolladas por patrullas conjuntas o a través de operadores privados (donde se plantea la jurisdicción e hipotética atribución de responsabilidad por la devoluciones impuestas bajo amenaza de sanción penal

a las ONG de rescate), los supuestos de control de frontera por Estados de origen y tránsito; los casos de apoyo vital y no vital a la devolución por interposición bajo control de las autoridades de un tercer Estado y los supuestos de violaciones de derechos cometida en el marco de las operaciones coordinadas por FRONTEX. Un ejemplo de ingeniería jurídica que nos reconcilia con la auténtica labor del jurista y que supone una auténtica contribución al conocimiento y a la defensa, en la práctica, de unos derechos esenciales para las personas migrantes, pero también, en última instancia, para la continuidad de la Europa en la que creemos.

N. ARENAS HIDALGO

Universidad de Huelva

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.15>

SOLER GARCÍA, C., *Los límites a la expulsión de extranjeros ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019, 539 pp.

En un proceso que no ha dejado de acentuarse en los últimos años, la intensificación de los flujos migratorios característica de nuestra época ha encontrado por respuesta en Europa el desarrollo de políticas que, más allá de la retórica que pretende hacerlas más digeribles, se basan en la intensificación del control migratorio y la lucha contra la inmigración irregular. Pieza clave de esa estrategia es, junto a la creciente externalización de los controles migratorios —y por utilizar la más amable expresión con la que los europeos denominamos a la expulsión— el desarrollo de una política efectiva de retorno que contrarreste el *efecto llamada* inherente a la brutal desigualdad económica y de seguridad humana reinante a uno y otro lado de nuestras meridionales fronteras exteriores comunes. La legalidad internacional

de las actuaciones orientadas a la expulsión de extranjeros depende sin embargo no solo del Derecho soberano de los Estados europeos a controlar la entrada y estancia de nacionales de terceros Estados en su territorio. Si bien sigue siendo meramente utópico el reconocimiento de un generalizado *ius migrationis*, los derechos humanos —categoría que integra, no se olvide, al derecho de asilo—, se han convertido en el principal límite a sus facultades soberanas en este ámbito.

Sin desconocer las aportaciones de otros órganos de garantía de los derechos humanos, la contribución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la identificación de esos límites puede calificarse de crucial, hasta el punto de que buena parte de las propuestas incorporadas por la CDI en su proyecto de artícu-

los sobre el tema son reflejo más o menos fidedigno del *corpus jurisprudencial* desarrollado en este ámbito por el órgano de Estrasburgo. Transcurridos ya varios lustros desde la asunción de competencias en el tema por la UE, la doctrina del órgano de Estrasburgo se ha visto ampliamente complementada no solo por la normativa comunitaria específicamente adoptada sobre el tema —en particular, la directiva de retorno—, sino también por un conjunto cada vez más extenso de pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión.

El estudio exhaustivo y la subsiguiente sistematización del frondoso bosque jurisprudencial que representan unos pronunciamientos judiciales que numéricamente superan ya las tres cifras constituye el ambicioso objetivo de la obra de la Profesora Soler García que ahora comentamos, y que no es sino la versión revisada del trabajo con el que obtuvo en la Universidad de Alicante, con mención internacional y la máxima calificación, el grado de doctora. Dos ejes paralelos vertebran el análisis realizado.

De una parte y desde un punto de vista estructural, tras una breve introducción a modo de planteamiento general, la obra se desarrolla siguiendo un criterio material cuya elección resulta poco menos que inapelable. Con una salvedad, son los pertinentes derechos y obligaciones reconocidos en el sistema del CEDH, y sus correspondiente proyecciones en el DUE, los referentes de cada uno de los siete capítulos a través de los que se desgrana la jurisprudencia analizada: el derecho a la vida (cap. II), la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes (cap. III), la prohibición de expulsiones colectivas (cap. IV), el derecho a la vida privada y familiar (cap. V), el derecho a la libertad y seguridad personal, específicamente en lo que se refiere al internamiento de extranjeros (cap. VI) y los derechos y garantías de carácter procedural y procesal (cap. VII). La

salvedad se explica por la necesidad de extender el estudio a los límites que derivan del derecho de asilo, los cuales son objeto de estudio desde la perspectiva de los desarrollos normativos y jurisprudenciales verificados en el marco del Sistema Europeo Común de Asilo, en particular, en la directiva de reconocimiento (cap. I).

De otra parte, la lógica argumental se asegura asumiendo a lo largo de todo el trabajo un hilo expositivo que canaliza un triple propósito adicional al ya de por sí valioso de la sistematización, y que encuentra fundamentado reflejo en las conclusiones generales con las que, como colofón a las recapitulaciones parciales, se remata la obra. El primero de ellos persigue verificar hasta qué punto la jurisprudencia analizada confirma las propuestas normativas avanzadas por la CDI en su proyecto de 2014, empeño que como cabía intuir, se ve confirmado hasta el punto de poder afirmarse que los dos tribunales no solo han apuntado, sino que también han reforzado a nivel europeo los límites que en forma de derechos y garantías de los inmigrantes se contemplan en su articulado. En segundo lugar, aunque focalizado en el análisis jurisprudencial, el estudio no evade contrastar las apreciaciones que del mismo resultan con una práctica estatal que, como demuestra la escasa implicación europea en el desarrollo del proceso codificador en este ámbito, puede calificarse de cicatera, de tal modo que no es exagerado decir que, como correctivo al voluntarismo del DI tradicional, es al activismo judicial más que al deliberado impulso normativo estatal a donde cabe reconducir el origen de buena parte de los límites impuestos a las prerrogativas estatales en la materia. Por último, el sistemático contraste entre la doctrina de Estrasburgo y Luxemburgo permite constatar la ausencia de más discrepancias que las toleradas por el carácter subsidiario y, por tanto, mínimo, del CEDH respecto del sistema

comunitario de protección de los derechos fundamentales. La confirmación del fructífero diálogo informal instaurado entre ambas jurisdicciones no impide sin embargo reconocer la conveniencia de hacer efectiva, de una vez por todas, la adhesión de la UE al Convenio de Roma, especialmente a medida que se refuerzan las competencias de la primera en el ámbito migratorio y de control de fronteras.

Se trata en resumidas cuentas de una obra ambiciosa, pertinente, bien resuelta, y de innegable utilidad para aproximarse a un ámbito tan necesitado de enfoques basados en los derechos fundamentales como el que representan las políticas de control migratorio.

A. SÁNCHEZ LEGIDO
Universidad de Castilla-La Mancha
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.16>

TORRES CAZORLA, M.^a I. (coord.), *Bioderecho internacional y universalización: el papel de las Organizaciones y los Tribunales internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, 154 pp.

La obra aquí referenciada, coordinada por la Profesora María Isabel Torres Cazorla, mantiene la línea de investigación iniciada en 2012 en el seno del Grupo de Interés *International Biolaw* de la *European Society of International Law* (ESIL), cuya actividad ya ha dado lugar a diversas publicaciones (*Bioderecho Internacional y Europeo. Desafíos actuales en 2014*, *Bioderecho, Seguridad y Medioambiente* en 2015, *Bioderecho Internacional: Derechos Humanos, Salud Pública y Medioambiente* en 2018), siendo esta la cuarta de esta colección.

En esta línea, la estructura de esta nueva publicación gira, como no podía ser de otro modo, en torno a uno de los ámbitos materiales del Derecho, el de la biotecnología, que mayores cuestiones y controversias ha motivado en los últimos años, por cuanto, sea cual sea la disciplina jurídica desde la que se aborde, plantea problemas transfronterizos para el Derecho que con frecuencia no encuentran respuestas suficientemente nítidas en el marco jurídico actual. Como realidad científica, la biotecnología cataliza el progreso científico y tecnológico del siglo XXI, pero a su vez se encuentra sujeta a una gran incertidumbre, difícil de resolver a la luz de los conocimientos

disponibles. Por esto mismo, su desarrollo suscita múltiples cuestiones jurídicas, entre otros, en el campo de la protección de los derechos humanos, la protección del medio ambiente, la salud humana o el comercio multilateral, aspectos todos ellos que desde su creación viene tratando el Grupo de Interés *International Biolaw*.

La nueva publicación recoge ahora parte de las ponencias presentadas en su sesión de Manchester de septiembre de 2018. Como indica su propio título, *Bioderecho internacional y universalización: el papel de las Organizaciones y los Tribunales internacionales*, el trabajo presentado refleja la voluntad de su coordinadora de seguir ofreciendo un acercamiento panorámico a las cuestiones jurídico internacionales que surgen con respecto de las múltiples aproximaciones substantivas con que puede abordarse esta temática. Así, la obra cubre un nuevo espectro de temas, que, al menos en principio, tienen como objetivo común mostrar desarrollos distintos, ahora desde la perspectiva de la acción de las organizaciones internacionales y la contribución de la jurisprudencia internacional.

Para ello, a lo largo de cuatro capítulos que, sistemáticamente, se ordenan

en dos partes bien diferenciadas, los autores examinan diversas cuestiones relacionadas con la promoción del bioderecho internacional en correlación con la noción de universalidad o el valor de las resoluciones de la Asamblea General en materia de catástrofes, de una parte, y la labor de la CIDH y del TEDH en materias vinculadas al desarrollo del bioderecho, de la otra.

La primera parte de la obra se dedica a las «Organizaciones internacionales, bioderecho y universalización» y se inicia con un trabajo con el título «Theorizing the role of the Baxter Paradox in the possible evolution of International Biolaw», en el que la Profesora Simona Fanni hace un completo y sugerente acercamiento a la promoción de la universalidad del bioderecho internacional, mediante el análisis de la labor de la UNESCO, del Consejo de Europa y de la UE en tres ámbitos específicos, como son la clonación humana, las alteraciones genéticas y la gestión subrogada. Seguidamente, con un encaje, en mi opinión, algo forzado en esta obra, el Profesor Andrés Bautista-Hernández se centra, en su capítulo sobre «¿Órgano político o legislativo? Revisando el valor jurídico de las Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas en materia de catástrofes», en el estudio de las normas internacionales aplicables a situaciones de catástrofes, a partir de lo que considera un DI de catástrofes como sector específico del DI.

El núcleo principal de la segunda parte, relativa a «Tribunales internacionales, bioderecho y universalización» y probablemente más coherente en sus dos capítulos con el título general de esta publicación, gira en torno a la contribución de las jurisdicciones internacionales de ámbito regional a la universalización del bioderecho internacional. En el primer capítulo de la segunda parte, el Profesor Sánchez Patrón aborda diversas cuestiones relacionadas con «La dignidad universal del ser humano en la jurisprudencia internacional», me-

diante el estudio de la jurisprudencia de la CIDH y, de manera más colateral, del TEDH. A modo de cierre de esta publicación, en el segundo capítulo de esta parte, que versa sobre «Case Law of the Strasbourg Court in the Field of Bioethics and the Biomedicine Convention», el Profesor Ilja Richard Pavone examina la jurisprudencia del TEDH sobre el Convenio de Roma de 1950 y su interacción con el Convenio de Oviedo de 1997 y, en general, en relación con el campo de la bioética.

La bibliografía jurídico internacional existente en esta materia empieza a ser ya abundante. La obra presentada supone una nueva contribución del Grupo de interés de la ESIL a este debate y una de sus principales virtudes es, justamente, la voluntad de continuar profundizando en el estudio de estas cuestiones desde la perspectiva del DI.

Con las cuatro publicaciones producidas hasta ahora por este grupo de investigadores tenemos ante nosotros, en definitiva, una completa visión de los diversos elementos que interaccionan con este nuevo campo del bioderecho. Sin embargo, y a pesar del encomiable carácter omnicomprensivo de esta tarea, o tal vez debido al mismo, no puede dejar de advertirse la ausencia de una exposición de las conexiones entre las diferentes áreas de regulación que se abordan en los diferentes capítulos de cada una de estas publicaciones, lo que haría de este trabajo una contribución más valiosa si cabe. Esto daría mayor coherencia al análisis de las distintas dimensiones, y probablemente explicaría, en el caso de la publicación que ahora se referencia, alguno de los capítulos cuya inclusión bajo el título general de bioderecho internacional parece algo forzada. También sería interesante, probablemente, evidenciar de una manera más clara algo que está, de hecho, implícito en el conjunto de las cuatro publicaciones, como es el análisis en profundidad del alcance del concepto de bioderecho internacio-



nal que utiliza el Grupo de Interés de la ESIL y que probablemente requeriría un cierto desarrollo conceptual más allá de la identificación de las interacciones entre la biotecnología y el Derecho. Ello no desmerece en absoluto el interés de esta obra colectiva, de la que debe aplaudirse

la calidad de las contribuciones y la profundización y el rigor en el estudio jurídico de las cuestiones que aborda.

M. CAMPINS ERITJA
Universidad de Barcelona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.4.17>



