REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA ESPAÑOLA

DE

DERECHO INTERNACIONAL

VOLUMEN 74
2022, NÚM. 2
JULIO-DICIEMBRE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—

MARCIAL PONS

MADRID-2022

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

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

FECYT-402/2022
Fecha de certificación: **6.ª Convocatoria (2019)**
Válido hasta: **22 de julio de 2023**

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, 2022

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTOR

Jorge Cardona Llorens
Universidad de Valencia

CONSEJO DE REDACCIÓN

Joana Abrisketa
Universidad de Deusto

Joaquín Alcaide Fernández
Universidad de Sevilla

Miguel Gardeñes Santiago
Universidad Autónoma de Barcelona

Rafael Grasa Hernández
Universidad Autónoma de Barcelona

Cristina González Beilfuss
Universidad de Barcelona

Leire Moure Peñín
Universidad del País Vasco

Andrés Rodríguez Benot
Universidad Pablo de Olavide

Helena Torroja Mateu
Universidad de Barcelona

CONSEJO ASESOR

Paz Andrés Sáenz de Santa María
Universidad de Oviedo

Celestino del Arenal Moyúa
Universidad Complutense de Madrid

José Carlos Fernández Rozas
Universidad Complutense de Madrid

Elisa Pérez Vera
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Fausto Pocar
Universidad de Milán

Tullio R. Treves
Universidad de Milán

Fulvio Attinà
Universidad de Catania

Andrea Bonomi
Universidad de Lausana

Araceli Mangas Martín
Universidad Complutense de Madrid

Wagner Menezes
Universidad de São Paulo

Fabian Salvioli
Universidad de La Plata

Arlene B. Tickner
Universidad del Rosario

SECRETARÍA DE LA REVISTA

Josep Ibáñez Muñoz
Universidad Pompeu Fabra

Redactores
María Asunción Cebrián - Guillem Gabriel - Laura Movilla - Antonio Sánchez - Alejandro Sánchez Frías

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Suscripciones

MARCIAL PONS
San Sotero, 6 - 28037 Madrid
Tel.: (91) 304 33 03 - Fax: (91) 327 23 67
revistas@marcialpons.es

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

SUMARIO/CONTENTS

Pág.

Nota del Consejo de Redacción 15
— Note of the Editorial Board

Editorial. Robinson, N. A., *Laws of nature and nations* 17
— Las leyes de la naturaleza y de las naciones

I. ESTUDIOS/STUDIES

LA GUERRA DE UCRANIA/*WAR IN UKRAINE*

Demurtas, A., *La dimensión nuclear de la guerra en Ucrania: nueva narrativa, poder y orden internacional* 23
— The nuclear dimension of the war in Ukraine: A new narrative, power and international order

Escobar Hernández, C., *Ucrania y la Corte Penal Internacional: una oportunidad para la Corte y para la lucha contra la impunidad* 57
— Ukraine and the International Criminal Court: an opportunity for the Court and for the fight against impunity

Garrido Muñoz, A., *Al filo de su competencia* ratione materiae: *la providencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto* Alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Ucrania c. Federación rusa) 77
— At the edge of its jurisdiction *ratione materiae*: The International Court of Justice's Order in the case *Allegations of genocide under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation)*

Salinas de Frías, A., *Los efectos jurídicos derivados de la pérdida de la condición de Estado miembro del Consejo de Europa por la Federación Rusa* 105
— Legal effects derived from the loss of the Council of Europe's member status by the Russian Federation

MISCELÁNEA/*MISCELLANY*

Conde Pérez, E., *La política ártica de la Unión Europea en perspectiva geopolítica: de la cooperación pacífica a las rupturas árticas (2017-2022)* 129
— The Arctic policy of the European Union in geopolitical perspective: from pacific cooperation to Arctic disruption (2017-2022)

Esteban de la Rosa, G., *Identidad personal transfronteriza y Derecho internacional privado europeo* 157
— Cross-border personal identity and European private international law

García Lupiola, A., *La Unión Europea en las negociaciones climáticas: ¿Referente o líder en la lucha contra el calentamiento global?* 181
— The European Union in the climate negotiations: Reference or leader in the fight against climate warming?

Pág.

HERNÁNDEZ PRADAS, S., *Grupos armados no estatales y protección de las personas civiles en los conflictos armados internos* 221
— Non-state armed groups and the protection of civilians in internal armed conflicts
JIMÉNEZ CORTÉS, C., *La desnaturalización de la zona SAR en el Mediterráneo Central: de pieza clave para salvar vidas a instrumento contra los derechos humanos* 245
— The denaturalization of the SAR zone in the Central Mediterranean: from a key piece for saving lives to an instrument against human rights
JIMÉNEZ GARCÍA, F., *Reparaciones de guerra: la humanización e individualización de la reclamación. Algunas aproximaciones judiciales alternativas* 271
— War reparations: The humanization and individualization of the claim. Some alternative judicial approaches
LÓPEZ RODRÍGUEZ, A. M., *Competencia judicial internacional en controversias relacionadas con tokens no fungibles (NFT)* 299
— International jurisdiction in claims relating to non-fungible tokens (NFT)
MARTÍN ARRIBAS, J. J., *El deterioro de la capa de ozono como asunto global pendiente de resolución* 323
— The depletion of the ozone layer as a global issue pending resolution
RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A., *Supresión del exequátur y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental: la convivencia de dos soluciones en el Reglamento (UE) 2019/1111* 349
— Abolition of exequatur and enforcement of decisions in matters of parental responsibility: The coexistence of two solutions in Regulation (EU) 2019/1111
YÁNEZ-BARNUEVO, J. A., *La nulidad de los tratados impuestos mediante coacción ilícita, en perspectiva histórica* 385
— The nullity of treaties imposed by unlawful coercion, in historical perspective

II. FOROS/FORA

EL NUEVO DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL DE INVERSIONES EXTRANJERAS/*THE NEW EUROPEAN AND SPANISH LAW OF FOREIGN INVESTMENT*

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J. y GARDEÑES SANTIAGO, M., *Nota introductoria* 407
— Introductory note
GARAU SOBRINO, F. F., *Libre movimiento de capitales en la Unión Europea y limitación de las inversiones directas provenientes de terceros Estados* 411
— Free movement of capital in the European Union and limitation of direct investment from third States
HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *Sectores estratégicos y filtrado de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea* 419
— Strategic sectors and the foreign direct screening in the European Union

Pág.

EL GOBIERNO ESPAÑOL Y LA PROPUESTA DE AUTONOMÍA PARA EL SÁHARA OCCIDENTAL/*THE SPANISH GOVERNMENT AND THE PROPOSAL OF AUTONOMY FOR THE WESTERN SAHARA*

ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., *Nota introductoria* 427
— Introductory note
GONZÁLEZ VEGA, J. A., ¡Triste España!: *los aspectos formales y contextuales del cambio de posición español* 431
— *Poor Spain*!: Formal and contextual aspects of the Spanish change of stance
YTURRIAGA BARBERÁN, J. A. DE, *Giro copernicano de Sánchez en el conflicto sahariano* 447
— Copernican turn by Sánchez in the Saharan conflict
SOROETA LICERAS, J., *Por qué la integración en Marruecos (la autonomía) no es la forma de resolver el conflicto (la descolonización) del Sáhara Occidental* 463
— Why integration in Morocco (autonomy) is not the way to solve the conflict (decolonization) of the Western Sahara
AZNAR GÓMEZ, M. J., *Consecuencias territoriales marítimas de la (presunta) cesión en el Sáhara* 473
— Maritime territorial consequences of the (alleged) cession of the Sahara

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

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

ESPÓSITO, C., *Una sensible mejora del procedimiento de selección de jueces europeos en España: el Real Decreto 972/2020, de 10 de noviembre* 481
— A remarkable improvement in the procedure for the selection of European judges in Spain: The Royal Decree 972/2020 of 10 November
GARCÍA LÓPEZ, R., *El español como lengua de traducción de cortesía en el registro y publicación de tratados en Naciones Unidas: un nuevo hito para el progreso del idioma en el sistema jurídico internacional* 491
— The Spanish as language of courtesy translation in the United Nations registration and publication of treaties: A new milestone in the advancement of language in the international legal system

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

BAYO DELGADO, J., *A propósito del nuevo Reglamento (UE) núm. 2109/1111* 499
— In connection with the new Regulation (EU) 2109/1111

Pág.

IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY
RECENSIONES/*BOOK REVIEWS*

ABRISKETA URIARTE, J. (dir.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa,* Cizur-Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 396 pp., por M. Avello Martínez 507
ALVENTOSA DEL RÍO, J., *Derechos sucesorios del cónyuge y Reglamento sucesorio de la Unión Europea,* Valencia, Universitat de València/Publicacions PUV, 2021, 396 pp., por J. M. Velasco Retamosa..... 509
AZNAR, M. J., *Maritime Claims and Underwater Archaeology: When History Meets Politics*, Leiden (Países Bajos), Brill, 2021, 131 pp., por C. Espósito 511
BARBÉ, E. (dir.), *Las normas internacionales ante la crisis del orden liberal,* Madrid, Tecnos, 2021, 176 pp., por I. Marrero Rocha..... 513
BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R. A. (eds.), *La extraterritorialidad y la protección internacional de los derechos humanos respecto a conductas de los actores privados,* Madrid, Marcial Pons, 2021, 357 pp., por C. Márquez Carrasco 516
CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado,* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 630 pp., por N. Goñi Urriza 518
CARDONA LLORÉNS, J., SANZ CABALLERO, S. y ARRUFAT CÁRDAVA, A., *La protección internacional de la persona,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 283 pp., por Á. J. Rodrigo Hernández..... 519
CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. (dir.), *The economic policy of the European Union in the context of the covid-19 crisis,* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 285 pp., por A. Olesti Rayo 522
CARRILLO POZO, L. F., *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 376 pp., por F. Calvo Babío..... 523
CASADO RAIGÓN, R. y MARTÍNEZ PÉREZ, E. J. (dirs.), y JIMÉNEZ PINEDA, E. (coord.), *La contribución de la Unión Europea a la protección de los recursos biológicos en espacios marinos de interés internacional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 610 pp., por J. Ríos Rodríguez 525
FORRIOL CAMPOS, M. C., *Al Qaeda y el Estado Islámico,* Roquetas de Mar, Círculo Rojo, 2022, 366 pp., por S. Sanz Caballero..... 526
GARCÍA JUANATEY, A., *Alimentación sostenible, hambre y transición ecológica en el Derecho internacional,* Madrid, Reus, 2022, 255 pp., por X. Pons Rafols..... 528
GARCÍA RICO, E. DEL M. y MARTÍN MARTÍNEZ, M. M. (dirs.), y BAUTISTA-HERNÁEZ, A. y JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C. (coords.), *Cooperación internacional penal. Una aproximación criminológica,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 163 pp., por C. Quesada Alcalá 530
GARCÍA SEGURA, C., IBÁÑEZ, J. y PAREJA, P. (eds.), *Actores regionales y normas globales: la Unión Europea y los BRICS como actores normativos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 233 pp., por A. Rodríguez-Pérez..... 532
GILES CARNERO, R., *El régimen jurídico internacional en materia de cambio climático,* Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 185 pp., por E. J. Martínez Pérez..... 533
GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, por M. Herranz Ballesteros 535

Pág.

HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M. y ROLDÁN BARBERO, J. (coords.), *Derecho internacional económico,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 486 pp., por X. Fernández Pons 537
MOYA ESCUDERO, M. (dir.), *Movilidad internacional de personal y nacionalidad,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 404 pp., por A. Álvarez Rodríguez..... 539
PFEIFFER, Th., LOBACH, Q. C. y RAPP, T. (eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life - Towards a Common European Understanding. EUFams II and Beyond,* Heidelberg, Universidad de Heidelberg, 2021, 262 pp., por V. Andreeva Andreeva 540
SCOPELLITI, M., *Non-Governmental Actors in International Climate Change Law. The Case of Artic Indigenous Peoples,* Londres, Routledge, 2022, 159 pp., por C. Teijo 542
SERRANO SÁNCHEZ, L., *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador,* Universidad Pública de Navarra y Grupo La Rábida, 2021, 429 pp., por M. D. Ortiz Vidal..... 544
YBARRA BORES, A., *La sucesión* mortis causa *de ciudadanos británicos en España,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 128 pp., por A. Cebrián Salvat..... 545

NOTA DEL CONSEJO DE REDACCIÓN

Este número 2 del volumen 74 (2022) es singular en diversos aspectos. En primer lugar, haciéndose eco de uno de los acontecimientos de mayor relevancia en el panorama internacional después de la publicación del número 1 de este volumen, la invasión militar de Ucrania por la Federación de Rusia, este número 2 acoge una sección monográfica de Estudios dedicada a «La guerra de Ucrania y sus consecuencias políticas y jurídicas». En segundo lugar, en principio, este número será el último que se publique en papel y bajo el sello editorial de Marcial Pons; en efecto, culminando el proceso de digitalización emprendido hace años, la *Revista Española de Derecho Internacional* se publicará en lo sucesivo exclusivamente en formato electrónico y, junto a las Revistas «hermanas» publicadas por la AEPDIRI (el *Spanish Yearbook of International Law* y la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*), de la mano de la editorial Tirant lo Blanch. No podemos sino agradecer a Marcial Pons su gestión desde que asumiera la responsabilidad editorial en 2010. En tercer lugar, tras la renuncia por razones estrictamente personales del hasta ahora director de la Revista, el profesor Jorge Cardona Llorens, catedrático de la Universidad de Valencia, el Consejo de Redacción de la Revista propuso, por unanimidad, como nuevo director, al profesor Joaquín Alcaide Fernández, catedrático de la Universidad de Sevilla, procediendo la Junta Directiva de la AEPDIRI a su nombramiento. Este número es, por tanto, el último publicado bajo la dirección del profesor Cardona, que permanece, no obstante, como miembro del Consejo de Redacción. Del rigor de su desempeño da buena cuenta la renovación del sello de calidad FECYT en 2022 para la Revista. Finalmente, en cuarto lugar, y no menos importante, en 2022 se cumplen setenta y cinco años de la fundación de la Revista, allá por 1948, si bien, debido a que los números correspondientes a dos años (1978-1979) se publicaron en un único volumen (el vol. XXXI), el volumen 75 corresponderá al año 2023. El Consejo de Redacción conmemorará este aniversario en el número 2 de ese volumen 75 (2023).

EDITORIAL

LAWS OF NATURE AND NATIONS

Nicholas A. Robinson
Executive Governor, International Council of Environmental Law, at UC3M
Kerlin Professor of Environmental Law Emeritus
Elisabeth Haub School of Law at Pace University, New York

2022 is a year emblematic for International Environmental Law. Before the United Nations Stockholm Conference on the Human Environment in 1972, this field of law did not exist. There were statutes, and even international agreements by which States established norms and rules governing how humans affected the natural world. Laws governing hunting and fishing, or managing the harvest of timber, were common by the 18th century. As hunting depleted species, laws for sustaining their reproductive capacity emerged, such as the Fur Seal Convention of 1911, which controlled commercial harvests of fur-bearing mammals (such as Northern fur seals and sea otters) in the Pribilof Islands of the Bering Sea. However, laws for conservation of nature were regarded as largely being peripheral to government or commerce.

To be sure, in human history there have been seminal events that established fundamental rules governing nature. Justinian's Institutes (534) had codified the public trust doctrine, later ensuring public rights of access to waterways in legal systems that embraced the *Corpus Juris*. Centuries later, the promulgation of *Magna Carta's* principles for the rule of law in 1215, *Carta de Foresta* in England in 1217 preserved public access to harvest nature's bounty: all persons, «*omnes*», held «*libertates des forestis*» and that all also had a correlative duty to observe those liberties. By the late 19th century, it was increasingly common for governments to designate public parks and protected natural areas. Left out of this progression of law-making were the indigenous peoples, whose cultures had sustained nature for generations.

These themes —establishing the rules for public access and regulating the use and exploitation of natural resources— took on new characteristics with the world-wide growth in human populations (from 1 billion in 1800 to 7.9 billion today), and the expanding capacity of the industrial revolution. Pol-

lution grew exponentially and indiscriminately. Resource depletion became a recurring phenomenon. When the United Nations Charter was adopted in 1945, States considered their environmental problems to be matters of domestic and local concern, not international. Similarly, the Universal Declaration of Human Rights made no explicit acknowledgment of environmental rights. Troubled that most States neglected what ecology reported were escalating threats to wildlife globally, a small number of States and scientific bodies founded the International Union for Conservation of Nature (IUCN) in 1948.

Preoccupied with the end of the colonial era through self-determination and the UN Trusteeship Council, States and International Law paid scant attention to scientific reports about degradation of nature. The newly enlarged UN General Assembly decided to re-establish international laws, with the participation of newly independent States. A series of diplomatic conferences began to formulate laws for the oceans. In 1963, IUCN established its Commission on Legislation, later known as the World Commission for Environmental Law, and worked with all States to strengthen national legislation for nature conservation, and to launch proposals for international laws, such as the Convention on the International Trade in Endangered Species (CITES).

In the 1960s, when extreme water pollution caused rivers to catch fire in North America and Eurasia, and IUCN's Red Data Books chronicled a growing rate of extinction of species, and citizens in cities demonstrated in the streets against air pollution and growing volumes of waste. States began to act. The first environment ministries were established and laws to curb pollution enacted. Beginning in 1969, Environmental Impact Assessment laws (EIA) were designed for the first time, and began to become standard practices. Amidst the widespread public revulsion against environmental degradation, the UN General Assembly convened the Stockholm Conference on the Human Environment.

The Stockholm Conference re-set global norms for care of the Earth. The Stockholm Declaration celebrated each person's right to the environment. In Principle 21, the Declaration also restated the customary international law obligation of States to protect the commons and not to harm the environment of any other States. The Conference called for a ban on dumping waste from ships into the oceans. Most important, is requested that the UN General Assembly to establish the United Nations Environment Programme (UNEP). Stockholm delegates inspired the further negotiations that integrated environmental norms into the UN Conference on the Law of Sea. By 1982, States had codified rules governing 70 % of Earth's surface, including agreeing in Part XII that «States have the obligation to protect and preserve the marine environment» (art. 192). Beginning in 1976 with the Mediterranean Sea's Barcelona Agreement, the UN Regional Seas treaties provide a growing framework for legal actions to protect the marine environment.

The Stockholm Conference launched four extraordinary decades of negotiations that would establish new substantive international agreements and

agree on the norms of «sustainable development». IUCN proposed the norm of sustainable development, with UNEP and the WWF-International, through a program «Caring for the Earth»[1]. With IUCN's urging, and new reports on environmental problems from UNEP, in 1985 the General Assembly convened a World Commission on Environment and Development. Through the horrific accounts of environmental degradation in all regions of the Earth, this Commission's report, *Our Common Future* (1987), set the stage for the UN General Assembly to convene the 1992 «Earth Summit», in Rio de Janeiro, on the 20th anniversary of the 1972 Stockholm Conference.

The Rio World Conference on Environment and Development (WCED) was extraordinary. It was the largest summit meeting ever held, and was preceded by a parallel world summit of Indigenous Peoples also held in Brazil. The WCED adopted *Agenda 21*, a blueprint for sustainable development, and the Rio Declaration on Environment and Development, which set out clear principles for all States to follow. Quite remarkably, these principles have been implemented universally, if still imperfectly. Principle 17, the duty to conduct EIA, has been acknowledged by the International Court of Justice in 2010 as a customary international law norm[2]. The public's right of participation, in Principle 10, is a corner stone of environmental decision-making in most nations. Rio provided the occasion for signing the UN Framework Convention on Climate Change and the UN Convention on Biological Diversity, and in 1994 the Convention to Combat Desertification. The General Assembly decided to convene annually a Permanent Forum on Indigenous Issues at the UN headquarters.

These gains would be confirmed at the Johannesburg Summit on Sustainable Development (WSSD) in 2002, on the 30th anniversary of the 1972 Stockholm Conference. States agreed that environmental protection is an equal pillar for sustainable development, together with the social and economic pillars. By then, States increasingly acknowledged the right to water as a human right. UNEP regularly convened the Montevideo Programme on the Development and Periodic Review of Environmental Law (also known as the Montevideo Environmental Law Programme), now in its fifth iteration (2020-30) for governments to build their environmental Law capacity nationally. IUCN established the IUCN Academy of Environmental Law, linking university law schools around the world in teaching and researching environmental law. The UN's *Training Manual on International Environmental Law* restated this new field in 2006[3].

Despite these gains, or perhaps because they are so vast that it was hard for diplomats to absorb them, at the 40th anniversary of Stockholm, the States that had assembled again in Rio de Janeiro were unsure how to progress.

---

[1] *https://portals.iucn.org/library/node/6439*.

[2] Argentina v. Uruguay, Pulp Mills on the River Uruguay, *http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2010.04.20_pulp_mills.htm*.

[3] *http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/791/*.

The next, historic round of negotiations then resumed in New York. States negotiated for two years and thereafter the UN General Assembly adopted the 17 Sustainable Development Goals (SDGs) in 2015. The priorities were a holistic and integrated set of attainable goals, together with indicators to measure progress in doing so. States also launched consultations toward concluding a new oceans treaty, on the protection of biodiversity in areas beyond national jurisdiction (BBNJ). IUCN's World Commission on Environmental Law helped launch a Global Judicial Institute on the Environment, the first global network for courts.

In light of this history, one might be forgiven in believing that International Environmental Law would, by 2022, have provided a firm foundation for protecting the Earth's great commons. It has been my honour and privilege to have participated personally in much of this saga just recounted, from attending Stockholm and Rio to the deliberations at the UN General Assembly in New York. I am proud of my own work as a jurist, and that of ICEL and IUCN, and all those who established international environmental law. Our collective accomplishments have been necessary, but not sufficient. Earth's human environment remains at risk, more acutely than in 1972.

Instead of celebrating on the 50th anniversary of the Stockholm Conference, it is unavoidable to honestly acknowledge that the civilizations of nations and peoples, evolved since time immemorial, are at great and immediate risk. This reality was documented in February of 2021, when the United Nations released a scientific synthesis report entitled: «Making Peace With Nature: A scientific blueprint to tackle the climate, biodiversity and pollution emergencies», which presents the evidence[4].

«Making Peace with Nature» summarizes the scientific assessments about the impacts of climate change, biodiversity loss and today's massive pollution of air, water, land and life. Despite the UNFCCC and CBD, States have virtually no legal framework agreements on chemical pollution and contamination. The air is unhealthy in every large city in the world. As humans destroy wild habitats, they unleash zoonotic diseases, like Covid-19, from previously healthy animals. The rate of infectious disease afflictions from zoonotic spillovers is growing, predictably. Forests, which provide photosynthesis to produce the oxygen we breathe globally, for our climate, lack any protection under international law. Marine phytoplankton, providing 30 % of Earth's oxygen, is being degraded progressively, and adopting the BBNJ treaty will not immediately halt this decline. Chemical contamination, as evidenced by plastic wastes, is pervasive and systemic in all regions, even where no chemicals products are made or used.

Earth's Land, Air and Water (LAW) is being sacrificed to «business as usual». International LAW norms are being neutered by the failure to implement and rapidly progress the law's development. As UN Secretary-General An-

[4] *https://wedocs.unep.org/xmlui/bitstream/handle/20.500.11822/34948/MPN.pdf.*

tónio Guterres puts it: «Humanity is waging war on nature. This is suicidal. Nature always strikes back - and it is already doing so with growing force and fury». The findings of the Intergovernmental Panel on Climate Change are that it is «almost inevitable» that temperatures will rise above 1.5 ºC, devastating human living conditions. As António Guterres puts it: «Some government and business leaders are saying one thing - but doing another. Simply put, they are lying. And the results will be catastrophic».

Is it any wonder that there are calls to establish the international crime of «Ecocide»? Ecocide, like crimes against humanity, is universal. As jurists debate and refine the definitions for Ecocide, it seems to embrace conduct alike by States, corporations, or individual humans. It addresses harms existing today, beyond the limits of the Geneva Conventions' war crimes, and beyond the scope of the Environmental Modification Convention (1976), which focuses upon those acts of States having «widespread, long-lasting or severe effects». It arguably can be seen to embrace all acts that impair nature to the point of nullifying a person's human right to the environment. The environment is holistic, and cumulative small harms are having immediate and chronically harmful impacts. It is no defense, nor any excuse, to say one does not see the harm or know the measurements, as «Making Peace with Nature» explains.

So, the challenges in this emblematic year for International Environmental Law are profound. States are united in support of the UN Sustainable Development Goals, in particular, 15: «Protect, restore and promote sustainable use of terrestrial ecosystems, sustainably manage forests, combat desertification, and halt and reverse land degradation and halt biodiversity loss». Based on that consensus, much can be accomplished. To save human well-being, the ecologist Dr. Edward O. Wilson urged us to sustain the remaining one half of the Earth's natural areas as they are today, as places in which people and nature live compatibly. This means ending exploitation of remaining forests and wetlands and other natural areas, so humans and nature can adapt to changing climactic conditions across the Earth. The International Military Council on Climate and Security has issued a report which thoughtfully calls for the further elaboration of international environmental law[5]. ICEL and IUCN have called for adopting a «One Health» approach to prevent future pandemics, and the World Health Organization seeks negotiation of a new treaty to do so. The Intergovernmental Panel on Climate Change has documented the many ways at hand to cease quickly the further combustion of fossil fuels. There are so many other opportunities for States to cooperate regionally and globally, that it is safe to observe that 2022 inaugurates a transformative era of ecological jurisprudence.

The tools to make peace with nature are already invented and ready to deploy. The coming roles for International Environmental Law will be to establish the legal norms and duties to do so. Either States anticipate and establish new international environmental laws, and rigorously implement their

[5] *https://imccs.org/the-world-climate-and-security-report-2021/.*

existing and new duties in municipal law, or the disruptions that UN Secretary-General Guterres has identified will overwhelm all States and oblige them to revise their laws in the wake of tragedy. States have barely enough time left to act, to avert experiencing what scientific models reveal as «worst case» scenarios in real time.

When the UN General Assembly this year recognizes the «Human Right to the Environment», will it be it too late for people to enjoy this right? Can this right motivate action to at once implement environmental laws, and fashion the news laws needed? With this right, is there not a correlative duty to protect the environment? Given the exemplary record by which States have established International Environmental law in the past five decades, they have shown that States do know how to cooperate to protect the Earth. All people today share in the benefits of environmental law. But measured by the needs of present and future generations, as well by what is required to heal and restore the health of ecosystems and other species, our human accomplishments fall short. We are on the cusp of regressing to failure.

Like the Phoenix, we can rise from these ashes. Is not care for our common home our common responsibility? Can people and their States rediscover the popular spirit that once moved States to convene the 1972 Stockholm Conference? As we all endeavor to advance and implement International Environmental law, together we shall learn the answers.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
La guerra de Ucrania/*War in Ukraine*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 23-55
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1a.01
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 16/06/2022. Aceptación: 30/06/2022

I. ESTUDIOS

LA GUERRA DE UCRANIA/*WAR IN UKRAINE*

LA DIMENSIÓN NUCLEAR DE LA GUERRA EN UCRANIA: NUEVA NARRATIVA, PODER Y ORDEN INTERNACIONAL

Alessandro DEMURTAS*

RESUMEN

LA DIMENSIÓN NUCLEAR DE LA GUERRA EN UCRANIA: NUEVA NARRATIVA, PODER Y ORDEN INTERNACIONAL

El presente artículo analiza el surgimiento y la evolución de la dimensión nuclear de la guerra en Ucrania bajo una perspectiva triple. Después de una breve contextualización de la nuclearización del conflicto, el estudio destaca las principales novedades en las narrativas nucleares de las grandes potencias a raíz de la guerra, es decir Rusia, Estados Unidos de América (EE.UU.), Reino Unido, Francia y China. En segundo lugar, se analizan las dinámicas relacionadas con el ejercicio del poder nuclear, destacando los riesgos de una escalada nuclear de la guerra y el aumento de la proliferación vertical y horizontal. Tercero, el análisis ofrece un estado de la cuestión sobre el orden nuclear internacional y el régimen de no proliferación, para acabar con la crisis del sistema europeo de seguridad.

Palabras clave: guerra en Ucrania, disuasión nuclear, proliferación nuclear, orden nuclear internacional.

ABSTRACT

THE NUCLEAR DIMENSION OF THE WAR IN UKRAINE: A NEW NARRATIVE, POWER AND INTERNATIONAL ORDER

This article analyzes the emergence and the evolution of the nuclear dimension of the war in Ukraine from a triple perspective. After a brief contextualization, the study highlights the main developments in the nuclear narratives of great powers in the wake of the war, that is, Russian Federation, United States of America, the United Kingdom, France and China. Second, the analysis focuses on the dynamics related to the exercise of nuclear

* Profesor de Relaciones Internacionales en la Universidad Autónoma de Barcelona (*alessandro.demurtas@uab.cat*). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 23 de junio de 2022. Todas las traducciones al castellano son propias.

power, with special care of the risks related to a nuclear escalation and to an increased vertical and horizontal proliferation. Third, the study carries out a state of matter on the international nuclear order and the non-proliferation regime, together with the crisis of the European security system.

Keywords: war in Ukraine, nuclear deterrence, nuclear proliferation, international nuclear order.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DINÁMICA NUCLEAR DE LA GUERRA.—2.1. Los acuerdos relativos a la cuestión nuclear ucraniana post 1991.—2.2. La dimensión nuclear durante los primeros meses de guerra.—3. LA NARRATIVA NUCLEAR DE LAS GRANDES POTENCIAS.—3.1. La narrativa nuclear de la Federación Rusa.—3.2. La narrativa nuclear de los Estados Unidos de América, Reino Unido, Francia y China.—4. EL EQUILIBRIO DE PODER NUCLEAR.—4.1. El uso del poder militar y los riesgos de una escalada o de un incidente nuclear.—4.2. La proliferación nuclear vertical y horizontal.—5. EL ORDEN NUCLEAR INTERNACIONAL Y EL SISTEMA EUROPEO DE SEGURIDAD.—5.1. El orden nuclear internacional.—5.2. La crisis del sistema europeo de seguridad.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

> «Quien intente ponernos obstáculo, y más aún crear amenazas para nuestro país, para nuestro pueblo, debe saber que la respuesta de Rusia será inmediata y acarreará consecuencias que nunca han experimentado en su historia. Estamos listos para cualquier desarrollo de los acontecimientos. Se han adoptado todas las decisiones necesarias al respecto. Espero que me escuchen» [1].

Con estas palabras pronunciadas el 24 de febrero, el presidente ruso, Vladimir Putin, provoca el surgimiento de la dimensión nuclear de la guerra en Ucrania. A distancia de cuatro meses, esta dinámica está lejos de estar cerrada y sigue ocupando un lugar prioritario en la agenda de la comunidad internacional. Este artículo nace de la necesidad de analizar la nuclearización de la guerra y se propone hacerlo bajo una triple perspectiva: las ideas, el poder y las instituciones [2].

Después de una contextualización del surgimiento de la dimensión nuclear de la guerra y de un breve análisis de su evolución durante los primeros meses, el segundo apartado se centra en las ideas, es decir en la nueva narrativa nuclear [3] rusa y en la respuesta dada por los otros países que componen el llamado P-5 del Tratado de No Proliferación Nuclear (TNP). Estos coinciden con los miembros permanentes con derecho de veto en el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

---

[1] EURONEWS, *Discurso de Putin: «La respuesta de Rusia será inmediata para quien intente ponernos obstáculos»*, 24 de febrero de 2022, disponible en *https://es.euronews.com/2022/02/24/discurso-de-putin-la-respuesta-de-rusia-sera-inmediata-para-quien-intente-ponernos-obstaculos.*

[2] Este marco analítico ya es adoptado en BARBÉ, E., *Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 4.ª ed., 2020.

[3] Por narrativa nuclear entendemos, por una parte, la retórica de los discursos adoptados por las autoridades estatales más representativas y, por otra, la interpretación de la doctrina sobre el primer uso de armas nucleares dada por los jefes de Estado o de gobierno.

Por lo que concierne al poder, el tercer apartado analiza las principales dinámicas del ejercicio del poder militar, utilizando dos perspectivas complementarias. La primera concierne al riesgo de un accidente en una central nuclear o al peligro de una escalada nuclear debido a un ataque involuntario contra una instalación nuclear o al uso de un arma nuclear táctica (con un radio de alcance inferior a los 500 kilómetros) por parte de Rusia para romper el equilibrio a su favor frente a la resistencia ucraniana. La segunda hace referencia a los peligros derivados de la proliferación nuclear horizontal y vertical.

La tercera dimensión de análisis concierne a las instituciones, entendidas como el conjunto de normas, arreglos y mecanismos formales e informales que contribuyen al orden internacional. Para hacer esto, el cuarto apartado ofrece un estado de la cuestión sobre el orden nuclear internacional y sobre la arquitectura europea de seguridad nuclear.

Las conclusiones retoman los principales resultados de la investigación e intentan corroborar las siguientes hipótesis de partida:

1. La narrativa de disuasión nuclear adoptada por Rusia a partir del comienzo de la guerra provoca la adopción de la misma narrativa por parte de los P-5 occidentales y miembros de la OTAN, es decir EE.UU., Reino Unido y Francia. Por su parte, China mantiene una narrativa más neutral, a pesar de tomar el bando ruso.
2. Pese a los riesgos relacionados con un incidente nuclear en centrales como Chernóbil o Zaporiya o con un ataque involuntario en contra de un objetivo militar, la escalada nuclear de la guerra es muy poco probable (pero, ya no imposible) debido a los costes inasumibles por ambas partes. Por otro lado, la inestabilidad multidimensional generada en los últimos meses aumenta el riesgo de fenómenos de proliferación horizontal y vertical.
3. En el corto y medio plazo, la guerra agrava las divisiones entre las grandes potencias nucleares e imposibilita el fortalecimiento del orden nuclear internacional y del sistema europeo de seguridad. Debido a que los tiempos institucionales son más largos que los tiempos de la guerra (años/meses *vs.* semanas/días), en relación con este asunto es posible ofrecer algunas previsiones basadas en las opiniones más recientes de los expertos a nivel internacional.

2. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA DINÁMICA NUCLEAR DE LA GUERRA

Este apartado tiene dos finalidades. En primer lugar, analizar brevemente los principales acuerdos adoptados a partir de 1991 en ámbito nuclear que conciernen a Ucrania. En segunda instancia, desglosar la evolución de la dimensión nuclear de los primeros meses de guerra, con especial énfasis en dos aspectos: la seguridad de las instalaciones nucleares presentes en territorio ucraniano y el posible uso de armas nucleares —especialmente tácticas— por parte de la Federación Rusa.

2.1. Los acuerdos relativos a la cuestión nuclear ucraniana post 1991

El día de su declaración de independencia de la Unión Soviética, el 24 de agosto de 1991, Ucrania cuenta con un tercio del arsenal nuclear soviético, al tener más de 1.800 cabezas nucleares desplegadas en su territorio[4]. Con la firma del Memorándum de Budapest sobre Garantías de Seguridad el 5 de diciembre de 1994[5], Ucrania acepta entregar todo su arsenal nuclear a la Federación Rusa y convertirse en miembro del TNP, a cambio de garantías sobre el no uso de la fuerza en contra de su integridad política y territorial por parte de Rusia, EE.UU. y Reino Unido[6]. Además, Kiev recibe promesas sobre asistencia financiera externa y comienza su acercamiento político y económico a Occidente[7].

El orden establecido en 1994 consolida Ucrania como un estado *buffer* (puente) entre Rusia y los países europeos, rigurosamente neutral, como ya afirmado en 1997 en la Cumbre OTAN-Rusia por el entonces ministro ruso de Asuntos Exteriores, Yevgeny Primakov. En su intervención dirigida a sus homólogos occidentales, el ingreso de Ucrania en la OTAN es definido como una «línea roja» a no cruzar[8].

La Carta OTAN-Ucrania de 1997 afirma la voluntad compartida de los miembros de la Alianza atlántica de mantener a Kiev como socio externo, sin perspectivas de adhesión[9]. Pero se crea a la vez una Comisión OTAN-Ucrania y se amplían los ámbitos de cooperación entre las partes. Por ejemplo, se establece un «mecanismo consultivo en caso de crisis si Ucrania percibe que su integridad territorial, su independencia política y su seguridad están bajo amenaza directa» [10].

La postura de los países occidentales sobre Ucrania intenta, por un lado, ofrecer garantías a Rusia sobre la neutralidad del país, con el objetivo de evitar su revanchismo y eliminar su percepción de ser tratada como un paria en el nuevo orden internacional y como una potencia externa al orden europeo. Por otro lado, los Aliados garantizan a Kiev la posibilidad de salir de la antigua órbita soviética y de comenzar la transición hacia el bloque econó-

---

[4] Loss, R., «Why the war in Ukraine could reshape the European nuclear order», *European Council on Foreign Relations*, 3 de febrero de 2022, disponible en *https://ecfr.eu/article/why-the-war-in-ukraine-could-reshape-the-european-nuclear-order/*.

[5] El texto completo del tratado está disponible en la base de datos de la Organización de la Naciones Unidas (ONU): *https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=0800000280401fbb*.

[6] Kimball, D. G., «Putin's Assault on Ukraine and the Nonproliferation Regime», *Arms Control Association,* marzo de 2022, disponible en *https://www.armscontrol.org/act/2022-03/focus/putins-assault-ukraine-nonproliferation-regime*.

[7] Loss, R., *op. cit*.

[8] Elsherbiny, A., «Europe on fire. The Russo-Ukranian war, its causes and consecuences», *Faculty of Law, Manoura University, Egypt,* 7 de marzo de 2022, disponible en *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4058711*.

[9] Hunter, R., «The Ukraine Crisis: Why and What Now?», *Survival,* vol. 64, 2022, núm. 1, pp. 7-28, esp. p. 12.

[10] *Charter on a Distinctive Partnership between the North Atlantic Treaty Organization and Ukraine,* 9 de julio de 1997, disponible *en https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_25457.htm.*

mico, financiero y político occidental. Podemos entonces afirmar que, pese a los acuerdos formales alcanzados, Ucrania nace como un país disputado en cuanto a su papel en el orden de seguridad europeo. Esta disputa degenera en conflicto abierto en 2014, con el cambio de orientación política del expresidente ucraniano Yanukovych, con el surgimiento de protestas sociales prooccidentales, apoyadas por EE.UU., y con la invasión rusa de Crimea combinada con la intervención en el Donbás[11].

En marzo y mayo de 2014, las fuerzas nucleares rusas llevan a cabo maniobras que involucran varias instalaciones militares con capacidad nuclear. En el mismo periodo, aumentan las apariciones públicas de Putin y el actual ministro de Asuntos Exteriores, Sergei Lavrov, recuerda que la doctrina militar rusa permite que el país «use armas nucleares si alguien intenta retomar Crimea»[12]. La OTAN responde con el despliegue de fuerzas convencionales en Polonia y los países bálticos. A pesar de no provocar un rearme nuclear en Europa, la ruptura de las relaciones entre las partes en 2014 conlleva paulatinamente al colapso de dos pilares del sistema de seguridad europeo: el Tratado de Cielos Abiertos de 1992[13] y el Tratado sobre Fuerzas Nucleares de Rango Intermedio de 1987 (mejor conocido con el acrónimo inglés *INF Treaty*)[14]. Las consecuencias de la guerra en Ucrania sobre el régimen nuclear internacional y europeo serán analizadas en el cuarto apartado. A continuación, el artículo recoge los principales elementos que convierten la dimensión nuclear del conflicto en un tema prioritario para la agenda internacional.

2.2. La dimensión nuclear durante los primeros meses de guerra

Desde los primeros días, la guerra adquiere rápidamente una dimensión nuclear en relación con dos temas considerados críticos: el primero es la seguridad de las instalaciones nucleares como Chernóbil y Zaporiya, en caso de ser terreno de hostilidades, con el consiguiente peligro de catástrofe nuclear. El segundo es el posible uso de armas nucleares —especialmente tácticas— por parte del Ejército ruso para conseguir cierta ventaja durante la invasión.

El Ejército ruso consigue el control de la central nuclear de Chernóbil el 24 de febrero, toma el personal como rehén y obliga a más de doscientos trabajadores a trabajar sin interrupción durante veinticinco días. Solo a partir del 20 de marzo, los rehenes pueden volver al trabajo por turnos y abandonar

---

[11] Hunter, R., *op. cit.,* pp. 16-17.

[12] Citado en Loss, R., *op. cit.,* p. 2.

[13] El texto completo del tratado está disponible en *https://www.osce.org/files/f/documents/5/3/14132.pdf*.

[14] La decisión de salir del tratado INF de EE.UU. es tomada por el presidente Trump el 20 de octubre de 2017 como represalia por las supuestas repetidas violaciones rusas del tratado y por la ventaja relativa obtenida por China, cuyo rearme nuclear no se ve limitado por tratados de esta tipología. Para un análisis más detallado sobre la evolución del tratado INF, véase Kimball, D. y Reif, K., «The Intermediate-Range Nuclear Forces Treaty at a Glance», *Arms Control Association. Fact-sheets & Briefs,* 2019, disponible en *https://www.armscontrol.org/factsheets/INFtreaty#:~:text=The%201987%20Intermediate%2DRange%20Nuclear,of%20500%20to%205%2C500%20kilometers.*

la central en las horas de descanso. El 4 de marzo de 2022, un proyectil ruso golpea la central nuclear de Zaporiya, la más grande de Europa, que aloja a seis de los quince reactores presentes en el territorio ucraniano [15]. El actual director de la Organización Internacional para la Energía Atómica (OIEA) de las Naciones Unidas, el argentino Rafael Grossi, define el incidente como un «buen susto» (en sus palabras: *close call*). Según algunas simulaciones realizadas por los expertos, partiendo de los parámetros del incidente en la planta de Fukushima Daiichi en Japón en 2011, un daño a los sistemas de refrigeración y de alimentación de la central de Zaporiya podría provocar un incidente nuclear que obligue a desplazar la población en cinco países vecinos a Ucrania, dependiendo del tipo de explosión y de las condiciones climáticas [16].

Estos dos episodios provocan el temor de la comunidad internacional ante las posibles consecuencias catastróficas de un ataque militar ruso a las instalaciones nucleares ucranianas. Las preocupaciones surgen debido a múltiples amenazas potenciales: en primer lugar, la seguridad e integridad de las instalaciones nucleares (plantas activas y depósitos de residuos nucleares) frente a los daños ocasionados por armamento de asalto. Este fenómeno conlleva también un problema relacionado con el orden internacional porque el art. 56.1 del Protocolo I adicional de 1977 a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de conflictos armados internacionales, establece que «las obras o instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, a saber, las presas, los diques y las centrales nucleares de energía eléctrica, no serán objeto de ataques, aunque sean objetivos militares, cuando tales ataques puedan producir la liberación de aquellas fuerzas y causar, en consecuencia, pérdidas importantes en la población civil» [17].

En segundo lugar, cabe la posibilidad de otro incidente nuclear en la antigua central de Chernóbil, debido a posibles errores cometidos por el personal secuestrado por el Ejército ruso, obligado a trabajar en condiciones de estrés y cansancio extremos [18] y con los sistemas de comunicación, regulación y coordinación entre equipos comprometidos [19]. En tercera instancia, hay el peligro de un ciberataque a una instalación nuclear y, por último, de una

---

[15] Bugos, S., «Ukrainian Nuclear Plants Come Under Russian Fire», *Arms Control Today,* 2022, pp. 31-32.

[16] Kang, J. y Lisowski, E., «Could an attack on Ukrainian nuclear facilities cause a disaster greater than Chernobyl? Possibly, simulations show», *Bulletin of the Atomic Scientist,* 23 de marzo de 2022, disponible en *https://thebulletin.org/2022/03/could-an-attack-on-ukrainian-nuclear-facilities-cause-a-disaster-greater-than-chernobyl-possibly-simulations-show/.*

[17] Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977, disponible en *https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977.*

[18] Dalton, T., «Averting a Nuclear Dystopia», *Carnegie Endowment for International Peace. Commentary,* 23 de marzo de 2022, disponible en *https://carnegieendowment.org/2022/03/23/averting-nuclear-dystopia-pub-86714.*

[19] Hibbs, M., «What Comes After Russia's Attack on a Ukrainian Nuclear Power Station?», *Carnegie Endowment for International Peace. Commentary,,* 17 de marzo de 2022, disponible en *https://carnegieendowment.org/2022/03/17/what-comes-after-russia-s-attack-on-ukrainian-nuclear-power-station-pub-86667.*

posible escalada nuclear debido a un ataque no intencionado en contra de una instalación nuclear secreta o equipada con armamento convencional y no convencional[20].

Como dicho anteriormente, la segunda dimensión nuclear de la guerra concierne al posible uso de armamento nuclear por parte del Ejército ruso con el objetivo de conseguir una ventaja táctica frente a la resistencia ucraniana. Hay tres grandes razones que hacen preocupar a los expertos y analistas. La primera es evidente: Rusia es, junto con EE.UU., una superpotencia nuclear. A principios de 2022, cuenta con 4.477 cabezas nucleares tácticas y estratégicas listas para ser desplegadas, a las que suman 1.500 cabezas intactas que esperan ser desmanteladas, por un total de casi 6.000. Además, como afirma el ministro ruso de Defensa, Sergei Shoigu, en diciembre de 2021: «El 89,1 por 100 del armamento ruso está modernizado», con un incremento del 3 por 100 si comparado con el año anterior[21].

La segunda razón de preocupación concierne a la posibilidad de que el Kremlin pueda decidir hacer un uso «limitado» de su armamento nuclear para obtener o consolidar su ventaja en la guerra, especialmente si esta se «congelara» debido a la resistencia ucraniana[22]. El lanzamiento de una bomba nuclear podría ser usado también para desincentivar que los países occidentales intervengan directamente en la guerra o incluso llevarlos a «presionar a la resistencia ucraniana para que se rinda frente a las fuerzas rusas»[23].

La tercera razón de preocupación deriva de un conjunto de consideraciones relacionadas con la percepción del Kremlin sobre el conflicto y sobre su papel en el sistema internacional: el presidente Putin concentra en sus manos un poder no limitado por las otras instituciones del régimen, a diferencia de lo que sucedía durante la guerra fría, cuando el secretario general del Partido Comunista de la Unión Soviética (PCUS) tenía que rendir cuentas al Politburó. Desde el principio de la pandemia de coronavirus (covid-19) en 2020, Putin vive aislado en el Kremlin y recibe actualizaciones sobre Ucrania por parte de pocos militares de la élite. Un número creciente de ellos propone un uso limitado del nuclear en el conflicto para reafirmar el estatus de superpotencia del país, ocultando la falta de modernización de las fuerzas convencionales que se ha hecho evidente desde los primeros días de la invasión.

---

[20] Bender, B., «How the Ukraine war could go nuclear», *Politico,* 24 de marzo de 2022, disponible en *https://www.politico.com/news/2022/03/24/how-ukraine-war-could-go-nuclear-00019899.*

[21] Kristensen, H. M. y Korda, M., «Russia nuclear weapons, 2022», vol. 78, 2022, núm. 2, pp. 98-121, esp. p. 99, disponible en *https://www.tandfonline.com/doi/epub/10.1080/00963402.2022.2038907?needAccess=true.*

[22] Friedman, U., «What's the Likelihood of Nuclear War?», *The Atlantic,* 23 de marzo de 2022, disponible en *https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2022/03/ukraine-russia-nuclear-weapons-cold-war/627587/.*

[23] Lin, H., «Responding to Russian demonstration of nuclear muscle-flexing», *Bulletin of the Atomic Scientist,* 15 de marzo de 2022, disponible en *https://thebulletin.org/2022/03/responding-to-a-russian-demonstration-of-nuclear-muscle-flexing/?utm_source=Newsletter&utm_medium=Email&utm_campaign=MondayNewsletter03212022&utm_content=NuclearRisk_RussiaAlsoHitNuclearArmsControl_03152022.*

Es decir, las élites rusas sufren de una «disonancia cognitiva»: sueñan con tener una superpotencia militar en todos los ámbitos, «pero se enfrentan a una realidad que sugiere lo contrario» [24]. El miedo de los expertos es que Putin pueda llegar a experimentar el mismo fenómeno. Para profundizar en este asunto, el siguiente apartado analiza, primero, la retórica y la evolución de la doctrina sobre el uso de armas nucleares de Rusia. En segunda instancia, analiza la narrativa nuclear de los otros países que componen el grupo P-5 del TNP.

3. LA NARRATIVA NUCLEAR DE LAS GRANDES POTENCIAS

El objetivo de este apartado es doble. Por un lado, analizar la evolución de la narrativa rusa sobre la dimensión nuclear de la guerra y corroborar si esto genera un cambio en la doctrina nuclear del país. Por otro, determinar si la postura rusa tiene efectos directos en las doctrinas nucleares de los otros cuatro países que componen el P-5.

3.1. La narrativa nuclear de la Federación Rusa

El análisis de la narrativa nuclear rusa durante los primeros meses del conflicto se centra en las principales decisiones e intervenciones de la élite, además de intentar interpretar las percepciones del Kremlin. Cabe recordar la necesidad de no «sobrepersonalizar» la política rusa alrededor de Putin porque hay que destacar el papel de los aparatos estatales y paraestatales, de las élites y de la oligarquía en su definición e implementación [25].

El 24 de febrero de este año, Putin declara que Rusia «responderá de inmediato a cualquier amenaza a su país y a su población, con consecuencias nunca vistas en la historia. Estamos preparados ante cualquier acontecimiento. [...] Espero que mis palabras sean escuchadas» [26]. Los tonos se endurecen en una reunión del 27 de febrero con funcionarios de defensa, cuando Putin —en respuesta a las «medidas económicas hostiles» y a las «declaraciones agresivas» de los países de la OTAN— ordena «trasladar las fuerzas de disuasión de Rusia al régimen especial de servicio de combate» [27].

---

[24] Friedman, U., *op. cit.,* p. 5.

[25] Holz. D., «Mastermind or madman? Putin shows why the world needs new nuclear agreements», *Bulletin of the Atomic Scientists,* 17 de marzo de 2022, disponible en *https://thebulletin.org/2022/03/mastermind-or-madman-putin-shows-why-the-world-needs-new-nuclear-agreements/.*

[26] Squassoni, S., «Rethinking the unthinkable: Ukraine reveals the need for nuclear disarmament», *Bulletin of the Atomic Scientists,* 17 de marzo de 2022, disponible en *https://thebulletin.org/2022/03/rethinking-the-unthinkable-ukraine-reveals-the-need-for-nuclear-disarmament/?utm_source=Newsletter&utm_medium=Email&utm_campaign=MondayNewsletter03212022&utm_content=NuclearRisk_RethinkingTheUnthinkable_03182022.*

[27] Kimball D. y Bugos, S., «La guerra de Rusia contra Ucrania y el riesgo de una escalada nuclear: respuestas a preguntas frecuentes», *Arms Control Association,* vol. 14, 2022, núm. 3, pp. 1-14, esp. p. 4, disponible en *https://www.armscontrol.org/issue-briefs/2022-02/FAQ-rusia-ucraina-espanol.*

Pese a que, al día siguiente, el ministro de Defensa Shoigu envíe personal adicional a todos los puestos de mando nuclear del país, los indicios apuntan a que la intención del Kremlin sea extremar el tono de la retórica para captar la atención de los medios internacionales[28] y poner en marcha el teatro de seguridad nuclear para desincentivar la intervención de la OTAN en el conflicto. El día 27 de febrero, el director del Proyecto de Fuerzas Nucleares de Rusia, Pavel Podvig, afirma que «el sistema de comando y control nuclear recibió lo que se conoce como comando preliminar» que pone los sistemas en funcionamiento, pero «no es algo que sugiera que Rusia se esté preparando para atacar primera»[29]. Además, «las fuerzas nucleares rusas ya estaban en un alto grado de preparación por conducir el ejercicio *Grom 2022*, programado para ese periodo del año. No hay ninguna evidencia de actividad inusual de las fuerzas nucleares rusas a raíz de este ejercicio»[30]. El régimen especial establecido por Putin se limita a disponer «un aumento del personal en servicio, acompañado por la orden de aumentar la vigilancia»[31].

La retórica de disuasión nuclear rusa se mantiene constante en los meses siguientes, como confirma el ministro Lavrov en una entrevista del 25 de abril, pocas horas después del viaje a Kiev del secretario de Estado estadounidense Antony Blinken. Lavrov afirma estar trabajando para prevenir un conflicto nuclear a toda costa: «El peligro es serio, real. Y no podemos subestimarlo»[32]. La retórica del Kremlin se combina con las campañas de (des)información, lanzadas en todos los medios de comunicación nacionales y a través de los canales digitales a nivel internacional, para conseguir el antes mencionado objetivo de política exterior: disuadir a la OTAN de intervenir en la que el Kremlin considera la esfera de influencia exclusiva rusa perteneciente al espacio postsoviético[33].

La centralidad de la dimensión nuclear en la retórica disuasoria rusa se debe a que, en ámbito nuclear, Rusia sigue siendo una superpotencia que puede hablar *inter pares* a EE.UU. y a sus Aliados. Esta dinámica se enmarca en el proyecto de política exterior de Putin de devolver a su país el estatus de gran potencia a nivel internacional. Después de haber eliminado muchas de-

---

[28] Putin sabe perfectamente que «los medios de comunicación tienden a sobrestimar las iniciativas para la guerra por encima de las iniciativas para la paz», como afirman Grasa, R. y Mateos, Ó., «Conflict, Peace And Security In Sub-Saharan Africa: An Assessment and New Questions After 50 Years of African Independence», *African War and Conflict Watch,* Center for African Affairs and Global Issues, octubre de 2010, disponible en *https://www.researchgate.net/publication/228214382_Conflict_Peace_and_Security_in_Africa_An_Assessment_and_New_Questions_after_50_Years_of_African_Independence*, pp. 1-22, esp. p. 5.

[29] *Ibid.*, pp. 4-5.

[30] Gressel, G., «Signal and noise: What Russia's nuclear threat means for Europe», *European Council on Foreign Relations. Commentary,* 2 de marzo de 2022, disponible en *https://ecfr.eu/article/signal-and-noise-what-russias-nuclear-threat-means-for-europe/*.

[31] Podvig, P., *op. cit.*

[32] Al Jazeera, *Russia-Ukraine war: Lavrov warns of risk of nuclear conflict*, 26 de abril de 2022, disponible en *https://www.aljazeera.com/news/2022/4/26/russia-ukraine-war-lavrov-warns-of-risk-of-nuclear-conflict*.

[33] Gressel, G., *op. cit.*

bilidades heredadas de la implosión de la URSS, el Kremlin quiere consolidar su esfera de influencia en el espacio postsoviético para reequilibrar el poder acumulado por la OTAN con sus paulatinas expansiones.

La narrativa disuasoria rusa se combina con herramientas heterogéneas y no convencionales de guerra, como la ciberguerra, la política energética y la injerencia en los procesos democráticos occidentales[34]. Esta narrativa se dirige, por un lado, a la población rusa para destacar el sentimiento de hostilidad de los países occidentales hacia Rusia y para reafirmar la fortaleza del Kremlin y del presidente Putin. Y, por otro lado, tiene como objetivo intimidar a la población occidental sobre las consecuencias de un conflicto nuclear y, a la vez, generar incertidumbre y presión sobre sus gobiernos[35].

El análisis demuestra que «Putin se siente cómodo en un mundo basado en la estabilidad-inestabilidad donde, gracias a su retórica nuclear, Occidente es disuadido de intervenir, como si el mecanismo de disuasión de la OTAN, costando miles de millones de dólares, no fuera nada más que un tigre de papel»[36]. En palabras de la inteligencia de EE.UU., Rusia aplica la teoría llamada «escalar para desescalar» en caso de un conflicto con la OTAN: podría decidir usar un arma nuclear convencional (escalar) para disuadir los Aliados de intervenir en Ucrania (desescalar)[37].

En junio de 2020 se publican los «Principios básicos de la política de estado de la Federación rusa sobre la disuasión nuclear». Este documento público actualiza la doctrina nuclear de 2010, todavía clasificada, y mantiene un constante énfasis en la amenaza nuclear proveniente de EE.UU. y de la OTAN[38]. Rusia se reserva la facultad de emplear su arsenal nuclear «como respuesta al uso de armas nucleares y de otras armas de destrucción masiva en contra del mismo país o de sus Aliados, incluso en caso de agresión con armas convencionales contra la Federación, que pone en peligro la existencia del país»[39].

Pero «la retórica de Moscú sugiere que está interpretando esta doctrina de forma extensiva. Putin justifica su guerra de agresión declarando que EE.UU. está estableciendo un país hostil y antirruso en Ucrania, creando una supuesta realidad que representa un asunto de vida o muerte para Rusia»[40]. En

---

[34] Hunter, R., *op. cit.,* p. 19.

[35] Horovitz, L. y Wachs, L., «Russia's Nuclear Threats in the War against Ukraine», *SWP Comment. German Institute for International and Security Affairs*, vol. 29, 2022, pp. 1-5, disponible en *https://www.swp-berlin.org/publications/products/comments/2022C29_RussiasNuclearThreats.pdf*.

[36] Corera, G., «Ukraine war: Could Russia use tactical nuclear weapons?», *BBC News,* 16 de marzo de 2022, disponible en *https://www.bbc.com/news/world-60664169*.

[37] *Ibid.*

[38] Sipri, «Russia's nuclear doctrine moves the focus from non-Western threats», *SIPRI Commentary. WritePeace blog,* 1 de octubre de 2022, disponible en *https://www.sipri.org/commentary/blog/2020/russias-nuclear-doctrine-moves-focus-non-western-threats*.

[39] Kimball, D., «Biden Policy Allows First Use of Nuclear Weapons», *Arms Control Association,* abril de 2022, disponible en *https://www.armscontrol.org/act/2022-04/news/biden-policy-allows-first-use-nuclear-weapons*.

[40] Horovitz, L. y Wachs, L., *op. cit.,* p. 2.

consonancia con cuanto afirmado por los ministros Lavrov y Shoigu, la élite rusa extiende la posibilidad del primer uso de armas nucleares al caso de una guerra convencional en la que estén en juego los intereses esenciales del país, como la protección de las minorías rusas en el Donbás.

El Kremlin parece estar usando la misma estrategia adoptada por EE.UU. en 1969 en Vietnam: junto con el entonces asesor de seguridad nacional, Henry Kissinger, el presidente Nixon adopta la «teoría del loco, que postulaba que amenazar con niveles masivos, incluso excesivos, de violencia militar, incluso ataques nucleares, intimidaría a los norvietnamitas y sus patrocinadores en la Unión Soviética a la sumisión en la mesa de negociaciones» [41].

En el siguiente apartado se analizan las posturas nucleares de los otros países que conforman el grupo P-5 del TNP: por un lado, los tres países occidentales y del bando OTAN, con especial énfasis en EE.UU. Por otro, la postura de China que, pese a mantener una retórica nuclear relativamente neutral, se posiciona en el bando ruso sobre los equilibrios de poder a nivel global, criticando duramente la actuación occidental.

3.2. La narrativa nuclear de los Estados Unidos de América, Reino Unido, Francia y China

La guerra en Ucrania provoca un giro inesperado en la doctrina nuclear de EE.UU. rompiendo con la tradición de continuidad empezada por la Administración Clinton en 1996, seguida por Bush en 2002, Obama en 2010 y Trump en 2018. En marzo de 2020, Biden afirma: «Creo que el único propósito del arsenal nuclear de EE.UU. sea disuadir —y, si necesario, operar en represalia— frente a un ataque nuclear. Como presidente, trabajaré para que mi visión se haga realidad, en colaboración con el aparato militar estadounidense y nuestros Aliados» [42]. Apenas dos años después, el 28 de marzo de 2022, la Casa Blanca transmite al Congreso la Estrategia de defensa nacional que comprende la Revisión de la doctrina nuclear y la Revisión de la defensa de misiles. La nueva interpretación de Biden permite un primer uso del armamento nuclear «en circunstancias extremas para defender los intereses vitales de EE.UU. o sus socios y aliados. [...] Esto podría incluir el uso del nuclear para disuadir frente a ataques enemigos convencionales, biológicos, químicos e incluso ciberataques» [43].

Al igual que el Kremlin en 2020 y en 2022, la Casa Blanca amplía el abanico de posibilidades del primer uso de armas nucleares a raíz de la guerra, alzando los tonos de la retórica disuasoria y recordando a Rusia su estatus

---

[41] Kimball, D. y Bugos, S., *op. cit.,* pp. 5-6.

[42] Biden Jr., J. R., «Why America Must Lead Again. Rescuing U.S. Foreign Policy After Trump», *Foreign Affairs,* marzo-abril de 2020, disponible en *https://www.foreignaffairs.com/articles/united-states/2020-01-23/why-america-must-lead-again.*

[43] Kimball, D., *op. cit*.

de superpotencia militar. Además, Biden describe a Putin como «un criminal de guerra»[44], cerrando cualquier posibilidad de negociación y usando un lenguaje parecido a los años más tensos de la guerra fría. EE.UU. quiere aprovechar lo acontecido para reafirmarse como el líder legítimo de los países occidentales, reunidos económica, política y militarmente frente a lo que perciben como una invasión ilegal que pone en peligro la coexistencia pacífica en Europa.

Reino Unido es, sin duda, el Aliado atlantista más cercano a EE.UU., con los que mantiene una «relación especial» hace más de un siglo. En relación con Ucrania, el *premier* declara su apoyo militar, de inteligencia, económico, financiero y humanitario para derrotar al invasor ruso, acercando su postura a la de Biden. Por otro lado, pero, Johnson no adopta la retórica de la disuasión nuclear como sus homólogos estadounidense y ruso: tranquiliza a la población y «disipa los miedos sobre la posibilidad de que el presidente ruso Vladimir Putin pueda llegar a lanzar un ataque nuclear táctico si su ejército de tierra se viera atascado en Ucrania»[45].

El documento con la postura nuclear es del año 2021[46] y comienza reafirmando que el país «seguirá siendo una potencia nuclear con alcance global»[47]. El texto es ambiguo sobre la doctrina del «no primer uso de armas nucleares» (*No First Use - NFU*): «Reino Unido no descarta el primer uso de armas nucleares [...] creadas para defender al país y a sus Aliados de la OTAN»[48]. Una de las posibles razones de esta ambigüedad es el rechazo difuso a la doctrina del primer uso en la población británica: según una encuesta realizada en 2021, el 70 por 100 se declara a favor del NFU por parte de todos los países de la OTAN, incluso en caso de un ataque armado ruso en contra de los países bálticos, los que entonces percibían la amenaza de una invasión rusa como existencial e incumbente. Además, solo el 51 por 100 apoya un ataque nuclear como represalia frente a un primer uso nuclear de Rusia contra un Aliado atlántico[49].

---

[44] Fossum, S. y Liptak, K. «Biden on Putin: "I think he is a war criminal"», *CCN Politics,* 17 de marzo de 2022, disponible en *https://edition.cnn.com/2022/03/16/politics/biden-calls-putin-a-war-criminal/index.html.*

[45] Ebrahimi, S., «Boris Johnson plays down fears of Russian nuclear strike on Ukraine», *The National News,* 27 de abril de 2022, disponible en *https://www.thenationalnews.com/world/uk-news/2022/04/26/boris-johnson-plays-down-fears-of-russian-nuclear-strike-on-ukraine/.*

[46] Cabinet Office of the United Kingdom, «The Integrated Review. Global Britain in a Competitive Age, the Integrated Review of Security, Defence, Development and Foreign Policy», *Gov.UK. Collection,* 2021, disponible en *https://www.gov.uk/government/publications/global-britain-in-a-competitive-age-the-integrated-review-of-security-defence-development-and-foreign-policy/global-britain-in-a-competitive-age-the-integrated-review-of-security-defence-development-and-foreign-policy.*

[47] *Ibid.*

[48] Bond, I., «Bridging the channel: the UK's nuclear deterrent and its role in European Security», *Center for European Reform,* noviembre de 2021, disponible en *https://www.cer.org.uk/publications/archive/policy-brief/2021/bridging-channel-nuclear-deterrent.*

[49] Jenkins, P., «The British Public wants NATO to renounce the first use of nuclear weapons», *Bulletin of the Atomic Scientists,* 18 de noviembre de 2021, disponible en *https://thebulletin.org/2021/11/the-british-public-wants-nato-to-renounce-the-first-use-of-nuclear-weapons/.*

Según David Williams, el funcionario civil más anciano en el Ministerio de Defensa, la emergencia de una dimensión nuclear en la guerra en Ucrania recuerda a las élites británicas el estatus de gran potencia nuclear del país: «la emergencia de la competición interestatal subraya, para mí, la importancia de la disuasión nuclear británica», especialmente basada en la flota de cuatro submarinos nucleares en estado de alerta permanente[50]. En suma, Londres se consolida como el Aliado más cercano a EE.UU., aprovechando la oportunidad abierta por el conflicto para consolidar su estatus de gran potencia nuclear atlantista y occidental, y manteniendo «sus relaciones de defensa con los Aliados europeos separadas de las tensiones relacionadas con el *Brexit*. [...]. Reino Unido necesita enseñar cómo su disuasión encaja en el entorno cambiante de seguridad en Europa y reasegurar a sus Aliados que su compromiso no es solo retórico»[51].

La postura nuclear francesa difiere de la orientación atlantista de los países anglófonos y adopta una perspectiva más europeísta. La Revisión estratégica de defensa y seguridad nacional de 2017 recuerda el estatus de potencia nuclear y las responsabilidades que esto conlleva: «[al ser el] único país europeo (después del *Brexit*) miembro permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y potencia nuclear, fundador de la Unión Europea y miembro de la OTAN, [...] Francia debe mantener una doble ambición: preservar su autonomía estratégica y construir una Europa más robusta»[52].

El país galo no descarta la posibilidad del primer uso de armas nucleares para preservar sus «intereses vitales», en cuyo «corazón» se encuentran su integridad territorial (incluso de los territorios de ultramar) y la protección de la población. Y precisa que estos intereses no se definen exclusivamente «a escala nacional porque Francia no concibe su estrategia de defensa de manera aislada, tampoco en el terreno nuclear. En el marco del Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Washington, hemos adquirido unos compromisos vinculantes que encarnan una solidaridad no solo jurídica, sino también real, europea y aliada»[53].

La postura nuclear francesa no cambia como consecuencia de la invasión rusa, al igual que el Elíseo mantiene un tono moderado constante en sus intervenciones públicas porque Macron se propone como el líder occidental en las negociaciones con Putin. Desde la llamada telefónica con Putin a finales de enero, las perspectivas de éxito del diálogo entre las partes se anulan debido a que la OTAN no está dispuesta a satisfacer ninguna de las tres peticiones rusas sobre el orden de seguridad europeo: parar las ampliaciones al este de la Alianza; retirar todas las armas de asaltos de la frontera con Rusia; volver a

---

[50] Haynes, D., «Ukraine war: UK's nuclear power status being reinforced by Russian invasion, top MoD official says», *SkyNews,* 1 de abril de 2022, disponible en *https://news.sky.com/story/ukraine-war-uks-nuclear-power-status-being-reinforced-by-russian-invasion-top-mod-official-says-12579182.*

[51] *Ibid.*

[52] *Revue stratégique de defénse et de sécurité nationale 2017,* disponible en *https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/174000744.pdf*, pp. 1-111, esp. p. 4.

[53] *Ibid.,* p. 55.

la arquitectura de seguridad europea de 1997. En ese año se firma el Acta fundacional sobre las relaciones, la cooperación y la seguridad mutuas entre la Federación Rusa y la OTAN en París[54]. Después de varios meses, no parece que la iniciativa diplomática de París haya conseguido los resultados esperados: piénsese que, entre el 29 de marzo y el 3 de mayo, los dos presidentes no mantienen ninguna conversación telefónica[55].

En suma, Francia no modifica su postura nuclear a raíz de la guerra y confirma su europeísmo estratégico también en el ámbito nuclear, compatible con un sentimiento de solidaridad atlantista exclusivo hacia sus Vecinos europeos. La disuasión francesa se mantiene constante en las últimas revisiones estratégicas, con una función principalmente defensiva para los intereses vitales nacionales y de los Vecinos europeos. El presidente en cargo puede autorizar el primer uso de armas nucleares en caso de que la integridad de Francia o de un Aliado deba ser legítimamente defendida, en el respeto del derecho internacional.

China es el gran aliado de Rusia en el proyecto de dar una voz única al *Global South* (el Sur Global) para contrarrestar el proyecto occidental, con EE.UU. a la cabeza, de mantener su hegemonía en el sistema internacional. Este fenómeno remonta a los años noventa del siglo pasado y representa una tendencia constante durante la posguerra fría: «La presencia de nuevos líderes —algunos hegemónicos y otros con aspiraciones a convertirse en potencias— en distintas dimensiones del sistema internacional (política, militar, económica, financiera, tecnológica, etc.)»[56].

La narrativa china propone crear «un orden mundial multipolar, justo y democrático». Después de la visita de Lavrov a Pekín en marzo, un portavoz del Ministerio de Asuntos Exteriores chino, Wang Wenbin, afirma: «Nuestro esfuerzo para la paz no tiene límites, nuestro compromiso para la seguridad no tiene límites, nuestra oposición contra la hegemonía no tiene límites»[57]. China critica duramente a la actuación de la OTAN (especialmente de EE.UU.) en Europa y a nivel global: «La OTAN ya la ha liado en Europa, que pare de liarla en Asia y en el mundo entero», afirma el diplomático chino Liu Xiaoming en una publicación crítica en Twitter a finales de abril[58].

---

[54] Sahakyan, M., «The Ukrainian crisis in the multipolar world order: NATO, Russia and China», *AsiaGlobal Online,* 4 de febrero de 2022, disponible en *https://www.researchgate.net/publication/358781125_THE_UKRAINIAN_CRISIS_IN_THE_MULTIPOLAR_WORLD_ORDER_NATO_RUSSIA_AND_CHINA/link/6214f6d408bee946f396cf73/download.*

[55] Rodríguez, V., «Macron habla por teléfono con Putin por primera vez desde que se destaparon los crímenes en Bucha», *Eldiario.es,* 3 de mayo de 2022, disponible en *https://www.eldiario.es/internacional/ultima-hora-invasion-rusa-ucrania-directo-3-de-mayo_6_8961618_1089463.html.*

[56] Grasa Hernández, R., «Contemporary Warlordism, Armed Conflicts and the International System: An International Relations Perspective», en Ñaco Del Hoyo, T. y López Sánchez, F. (eds.), *War, Warlords and Interstate Relations in the Ancient Mediterranean,* Leiden-Boston, 2018, ed. Brill, pp. 452-478, esp. p. 457.

[57] Hooper, C., «In a search of a new world order, Russia and China team up to push Ukraine propaganda», *Bulletin of the Atomic Scientists,* 20 de abril de 2022, disponible en *https://thebulletin.org/2022/04/in-search-of-a-new-world-order-russia-and-china-team-up-to-push-ukraine-propaganda/.*

[58] *Ibid.*

Por lo que concierne a la doctrina nuclear china, el aspecto a destacar es la adopción del no primer uso de armas nucleares. Este modelo, adoptado en 1964, no cambia a raíz de la guerra en Ucrania, a pesar de que el país asiático esté procediendo a un intenso rearme nuclear. Según el Departamento de Defensa de EE.UU., en 2027 China llegará a tener mil cabezas nucleares, cuadruplicando su arsenal y modernizándolo [59]. La retórica de disuasión nuclear adoptada por Rusia representa un doble desafío para el gobierno de Pekín: en primer lugar, esta retórica no es compatible con la postura china del no primer uso de armas nucleares. Segundo, Ucrania representa un socio estratégico clave para Chinas, pudiendo ser usado como base para distintas iniciativas económicas china, en alternativa al Cáucaso y a los países centroasiáticos.

A pesar de no conseguir el ingreso de Ucrania en la Unión Económica Euroasiática —herramienta de construcción de un polo económico y estratégico alternativo a Occidente, junto con la Organización para la Cooperación de Shanghái y la *Belt and Road Initiative* (BRI, en su acrónimo inglés)—, Xi Jinping logra establecer una base sólida de cooperación estratégica con Kiev. El 5 de diciembre de 2013 firma junto con el entonces presidente Viktor Yanukovych un tratado bilateral que provee a Ucrania el paraguas defensivo nuclear de China frente a posibles ataques nucleares externos. A partir de ese día, ambos países se definen como «socios estratégicos» [60].

Pese al silencio de China sobre su relación estratégica con Ucrania, probablemente para no incomodar al Kremlin, el ministro ucraniano de Asunto Exteriores, Dmytro Kuleba, propone el 30 de abril que Pekín haga de mediador entre las partes. Visto el fracaso del Memorándum de Budapest para evitar el conflicto, «ahora Ucrania está explorando la posibilidad de obtener garantías de seguridad por parte de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad de la ONU y de otras grandes potencias, incluyendo China. Nuestra sugerencia de que China sea una garante de la seguridad de Ucrania es un signo de respeto y confianza hacia la República Popular» [61].

Vista la situación en el campo de batalla y la continuidad en la postura china de apoyo a Rusia y de crítica abierta a los Aliados atlánticos, parece que Pekín no está interesada en presentarse como mediadora entre las partes y que prioriza mantener buenas relaciones con Rusia, «sacrificando» su alianza estratégica con Kiev. En abril, un portavoz del Ministerio chino de Asuntos Exteriores aclara que «las garantías de seguridad tienen claras limitaciones en su contenido y se activan solo en condiciones específicas» [62].

---

[59] Roy, D., «The Ukraine War Might Kill China's Nuclear No First Use Policy», *The Diplomat. Flashpoints,* 11 de marzo de 2022, disponible en *https://thediplomat.com/2022/05/the-ukraine-war-might-kill-chinas-nuclear-no-first-use-policy/.*

[60] Gertz, B., «Putin's war tests China's nuclear pact with Ukraine», *The Washington Times,* 28 de febrero de 2022, disponible en *https://www.washingtontimes.com/news/2022/feb/28/putins-war-tests-chinas-nuclear-pact-ukraine/.*

[61] Ukrainska Pravda*, Ukraine proposes that China act as a security guarantor - Kuleba*, 30 de abril de 2022, disponible en *https://www.pravda.com.ua/eng/news/2022/04/30/7343206/.*

[62] AFP Beijing, «Ukraine asks China to be security guarantor: interview», *Taipei Times,* 2 de mayo de 2022, disponible en *https://www.taipeitimes.com/News/world/archives/2022/05/02/2003777580.*

En suma, China no modifica su postura nuclear como consecuencia de la guerra en Ucrania y se reafirma como el socio estratégico más poderoso de Rusia. Ambos países comparten una visión del orden internacional multipolar y no hegemónico, y critican a los países occidentales, especialmente a los de la OTAN y a EE.UU., debido a su actuación en Europa y en Asia. Cabe recordar que, antes del estallido del conflicto en Europa, Asia es el contexto regional con más fricciones a nivel estratégico: Taiwán, Corea del Norte, las disputas territoriales en el Mar de China Meridional, la cooperación nuclear entre Reino Unido, EE.UU. y Australia (AUKUS) son solo algunas de las cuestiones prioritarias para la agenda internacional.

A modo de conclusión de este apartado, a raíz de la guerra, Rusia refuerza su narrativa basada en la retórica de la disuasión nuclear, dando una interpretación extensiva de su doctrina. El Kremlin se reserva la facultad de hacer un primer uso de las armas nucleares en Ucrania si la seguridad nacional del país se viera afectada. EE.UU. responde con la misma narrativa disuasoria: a finales de marzo de 2022, Biden anuncia un cambio de interpretación de la doctrina nuclear, llegando a prever también la posibilidad del primer uso de armas nucleares para defender los intereses vitales del país y de sus Aliados.

En el bando occidental, Reino Unido y Francia mantienen tonos retóricos moderados y no modifican su doctrina sobre el uso de armas nucleares, donde cabe la posibilidad del primer uso en caso de peligro para la supervivencia del país y de sus Aliados. Mientras Londres mantiene una marcada postura nuclear atlantista, París opta por un enfoque europeísta, declarando solidaridad absoluta hacia sus Vecinos europeos. En el otro bando, China mantiene la doctrina nuclear del no primer uso: por un lado, intenta no exacerbar los tonos, declarándose a favor de la paz, la seguridad y el multilateralismo. Por otro, hay varias intervenciones de altos cargo del régimen duramente críticas con las aspiraciones hegemónicas y unilateralistas de EE.UU. y la OTAN, culpables de tener proyectos imperiales no solo en Europa, sino también en Asia y en el sistema internacional.

El análisis de la evolución de la dimensión nuclear de la guerra continúa con las principales dinámicas relacionadas con el ejercicio del poder material y sus efectos sobre el equilibrio nuclear global, especialmente relacionados con la proliferación horizontal y vertical, y sobre el equilibrio de poder nuclear en Europa.

4. EL EQUILIBRIO DE PODER NUCLEAR

Este apartado tiene un objetivo triple: el primero es determinar el nivel de riesgo del uso de armas nucleares en Ucrania o de la amenaza derivada de un incidente en una central nuclear, ya mencionado en el primer apartado de este trabajo. El segundo es hacer previsiones a medio plazo sobre las consecuencias de la guerra para la proliferación vertical de los P-5 y de los otros países pertenecientes al «club nuclear». Por último, hay que destacar

los principales riesgos relacionados con la proliferación nuclear horizontal a nivel internacional hacia actores estatales y no estatales, como los grupos terroristas o rebeldes.

4.1. El uso del poder militar y los riesgos de una escalada o de un incidente nuclear

Partiendo del debate generado entre los expertos, este subapartado realiza un análisis basado en la *realpolitik* para entender el grado de probabilidad de una escalada nuclear de la guerra y de una catástrofe provocada por un incidente o un ataque involuntario a una central nuclear. A pesar de algunas voces minoritarias pesimistas[63], centradas en la impredecibilidad rusa y en los cambios repentinos de los acontecimientos bélicos[64], la comunidad de expertos parece estar de acuerdo con Shannon Bugos, analista para la *Arms Control Association*: «La probabilidad de que Putin use armas nucleares se mantiene baja, pero la amenaza sigue ahí»[65]. Esta previsión parece estar confirmada por el mensaje tranquilizador del representante permanente de Rusia en la ONU, Dmitry Polyanskiy, el 5 de abril de 2022: «Rusia cree firmemente que no puede haber ganadores en una guerra nuclear»[66]. A continuación, analizamos los principales factores que permiten rebajar el riesgo de una escalada nuclear, tomando en consideración, primero, la perspectiva rusa y luego la perspectiva de los países de la OTAN, empezando con EE.UU.

Algunas consideraciones nos permiten interpretar la retórica de disuasión nuclear y la ambigüedad rusa como parte de la estrategia del Kremlin para desorientar a Occidente y poder así contar con el efecto sorpresa, sin que haya una voluntad de llevar la guerra a una escalada nuclear. Primero, el coste existencial de un ataque nuclear ruso contra un Aliado de la OTAN sería inasumible, llevando a la mutua destrucción asegurada (MAD). Segundo, Putin sabe que un uso, aunque limitado, de armas nucleares en Ucrania podría provocar una reacción/intervención de la OTAN y, especialmente de EE.UU., por dos razones:

---

[63] Christopher Colletta, analista para la Iniciativa de amenaza nuclear, destaca el riesgo del primer uso involuntario/accidental de armas nucleares, transformando la guerra regional de Ucrania en una guerra mundial: Colletta, C., «Blundering into a nuclear war in Ukraine: a hypothetical scenario», *The Nuclear Threat Initiative - The Nuclear Threat Initiative-NTI,* 18 de marzo de 2022, disponible en *https://www.nti.org/atomic-pulse/blundering-into-a-nuclear-war-in-ukraine-a-hypothetical-scenario/.*

[64] Ernest J. Moniz, director ejecutivo de la Iniciativa de amenaza nuclear, menciona la posibilidad de un incidente fronterizo entre las tropas rusas y la OTAN en Polonia o los Bálticos provocado, por ejemplo, por el cruce del espacio aéreo de un avión militar de uno de los bandos. Una «escaramuza fronteriza» en un periodo de alta tensión y estrés entre las tropas de las partes podría provocar una escalada nuclear repentina. Moniz, J. E., «Ernest Moniz on Vladimir's Putin reckless nuclear threats», *The Nuclear Threat Initiative - NTI,* 22 de marzo de 2022, disponible en *https://www.nti.org/analysis/articles/ernest-moniz-on-vladimir-putins-reckless-nuclear-threats/.*

[65] D'Agostino, S., «Will Putin go nuclear? A timeline of expert comments», *Bulletin of the Atomic Scientists,* 27 de abril de 2022, disponible en *https://thebulletin.org/2022/04/will-putin-go-nuclear-a-timeline-of-expert-comments/.*

[66] *Ibid.*

1. Dar garantías de seguridad nuclear a sus Aliados en Europa (Polonia o países bálticos) y Asia (Japón y Corea del Sur).
2. Lanzar una clara señal a los otros miembros del club nuclear: los beneficios de utilizar armas nucleares para ampliar su esfera de influencia tendrían unos costes catastróficos para ellos (China y Corea del Norte).

En tercera instancia, si Putin decidiera llevar a cabo el primer ataque nuclear después de 1945, el aislamiento internacional de Rusia se agudizaría[67]. Por último, «el poder destructivo extremo de las armas nucleares no sería útil para conseguir los objetivos» del Kremlin: convertir a Ucrania en un país neutral y con un gobierno filorruso[68].

En relación con los países de la OTAN, es evidente el compromiso de todos los países europeos, con Francia y Reino Unido a la cabeza en calidad de estados P-5, de evitar una guerra nuclear en Europa. Por lo que concierne a los factores que rebajan el riesgo de escalada nuclear por parte de EE.UU., hay que hacer unas consideraciones más específicas relacionadas con su ubicación geográfica lejana y con su papel hegemónico indiscutido como superpotencia nuclear en el bloque atlántico. En primer lugar, hasta hoy, Rusia no ha registrado un aumento de la actividad nuclear ni ha «dado ningún paso para amenazar directamente a los intereses vitales estadounidenses, como sería reubicar misiles nucleares cerca de EE.UU. u otro país occidental»[69]. En segundo lugar, al igual que Rusia, una guerra nuclear tendría unos costes existenciales demasiado altos para los países de la OTAN, especialmente para sus socios europeos.

Un tercer elemento reside en la voluntad declarada de Biden de evitar que su enfrentamiento con Putin degenere «en un conflicto abierto entre las fuerzas rusas y estadounidenses que pueda escalar en la tercera guerra mundial»[70]. Esto se confirma con la decisión de EE.UU. y de los demás países de la OTAN de no intervenir militarmente en Ucrania, limitándose a proveer armamento a las fuerzas ucranianas en función defensiva. El 31 de mayo de 2022, debido a las continuas peticiones de Kiev que va perdiendo terreno en el Donbás, Biden anuncia el envío de «misiles de largo alcance, pero no tanto como para atacar territorio ruso»[71]. Con esta fórmula, el comandante en jefe busca mantener el equilibrio entre, por un lado, el apoyo incondicional a Ucrania para conseguir la victoria total y expulsar a las tropas rusas y, por otro, evitar que un arma estadounidense disparada por la resistencia ucraniana golpee el territorio ruso y provoque el contraataque del Kremlin contra objetivos de la OTAN. Por último, en la primera etapa de la invasión, EE.UU. envía una clara señal para rebajar los tonos: «El Pentágono toma la decisión inusual de cancelar el ensayo

---

[67] Horovitz, L. y Wachs, L., *op. cit.,* p. 3.
[68] *Ibid.,* p. 4.
[69] Friedman, U., *op. cit.,* p. 3.
[70] *Ibid.*
[71] Biden, J., «President Biden: What America Will and Will Not Do in Ukraine», *The New York Times*, 31 de mayo de 2022, disponible en *https://www.nytimes.com/2022/05/31/opinion/biden-ukraine-strategy.html.*

de un misil balístico intercontinental para evitar alimentar las tensiones nucleares» [72].

El conjunto de los factores analizados permite concluir que las posibilidades de nuclearización de la guerra en Ucrania son bajas y residen principalmente en un incidente en una instalación nuclear [73], en un incidente transfronterizo entre tropas rusas y tropas de la OTAN y en el ataque involuntario contra un sistema de doble uso (nuclear y convencional) [74]. Los expertos concuerdan que hay un alto riesgo de escalada de una guerra convencional con riesgo bajo de convertirse en guerra nuclear.

Para completar el análisis, los factores que podrían aumentar el riesgo de nuclearización de la guerra son:

1. Los escasos avances de las tropas rusas, debido a un estancamiento de la guerra y a su conversión en una guerra de guerrilla en el Donbás, podrían inducir a Putin a usar un arma nuclear táctica para romper el equilibrio a su favor.
2. Relacionado con lo anterior, cuanto más se prolongue el conflicto, más Putin podría tener miedo de que su autoridad sea puesta en discusión entre los aparatos del régimen. El primer uso del arma nuclear sería un gesto que prueba su determinación como líder fuerte [75].
3. Cuanto más se prolonguen y se agraven las sanciones internacionales, más aumenta el riesgo de que el Kremlin quiera enviar un recordatorio al mundo entero sobre el estatus ruso de superpotencia nuclear.
4. En los últimos meses se han incrementado los ciberataques cruzados entre Rusia y los países de la OTAN: algunos analistas destacan el peligro que un ataque de este calibre pueda poner en riesgo el funcionamiento de una central nuclear. Añaden la posibilidad de un ciberataque destinado a una instalación convencional que esconde una instalación nuclear secreta. Esto podría provocar que «actores malintencionados no involucrados en el conflicto sean confundidos con enemigos nucleares» [76].

A modo de conclusión, los factores que rebajan el riesgo de escalada nuclear de la guerra son, de momento, más decisivos si comparados con los factores de riesgo. A esto se suman algunas señales de rebaja de los tonos enviadas por las partes. Un anuncio de Biden del 1 de junio de 2022 es un claro ejemplo de ello: «Por mucho que no esté de acuerdo con el Sr. Putin, y que considere que sus acciones son un ultraje, EE.UU. no intentará provocar su derrocamiento en Moscú» [77]. El objetivo de la Casa Blanca es intentar abrir

---

[72] Bender, B., *op. cit*.

[73] A pesar de haber mejorado la seguridad del 80 por 100 de sus quince plantas nucleares entre 2011 y 2021, no todas las plantas han sido reforzadas con muros de cemento armado de protección y contención. Hibbs, M., *op. cit*.

[74] *Ibid*.

[75] Horovitz, L. y Wachs, L., *op. cit.,* p. 5.

[76] Bender, B., *op. cit*.

[77] SwissInfo, «Biden anuncia que EEUU enviará más sistemas de misiles avanzados a Ucrania», *SwissInfo.ch*, 1 de junio de 2022, disponible en *https://www.swissinfo.ch/spa/ucrania-guerra_biden-anuncia-que-eeuu-enviar%C3%A1-m%C3%A1s-sistemas-de-misiles-avanzados-a-ucrania/47638708*.

una ventana de diálogo con el Kremlin, cambiando totalmente su postura respecto al 27 de marzo de 2022, cuando el comandante en jefe afirma que su homólogo «no puede permanecer en el poder» [78].

4.2. La proliferación nuclear vertical y horizontal

El objetivo de este subapartado es doble: en primer lugar, determinar los efectos de la guerra sobre la proliferación vertical de los países del club nuclear (los P-5 del TNP junto con Corea del Norte, Israel, India y Pakistán, a los que a menudo se añade Irán). Por razones de espacio, esta investigación se centra en Rusia, EE.UU. y China. En segunda instancia, analizar los peligros relacionados con la proliferación nuclear horizontal hacia estados no nucleares o actores no estatales [79].

Sobre la proliferación vertical del club nuclear, el Instituto Internacional de Estudios para la Paz de Estocolmo (SIPRI, en su acrónimo inglés) afirma que «a inicios de 2021, nueve estados —EE. UU., Rusia, Reino Unido, Francia, China, India, Pakistán, Israel y Corea del Norte— poseían aproximadamente 13.080 armas nucleares, de las cuales 3.825 estaban desplegadas con fuerzas operativas. Unas 2.000 de estas armas se mantienen en estado de alerta operativa alta» [80]. A pesar de que la cifra siga siendo muy alta, es inferior al año anterior, cuando el número total de cabezas nucleares es de 13.400, y a los años más tensos de la guerra fría, cuando se llega a contabilizar 60.000 de ellas.

Si miramos en detalle la proliferación vertical entre 2020 y 2021, vemos que EE.UU. (pasando de 5.800 a 5.550 cabezas nucleares) y Rusia (de 6.375 a 6.255) son los únicos dos países que reducen la cantidad de armamento. La reducción es significativa ya que los dos países juntos suman el 92 por 100 de las cabezas nucleares totales. Por otro lado, «Francia e Israel mantienen las que poseían un año antes (290 y 90 respectivamente)» [81]. Los demás países registran una tendencia al alza: Reino Unido pasa de 180 a 260 cabezas nucleares, a las que suma la construcción de los modernos submarinos *Dreadnought*; China pasa de 320 a 350, con la posibilidad de llegar a 1.000 antes del año 2030; Pakistán de 160 a 165, India de 150 a 156 y Corea del

---

[78] Sánchez-Vallejo, M. A., «La Casa Blanca intenta apagar el incendio que generó Biden al decir que Putin no puede seguir en el poder», *El País,* 27 de marzo de 2022, disponible en *https://elpais.com/internacional/2022-03-27/la-casa-blanca-intenta-apagar-el-incendio-que-genero-biden-al-decir-que-putin-no-puede-seguir-en-el-poder.html.*

[79] Ortega García, J., *op. cit.,* p. 7, define la proliferación vertical como el «aumento del número de armas y la calidad de las mismas dentro del arsenal de un país previamente en posesión de este tipo de armamento» y la proliferación horizontal como el «aumento del número de armas en un país que anteriormente no tenía este tipo de armamento».

[80] Sipri, *SIPRI Yearbook 2021. Armaments, Disarmament, and International Security. Resumen en español,* disponible en *https://www.sipri.org/sites/default/files/2021-09/yb21_summary_esp.pdf,* pp. 1-32, esp. p. 18.

[81] Núñez Villaverde, J. A., «Armas nucleares: una tentación (de momento) irresistible», *Seguridad Internacional,* Real Instituto Elcano, 18 de octubre de 2021, disponible en *https://www.realinstitutoelcano.org/armas-nucleares-una-tentacion-de-momento-irresistible/.*

Norte pasa de una estimación de entre 30 y 40 a una estimación de entre 40 y 50[82]. En una nota de prensa publicada el 13 de junio de este año, el SIPRI ofrece un breve avance del *SIPRI Yearbook 2022* que analiza el estado actual de asuntos como rearme, desarme y seguridad internacional. En relación con la proliferación nuclear vertical, los expertos de Estocolmo avisan que los nueve estados pertenecientes al club nuclear continúan «modernizando sus arsenales nucleares y, pese a que el número total de armas nucleares decline ligeramente entre enero de 2021 y enero de 2022, la cantidad total crecerá con toda probabilidad en la próxima década»[83].

La segunda dimensión de la proliferación vertical concierne a la modernización de las armas nucleares, cuyo objetivo es construir armas más destructivas y, a la vez, más pequeñas, para que puedan ser transportadas más fácilmente: «El perfeccionamiento de las cabezas nucleares ha llevado a la reducción de los tamaños e incluso miniaturización, pudiendo ser empleadas en todo tipo de formato», como las cargas de demolición transportables por personas[84].

Como afirman expertos del *Carnegie Endowment for International Peace,* a raíz del conflicto, «la renovada carrera nuclear armamentística entre Rusia y EE.UU. es claramente cualitativa, pero podría convertirse pronto en cuantitativa». Esto se debe al miedo agudizado a una invasión generado por la inferioridad convencional de los vecinos en Europa del Este (sobre todo, los países bálticos) frente al gigante ruso. Por otro lado, el Kremlin percibe una situación de inferioridad convencional frente a la OTAN en su conjunto que —combinada con la ampliación de la Alianza al Este— agranda el dilema de seguridad en el contexto actual[85].

La modernización de los arsenales nucleares se debe a factores domésticos, como la voluntad de los gobiernos de mostrar su determinación a la población y las presiones ejercidas por los aparatos militares industriales, y a factores externos, como la voluntad de mantener el equilibrio de poder nuclear y de confirmar la imagen de potencia nuclear de un país en el sistema internacional. El estallido de la guerra en Ucrania exacerba la división de los países nucleares en dos bandos: los países occidentales (EE.UU., Reino Unido, Francia e Israel) y los otros, preocupados de frenar la hegemonía occidental en el sistema internacional. En este nuevo contexto internacional, la proliferación vertical cualitativa está destinada a continuar a crecer en el corto y medio plazo.

---

[82] *Ibid.*

[83] Sipri, «Global nuclear arsenals are expected to grow as states continue to modernize - New SIPRI Yearbook out now», *SIPRI for the Media,* 13 de junio de 2022, disponible en *https://sipri.org/media/press-release/2022/global-nuclear-arsenals-are-expected-grow-states-continue-modernize-new-sipri-yearbook-out-now.*

[84] Ortega García, J., *op. cit.,* p. 8.

[85] Acton, J. M., Macdonald, T. D. y Vaddi, P., *Reimagining Nuclear Arms Control. A Comprehensive Approach,* Carnegie Endowment for International Peace, disponible en *https://carnegieendowment.org/files/Acton_et_al_ReImagining_Arms_Control_fnl_1.pdf,* pp. 1-161, esp. pp. 15-16.

En los últimos años, antes del estallido de la guerra, Rusia avanza con la modernización de sus armas nucleares. En 2018, Putin anuncia el desarrollo de tres nuevos vectores «exóticos» de entrega de armas estratégicas: ya tiene operativo el *Avangard,* un planeador hipersónico intercontinental y trabaja para ultimar los misiles nucleares balísticos *Burevestnik* y los torpedos *Poseidón*[86]. Hay también una modernización de las armas nucleares tácticas (de corto alcance), en búsqueda de su miniaturización y del perfeccionamiento de los vectores de lanzamiento: la mayoría de estas (935 cabezas) son usadas por la Marina militar rusa. El objetivo del Kremlin es equilibrar el poder nuclear de las flotas de EE.UU. y de sus Aliados (especialmente Reino Unido): «Los principales programas de modernización naval buscan crear una nueva clase de submarinos nucleares y son conocidos en Rusia con los nombres de Proyecto 885/M o Yasen/-M»[87].

En línea con las doctrinas publicadas en 2018 y en 2022, EE.UU. prosigue con su programa de modernización de la llamada Triada nuclear: «las Fuerzas Nucleares de Estados Unidos comenzaron a adoptar una organización fundamentada en tres sistemas de armas nucleares estratégicas: misiles balísticos intercontinentales (ICBM), submarinos de propulsión nuclear dotados con misiles balísticos (SLBM), y bombarderos de largo alcance capaces de portar y lanzar este tipo de armas»[88]. Un único dato es suficiente para tener una idea del alcance del programa de modernización lanzado por la Casa Blanca: la Oficina de Presupuestos del Congreso ha destinado 494.000 millones de dólares para el periodo 2019-2028[89]. Queda por ver si este presupuesto aumentará como consecuencia de la guerra.

Como ya ha afirmado Biden en su interpretación extensiva de la doctrina sobre el uso de armas nucleares de 2022, EE.UU. mantiene una clara función disuasoria para su arsenal nuclear para mantener la superioridad sobre todos sus adversarios, competidores y enemigos declarados y potenciales en el sistema internacional. El precipitarse de los acontecimientos en Europa y la ruptura de toda relación con Rusia, que recuerda los años más tensos de la guerra fría, refuerza la determinación de la Casa Blanca de modernizar su arsenal nuclear con rapidez.

Desde la guerra fría, China percibe la proliferación vertical de EE.UU. como una amenaza directa a su capacidad de disuasión nuclear. El objetivo principal de Pekín es modernizar sus fuerzas nucleares estratégicas (de largo alcance) para poder superar los escudos de defensa antimisiles de Washington[90]. En agosto de 2021, China lanza dos pruebas del primer misil planeador

---

[86] *Ibid.,* pp. 16-17.

[87] Kristensen, H. M. y Korda, M., *op. cit.,* pp. 111-112.

[88] Campos Robles, M., «Las fuerzas nucleares de Estados Unidos», *Política de defensa,* Global Strategy, 21 de mayo de 2020, disponible en *https://global-strategy.org/las-fuerzas-nucleares-de-estados-unidos/*.

[89] *Ibid.* Para un breve desglose del presupuesto del plan de modernización 2019-2028, puede consultarse esta hoja informativa: *https://www.cbo.gov/system/files/2019-01/54914-NuclearForces.pdf*.

[90] Acton, J. M., MacDonald, T. D. y Vaddi, P., *op. cit.,* p. 17.

orbital hipersónico «que hace aún más difícil la defensa antimisil contra un ataque nuclear» [91]. Además, lo que más preocupa a EE.UU., especialmente en relación con el contexto estratégico de Asia oriental, es la mejora de los sistemas de lanzamiento de misiles balísticos intercontinentales. China ha desplegado seis submarinos dotados de misiles nucleares y está construyendo, como mínimo, 230 silos para almacenar misiles balísticos intercontinentales. Por último, está modernizando también sus misiles regionales (de medio alcance), incluyendo las armas de doble uso [92].

Hay diversos factores que hacen previsible un incremento de la proliferación vertical cuantitativa y cualitativa de China en el nuevo contexto internacional. En primer lugar, China no está limitada por los tratados del régimen internacional de no proliferación nuclear, más allá del TNP, de los que se hablará en el siguiente apartado. Además, ahora que Rusia es percibida como principal amenaza por Occidente y que acapara la atención de la comunidad internacional, Pekín puede modernizar su arsenal de forma más discreta, sin recibir muchas presiones internacionales por parte, por ejemplo, de los países occidentales y de los organismos de la ONU, como la OIEA. En tercer lugar, China quiere aumentar su capacidad de disuasión nuclear frente a EE.UU. en vista de posibles fricciones en el contexto estratégico asiático derivadas de asuntos como Taiwán, las islas disputadas con Japón en el Mar de China Meridional, la cuestión nuclear norcoreana y las tensiones en la península de Corea, para llegar al proyecto nuclear AUKUS entre Australia, Reino Unido y EE.UU.

Como dicho antes, el segundo objetivo de este subapartado es determinar los efectos de la guerra sobre la proliferación nuclear horizontal. La primera consecuencia negativa de la invasión es evidente: hay un número siempre más grande de países no nucleares —y sin acuerdos de defensa mutua con los miembros del club nuclear— que buscan alinearse estratégicamente con una potencia nuclear. O que podrían incluso buscar conseguir sus propias armas nucleares para así evitar una guerra convencional con un estado nuclear [93], como sucede en Ucrania. La retórica de disuasión nuclear adoptada por Rusia y EE.UU. acelera este proceso.

La segunda consecuencia, derivada de la anterior, es el aumento del número de países que aceptan en su territorio armas nucleares de otros. El caso más evidente es Bielorrusia que, con un referéndum del 27 de febrero de este año, elimina el art. 18 de su Constitución sobre neutralidad nuclear, en vigor desde su independencia de la URSS en agosto de 1991. Esta decisión «desafía la estabilidad estratégica entre Rusia y la OTAN y, lo que es más importante, pone en peligro la eficacia del régimen basado en el TNP» [94].

---

[91] Núñez Villaverde, J. A., *op. cit.*

[92] Acton, J. M., MacDonald, T. D. y Vaddi, P., *op. cit.*, p. 17.

[93] Vicente, A. «The Ukraine war has ushered in a new global nuclear (dis)order», *Responsible Statecraft,* disponible en *https://responsiblestatecraft.org/2022/04/06/ukraine-war-has-ushered-in-a-new-world-nuclear-order/.*

[94] *Ibid.*

El tercer efecto de la guerra es el aumento del riesgo de proliferación horizontal hacia actores no estatales, como los grupos terroristas. La ruptura de la cooperación nuclear entre los P-5 dificulta, pudiendo incluso llegar a bloquear los mecanismos de control y verificación mutuos y pone en peligro la eficacia de las inspecciones de la OIEA. Esto complica el control del mercado ilegal donde circulan los componentes necesarios para fabricar una bomba nuclear, especialmente el uranio y el plutonio enriquecidos. Además, estudios recientes prueban una relación causal directa entre, de un lado, la inestabilidad política, la debilidad de los gobiernos y las situaciones de crisis, y, del otro, el riesgo de que un actor no estatal pueda hacerse con armas nucleares[95]. Ejemplos históricos que prueban esta correlación son el ataque rebelde a una central nuclear francesa en Argelia en 1961, las luchas intestinas en el régimen de poder nuclear chino durante la Revolución Cultural de 1966 o la toma de una instalación militar rusa, dotada de armas nucleares en su interior, en Azerbaiyán en 1990 por parte de un grupo rebelde antirruso[96].

La guerra en Ucrania tiene un cuarto efecto potencial negativo sobre la proliferación horizontal que está relacionado con la seguridad digital de las instalaciones. En los últimos meses aumenta notablemente el número de intentos de ciberataques cruzados entre Rusia y los países occidentales. El incremento de los ciberataques pone en peligro la seguridad de los sistemas de mando y control de las instalaciones nucleares y podría ser visto como un contexto favorable por parte de grupos rebeldes o terroristas intencionados en llevar a cabo un ataque con un arma nuclear.

Si la situación no se estabiliza en el corto plazo y la guerra en Ucrania se «congela», los cuatro efectos negativos mencionados están destinados a aumentar paulatinamente, provocando más inestabilidad e incertidumbre internacional en el medio y largo plazo. A todo ello hay que sumar las consecuencias de la guerra sobre el régimen internacional de no proliferación nuclear. En el siguiente apartado veremos cómo sus instituciones peligran debido a la ruptura de las relaciones de cooperación entre las grandes potencias nucleares.

5. EL ORDEN NUCLEAR INTERNACIONAL Y EL SISTEMA EUROPEO DE SEGURIDAD

Este apartado analiza las principales dinámicas a nivel institucional y normativo en dos niveles. A nivel macro, ofrece un estado de la cuestión sobre el régimen internacional de no proliferación nuclear, especialmente sobre el

---

[95] Sokova, E., «Understanding Nuclear Weapons Risks: Non-State Actors and Nuclear Weapons», *UNIDIR,* James Martin Center for Nonproliferation Studies, 21 de abril de 2017, disponible en *https://nonproliferation.org/wp-content/uploads/2017/04/understanding-nuclear-weapon-risks-en-676.pdf*, pp. 1-106, esp. p. 85.

[96] Sokolski, H. D. y Tertrais, B. (eds.), *Nuclear Weapons Security Crises: What Does History Teach?*, U.S. Army War College Strategic Studies Institute, 2013, disponible en *http://www.strategicstudiesinstitute.army.mil/pubs/display.cfm?pubID=1156.*

TNP y el Tratado sobre la Prohibición de Armas Nucleares (TPAN) que entra en vigor el 22 de enero de 2021[97]. A nivel meso, se estudian los principales acontecimientos y dinámicas relativas a la arquitectura de seguridad nuclear europea.

Como se ha dicho anteriormente, los tiempos institucionales se alargan durante meses y años, mientras que las dinámicas de la guerra evolucionan a lo largo de los días y de las semanas. Es decir, que sería necesario esperar, como mínimo, hasta principios de 2023 para poder determinar si la guerra tiene efectos sobre el orden nuclear internacional y sobre el sistema europeo de seguridad. Por esta razón, los siguientes apartados se limitan a ofrecer algunas previsiones futuras partiendo de los acontecimientos posteriores a febrero de 2022.

5.1. El orden nuclear internacional

Los cimientos del actual orden nuclear internacional se construyen en los años sesenta con el objetivo de evitar la MAD entre las dos superpotencias nucleares. Hay cuatro elementos operativos de este orden:

1. Las herramientas de prevención y gestión de crisis, como el «teléfono rojo» entre la Casa Blanca y el Kremlin, los acuerdos para prevenir accidentes militares y las notificaciones de lanzamiento de misiles.
2. Las medidas de desarme y control de armamentos nucleares contenidas en los tratados de reducción de armas estratégicas (START, en su acrónimo inglés) y en el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares de 1996 (CTBT, en su acrónimo inglés).
3. Los contactos directos entre los P-5 del TNP y las consultas en el marco del Consejo de Seguridad de la ONU entre los expertos de estos cinco países.
4. El mismo TNP, en vigor desde 1970, porque representa la piedra angular de todo el régimen de no proliferación nuclear[98].

Después de sesenta años, los efectos positivos del orden sobre el sistema internacional son evidentes en áreas como la medicina o la electricidad nuclear, en la consecución de cinco regiones libres de armas nucleares (América Latina y Caribe; Pacífico Sur; Sudeste asiático; África y Asia central)[99] y, a la vez, en evitar las potenciales consecuencias de fenómenos como el terrorismo, los accidentes nucleares y la proliferación horizontal y vertical[100].

---

[97] La versión integral en castellano del tratado está disponible en la página web del Comité Internacional de la Cruz Roja: *https://www.icrc.org/es/document/tratado-sobre-la-prohibicion-de-las-armas-nucleares-de-2017*.

[98] Baldus, J., Müller, H. y Wunderlich, C., «The global nuclear order and the crisis of the nuclear non-proliferation regime: Taking stock and moving forward», *Zeitschrift für Friedens- und Konfliktforschung*, vol. 10, 2021, pp. 195-218, disponible en *https://link.springer.com/article/10.1007/s42597-021-00066-0*.

[99] Núñez Villaverde, J., *op. cit*.

[100] Mecklin, J., «Sigfried Hecker: Putin has destroyed the world nuclear order. How should democracies respond», *Bulletin of the Atomic Scientists,* 21 de abril de 2022, disponible en *https://thebulletin.*

A continuación se ofrece una breve evolución del régimen internacional de no proliferación nuclear que permite hacer un estado de la cuestión para el año 2022. La décima conferencia de revisión del TNP, prevista para 2020, es aplazada a agosto de 2022 debido a la covid-19. Desde la última conferencia de revisión de 2015, hay varias cuestiones que preocupan a los expertos: el programa nuclear norcoreano y la imposibilidad de la OIEA de aplicar el Protocolo adicional al Acuerdo de Salvaguardias de 1997[101] debido a la salida por parte de Corea del Norte del TNP; la retirada en 2018 de EE.UU. del acuerdo nuclear alcanzado sobre Irán[102]; las tensiones entre India y Pakistán; la carrera nuclear entre China, Rusia y EE.UU., analizada en el apartado anterior.

Además, hay problemas relacionados con los tratados que fundan el orden internacional. El 7 de julio de 2017, en la Asamblea General de la ONU, 122 países firman el TPAN con el objetivo de conseguir un desarme real y evitar catástrofes humanitarias provocadas por un conflicto nuclear. Cabe destacar el papel de la Campaña Internacional para la Abolición de Armas Nucleares (ICAN, en su acrónimo inglés), premio Nobel para la paz en ese mismo año, para su entrada en vigor en 2021 con la quincuagésima ratificación[103].

El TPAN, símbolo del esfuerzo de los estados no nucleares y de la sociedad civil internacional para el desarme nuclear, tiene como objetivo romper la dicotomía legal entre estados nucleares y no nucleares prevista en el TNP, un fenómeno definido como un «extraño caso de discriminación en las relaciones internacionales»[104]. Su entrada en vigor genera una división entre los miembros del TNP: los países no nucleares lo ven como el instrumento más eficaz y completo para combatir la proliferación nuclear, con carácter complementario al TNP. Pero, los países del club nuclear y los países de la OTAN no proceden con su ratificación[105] por un problema de incompatibilidad de compromisos previstos por los dos tratados. Ratificar el TPAN implicaría para estos países aceptar que no puede haber dos categorías de estados con derechos y obligaciones diferentes y que los países del club nuclear dejen de hacer un uso selectivo de las normas de no proliferación horizontal y vertical[106].

Además de los problemas jurídico-normativos y de aquellos relativos a la proliferación mencionados, la guerra en Ucrania genera ulteriores inquietudes porque representa «un punto de inflexión en los asuntos nucleares glo-

---

org/2022/04/siegfried-hecker-putin-has-destroyed-the-world-nuclear-order-how-should-the-democracies-respond/.

[101] Ortega García, J., *op. cit.,* p. 13.

[102] Batmanghelidj, E., «Agreement and uncertainty: The Iran nuclear deal in a new global order», *European Council on Foreign Relations. Commentary*, 17 de marzo de 2022, disponible en *https://ecfr.eu/article/agreement-and-uncertainty-the-iran-nuclear-deal-in-a-new-global-order/.*

[103] Nimark, A., «Living 'one tantrum away' from a nuclear strike», *CIDOB Opinion,* enero de 2021, disponible en *https://www.cidob.org/en/publications/publication_series/opinion/2021/living_one_tantrum_away_from_a_nuclear_strike.*

[104] Ortega García, J., *op. cit.,* p. 11.

[105] Núñez Villaverde, J., *op. cit.*

[106] Baldus, J., Müller, H. y Wunderlich, C., *op. cit.*

bales, tan importante como la caída de la Unión Soviética»[107]. En primer lugar, para la OTAN, la credibilidad rusa en las negociaciones sobre desarme nuclear es ahora inexistente: las consultas con EE.UU. en este ámbito se han suspendido *sine die* a principios de marzo[108]. Puede que, a corto y medio plazo, «algo pueda hacerse a través de terceras partes, como la OIEA, y quizá conseguir algún resultado en la cooperación contra el terrorismo nuclear» u otro ámbito muy específico donde los intereses de las partes puedan coincidir, aunque sea solo de forma temporal[109].

Segundo y relacionado con lo anterior, la ruptura de las negociaciones sobre el régimen de no proliferación nuclear merma los esfuerzos para frenar la carrera armamentística: «El entorno geopolítico de seguridad impide todo avance significativo»[110] y empeora las dinámicas de proliferación horizontal relacionadas con la búsqueda de armas nucleares por parte de algunas potencias regionales, como Irán y Arabia Saudí, o por parte de «potencias medianas [no nucleares] no protegidas por grandes alianzas, como la OTAN»[111]. Además, la interrupción de los mecanismos de control de armamentos acelera la proliferación vertical cualitativa y cuantitativa de los países del club nuclear, debilitando aún más el frágil orden internacional[112].

Hay un tercer factor concerniente a la guerra en Ucrania que pone en peligro el régimen internacional de no proliferación, y especialmente el TNP, relacionado con la credibilidad de las doctrinas nucleares de los P-5. Estos documentos «promueven la predictibilidad y la transparencia»[113] sobre sus políticas, contribuyendo al mantenimiento del orden y estableciendo un cierto grado de confianza mutua. Las interpretaciones extensivas sobre la posibilidad del primer uso de armas nucleares, que Biden y Putin anuncian en los primeros meses de 2022, promueven la desconfianza hacia el real compromiso hacia el TNP de las dos superpotencias nucleares. Esto provoca un aumento del número de países no nucleares que buscan acuerdos de defensa mutua con países nucleares (piénsese al ingreso de Suecia y Finlandia en la OTAN) o que aceptan armamento nuclear en su territorio, como es el caso de Bielorrusia, mencionado anteriormente. Además, aleja aún más la posibilidad de que países nucleares como China, Corea del Norte, Israel, India o Pakistán[114] ratifiquen los tratados internacionales sobre desarme y

---

[107] Mecklin, J., *op. cit.*

[108] Horovitz, L., y Wachs, L., *op. cit.,* p. 7.

[109] Mecklin, J., *op. cit.*

[110] Kwong, J., «Rescuing a Fraying Nuclear Nonproliferation Regime», *Carnegie Endowment for International Peace. Article,* 13 de enero de 2022, disponible en *https://carnegieendowment.org/2022/01/13/rescuing-fraying-nuclear-nonproliferation-regime-pub-86189.*

[111] Humland, A. y von Hessen, H., «Putin's War is a Death Blow to Nuclear Nonproliferation», *Foreign Policy. Argument,* 21 de marzo de 2022, disponible en *https://foreignpolicy.com/2022/03/21/nuclear-weapons-war-russia-ukraine-putin-nonproliferation-treaty-npt/.*

[112] Horovitz, L. y Wachs, L., *op. cit.,* p. 6.

[113] *Ibid.*

[114] Núñez Villaverde, J., *op. cit.:* el Tratado CBTB sobre prohibición completa de ensayos nucleares de 1996 no entra en vigor por la no ratificación de los 44 Estados del Anexo II del tratado. Entre ellos, se encuentran estos cinco países y EE.UU.

no proliferación para garantizar su capacidad disuasoria en un contexto estratégico inestable.

En cuarta instancia, la situación actual imposibilita todos los esfuerzos de la comunidad internacional para poner en marcha un enfoque híbrido y holístico para el desarme y la no proliferación nuclear. Este enfoque se basa, por un lado, en la adopción de tratados internacionales vinculantes y, por otro, en la creación de mecanismos reforzados de transparencia y construcción de la confianza mutua. Ejemplos de este tipo son el Centro para la reducción del riesgo nuclear, creado en 1987 por Rusia y EE.UU., y el Acuerdo firmado en 2009 entre China y EE.UU. relativo al envío de notificaciones sobre asuntos nucleares[115]. Un enfoque holístico se caracteriza también por combinar soluciones globales (nivel macro) con soluciones regionales (nivel meso), más adaptables a contextos estratégicos y nucleares tan diversos como pueden ser Oriente Medio o el Sudeste asiático.

Debido a los acontecimientos de los últimos meses, las pocas posibilidades de negociación y cooperación entre los P-5 se reducen a episodios puntuales relacionados con asuntos específicos y de carácter urgente, como podría ser el peligro de un accidente nuclear o de un ataque terrorista contra una instalación nuclear. La falta de un mediador internacional respetado por todas las partes impide un acercamiento de posturas[116].

A modo de conclusión, la guerra en Ucrania agrava las fricciones y los desacuerdos en el seno de la comunidad internacional sobre el régimen internacional de no proliferación nuclear, ya mermado por las dinámicas de proliferación horizontal y vertical y por la falta de avances institucionales y normativos. Pese a que el tema siga estando abierto, las previsiones en el corto y medio plazo obligan a adoptar una postura pesimista para el orden nuclear internacional.

5.2. La crisis del sistema europeo de seguridad

Europa es el continente más afectado por la explosión de la guerra en su territorio: al dilema de seguridad entre Rusia y la OTAN, presente desde el principio de la posguerra fría y agrandado por las paulatinas ampliaciones de la OTAN al Este, se suma el agudizarse del dilema de supervivencia de países como la República de Moldavia y Georgia[117]. Además, la evolución de la dimensión nuclear de la guerra evidencia los problemas institucionales y normativos de la arquitectura de seguridad europea, donde Rusia es tratada como potencia externa por parte de los países de la OTAN y acaba sintiéndose rodeada[118].

---

[115] Acton, J. M., Macdonald, T. D., Vaddi, P., *op. cit.,* p. 21.
[116] Baldus, J., Müller, H. y Wunderlich, C., *op. cit.*
[117] Horovitz, L. y Wachs, L., *op. cit.,* p. 6.
[118] Moniz, J. E., *op. cit.*

Estos problemas remontan a principios del siglo XXI[119]: en 2002, la Administración estadounidense de Bush Jr. opta por el retiro del Tratado sobre Misiles Antibalísticos (ABM, en su acrónimo inglés) de 1972 al «no considerarlo relevante debido a la ausencia de confrontación nuclear entre EE.UU. y la Unión Soviética»[120]. La salida de EE.UU. del tratado les autoriza a desplegar en 2007 un sistema de escudos antimisiles en Polonia y República Checa, como primera línea de defensa europea frente a posibles ataques provenientes de Irán o Corea del Norte.

Este despliegue, sumado a las ampliaciones de la OTAN, provoca que, en julio del mismo año, Putin decida retirar a Rusia del Tratado sobre Fuerzas Convencionales en Europa de 1990, pilar multilateral de la arquitectura de seguridad europea que establece «unos techos máximos y paritarios en cinco categorías de armas, lo que llevó a la destrucción de más de 60.000 sistemas de armas y a la reducción de efectivos en 1.200.000 soldados»[121]. La situación precipita con la anexión rusa de Crimea en 2014 y con la elección de Trump a la Presidencia de EE.UU. en 2016: crece la desconfianza mutua entre las partes y aumenta el revanchismo del Kremlin[122].

El tercer pilar del sistema europeo en caer es el Tratado de Fuerzas Nucleares de Alcance Intermedio[123] (INF, en su acrónimo inglés) de 1987: el 2 de agosto de 2019, en medio de acusaciones recíprocas sobre su violación, EE.UU. y Rusia deciden no renovarlo. Según algunos expertos, la real razón de la no renovación del tratado reside en «la modificación del escenario geopolítico internacional con la aparición de terceros actores no sujetos al Tratado [es decir, los otros países del club nuclear], lo que ha llevado a las partes a considerar su falta de utilidad política y militar ante el nuevo orden mundial que se está creando»[124].

El cuarto pilar en derrumbarse es el Tratado sobre Cielos Abiertos de 1992, en vigor desde 2002, que brinda transparencia sobre las capacidades

---

[119] Este apartado ofrece una evolución cronológica de los acontecimientos que llevan a la caída de los tratados sobre los que se rige la arquitectura de seguridad europea. En Europa hay dos tipos de tratados que podemos definir como piedras angulares. Por un lado, hay tratados bilaterales entre EE.UU. y la URSS adoptados durante la guerra fría para mantener el equilibrio de poder en el continente: ejemplos de este tipo son el Tratado sobre Misiles Antibalísticos de 1972, el Tratado de Fuerzas Nucleares de Alcance Intermedio de 1987 y los tratados START. Por otro lado, hay tratados multilaterales firmados por la mayoría de países europeos como el Tratado sobre Fuerzas Convencionales en Europa de 1990 y el Tratado sobre Cielos Abiertos de 1992. Por razones de espacio, este apartado no ofrece un análisis detallado del contenido de los tratados mencionados. Los textos de estos tratados y de todos aquellos relacionados con el ámbito nuclear pueden consultarse en la base de datos de la *Nuclear Age Peace Foundation: http://nuclearfiles.org/menu/library/treaties/*.

[120] HUNTER, R., *op. cit.*, pp. 15-16.

[121] MINISTERIO DE DEFENSA DE ESPAÑA, «Tratado sobre las Fuerzas Armadas Convencionales en Europa (FACE)», *Defensa. Galerías,* s. f., disponible en *https://www.defensa.gob.es/Galerias/defensadocs/tratado-FACE.pdf*.

[122] *Ibid.*, p. 19.

[123] El alcance intermedio se sitúa en un radio entre 500 y 5.500 kilómetros.

[124] CAMPOS ROBLES, M., «El Final del Tratado de Fuerzas Nucleares de Alcance Intermedio (Tratado INF)», *Global Strategy Report,* 2020, núm. 2, disponible en *https://global-strategy.org/el-final-del-tratado-de-fuerzas-nucleares-de-alcance-intermedio-tratado-inf/*.

y los movimientos aéreos militares de ambos países. En noviembre de 2020, Trump anuncia el retiro de EE.UU. debido a los repetidos incumplimientos por parte de Rusia relativos al sobrevuelo en la región de Kaliningrado y en la zona fronteriza con Georgia. Rusia reacciona anunciando que, a partir del 18 de diciembre de 2021, no será parte del tratado[125].

Como se ha explicado en el primer apartado, en alternativa a estos instrumentos normativos, el día anterior a la retirada del Tratado de Cielos Abiertos, el 17 de diciembre de 2021, el Ministerio ruso de Asuntos Exteriores publica una propuesta de Tratado sobre garantías de seguridad entre EE.UU. y Rusia. El borrador solicita el compromiso estadounidense de parar las ampliaciones al Este de la OTAN, de rechazar cualquier petición de ingreso de países que pertenecientes a la antigua Unión Soviética y de retirar cualquier base militar presente en uno de estos países, convirtiéndolos en países neutrales y haciendo volver los confines de la OTAN a los de 1997. El 12 de enero de 2022, el secretario general de la Alianza, Stoltenberg, declara el rechazo rotundo de la OTAN a esta propuesta[126].

Con el derrumbe de estos cuatro pilares de la arquitectura europea de seguridad nuclear, solo queda en vigor el Nuevo START (o START III) sobre la reducción de armas estratégicas de 2010. El tratado firmado entre EE.UU. y Rusia, prorrogado hasta 2026, establece un límite máximo de 1.550 cabezas nucleares, 700 misiles balísticos, 800 lanzaderas desplegadas y 800 lanzaderas en reserva por cada una de las partes[127].

El perpetrarse en la guerra y la ruptura de las relaciones entre las superpotencias nucleares pone en grave peligro la renovación del START III: piénsese que la última renovación del tratado, en febrero de 2021, se da justo el día anterior a su vencimiento. El agravarse de la situación bélica y de sus consecuencias a nivel global crean un escenario pesimista en el corto y medio plazo, empeorado por la retórica de disuasión adoptada por ambos países, analizada en el segundo apartado. Si el START III no se renueva, el continente europeo vería derrumbarse todos los pilares que conforman la arquitectura de seguridad nuclear construida durante los últimos sesenta años y entraría en un escenario aún más caracterizado por dilemas de seguridad y de supervivencia.

En un contexto tan cambiante e inestable, sin herramientas normativas para restablecer el orden, el riesgo de un accidente nuclear o de una escalada nuclear del conflicto aumenta día tras día. Y las posibilidades de que Rusia y la OTAN se sienten a negociar sobre los intereses comunes de la agenda

---

[125] EUROPAPRESS, *Rusia fija el 18 de diciembre como fecha para su retirada del Tratado de Cielos Abiertos*, 18 de junio de 2021, disponible en *https://www.europapress.es/internacional/noticia-rusia-fija-18-diciembre-fecha-retirada-tratado-cielos-abiertos-20210618181506.html.*

[126] ELSHERBINY, A., *op. cit.,* p. 6.

[127] DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL DE ESPAÑA, «Prórroga del Tratado Start III: Avance en el régimen de No Proliferación», *Seguridad Nacional. Un proyecto compartido,* 10 de febrero de 2021, disponible en *https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/pr%C3%B3rroga-del-tratado-start-iii-avance-r%C3%A9gimen-no-proliferaci%C3%B3n.*

nuclear europea (control de armamentos, mecanismos de transparencia y garantías mutuas, retirada de tropas y armas de las zonas fronterizas, seguridad de las instalaciones, lucha contra el terrorismo)[128] son nulas.

6. CONCLUSIONES

El análisis nos permite extraer varias conclusiones sobre las tres dimensiones de esta investigación: ideas, poder e instituciones. El objetivo es corroborar las hipótesis iniciales de partida:

1. La narrativa de disuasión nuclear adoptada por Rusia a partir del comienzo de la guerra provoca la adopción de la misma narrativa por parte de los P-5 occidentales y miembros de la OTAN, es decir EE.UU., Reino Unido y Francia. Por su parte, China mantiene una narrativa más neutral, a pesar de tomar el bando ruso.
2. Pese a los riesgos relacionados con un incidente nuclear en centrales como Chernóbil o Zaporiya o con un ataque involuntario en contra de un objetivo militar, la escalada nuclear de la guerra es muy poco probable (pero, ya no imposible) debido a los costes inasumibles por ambas partes. Por otro lado, la inestabilidad multidimensional generada en los últimos meses aumenta el riesgo de fenómenos de proliferación horizontal y vertical.
3. En el corto y medio plazo, la guerra agrava las divisiones entre las grandes potencias nucleares e imposibilita el fortalecimiento del orden nuclear internacional y del sistema europeo de seguridad. Debido a que los tiempos institucionales son más largos que los tiempos de la guerra (años/meses *vs.* semanas/días), en relación con este asunto es posible ofrecer algunas previsiones basadas en las opiniones más recientes de los expertos a nivel internacional.

En relación con el primer ámbito, la retórica de disuasión nuclear asumida por Rusia desde el principio de la guerra adopta un tono amenazante hacia la OTAN: el Kremlin, en varias intervenciones de sus altos cargos en 2022, da una interpretación aún más extensiva de su doctrina sobre el primer uso de armas nucleares, si comparada con 2020, para disuadir cualquier intento de intervención directa de los Aliados atlánticos en Ucrania. Biden opta por la misma opción: EE.UU. amplía el abanico de posibilidades del primer uso de su armamento nuclear y mantiene una clara retórica disuasoria hacia Rusia. El objetivo de la Casa Blanca es que ningún país de la OTAN se convierta en objetivo de ataques rusos, ya que esta circunstancia obligaría a activar la cláusula del art. 5 del tratado sobre la defensa colectiva, provocando un tercer conflicto mundial.

Por otro lado, Francia y Reino Unido mantienen una retórica moderada y no modifican su doctrina nuclear que prevé el primer uso de armas nucleares en caso de peligro para sus intereses vitales. A diferencia de Reino Unido, que

[128] Moniz, E., *op. cit*.

mantiene una postura atlantista, Francia opta por una postura nuclear europeísta, entendiendo su seguridad nacional como un asunto interdependiente de la seguridad de sus socios de la UE. Por último, China mantiene una retórica nuclear moderada y confirma su doctrina del no primer uso de armas nucleares: a pesar de ello, Pekín toma claramente el bando ruso y lanza críticas abiertas a la actuación de la OTAN en Europa y en el sistema internacional.

Para resumir, podemos corroborar solo parcialmente la primera hipótesis: China mantiene la doctrina del NFU de armas nucleares y adopta una retórica disuasoria moderada hacia EE.UU. y la OTAN, mientras que EE.UU. es el único país del P-5 que adopta una retórica disuasoria como respuesta a la narrativa nuclear rusa. Por otro lado, el análisis muestra que Reino Unido y Francia no modifican su narrativa nuclear a raíz de los acontecimientos de los últimos meses.

El segundo ámbito analizado concierne al ejercicio del poder nuclear y podemos dar la hipótesis de partida por corroborada. Por un lado, la guerra en Ucrania tiene un alto riesgo de escalada convencional con un bajo riesgo de convertirse en guerra nuclear. El principal peligro de escalada nuclear reside en un accidente debido a un ataque, incluso involuntario, en contra de una instalación nuclear o de doble uso: los acontecimientos de las centrales de Chernóbil y Zaporiya son ejemplos de este tipo.

Por otro lado, se confirman las preocupaciones relacionadas con la proliferación vertical y horizontal, tratadas en el tercer apartado. En cuanto a la proliferación vertical, se prevé una aceleración de la carrera entre los P-5 para la modernización y miniaturización de armas, combinada con un aumento de los arsenales nucleares de todos los países del club nuclear, ya en curso, excepto en EE.UU. y Rusia[129]. Es probable que estos países también decidan aumentar cuantitativamente sus arsenales si no retoman el diálogo sobre desarme, invirtiendo la tendencia a la reducción cuantitativa de su arsenal nuclear de las últimas décadas.

En relación con la proliferación horizontal, a las tradicionales preocupaciones sobre posibles ataques terroristas o de grupos rebeldes contra instalaciones nucleares, se suman el aumento del número de países en búsqueda de armas nucleares (potencias regionales como Arabia Saudí o Irán) o en búsqueda de alianzas militares que les provean el paraguas nuclear (Suecia y Finlandia en la OTAN). Además, disminuye el número de países neutrales que rechazan el despliegue de armas nucleares en sus territorios (Bielorrusia).

Por lo que concierne a la tercera hipótesis, los últimos acontecimientos nos llevan a pensar que, como mínimo en el corto y medio plazo, no habrá ningún avance significativo en el fortalecimiento del orden nuclear internacional y del sistema europeo de seguridad, ya mermados por la desconfianza mutua entre los países del club nuclear y por la parálisis de las negociaciones debido a la covid-19. Por tanto, esta hipótesis está de momento confirmada.

[129] Sipri, 2022, *op. cit*.

Después de varios meses de guerra, el nuevo contexto paraliza los esfuerzos de la comunidad internacional para resolver los problemas relacionados con la dicotomía legal entre estados establecida por el TNP, con las repetidas violaciones del tratado y de los Acuerdos de Salvaguardias de la OIEA, con los problemas de complementariedad entre el TNP y el TPAN, con la no entrada en vigor del Tratado CTBT, entre otros. A esto se suma la inestabilidad y la sensación de miedo provocada por las interpretaciones extensivas de las doctrinas sobre el primer uso de armas nucleares de EE.UU. y Rusia, dadas a principios de 2022. Todo ello impide adoptar un enfoque holístico e integral para resolver los principales problemas de control de armamentos, desarme y no proliferación.

El análisis es aún más pesimista si miramos al futuro del sistema europeo de seguridad que, después de la no renovación de cuatro tratados por parte de las superpotencias nucleares, mencionados en el apartado anterior, se rige únicamente sobre el Tratado bilateral START III que expira en tres años y medio. Este periodo de tiempo parece demasiado corto para que se establezca la paz en Ucrania y se retomen las negociaciones en un clima de confianza mutua entre la Casa Blanca y el Kremlin.

La ampliación de la OTAN a Suecia y Finlandia, la dureza de las sanciones internacionales que aíslan a Rusia de Occidente, la ruptura de las relaciones diplomáticas entre las partes y la adopción de una estrategia de guerra híbrida por ambos bandos imposibilitan en el corto y medio plazo el desbloqueo de esta situación. Esto acarrea inestabilidad en el sistema internacional que registra graves fricciones entre los países occidentales, con EE.UU. y la OTAN en la cabeza, y los países del Sur Global, encabezados por Rusia y China, que quieren romper la hegemonía estadounidense y occidental a nivel internacional. Después de Europa, Asia oriental parece ser el contexto regional más inestable desde una perspectiva nuclear que merecería ser estudiado en futuras publicaciones.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
La guerra de Ucrania/*War in Ukraine*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 57-76
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1a.02
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 19/06/2022. Aceptación: 30/06/2022

UCRANIA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UNA OPORTUNIDAD PARA LA CORTE Y PARA LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

Concepción Escobar Hernández*

RESUMEN

UCRANIA Y LA CORTE PENAL INTERNACIONAL: UNA OPORTUNIDAD PARA LA CORTE Y PARA LA LUCHA CONTRA LA IMPUNIDAD

Con la invasión rusa de Ucrania y el conflicto armado que ha generado, la Corte Penal Internacional ha recuperado su papel central en el emergente Sistema de Justicia Penal Internacional y se ha vuelto a percibir como un instrumento útil para luchar contra la impunidad de los más graves crímenes de Derecho internacional. Sin embargo, la complejidad de la situación de Ucrania obliga a contemplar con prudencia la acción de la Corte y, sobre todo, a colocar en un lugar adecuado lo que puede pedir y lo que se puede esperar de ella. En este contexto, este trabajo ofrece un estudio inicial de cuestiones relativas a su competencia, jurisdicción y del papel que puede jugar el principio de complementariedad.

Palabras clave: Corte Penal Internacional, Ucrania, competencia, jurisdicción, principio de complementariedad.

ABSTRACT

UKRAINE AND THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: AN OPPORTUNITY FOR THE COURT AND FOR THE FIGHT AGAINST IMPUNITY

With Russia's invasion of Ukraine and the armed conflict it has generated, the International Criminal Court has regained its central role in the emerging International Criminal Justice System and has once again been perceived as a useful instrument in the fight against impunity for the most serious crimes under international law. However, the complexity of the Ukrainian situation makes it necessary to view the Court's action with caution and, above all, to place conveniently what it can ask and what can be expected of it. In this

* Catedrática de Derecho Internacional Público, UNED. Miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas. Directora del Centro de Estudios de Derecho Internacional Humanitario de la Cruz Roja Española (*cescobar@der.uned.es*).

context, this paper offers an initial study of issues relating to its competence, jurisdiction, and the role that the principle of complementarity can play.

Keywords: International Criminal Court, Ukraine, competence, jurisdiction, principle of complementarity.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ATRIBUCIÓN Y ACTIVACIÓN DE LA COMPETENCIA.—3. EL ALCANCE DE LA COMPETENCIA EN LA SITUACIÓN DE UCRANIA.—4. EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN: REALIDADES Y DESAFÍOS.—5. EL JUEGO DE LA COMPLEMENTARIEDAD EN LA SITUACIÓN DE UCRANIA.—6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Contrariamente a lo que sucedió con ocasión de la crisis de Crimea, la respuesta de la comunidad internacional tras la invasión rusa de Ucrania el pasado mes de febrero ha sido contundente. Y ello no solo desde una perspectiva política, sino también institucional y jurídica, como lo demuestra el hecho de que se han puesto en marcha mecanismos que no se habían utilizado en décadas o que han adquirido una nueva dimensión y virtualidad. En el primero de los casos, baste con mencionar el «renacimiento» de la resolución Unión Pro-Paz[1], la expulsión de la Federación Rusa del Consejo de Europa[2] o la suspensión de Rusia en su condición de miembro del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas[3]. En el segundo de los planos, destacan de modo particular el recurso a la jurisdicción internacional, en especial la Corte Internacional de Justicia[4] (en adelante CIJ) y la Corte Penal Internacional (en adelante CPI). En ambos casos en estrecha relación con la comisión en territorio ucraniano de crímenes de Derecho internacional de extremada gravedad.

---

[1] La Resolución 377 A (V), de 3 de noviembre de 1950, ha constituido la base para la celebración del undécimo periodo extraordinario de sesiones de emergencia de la Asamblea General de las Naciones Unidas, convocada por la Resolución del Consejo de Seguridad 2623 (2022). En la misma se ha aprobado la Resolución ES-11/1, de 2 de marzo de 2022, en la que la Asamblea General se ha pronunciado ya sobre la comisión de ciertas prácticas que constituyen graves violaciones del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional de los derechos humanos (preámbulo, párr. 12, y párrs. operativos 9, 11 y 12). Véase igualmente la Resolución ES-11/2.

[2] La expulsión se produjo el 16 de marzo pasado, mediante la adopción por el Comité de Ministros de la decisión de aplicar el art. 8 del Estatuto del Consejo de Europa a la Federación Rusa. Esta decisión siguió a la resolución aprobada la víspera por la Asamblea Parlamentaria, en la que expresó su voluntad de que la Federación Rusa no debería seguir siendo miembro del Consejo de Europa como consecuencia de su agresión contra Ucrania.

[3] Véase la Resolución ES-11/4, de 7 de abril de 2022, aprobada por la Asamblea General en su Undécimo Periodo extraordinario de sesiones de emergencia.

[4] Véase *ICJ, Allegation of Genocide under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Ucrania presentó la demanda ante la CIJ el 27 de febrero de 2022 y el mismo día solicitó la adopción de medidas cautelares. Aunque Rusia no ha participado en el procedimiento, con fecha 16 de marzo, la CIJ ha dictado una orden otorgando las citadas medidas cautelares y el día 23 del mismo mes ha dictado otra orden fijando los plazos para la presentación de la memoria y la contramemoria por las partes.

El presente trabajo se dedica al examen de la actividad de la CPI respecto de los crímenes de competencia de la Corte que, si bien ya se había puesto en marcha con anterioridad a la invasión rusa, ha adquirido una nueva dimensión a partir de ese momento. Para ello, en las siguientes páginas se abordarán las siguientes cuestiones: la atribución de competencia y la activación de la jurisdicción de la Corte (2); el alcance de la competencia de la Corte (3), y los retos a que se enfrenta la CPI en el ejercicio de la jurisdicción (4). Por último, se abordará brevemente la aplicación del principio de complementariedad (5).

2. ATRIBUCIÓN Y ACTIVACIÓN DE LA COMPETENCIA

El Estatuto de Roma de la CPI diferencia claramente entre la atribución de la competencia a la Corte y la activación de su jurisdicción respecto de una situación específica, con la única excepción de los supuestos en que una situación sea remitida a la CPI por el Consejo de Seguridad en que ambos elementos se producen en virtud de un acto único: la resolución del Consejo adoptada conforme a lo previsto en el Capítulo VII de la Carta.

Como regla, la atribución de competencia se basa exclusivamente en la voluntad de los Estados directamente afectados por la situación, bien sea porque los crímenes se hayan cometido en su territorio, bien porque hayan sido cometidos por uno de sus nacionales. Dicha atribución de competencia se producirá de modo general por la ratificación o adhesión al Estatuto de Roma por el Estado en cuyo territorio o cuyos nacionales han cometido algún crimen de competencia de la Corte[5], pero puede tener lugar también mediante un reconocimiento *ad hoc* para una situación específica[6].

Por su parte, la activación de la jurisdicción está sometida a reglas distintas, en las que la voluntad del Estado directamente afectado no constituye la única fuente de activación de la CPI. Por el contrario, si bien es necesario que dicho Estado haya reconocido la competencia de la Corte, la activación de su jurisdicción puede producirse por la intervención de cualquier Estado parte en el Estatuto de Roma (incluido, en su caso, el Estado en cuyo territorio o cuyos nacionales hayan cometido presuntamente los crímenes)[7] o bien *motu proprio*, a instancia del fiscal y previa autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares[8]. Junto a ello, en el supuesto excepcional de que la situación sea remitida a la CPI por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, como

[5] Véase Estatuto de Roma, art. 12, párrs. 1 y 2.

[6] De conformidad con el párr. 3 del art. 12, «un Estado que no es Parte en el presente Estatuto [...] podrá, mediante declaración depositada en poder del secretario, consentir en que la Corte ejerza su competencia respecto del crimen de que se trate», cuando el mismo se haya cometido en su territorio o a bordo de un buque o una aeronave matriculados en dicho Estado [art. 12.2.*a)*] o por uno de sus nacionales [*ibid.*, párr. 2.*b)*].

[7] Véase Estatuto de Roma, arts. 13.*a)* y 14.

[8] *Ibid.*, arts. 13.*c)* y 15, párrs. 3 y 4.

es bien sabido, la voluntad del Estado o Estados afectados no solo no es necesaria, sino que resulta irrelevante[9].

El examen de la situación de Ucrania por la CPI constituye un magnífico laboratorio en el que han operado todos los mecanismos previstos en este complejo sistema de atribución de la competencia y de activación de la jurisdicción de la CPI, con la única excepción de la participación en dicho proceso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas que, como es fácilmente comprensible, no resulta operativa en una situación en la que están implicados nacionales de uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad. Se trata, además, de una situación en la que los mecanismos de atribución y activación de la competencia de la CPI no han seguido el modelo consolidado en la práctica anterior.

En efecto, la competencia de la CPI para ocuparse de los crímenes enumerados en los arts. 5 a 8 bis no puede derivarse en este caso de una voluntad abstracta de los Estados parte en el Estatuto de Roma, ya que ni Ucrania ni Rusia —los dos Estados directamente afectados en la situación— han ratificado o se han adherido al Estatuto[10]. Sin embargo, tras los acontecimientos de Maidán, la anexión de Crimea y el conflicto armado que se inició inmediatamente en el Donbás, Ucrania ha hecho uso de la potestad que le atribuye el art. 12.3 del Estatuto de Roma, emitiendo dos declaraciones de aceptación de la competencia de la Corte en 2014 y 2015, ambas apoyadas en sendas declaraciones aprobadas previamente por la *Venkhova Rada* (Parlamento) de Ucrania. En la primera de ellas la competencia de la CPI se limita a los crímenes cometidos en el periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014[11], mientras que en la segunda se amplía a los actos cometidos en el territorio de Ucrania desde el 20 de febrero de 2014[12]. Ambas declaraciones tienen una duración ilimitada y, por tanto, la Corte es competente para investigar y enjuiciar los crímenes cometidos en Ucrania desde el 21 de noviembre de 2013, sin límite temporal alguno.

Esta atribución unilateral de competencia permitió a la CPI llevar a cabo algunas actividades referidas a la situación en Ucrania, incluso antes de la invasión rusa. Así, la fiscal Bensouda acordó la realización de un «examen preliminar» que se inició el 25 de abril de 2014 y se extendió hasta 2020. En este marco, la Fiscalía examinó las comunicaciones recibidas sobre la situación

---

[9] *Ibid.*, arts. 13.*b)* y 12.2, *a sensu contrario.*

[10] La Federación Rusa firmó el Estatuto el 13 de septiembre de 2000, pero con fecha 30 de noviembre de 2006 comunicó al secretario general de Naciones Unidas, en su condición de depositario, su intención de no llegar a ser parte en el tratado, prevaliéndose así de lo previsto en el art. 18.*a)* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Por su parte, Ucrania ha firmado el Estatuto el 20 de enero de 2000, pero no lo ha ratificado.

[11] El texto de la declaración de 9 de abril de 2014 se puede consultar en *https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/997/declarationRecognitionJuristiction09-04-2014*. La Rada había adoptado la declaración previa el 25 de febrero de 2014.

[12] El texto de la declaración de 8 de septiembre de 2015 se puede consultar en *https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12_3_declaration_08092015.pdf*. La Rada había adoptado la declaración previa el 4 de febrero de 2015.

en Ucrania y recabó información complementaria, concluyendo en el Informe sobre exámenes preliminares publicado en 2020[13] que existían elementos suficientes para afirmar que se habrían cometido crímenes de la competencia de la Corte en dicha situación[14] y que en todos los casos examinados se cumplían *prima facie* los requisitos de admisibilidad establecidos en el Estatuto, así como las reglas propias de la complementariedad, y que la gravedad de los hechos justificaba el inicio de una investigación formal[15]. Sin embargo, la conclusión mencionada no se tradujo en la activación de la jurisdicción de la Corte, ya que ningún Estado parte en el Estatuto instó el inicio de la fase de investigación ni tampoco la fiscal ejerció la potestad de solicitar la preceptiva autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares. Sin duda, la compleja situación mundial provocada por la pandemia de la covid-19 y el hecho de que el mandato de la fiscal Bensouda se acercaba a su fin[16], contribuyeron a que —a pesar de que la Corte fuese competente ya en ese momento— la situación de Ucrania permaneciera en la situación de *impasse* en que ha estado hasta el pasado mes de febrero.

Sin embargo, la invasión de Ucrania y el consiguiente conflicto armado han vuelto a situar en un primer plano la problemática de los graves crímenes de Derecho internacional cometidos en este contexto y la necesidad de poner en marcha los mecanismos disponibles a nivel internacional para deducir la responsabilidad penal de los presuntos autores de dichos crímenes, incluida la activación de la jurisdicción de la CPI que, por esta vía, ha visto vivificado su papel de referente internacional en la lucha contra la impunidad.

La activación de la jurisdicción de la CPI respecto de la situación de Ucrania[17] presenta algunos rasgos peculiares que merecen ser destacados.

En primer lugar, la jurisdicción no ha podido ser activada por Ucrania, ya que —a pesar de haber reconocido la competencia de la Corte— no puede prevalerse de la potestad de poner en marcha el mecanismo jurisdiccional al no ser Estado parte en el Estatuto de Roma. Y, en segundo lugar, la activación de la jurisdicción por el Consejo de Seguridad quedaba descartada al estar implicado en la situación uno de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que, en virtud de su derecho de veto, podría impedir la adopción de la resolución requerida a tal fin por el art. 16 del Estatuto de Roma[18]. Ello

---

[13] El último informe sobre el examen preliminar de Ucrania se puede consultar en el siguiente documento: *Report on Preliminary Examination Activities 2020*, disponible en *https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/2020-pe-report-eng.pdf*, pp. 67 y ss.

[14] El examen preliminar sobre Ucrania concluyó que se habrían cometido crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad tanto en el contexto de la crisis de Crimea como en el del conflicto armado ulterior en el este de Ucrania (*ibid.,* párr. 277). Para una enumeración de los crímenes presuntamente cometidos, véanse los párrs. 278 a 281 del informe citado *supra*.

[15] *Ibid.,* párrs. 282-284.

[16] Así parece señalarlo expresamente la fiscal Bensouda en el párr. 289 del informe citado.

[17] Para una visión de conjunto de la actividad de la CPI respecto de la situación de Ucrania puede consultarse: *https://www.icc-cpi.int/ukraine*. Tras el inicio del procedimiento la situación de Ucrania ha recibido el siguiente código de identificación: ICC-01/22.

[18] A pesar de ello, el Consejo de Seguridad no ha estado inactivo respecto de los crímenes de Derecho internacional cometidos en Ucrania a partir de la invasión rusa. Y así, a instancias de Francia

no impedía —sin embargo— que la CPI iniciase el ejercicio de su jurisdicción bien fuese *motu proprio,* bien a instancia de algún Estado parte. Y ambas posibilidades se han convertido en realidad.

Así, sobre la base del reconocimiento por Ucrania de la competencia de la CPI, el fiscal Khan anunció el 28 de febrero su intención de solicitar la preceptiva autorización de la Sala de Cuestiones Preliminares para iniciar una investigación, lo que hizo formalmente el 1 de marzo[19], asignando la Presidencia la competencia para examinar dicha solicitud a la Sala de Cuestiones Preliminares II al día siguiente[20]. La importancia de la decisión del fiscal no puede ser minusvalorada, ya que —a falta de una remisión estatal— representaba el paso imprescindible para la activación de la jurisdicción de la Corte y, por tanto, el requisito necesario para que la CPI pudiera ejercer sus responsabilidades en una situación a la que la comunidad internacional ha singularizado de forma significativa. Sin embargo, a pesar de su importancia, la decisión del fiscal no habría permitido por sí misma el inicio inmediato de la investigación, ya que la solicitud de autorización no es sino un acto preparatorio de un procedimiento ulterior que, como la práctica de la CPI ha puesto de manifiesto, no podría completarse sino tras un proceso complejo y prolongado que habría obligado a demorar algunos meses el inicio de la investigación. Sin duda por ello, el propio fiscal advirtió en su declaración de 28 de febrero de la posibilidad de que cualquier Estado parte en el Estatuto remitiese la situación a la Corte, simplificando así la activación de la jurisdicción tanto en términos procesales como temporales. Y esta circunstancia se produjo tan solo unos días después.

En efecto, el pasado 1 de marzo Lituania instó a la CPI a que ejerciera su jurisdicción sobre los crímenes cometidos en Ucrania activando de esta manera la jurisdicción de la Corte. Al día siguiente, otros 38 Estados parte[21] —entre ellos España—[22] remitieron de forma conjunta la situación de Ucrania a la CPI y con posterioridad lo han hecho otros cuatro Estados[23].

---

y Albania, el 27 de abril se celebró en su seno la *Arria-Formula meeting of the UN Security Council on* «*Ensuring accountability for atrocities comited in Ucraine*».

[19] Véase doc. ICC-01/22-1-AnxI, disponible en la página web de la CPI, en la dirección indicada en la nota 17.

[20] Véase doc. ICC-01/22-1.

[21] Albania, Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Colombia, Costa Rica, Croacia, Chipre, Chequia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia. Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Suecia, Suiza y Reino Unido. La remisión conjunta fue remitida por nota verbal de Reino Unido y posteriormente ha sido reafirmada individualmente por cada uno de los Estados remitentes. La nota verbal, la lista de participantes y los términos de la remisión se contienen en el doc. ICC-01/22-2, Anexos A, C, D y E.

[22] La Nota Verbal de España, de 17 de marzo de 2022, que reafirma la nota verbal antes mencionada, se contiene en el doc. ICC-01/22-7-AnxB. La Ley Orgánica 18/2003, de 10 de diciembre, de Cooperación con la Corte Penal Internacional, atribuye la competencia exclusiva para solicitar el inicio de una investigación al Gobierno, que deberá adoptar el correspondiente Acuerdo de Consejo de Ministros a propuesta conjunta del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Ministerio de Justicia (art. 7.1).

[23] El 11 de marzo remitieron la situación a la Corte Japón y Macedonia del Norte. El 21 de marzo lo hizo Montenegro y el 1 de abril Chile.

Aunque esta remisión colectiva de una situación no es la primera que se ha producido hasta la fecha[24], sí es la de mayor envergadura y merece ser destacada por varias razones. En primer lugar, por el elevado número de Estados implicados (43) que, además, han actuado de forma coordinada. En segundo lugar, por el hecho de que, si bien es cierto que los Estados pertenecientes al Grupo de Europa Occidental y otros y al Grupo de Europa del Este representan una clara mayoría, no puede obviarse la participación en esta remisión colectiva de países de distintos grupos regionales, lo que incrementa la legitimidad social de la iniciativa y de la propia actuación de la Corte. Y, en tercer lugar, porque ninguno de los Estados remitentes son parte en el conflicto armado, ni —por tanto— puede entenderse que los crímenes que han de ser investigados y juzgados por la CPI se han cometido en sus respectivos territorios ni por sus nacionales; lo que permite calificar la remisión colectiva como una suerte de actuación en interés del Derecho y la comunidad internacionales. Por todo ello, la remisión colectiva de la situación de Ucrania en virtud del art. 13.*a)* del Estatuto no puede interpretarse sino como un espaldarazo a la CPI, que ha visto reconocido así su papel central en el Sistema de Justicia Penal Internacional.

3. EL ALCANCE DE LA COMPETENCIA RESPECTO DE LA SITUACIÓN DE UCRANIA

Aunque no cabe duda de que la CPI es competente para ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes cometidos en Ucrania, el alcance de dicha competencia ha de definirse a la luz de la interpretación conjunta de las reglas generales establecidas en el Estatuto de Roma y de las declaraciones de reconocimiento de competencia formuladas por Ucrania en 2014 y 2015. Teniendo esto en cuenta, ha de llamarse la atención sobre el alcance especial y limitado de la competencia de la Corte en este caso.

En efecto, como ya se ha señalado anteriormente, la competencia de la Corte para investigar y enjuiciar, en su caso, los hechos acaecidos en la situación de Ucrania viene determinada por el contenido de las declaraciones unilaterales de este país que, en virtud de lo previsto en el Estatuto de Roma, pueden limitar tanto el ámbito material como temporal de la competencia.

Por lo que se refiere al segundo de los elementos, como ya se ha señalado anteriormente, la declaración de 2014 limitó la competencia de la CPI a los crímenes cometidos entre el 21 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014. Por su parte, la declaración de 2015 reconoce dicha competencia a partir del 20 de febrero de 2014, sin fijar una fecha de cierre del periodo en que la Corte podría ejercer su jurisdicción. Con este modelo de reconocimiento de

[24] El 27 de septiembre de 2018, Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Paraguay y Perú habían remitido a la Corte la situación de los posibles crímenes cometidos en la República Bolivariana de Venezuela desde el 12 de febrero de 2014.

la competencia, que sigue el empleado en su día por el Consejo de Seguridad para definir la competencia temporal del Tribunal para la antigua Yugoslavia, la Corte podrá ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes cometidos a partir de la fecha crítica del 21 de noviembre de 2013, pero sin que esté limitada temporalmente por los hechos que motivaron las sucesivas declaraciones de reconocimiento de competencia (los acontecimientos de Maidán, la anexión de Crimea y el conflicto armado en el Donbás). En consecuencia, la Corte tiene competencia igualmente para enjuiciar los crímenes cometidos tras la invasión rusa, siendo estos últimos los que —sin duda— han motivado la activación de la jurisdicción de la Corte el pasado mes de marzo.

Pero, sobre todo, las declaraciones unilaterales de Ucrania juegan un papel muy destacado a los efectos de definir el ámbito sustantivo de la competencia de la CPI. A este respecto, baste con destacar que, si bien las Declaraciones de la Rada que se han mencionado anteriormente circunscriben el reconocimiento de competencia a los crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad, las declaraciones de Ucrania en virtud del art. 12.3 del Estatuto de Roma, en particular la de 2015, se refiere de forma genérica a los «*acts committed in the territory of Ukraine since 20 February 2014*». Ello influye en la determinación de la competencia material de la CPI, que podrá ejercerse tanto respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad y guerra, quedando excluida en todo caso la competencia de la Corte del crimen de agresión. Esta diferencia entre las declaraciones de la Rada y las declaraciones comunicadas a la Corte en virtud del art. 12.3 carece de relevancia, puesto que —en última instancia— tan solo las declaraciones remitidas oficialmente al secretario de la Corte por Ucrania son válidas para determinar la competencia de esta última. Sin embargo, debe señalarse que la interpretación de su propia competencia realizada por el fiscal ha experimentado cambios, ya que, si en el marco del «examen preliminar» se limitó a los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra», a partir de febrero de este año se limitó inicialmente a estos mismos crímenes, pero con posterioridad el propio fiscal ha declarado igualmente su competencia respecto del crimen de genocidio.

En todo caso, conviene destacar que la Presidencia de la Corte ha definido el alcance de la competencia bajo los términos genéricos de «*alleged crimes committed in the context of the situation in Ukraine since 21 November 2013*». Lo que, por otro lado, es coherente con los términos de la remisión realizada por los Estados parte en virtud del art. 14 del Estatuto, que está redactada en los siguientes términos:

> «*Requesting the Prosecutor to investigate any acts of war crimes, crimes against humanity and genocide alleged to have occured on the territory of Ukraine from 21 November 2013 onwards, including any allegations of current and ongoing crimes occurring throughout the territory of Ukraine, thereby requested the Court to exercise its jurisdiction with respect to the jurisdictional scope accepted by Ukraine*» [25].

[25] Véase *https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/State-Party-Referral.pdf*.

Por lo que se refiere al crimen de genocidio, conviene destacar que el ejercicio de su jurisdicción por parte de la CPI será concurrente con el ejercicio de su competencia por la CIJ en el asunto *Allegation of Genocide under the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation)*[26]. Aunque cada uno de estos tribunales tendrá que abordar la cuestión del genocidio desde distintas perspectivas (responsabilidad penal individual la CPI y responsabilidad del Estado la CIJ), el mero hecho de que ambas jurisdicciones examinen los mismos hechos para definir la eventual existencia de genocidio tiene una relevancia que no se puede ignorar. En particular, teniendo en cuenta la problemática que se generó en su día por la distinta valoración de hechos de una naturaleza similar que llevaron a cabo la CIJ y el Tribunal para la antigua Yugoslavia al ejercer sus respectivas jurisdicciones en relación con casos referidos al conflicto en la antigua Yugoslavia.

En todo caso, conviene destacar que, al reconocer la competencia de la CPI para investigar y enjuiciar estos crímenes, Ucrania ha aceptado la tipificación de los citados crímenes tal y como se establece en el Estatuto de Roma vigente en el momento en que la CPI ejerza su jurisdicción, sin que pueda limitar la competencia de esta a tan solo algunos de los tipos definidos en los arts. 6, 7 y 8.

Sin embargo, la Corte no podrá en ningún caso ejercer su jurisdicción respecto del crimen de agresión, ya que un eventual reconocimiento unilateral por Ucrania de la competencia de la Corte respecto de esta categoría de crímenes no solo no se ha producido, sino que —además— resulta imposible como consecuencia de las especiales reglas que se establecen en el Estatuto de Roma respecto de la atribución y ejercicio de la competencia de la CPI para esta categoría de crímenes[27]. Este constituye, sin duda, el principal límite a que ha de enfrentarse la actuación de la Corte en la situación de Ucrania, que no podrá ejercer su jurisdicción en unas circunstancias que —sin duda— pueden calificarse como un acto de agresión contra Ucrania imputable a la Federación Rusa y que, por ello, podrían desembocar en la comisión del crimen de agresión definido en el art. 8 bis del Estatuto de Roma por líderes rusos, incluido el presidente Putin. No es de extrañar, por tanto, que hayan surgido diversas iniciativas para poner en marcha una nueva jurisdicción penal *ad hoc* para el enjuiciamiento de los presuntos autores de crímenes de agresión que, sin embargo, hasta la fecha no se han concretado en el establecimiento de mecanismos formales[28].

---

[26] Véase nota 4.

[27] Véanse, en particular, los arts. 15 bis y 15 ter del Estatuto de Roma (en ambos casos, en especial sus respectivos párrs. 5).

[28] En este sentido, cabe destacar la iniciativa impulsada desde la sociedad civil por Philippe Sands, que ha tenido un amplio seguimiento y apoyo (véase *https://justice-for-ukraine.com/*). La creación de un tribunal *ad hoc* para enjuiciar a los responsables del crimen de agresión ha sido apoyada también en el seno del Consejo de Europa y en la Unión Europea. Respecto de la primera de las iniciativas, véase la Resolución 2436 (2022), de 28 de abril, aprobada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Por su parte, el Parlamento Europeo ha instado igualmente la creación de un tribunal *ad hoc* en

Por último, en lo que se refiere a la competencia subjetiva, se ha de destacar que la misma se rige en todo caso por las reglas generales contenidas en el Estatuto de Roma, que no admiten excepción alguna y que se aplican de forma automática a la situación de Ucrania. Por tanto, las declaraciones unilaterales de reconocimiento de competencia no pueden introducir límite alguno a la competencia subjetiva de la CPI, siendo irrelevante la referencia que en la de 2015 se hace a los «*senior officials of the Russian Federation and leaders of the terrorist organisations "DNR" and "LNR"*».

Así, aplicando el vínculo de territorialidad contenido en el art. 12.2.1) del Estatuto, la CPI será competente para enjuiciar todos los crímenes de genocidio, guerra o lesa humanidad cometidos tanto por nacionales ucranianos como por nacionales de terceros Estados, incluso cuando estos no hayan ratificado el Estatuto de Roma ni aceptado la competencia de la Corte por otra vía, siempre que los crímenes en cuestión hayan sido cometidos en Ucrania. Ello reviste una relevancia especial en la situación actual, ya que permite a la Corte enjuiciar a los nacionales rusos que hayan cometido o participado en la comisión de un crimen de competencia de la Corte, que —como regla— serán militares rusos que han participado en los combates y otras acciones militares en Ucrania.

Además, ha de tenerse igualmente en cuenta que la competencia de la Corte se determina por la comisión de los crímenes en territorio ucraniano y no por la presencia en dicho territorio del presunto responsable en el momento en que se comete el crimen. Aunque lo habitual será que este se encuentre en el lugar donde se comete el crimen, nada impediría que la CPI pueda ejercer su jurisdicción respecto de individuos que no se encontraban físicamente en Ucrania en ese momento, siempre que resulte posible atribuirles algún tipo de responsabilidad en virtud de las reglas de responsabilidad y participación criminal establecidas en los arts. 25[29] y 28[30] del Estatuto. Si a ello se le añade que la Corte Penal Internacional tiene competencia para enjuiciar a cualquier

---

su Resolución de 19 de mayo de 2022, sobre la lucha contra la impunidad por los crímenes de guerra en Ucrania [2022/2655(RSP)] [P9_TA (2022)0218], y en su Recomendación de 8 de junio de 2022, al Consejo y al vicepresidente de la Comisión/alto representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad sobre la política exterior, de seguridad y de defensa de la Unión Europea tras la guerra de agresión rusa contra Ucrania [2022/2039(INI)] [P9_TA (2022)0235]. Tanto la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa como el Parlamento Europeo proponen la creación de un tribunal *ad hoc* que se constituiría mediante un tratado multilateral y se establecería dentro del sistema de Naciones Unidas.

[29] De conformidad con lo previsto en el art. 25.3, «será penalmente responsable y podrá ser penado por la comisión de un crimen de la competencia de la Corte quien:

a) Cometa ese crimen por sí solo, con otro o por conducto de otro, sea este o no penalmente responsable.

b) Ordene, proponga o induzca la comisión de ese crimen, ya sea consumado o en grado de tentativa.

c) Con el propósito de facilitar la comisión de ese crimen, sea cómplice o encubridor o colabore de algún modo en la comisión o la tentativa de comisión del crimen, incluso suministrando los medios para su comisión.

d) Contribuya de algún otro modo en la comisión o tentativa de comisión del crimen por un grupo de personas que tengan una finalidad común. La contribución deberá ser intencional y se hará:

(Véase nota 30 en página siguiente)

individuo mayor de dieciocho años, con independencia de cuál sea su rango jerárquico, así como la inoponibilidad ante esta de la inmunidad de jurisdicción[31], no cabe sino concluir que la CPI podría juzgar a cualquier responsable político o militar, incluido el presidente Putin, siempre que pueda imputarles alguna forma de participación en la comisión de crímenes de genocidio, guerra o lesa humanidad en territorio ucraniano. Y ello con independencia de la viabilidad real del ejercicio de esta jurisdicción, cuestión a la que se hará referencia más adelante.

En cualquier caso, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la competencia subjetiva de la CPI en el caso de Ucrania, como en cualquier otra situación, se aplica de forma horizontal y sin discriminación alguna por razón de la nacionalidad. Por consiguiente, la Corte está obligada a ejercer su jurisdicción tanto sobre nacionales rusos como ucranianos, con

---

i) Con el propósito de llevar a cabo la actividad o propósito delictivo del grupo, cuando una u otro entrañe la comisión de un crimen de la competencia de la Corte.

ii) A sabiendas de que el grupo tiene la intención de cometer el crimen.

e) Respecto del crimen de genocidio, haga una instigación directa y pública a que se cometa.

f) Intente cometer ese crimen mediante actos que supongan un paso importante para su ejecución aunque el crimen no se consume debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Sin embargo, quien desista de la comisión del crimen o impida de otra forma que se consume no podrá ser penado de conformidad con el presente Estatuto por la tentativa si renunciare íntegra y voluntariamente al propósito delictivo».

[30] Conforme al art. 28 (Responsabilidad de los jefes y otros superiores), «además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte:

a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando:

i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apdo. *a)*, el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos.

ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo.

iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento».

[31] El art. 27 (Improcedencia del cargo oficial) regula tanto la irrelevancia del cargo oficial («[e]l presente Estatuto será aplicable por igual a todos sin distinción alguna basada en el cargo oficial. En particular, el cargo oficial de una persona, sea jefe de Estado o de Gobierno, miembro de un gobierno o parlamento, representante elegido o funcionario de gobierno, en ningún caso la eximirá de responsabilidad penal ni constituirá *per se* motivo para reducir la pena») como la inoponibilidad de las inmunidades ante la CPI («[l]as inmunidades y las normas de procedimiento especiales que conlleve el cargo oficial de una persona, con arreglo al Derecho interno o al Derecho internacional, no obstarán para que la Corte ejerza su competencia sobre ella»).

independencia del vínculo que estos últimos mantengan con las autoridades legítimas de Ucrania o con las que controlan la parte del territorio ucraniano que persigue la secesión o, incluso, con las autoridades militares rusas que controlan la parte del territorio ucraniano ocupado. Y, de la misma manera, la CPI podrá ejercer su jurisdicción respecto de los nacionales de terceros Estados que se encuentren en Ucrania y cometan o participen en la comisión de crímenes de genocidio, guerra o lesa humanidad. Ello permitirá a la Corte extender igualmente su jurisdicción sobre nacionales de terceros Estados que, según la información disponible, estarían participando en el conflicto armado en apoyo tanto de las tropas rusas como de las tropas ucranianas.

4. EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN: REALIDADES Y DESAFÍOS

La activación de la jurisdicción de la CPI a raíz de la remisión colectiva de la situación de Ucrania ha puesto en marcha la maquinaria de investigación y ha generado no pocas expectativas sobre el enjuiciamiento efectivo de los autores de los graves crímenes de guerra y de lesa humanidad que se están cometiendo en dicho territorio. Sin embargo, el hecho de que la CPI haya iniciado sus actividades en Ucrania no puede ser entendida como la panacea para alcanzar el objetivo de que todos los responsables de la comisión de dichos crímenes rindan cuentas de su comportamiento.

Por el contrario, las expectativas que ha motivado el inicio de las investigaciones deben ser analizadas de forma prudente, teniendo en cuenta varios elementos. En primer lugar, que la actuación de la CPI es de naturaleza judicial y está sometida —por tanto— a las reglas y procedimientos establecidos en el Estatuto de Roma y otras normas aplicables. En segundo lugar, que la Corte es una jurisdicción extraordinaria que no está llamada a enjuiciar a todos los responsables de los crímenes de guerra cometidos en Ucrania (habiéndose concentrado en los de más alto nivel) y debe compartir dicho mandato con otras jurisdicciones competentes; en especial los tribunales penales ucranianos, pero también otras jurisdicciones nacionales de terceros Estados. En tercer lugar, que la Corte tiene una competencia limitada respecto de la situación de Ucrania y que, además, dispone de medios limitados tanto humanos como materiales. Y, por último, que —como la práctica ha puesto de manifiesto— el ejercicio de su jurisdicción por parte de la CPI se desarrolla en plazos relativamente largos y que, contrariamente a lo que ya está sucediendo ante los tribunales ucranianos, el enjuiciamiento y —en su caso— condena de los responsables de genocidio, crímenes de guerra y crímenes contra la inmunidad no va a producirse de manera inmediata. Todos estos elementos deben ser debidamente tenidos en cuenta a la hora de evaluar de forma realista qué se puede esperar de la acción de la CPI, así como los desafíos a que esta deberá hacer frente en los próximos meses y años en relación con la situación de Ucrania.

A pesar de lo que se acaba de señalar, no puede dejar de destacarse muy positivamente el hecho de que el inicio de las investigaciones por parte de la Fiscalía se ha producido de manera casi inmediata tras la remisión colectiva de la situación a la Corte, ordenándose el inicio de la investigación el pasado 3 de marzo[32]. Hasta la fecha, el fiscal ha celebrado encuentros con las autoridades ucranianas y otras partes interesadas y ha diseñado un plan de investigación que ha empezado a poner en marcha con gran rapidez, incluidas la instalación y despliegue de miembros de su Oficina en Ucrania. Ello le está permitiendo obtener información que, junto a la ya analizada con ocasión del «examen preliminar», serán de utilidad en la fase de investigación a fin de obtener un nivel adecuado de pruebas sobre el que construir futuras actas de acusación.

Sin embargo, a pesar de la celeridad con que la Fiscalía ha emprendido su mandato y el apoyo que la CPI ha recibido de la comunidad internacional, no puede dejar de señalarse que los trabajos propios de la fase de investigación no están exentos de dificultades, que se derivan tanto de las circunstancias del caso como de las condiciones en que se debe llevar a cabo la investigación: un conflicto armado de una enorme intensidad; en el que participan unidades militares de varias nacionalidades (no solo ucranianos y rusos), así como grupos armados no estatales; en el que buena parte del territorio en que se han cometido o se están cometiendo los crímenes no está controlado por las autoridades ucranianas; y en el que se han producido desplazamientos masivos de población, dentro y fuera de Ucrania, que dificultan aún más la obtención de pruebas y la localización de testigos. Y aunque es cierto que la Fiscalía ha tenido que responder en el pasado a importantes dificultades, no es menos cierto que el nivel que alcanzan en Ucrania no admite comparación con situaciones anteriores de las que se ha ocupado la CPI. Probablemente por estas características especiales de la situación de Ucrania, y también por la importancia que la comunidad internacional ha reconocido a la Corte en este caso, el fiscal Khan ha puesto en marcha nuevos mecanismos de investigación que operan junto a los sistemas tradicionales utilizados por la Fiscalía, al tiempo que ha intensificado los instrumentos de cooperación con terceros.

Entre los primeros se encuentra el recurso a los medios digitales, debiéndose destacar la creación de un portal de comunicación en el sitio web de la CPI, cuya finalidad es facilitar el contacto con la Fiscalía de cualquier persona que disponga de información sobre la comisión de cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte en Ucrania[33]. Aunque ya existía con anterioridad un punto de contacto con la Fiscalía de carácter general, el establecimiento de este nuevo sistema hace más sencillo el acceso de los individuos a la Fiscalía, lo que resulta especialmente importante en las circunstancias de desplazamientos de población que se está produciendo en el conflicto de Ucrania. Además, el nuevo instrumento telemático está diseñado para garantizar la

[32] Véase la notificación del fiscal a la Sala de Cuestiones Prelimnares II, doc. ICC-01/22-2.
[33] Se trataba de la bautizada como *OTP Pathway* (*https://otppathway.icc-cpi.int*).

protección de los comunicantes, incluida su confidencialidad, así como de la información recibida hasta que comience a utilizarse formalmente en la investigación. Se trata, sin duda, de un mecanismo interesante que podrá ser utilizado en el futuro en las investigaciones de nuevas situaciones y que, en principio, podría constituir un elemento dinamizador de los métodos de obtención de información empleados por la Fiscalía.

Junto a la creación de este portal de información, deben mencionarse de manera especial los esfuerzos del fiscal por obtener la cooperación de los Estados parte y de las organizaciones europeas, articulando incluso nuevos mecanismos formales de colaboración, de lo que constituye un buen ejemplo la incorporación de la Fiscalía en el Equipo de Investigación Conjunto (JIT, por sus siglas en inglés) constituido con anterioridad por Ucrania, Polonia y Lituania bajo los auspicios de Eurojust. Esta iniciativa, que se ha producido por primera vez en la historia de la CPI, ha tenido lugar en ejercicio de las competencias del fiscal para definir los métodos de investigación y ha sido posible gracias a la firma de un acuerdo con las Fiscalías de los tres Estados[34]. La incorporación de la Fiscalía de la CPI en el JIT le permitirá participar en investigaciones que se desarrollan por instituciones nacionales y acceder a la información obtenida en este marco, al tiempo que facilitará igualmente la cooperación de la Fiscalía en las investigaciones que desembocarán en procesos penales en el seno de las jurisdicciones nacionales de los tres Estados participantes. Aunque habrá que esperar a los resultados de esta nueva modalidad de investigación, en principio debe valorarse positivamente en tanto en cuanto puede contribuir a una mejor aplicación del principio de complementariedad.

Con independencia de la valoración que puedan merecer cada uno de estos mecanismos, lo cierto es que a través de ellos se puede facilitar la obtención de información relevante para la investigación. Información a la que podrá añadirse la que proporcionen otros órganos de investigación *ad hoc*, de naturaleza no penal, que han sido creados por organizaciones internacionales para evitar la impunidad de los crímenes de Derecho internacional cometidos en Ucrania. A tal fin, es obvio que resultará de especial relevancia el Informe elaborado por la Misión de expertos sobre las violaciones del Derecho internacional humanitario y los derechos humanos, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad cometidos en Ucrania desde el 24 de febrero de 2022, creado por la OSCE en el marco del Mecanismo de Moscú, que ya ha sido publicado[35]. E igualmente serán de interés los informes que elabore en su momento la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre

[34] El Equipo de Investigación Conjunto se constituyó el 25 de marzo y la Fiscalía se unió al mismo por acuerdo de 25 de abril de 2022. Véase *https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-Karim-aa-Khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint*.

[35] El Informe ha sido elaborado por un comité de expertos integrado por Wolfgang Benedik, Veronica Bilkova y Marco Sassoli. Véase *Report on Violation of International Humanitarian and Human Rights Law, War Crimes and Crimes Against Humanity committed in Ukraine since 24 February 2022,* doc. ODIHR/GAL/26/22/Rev.1, disponible en *https://www.osce.org/files/f/documents/f/a/515868.pdf*.

Ucrania, creada por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas[36]. Aunque esta información no ha sido recopilada con una finalidad penal, no por ello será menos relevante para los trabajos de la Fiscalía y de la Corte, como ya se puso de manifiesto con el empleo por los Tribunales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda de la información recopilada por las respectivas comisiones de investigación que habían sido creadas previamente por el Consejo de Seguridad. La fiscal se beneficiará igualmente de la decisión de la Unión Europea de encargar a Eurojust la función de preservar, analizar y almacenar pruebas relativa a los crímenes de genocidio, contra la humanidad y guerra, que ha adoptado como un instrumento para luchar contra la impunidad en la crisis de Ucrania, y que contempla expresamente el acceso a la misma por parte de la CPI[37].

Sin embargo, como ya señaló la Sala de Cuestiones Preliminares en el asunto Lubanga, la información procedente de terceros no puede sustituir a la obtenida por la propia Fiscalía que, además, debe ser susceptible de ser puesta a disposición de la defensa de los acusados. Ello exige dotar a la Fiscalía de medios suficientes para llevar a cabo una investigación eficiente e imparcial, en especial poniendo a disposición de la Oficina del fiscal personal cualificado y medios adecuados para llevar a cabo su trabajo, ya que los medios de que dispone en la actualidad no son suficientes para responder a una situación como la de Ucrania y, además, debe ser compartida con el resto de las situaciones en que se están llevando a cabo investigaciones. Las peticiones del fiscal en tal sentido ya han dado frutos con la puesta a disposición de la Fiscalía de equipos de investigadores y forenses procedentes de varios países, que han hecho posible el despliegue con rapidez de un equipo integrado por más de cuarenta personas que, en palabras del propio fiscal, es el más grande desplegado nunca por la Fiscalía. Para apoyar a estos equipos y al personal de la Corte desplegado sobre el terreno, el fiscal ha anunciado recientemente la próxima apertura de una Oficina de la CPI sobre el terreno[38], similar a la que ha establecido en relación con otras situaciones. En cualquier caso, a pesar de la cooperación de los Estados parte, no puede dejar de señalarse que la investigación será, en buena medida, deudora de la cooperación imprescindible de Ucrania, pero también de la no menos importante de Rusia y de las autoridades locales que controlan parte del territorio ucraniano. En el caso de Ucrania la cooperación es obligatoria en virtud de su aceptación de la competencia de la Corte y así lo ha reconocido expresamente este país en sus dos declaraciones unilaterales, en las que se compromete a cumplir de manera inmediata con lo previsto en la Parte IX del Estatuto. La colaboración con

[36] La Comisión ha sido creada con carácter de urgencia por Resolución 49/1, de 4 de marzo de 2022. Tendrá su sede en Viena y, tras el nombramiento de sus miembros, su oficina y métodos de trabajo se encuentran en fase de organización.

[37] Véase Reglamento (UE) 2022/838, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1727 en lo que respecta a la preservación, análisis y almacenamiento en Eurojust de pruebas relativas al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones penales conexas (*DOUE* L 148/1, de 31 de mayo de 2022).

[38] Véase *https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karimkhan-qc-visits-kharkov-ukraine-15-june-2022.*

las autoridades ucranianas está así asegurada jurídicamente y parece estar cumpliéndose en la práctica.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo de la cooperación de Rusia y de las autoridades locales de las autoproclamadas Repúblicas Populares de Donetsk y Lugansk, ilegalmente reconocidas por Rusia. En el primero de los casos, cabe destacar que las autoridades rusas no han respondido a las ofertas de cooperación que les ha dirigido el fiscal ni a los ofrecimientos de mantener contactos formales. Este silencio permite anticipar una clara voluntad de no cooperación, cuya incidencia negativa en la investigación es evidente y genera un problema difícil de superar dado que Rusia no está obligada por el Estatuto de Roma. En el caso de las autoridades locales de Donestk y Lugansk, aunque estarían vinculadas por la obligación de cooperar asumida por Ucrania, dicha obligación será difícilmente operativa y exigible teniendo en cuenta la situación política de estas dos provincias ucranianas, en especial sus respectivas declaraciones unilaterales de independencia.

En todo caso, en el mejor de los escenarios posibles, no cabe esperar que los presuntos autores de crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad en Ucrania vayan a ser objeto de actas de acusación en un plazo breve. Pero incluso cuando ello se produzca, el ejercicio de la jurisdicción por la CPI estará sometido a las reglas previstas en el Estatuto, en especial la prohibición de juicios en ausencia[39]. Teniendo esto en cuenta, la cooperación estatal resultará igualmente necesaria en la fase de enjuiciamiento, en particular a los efectos de proceder a la detención y entrega a la Corte de aquellos acusados que se encuentren en su territorio y asegurar por esta vía el efectivo ejercicio de su jurisdicción por la CPI.

Aunque la detención y entrega de los acusados está recogida entre las formas obligatorias de cooperación contempladas en la Parte IX del Estatuto[40], no es menos cierto que la práctica ha puesto de manifiesto el alto nivel de incumplimiento de esta obligación, que se refleja en el relativamente elevado número de acusados que se encuentran en rebeldía[41]. La incidencia que ello tendrá en la situación de Ucrania es aún difícil de evaluar, pero cabe pensar que la prohibición de los juicios en ausencia será una dificultad añadida en el caso de los acusados que se encuentren fuera del territorio de Ucrania en el momento en que dicte el acta de acusación por el fiscal, en especial los nacionales rusos o de terceros países que estén de vuelta en el territorio de un Estado no parte en el Estatuto. Como es evidente, ello resultará especialmente complejo en el caso de las actas de acusación y órdenes de detención dictadas contra líderes rusos, incluido el presidente Putin, que —además de

[39] De conformidad con lo previsto en el art. 61 del Estatuto, el acusado deberá estar siempre presente en el juicio. Con carácter excepcional, la Sala de Cuestiones Provisionales podrá celebrar una vista de confirmación de cargos en ausencia del acusado, que deberá estar representado por un abogado (art. 61).

[40] Véanse, en particular, los arts. 89, 90, 91, 92, 97 y 98.

[41] Según la información pública disponible, en la actualidad se encuentran en rebeldía 11 acusados de los 47 inscritos en su momento en los registros de la CPI.

encontrarse en el territorio de un Estado no parte— podrían encontrarse bajo la cobertura del art. 98.1 del Estatuto[42], facilitando que un Estado parte pudiese alegar la existencia de alguna forma de inmunidad internacional para concluir su incapacidad para proceder a su detención y entrega a la Corte. Y aunque es cierto que esta se ha pronunciado ya al respecto en el caso *Al-Bashir*, negando la oponibilidad de la inmunidad ante la CPI de un Jefe de Estado en ejercicio[43], no cabe descartar que la problemática pudiese reaparecer de nuevo en relación con algún caso vinculado a la situación de Ucrania.

5. EL JUEGO DE LA COMPLEMENTARIEDAD EN LA SITUACIÓN DE UCRANIA

Los elementos que se han expuesto en las páginas precedentes, en especial en los apartados 2 y 3, sirven para ilustrar las limitaciones a las que necesariamente se va a enfrentar la Corte al ocuparse de los crímenes cometidos o que se puedan cometer en Ucrania. Ello no debe entenderse como una minusvaloración de la función esencial que le corresponde a la Corte para deducir la responsabilidad penal de sus autores y contribuir a la lucha contra la impunidad de dichos crímenes, sino como un recordatorio de los límites que la propia comunidad internacional ha impuesto a la CPI que, conviene recordar, es una jurisdicción extraordinaria llamada a operar únicamente cuando los tribunales nacionales no lo hagan o no lo puedan hacer. Ello nos sitúa frente al principio de complementariedad[44], que ocupa un lugar central en el Estatuto de Roma y que está llamado a jugar un papel relevante respecto de la situación de Ucrania.

El principio de complementariedad ha estado presente en los trabajos de la CPI sobre Ucrania desde la fase de «examen preliminar». Así, baste recordar que en su Informe de 2020 la fiscal Bensuda tuvo ya en cuenta la aplicación de las reglas de la complementariedad[45]. Y que, al ocuparse de los pasos a seguir a partir del cierre del examen preliminar, declaró expresamente su intención de mantener consultas con Ucrania y Rusia «*to determine how justice may best be served under the shared framework of complementary domestic and international action*» [46]. Este mismo enfoque ha sido seguido por el fiscal Khan, que al incorporarse al JIT mencionado *supra,* ha reconocido que los tribunales nacionales de Ucrania, Lituania y Polonia pueden ejercer

[42] De conformidad con esta disposición «[l]a Corte no dará curso a una solicitud de entrega o de asistencia en virtud de la cual el Estado requerido deba actuar en forma incompatible con las obligaciones que le imponga el Derecho internacional con respecto a la inmunidad de un Estado o la inmunidad diplomática de una persona o un bien de un tercer Estado, salvo que la Corte obtenga anteriormente la cooperación de ese tercer Estado para la renuncia a la inmunidad».

[43] Véase *Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal*, de 6 de mayo de 2019 (ICC-02/05-01/09 OA2, 397-Corr).

[44] Véanse los arts. 17 a 20 del Estatuto de Roma.

[45] Véase *Report on Preliminary Examination Activities 2020,* párr. 283.

[46] *Ibid.,* párr. 290.

—y ejercerán— sus respectivas competencias sobre crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad y ha expresado la disposición a colaborar con los mismos a tal fin. El principio de complementariedad se ha convertido así en un elemento esencial de la política fiscal en el caso de Ucrania al que el fiscal se refiere de modo reiterado, en especial respecto de sus relaciones con la Fiscalía ucraniana.

La complementariedad de la jurisdicción de la CPI respecto de las jurisdicciones nacionales competentes para enjuiciar los mismos crímenes ha adquirido un especial significado en el caso de Ucrania, ya que desde el inicio de las operaciones militares varios Estados han manifestado su voluntad de ejercer su jurisdicción respecto de los crímenes que se estaban cometiendo en territorio ucraniano[47], o han declarado que sus Fiscalías están examinando la posibilidad de ejercer jurisdicción sobre los mismos[48]. En todos los casos se trata de países cuyos ordenamientos jurídicos atribuyen a sus tribunales nacionales el ejercicio de alguna forma de jurisdicción universal.

Junto a ello, la aplicación del principio de complementariedad está teniendo ya un efecto destacado en relación con la actuación de los tribunales ucranianos y rusos. En el primero de los casos, según la información disponible, sus tribunales habrían dictado ya sentencias condenatorias contra soldados rusos acusados de cometer crímenes de guerra y lesa humanidad, imponiéndoles penas de enorme gravedad como lo es la cadena perpetua. En el segundo de los casos, según la información disponible, los tribunales de Lugansk, bajo control ruso, habrían dictado sentencias de muerte contra nacionales de terceros Estados que han participado en las operaciones armadas al servicio o cooperando con las tropas o grupos armados ucranianos.

Aunque ambos casos son distintos, en especial por lo que se refieren a los títulos competenciales de unos y otros tribunales, no puede negarse que la intervención inmediata de los tribunales de los dos países contendientes constituye un claro ejemplo del ejercicio de la jurisdicción penal nacional para el enjuiciamiento de los crímenes de competencia de la Corte en Ucrania. Y, desde esta perspectiva, podrían constituir la base para que la CPI aplicase el principio de complementariedad y optase por no ejercer su propia jurisdicción.

Sin embargo, toda valoración de estos supuestos de ejercicio de su jurisdicción por Ucrania y Rusia debe realizarse con cautela. No solo por lo escaso de la información disponible hasta la fecha, sino —sobre todo— porque el principio de complementariedad no puede interpretarse como la mera obligación de la Corte de no ejercer su competencia cuando ya se han producido pronunciamientos sobre los mismos hechos por tribunales nacionales. Por el

[47] Según la información disponible, al menos Alemania, Suecia y Francia habrían iniciado investigaciones sobre estos crímenes.

[48] Este es el caso de nuestro país, en que la fiscal general del Estado decretó en marzo el inicio de un estudio sobre la posibilidad de ejercer funciones de investigación respecto de los crímenes cometidos en Ucrania, sin que hasta la fecha existan informaciones disponibles sobre el seguimiento de tal estudio.

contrario, la acción de las jurisdicciones nacionales es únicamente el requisito esencial para poner en marcha el principio de complementariedad, pero de conformidad con el Estatuto de Roma la CPI dispone de un alto grado de apreciación para valorar si los tribunales nacionales no están ejerciendo su jurisdicción porque no pueden o no quieren, pero también para valorar si la han ejercido en contra de los principios de justicia contenidos en el Estatuto. En todos estos casos la Corte podrá decidir ejercer su competencia, con independencia de que haya intervenido o no algún tribunal nacional e —incluso— levantando el valor de cosa juzgada de las decisiones nacionales.

Por tanto, habrá que esperar al avance de los trabajos del fiscal y de las salas judiciales para concluir si las rápidas sentencias que están siendo dictadas por tribunales ucranianos y rusos son suficientes y válidas para bloquear la acción de la CPI en virtud del principio de complementariedad. Ello, claro está, con independencia de que la intervención de los tribunales penales nacionales no puede ser minusvalorada ni despreciada, ya que están llamados a cumplir la función básica de deducir la responsabilidad penal de los autores de un número elevado de crímenes de genocidio, guerra y lesa humanidad que no podrán ser examinados por la Corte.

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

Al igual que ha sucedido en otros ámbitos, la invasión rusa de Ucrania y el conflicto armado que ha generado han constituido un importante revulsivo para el Sistema de Justicia Penal Internacional, que ha venido a ocupar un lugar central en el discurso político y jurídico a nivel internacional. La constatación de que se han cometido y se siguen cometiendo graves crímenes de guerra y lesa humanidad, y la alegación de crímenes de genocidio, han reactivado el principio de rendición de cuentas y han situado de nuevo en un primer plano la lucha contra la impunidad como objetivo.

En este contexto, la Corte Penal Internacional ha recuperado su papel central en el emergente Sistema de Justicia Penal Internacional y se ha vuelto a percibir por los Estados como un instrumento útil para luchar contra la impunidad de los más graves crímenes de Derecho internacional. La CPI ha recibido, sin duda, un gran respaldo de la comunidad internacional y ha sabido responder de forma ágil a un reto que constituye, al mismo tiempo, una oportunidad para consolidar su posición como jurisdicción de referencia para el enjuiciamiento de los crímenes internacionales.

Sin embargo, la complejidad de la situación de Ucrania obliga a contemplar con prudencia la acción de la Corte y, sobre todo, obliga a colocar en el lugar adecuado lo que se puede pedir y lo que se pude esperar de la CPI, a fin de evitar expectativas no realistas que —en última instancia— podrían terminar por perjudicar la credibilidad y legitimidad internacionales de la Corte. Que la Corte no tiene competencia para enjuiciar el crimen de agresión es una realidad. Y que probablemente tendrá serias dificultades para enjui-

ciar a los líderes rusos, incluso por crímenes de guerra y lesa humanidad, tampoco puede negarse. Sin embargo, estas no son las únicas ni tampoco las principales dificultades a que tendrá que hacer frente la CPI. Por el contrario, investigar en un contexto de conflicto armado, garantizar la independencia y evitar toda posible sombra de parcialidad respecto de una de las partes en el conflicto, reforzar los mecanismos de investigación y la colaboración activa con terceros y definir un correcto modelo de complementariedad son —sin duda— los retos de mayor importancia a que tendrá que hacer frente la Corte en la situación de Ucrania.

En este difícil contexto, la CPI tiene una gran oportunidad para reforzar la confianza que los Estados depositen en ella y, de esta manera, el papel que le corresponderá jugar en el futuro en un Sistema de Justicia Penal Internacional consolidado. Pero también se juega mucho y es necesario que los Estados, en especial los Estados parte, estén a la altura de las circunstancias y le presten toda la cooperación que la CPI precisa. Y ello no solo para reforzar la posición de la Corte, sino también para reforzar el principio de rendición de cuentas y la lucha contra la impunidad de los más graves crímenes de Derecho internacional como elementos axiológicos irrenunciables del Derecho internacional del siglo XXI.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
La guerra de Ucrania/*War in Ukraine*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 77-104
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1a.03
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 08/05/2022. Aceptación: 10/06/2022

AL FILO DE SU COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE*: LA PROVIDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO *ALEGACIONES DE GENOCIDIO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO (UCRANIA C. FEDERACIÓN RUSA)*

Asier Garrido Muñoz*

RESUMEN

AL FILO DE SU COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE*: LA PROVIDENCIA DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA EN EL ASUNTO *ALEGACIONES DE GENOCIDIO EN VIRTUD DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN Y LA SANCIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO (UCRANIA C. FEDERACIÓN RUSA)*

La CIJ («la Corte») ha dictado una importantísima providencia sobre medidas provisionales en el asunto *Alegaciones de Genocidio en virtud de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Ucrania c. Rusia)*. Su importancia deriva no solo del contexto, sino también del lenguaje utilizado por la Corte, ciertas afirmaciones vertidas por esta respecto de las actuaciones rusas en Ucrania, y las medidas decretadas. Sin embargo, el resultado no disipa las dudas que plantea la demanda ucraniana relativas a la competencia *ratione materiae* de la Corte. Este trabajo analiza esta cuestión basándose en los argumentos planteados hasta el momento ante la Corte, llegando a la conclusión de que, efectivamente, ni en el texto de la Convención sobre genocidio, ni en la protección de su objeto y fin, puede Ucrania encontrar un fundamento claro para sus pretensiones.

Palabras clave: genocidio, Corte Internacional de Justicia, medidas provisionales, competencia *ratione materiae*, acusaciones falsas, uso de la fuerza, objeto y fin, buena fe.

---

* Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca), Profesor (*Lecturer*) de Derecho de las Organizaciones Internacionales (Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas). Antiguo letrado de la Corte Internacional de Justicia (2015-2019). Las páginas web referidas en este trabajo fueron consultadas por última vez el 6 de mayo de 2022 (excepto la referencia en la última nota al pie, que fue añadida el 30 de mayo de 2022). El autor agradece a los revisores anónimos sus detalladas sugerencias y comentarios respecto de una versión anterior de este trabajo. El nombre en español del asunto que centra el presente análisis es el utilizado oficiosamente por la propia Corte.

ABSTRACT

AT THE EDGE OF ITS JURISDICTION *RATIONE MATERIAE*: THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE'S ORDER IN THE CASE *ALLEGATIONS OF GENOCIDE UNDER THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE (UKRAINE V. RUSSIAN FEDERATION)*

The ICJ has delivered a most important order on provisional measures in the case *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Its relevance stems not only from the context, but also the language used by the Court, certain statements it made with regard to Russia's actions in Ukraine, and the measures ordered. Nevertheless, the outcome does not dispel the doubts arising from the Ukrainian application relating to the Court's jurisdiction *ratione materiae*. This work analyses this question based on the arguments presented so far before the Court and reaches the conclusion that, indeed, Ukraine cannot find a clear basis for its requests, in either the text of the Genocide Convention, or the protection of its object and purpose.

Keywords: genocide, International Court of Justice, provisional measures, jurisdiction *ratione materiae*, false accusations, use of force, object and purpose, good faith.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS Y LA DECISIÓN DE LA CORTE.—2.1. El doble (o triple) componente de la argumentación ucraniana.—2.2. La argumentación rusa: entre la definición del objeto de la controversia y la competencia *ratione materiae* de la Corte.—2.3. La providencia de la Corte: conclusión previsible.—3. LA COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE* DE LA CORTE SOBRE LA DEMANDA UCRANIANA: DOS CUESTIONES CLAVE Y VARIOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES.—3.1. La determinación del objeto de la controversia.—3.2. La competencia *ratione materiae* de la Corte.—4. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO: PROBANDO LA ELASTICIDAD DEL ART. IX DE LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO.—4.1. Primer componente: alegaciones sobre la ausencia de genocidio.—4.2. Segundo componente (y tercero escondido): uso de la fuerza y reconocimiento de repúblicas.—5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

Como en las ocasiones más relevantes. La Corte Internacional de Justicia («CIJ» o «la Corte») ha respondido con lenguaje claro y directo a la solicitud ucraniana de medidas provisionales en el asunto *Alegaciones de genocidio con base en la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio (Ucrania c. Federación Rusa)* («*Alegaciones de genocidio*»). Lo ha hecho ordenando tres medidas: primero, la suspensión «inmediata» por la Federación Rusa de las operaciones militares comenzadas el 24 de febrero de 2022 en Ucrania; segundo, que el demandado se asegure de que ningún grupo armado militar o irregular «que pudiera ser dirigido o apoyado» por el demandado, así como «cualquier organización o personas que pudiera estar sometido a su control o dirección» tome medidas que contribuyan a las operaciones militares rusas [1]; tercero, evitar cualquier medida que pueda agravar

[1] Este trabajo reproducirá los pasajes del inglés original, con la excepción de los elementos de la parte dispositiva mencionados en este párrafo. En cuanto a los nombres de los asuntos ante la Corte, se

la situación (siguiendo la práctica habitual de la Corte, esta última medida va también dirigida al demandante). La providencia ha sido adoptada por una amplia mayoría de trece votos contra dos favorable a la primera y segunda medidas[2].

Dada la excepcional gravedad del ataque ruso a principios básicos del Derecho internacional, se observa que la Corte ha tenido en cuenta su papel no solo como órgano jurisdiccional internacional que resuelve controversias jurídicas dentro de los límites de su competencia, sino más ampliamente como principal órgano judicial de las Naciones Unidas[3]. Así parece sugerirlo la propia providencia al reiterar «*its own responsibilities [de la Corte] in the maintenance of international peace and security as well as in the peaceful settlement of disputes under the Charter and the Statute of the Court*»[4].

Dicho papel, más relevante si cabe en fase de medidas provisionales[5], explica además ciertas afirmaciones audaces vertidas en los párrafos introductorios, algunas de las cuales rozan el límite de la competencia de la Corte. Un ejemplo aparece ya en el primer párrafo de la sección introductoria, donde la Corte afirma ser muy consciente de la extensión de la «*human tragedy that is taking place in Ukraine*» y se muestra «*deeply concerned about the continuing loss of life and human suffering*»[6]. Aún más allá va el párrafo siguiente, en el que la Corte llega a explicar que se encuentra «*profoundly concerned about the use of force by the Russian Federation in Ukraine, which raises very serious issues of international law*», por lo que estima necesario enfatizar que «*all States must act in conformity with their obligations under the United Nations Charter and other rules of international law, including international humanitarian law*»[7].

Ahora bien, más allá de las importantes medidas ordenadas por la Corte, y de las citadas críticas (más o menos veladas) tanto a la agresión rusa como

---

utilizará el español en el texto principal y en las explicaciones en notas al pie, salvo para las referencias formales.

[2] La tercera medida ha sido adoptada por unanimidad.

[3] Shaw, M. N., *Rosenne's Law and Practice of the International Court*, The Hague, Brill Nijhoff, 2016, vol. I, párr. 33 (versión *online*).

[4] *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022,* pendiente de publicación, párr. 18.

[5] Ancelin, J., «La Cour Internationale de Justice face à la situation en Ukraine: la quête de l'équilibre. Observations à propos de l'ordonnance en indication de mesures conservatoires du 19 avril 2017 dans l'Affaire de l'application de la convention internationale pour la répression du financement du terrorisme et de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale», *AFDI*, 2017, vol. LXIII, pp. 177-203, esp. p. 203; Kolb, R., *The International Court of Justice*, Oxford-Portland, Hart Publishing, p. 638, Rosenne, S. H., *Provisional Measures in International Law. The International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2005, p. 222. En una dirección contraria fue la opinión individual del presidente Jiménez de Aréchaga en el asunto *Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976*, pp. 15-16.

[6] *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*, párr. 17.

[7] *Ibid*., párr. 18.

a los métodos de guerra utilizados, queda preguntarse por el recorrido de la demanda ucraniana ante la Corte[8]. La providencia considera cumplidos todos los criterios por la jurisprudencia de la Corte para decretar medidas provisionales. En efecto, la Corte afirma tener competencia *prima facie* sobre la demanda ucraniana, considera que los derechos cuya protección es invocada por Ucrania mediante medidas provisionales son «plausibles» (*plausible*), identifica un vínculo entre dichos derechos y las medidas solicitadas a la Corte, y acepta tanto la existencia de «riesgo de perjuicio irreparable» (*risk of irreparable prejudice*) para los citados derechos como la urgencia de la situación.

Sin embargo, como es sabido, en fase de medidas provisionales los estándares son más laxos, y hay más espacio para que la oportunidad module la relevancia de las consideraciones técnicas[9]. En este sentido, la providencia de la Corte es indudablemente oportuna. Sin embargo, no disipa las incertidumbres que encierra la demanda ucraniana, y que tendrán que pasar el filtro de una posible sentencia sobre excepciones preliminares. Dicho filtro no ha sido formalmente activado todavía por la propia Corte a pesar de la facultad que le otorga el art. 79.1 del Reglamento[10]: mediante providencia de 23 de marzo de 2022, la Corte ha establecido un plazo de seis meses para que cada una de las partes envíe sus escritos procesales (memoria y contramemoria)[11]. Sin embargo, a nadie se le escapa que el demandado —hasta el momento, ausente del procedimiento y con al menos uno de sus abogados dimitido—[12], se acabará oponiendo a la competencia de la Corte.

De hecho, la Federación Rusa ya ha anticipado su postura en un escrito remitido a la Secretaría de la Corte el 7 de marzo de 2022, pocas horas después de que se cerraran las audiencias orales relativas a las medidas provisionales[13]. En esencia, el escrito plantea el problema de las demandas basadas

---

[8] Podría plantearse cuál es el recorrido práctico de la providencia de la Corte en términos de influencia en el conflicto: a fin de cuentas, más que razonamientos jurídicos, lo que Ucrania necesita son resultados militares. Lamentablemente, los hechos no demuestran ni un ápice de influencia de la providencia en la conducta rusa. No es esta precisamente una excepción en controversias relativas a una situación de conflicto armado (piénsese en la República Democrática del Congo o Bosnia-Herzegovina).

[9] Lando, M., «Plausibility in the Provisional Measures Jurisprudence of the International Court of Justice», *LJIL*, vol. 31, núm. 3, pp. 641-668, esp. pp. 662-664.

[10] Según esta disposición (en su versión actual), «*[f]ollowing the submission of the application and after the President has met and consulted with the parties, the Court may decide, if the circumstances so warrant, that questions concerning its jurisdiction or the admissibility of the application shall be determined separately*». El hecho de que la Corte no haya activado dicho mecanismo puede deberse a la ausencia rusa del procedimiento.

[11] *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Provisional Measures, Order of 23 March 2022*, pendiente de publicación. Durante el verano de 2022, cuatro estados (Letonia, Lituania, Nueva Zelanda y el Reino Unido) han solicitado intervenir en procedimiento sobre la base del art. 63 del Estatuto de la Corte. Por su parte, la Unión Europea ha remitido información a la Corte sobre la base del art. 34.2 del Estatuto y el art. 69.2 del Reglamento de la Corte.

[12] Pellet, A., «Open Letter to my Russian Friends: Ukraine is Not Crimea», *EJIL Talk!*, 3 de marzo de 2022, disponible en *https://www.ejiltalk.org/*.

[13] Una estrategia procesal muy cuestionable. La Corte fue ciertamente comprensiva con la situación al aceptar el escrito ruso. En sus propias palabras, «*[t]hough formally absent from the proceedings, non-appearing parties sometimes submit to the Court letters and documents in ways and by means not contemplated by its Rules [...] It is valuable for the Court to know the views of both parties in whatever*

en una cláusula compromisoria con un componente jurídico, más o menos relacionado con el objeto de la controversia, que va más allá del contenido de dicha cláusula. En otras palabras, se plantea la cuestión de determinar en qué medida el demandante intenta hacer pasar por el filtro de una cláusula compromisoria una controversia cuyo alcance jurídico excede el contenido del tratado en cuestión. En este caso, el componente ajeno a la Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio («Convención sobre genocidio») es obviamente la legalidad de la agresión rusa a Ucrania.

El presente trabajo tiene por objeto abordar esta cuestión (cada vez más presente en la jurisprudencia de tribunales internacionales y arbitrales) en relación con la demanda ucraniana. Para ello, en el segundo apartado se examinan los diferentes componentes tanto de la argumentación ucraniana ante la Corte, como de la respuesta rusa y del razonamiento de la Corte en la providencia de 16 de marzo de 2022. El tercer apartado repasa varios hitos importantes en la jurisprudencia de la Corte, así como de otros tribunales internacionales, que explican el método a seguir para analizar controversias con un componente «ajeno» a la cláusula compromisoria invocada por el demandante. Basándose en este análisis, el cuarto apartado analiza los dos puntos clave que sustentan la demanda ucraniana: las pretensiones relativas a la ausencia de genocidio en el Donbás, y las alegaciones relativas al uso de la fuerza y el reconocimiento de repúblicas por parte del demandado. La última sección resume las conclusiones.

Se ha de aclarar que el análisis abordado en estas líneas es prospectivo, y por ende provisional. Habrá que esperar al desarrollo del procedimiento para observar cómo las partes desarrollan sus argumentos sobre la competencia de la Corte, que pueden no solo afinar, sino también variar.

2. LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS Y LA DECISIÓN DE LA CORTE

En esta sección se identifican los principales argumentos planteados por Ucrania ante la Corte, se explica la respuesta rusa en su escrito presentado de forma intempestiva, y se aborda el razonamiento de la Corte en su providencia de 16 de marzo de 2022. No se trata aquí de realizar un repaso exhaustivo de todos los argumentos planteados o expuestos, sino de resaltar los elementos más relevantes para nuestro análisis, que se centra en la cuestión de la competencia *ratione materiae* de la Corte. La relación de argumentos y citas jurisprudenciales es más bien descriptiva.

---

form those views may have been expressed [...] The Court will therefore take account of the document communicated by the Russian Federation on 7 March 2022 to the extent that it finds this appropriate in discharging its duties» [Escrito de la Federación Rusa enviado a la Secretaría de la Corte el 7 de marzo de 2022 («Escrito de la Federación Rusa»), párr. 22]. Es de suponer que Ucrania habrá tenido la oportunidad de responder al escrito en aplicación del art. 56.2 del Reglamento de la Corte; si es así, el contenido de la respuesta ucraniana no se ha publicado todavía en la web de la Corte.

2.1. El doble (o triple) componente de la argumentación ucraniana

La demanda ucraniana es clara en cuanto al doble componente de sus pretensiones: por un lado, las reclamaciones rusas según las cuales se han producido actos de genocidio en los territorios (*oblast*) de Donetsk y Luhansk (las dos autoproclamadas repúblicas reconocidas por el demandado), y por otro, la invasión de Ucrania con fundamento en esta alegación[14].

En relación con el primer componente, Ucrania explica que no hay «*factual basis for the existence of genocide [...] and Russia has advanced no evidence to substantiate its allegation*»[15], y critica que «*Russia has turned the Genocide Convention on its head - making a false claim of genocide as a basis for actions on its part that constitute grave violations of the human rights of millions of people across Ukraine*»[16]. Para ello, se refiere a la ausencia de mención a esta cuestión en varios informes del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos relativos a la situación en Ucrania[17]. En términos jurídicos, Ucrania invoca los arts. I, II y III de la Convención, que en esencia establecen la obligación general de prevenir y sancionar el delito de genocidio, y definen el término y las formas de atribución de responsabilidad individual. El razonamiento utilizado para sustentar esta parte de la argumentación indica, en términos generales, que «*[t]he duty to prevent and punish genocide enshrined in Article I of the Convention necessarily implies that this duty must be performed in good faith and not abused*»[18]. El párr. 1 del *petitum* es, en todo caso claro: Ucrania solicita a la Corte que declare que no ha habido genocidio en Donetsk y Luhansk[19].

En cuanto al segundo componente que fundamenta la argumentación ucraniana, el demandante argumenta, sobre la base de las mismas disposiciones citadas anteriormente, que «*one Contracting Party may not subject another Contracting Party to unlawful action, including armed attack, especially when it is based on a wholly unsustantiated claim of preventing and punishing genocide*»[20]. En el *petitum,* Ucrania reclama que la Corte declare, primero en términos generales, y luego específicamente en referencia a la invasión rusa, que la Convención sobre genocidio no puede fundamentar actuaciones cuyo fin es la prevención o la sanción del delito de genocidio cuando dichas actuaciones se basen en alegaciones falsas[21].

Por último, existe un tercer componente en la demanda que solo aflora en el *petitum*: la reclamación a la Corte de que declare que la Convención sobre

---

[14] *Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 26 February 2022 (Ukraine v. Russian Federation),* párr. 8.

[15] *Ibid*., párr. 21.

[16] *Ibid*., párr. 24.

[17] *Ibid*., párrs. 21-22.

[18] *Ibid*., párr. 27.

[19] Ciertas partes de la demanda parecen sugerir que Ucrania acusa a Rusia ante la Corte de estar cometiendo un genocidio en Ucrania, si bien no tienen reflejo en el *petitum* (véase *ibid*., párr. 24).

[20] *Ibid*., párr. 28.

[21] *Ibid.*, párrs. 30.*b)* y *d)*.

genocidio no puede fundamentar el reconocimiento de las llamadas República Popular de Donetsk y Luhansk[22].

Ucrania amplía varios aspectos de su argumentación en sus alegaciones relativas a las medidas provisionales. Por ejemplo, el escrito de solicitud de dichas medidas explica, en relación con la competencia *prima facie* de la Corte, que existe una triple controversia entre las partes: la primera, relativa a la base fáctica del genocidio invocado por la Federación Rusa; la segunda, relativa a la existencia de «*lawful basis to take military action in and against Ukraine to prevent and punish genocide pursuant to Article I of the Genocide Convention*»; la tercera se basa en el art. VIII de la Convención y tiene por objeto determinar la legalidad del uso de la fuerza por parte del demandado[23].

En línea con esta definición de la controversia, el escrito reitera los argumentos relativos a la buena fe y la imposibilidad de someter a otro Estado parte en la Convención sobre genocidio a un ataque armado basado en alegaciones «prefabricadas»[24]. En relación con el art. VIII, el escrito indica que la propia Corte ha reconocido en su sentencia relativa a la *Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro)*, que «*it is clear that every State may only act within the limits permitted by international law*»[25].

Durante las audiencias orales, Ucrania aportó más elementos fácticos para apoyar su razonamiento, por ejemplo, al repasar ocho años de relaciones entre ambas partes a fin de demostrar que las «grotescas» alegaciones de genocidio del presidente Putin en su discurso de 24 de febrero de 2022 forman parte de una controversia de larga data[26]. También expandió sus ar-

---

[22] *Ibid*., párr. 30.*c)*.

[23] De acuerdo con el art. VIII, «[t]oda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art. III». Esta disposición solo es citada fugazmente en el escrito de demanda. En fase de medidas provisionales, Ucrania plantea que este aspecto de la controversia concierne la cuestión de determinar si la Federación Rusa «*may take such military steps unilaterally when that article provides that Contracting Parties may call upon "the competent organs of the United Nations to take such action under the Charter of the United Nations as they consider appropriate for the prevention and suppression of acts of genocide", and Russia is not acting in a manner permitted by the Charter of the United Nations*» (*Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Ukraine*, 26 de febrero de 2022, párr. 7).

[24] *Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Ukraine*, párr. 14.

[25] *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. 221, párr. 430. En este sentido, Ucrania alega que «*Russia's military action against a sovereign State based on a manifestly false claim of genocide is not consistent with either the Convention, or the provisions of the Charter referred to in Article VIII of the Convention, and thus exceeds the limits permitted by international law*» [*Request for the Indication of Provisional Measures Submitted by Ukraine*, párr. 15. Véase también CR 2022/05, p. 29, párr. 50 (Thouvenin) (énfasis original)].

[26] CR 2022/05, pp. 20-25, paras. 14-32 (Thouvenin). También repasó con más detalle la situación en Donetsk y Luhansk a fin de demostrar la ausencia de genocidio, incluso en relación con los hechos acaecidos una vez comenzado el conflicto armado [CR 2022/05, pp. 31-36, párrs. 7-24 (Zionts)].

gumentos relativos a la contradicción entre las actuaciones rusas y el objeto y el fin de la Convención sobre genocidio, por ejemplo al citar el siguiente párrafo de la Opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención sobre Genocidio*:

> «*[t]he Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It [was] indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d'être of the convention* [minúscula en el original]. *Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions*»[27].

En relación con el uso de la fuerza, Ucrania estableció paralelismos con la sentencia en el asunto *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, donde la Corte indicó que «*while the United States might form its own appraisal of the situation as to respect for human rights in Nicaragua, the use of force could not be the appropriate method to monitor or ensure such respect*»[28]. Y en relación con la buena fe, Ucrania recordó que dicho principio «*obliges the Parties to apply it* [el tratado en cuestión] *in a reasonable way and in such a manner that its purpose can be realized*»[29].

Hasta aquí en lo que respecta a los argumentos de hecho y de derecho que interesan a efectos de este trabajo. En cuanto a las medidas específicas solicitadas, estas consisten en ordenar al demandado tres medidas que, en esencia, son muy similares a las tres medidas finalmente ordenadas por la Corte[30]. Con dos excepciones, sin embargo. En primer lugar, la tercera medida reclamada por Ucrania (que la Corte ordene a la Federación Rusa abstenerse de cualquier acto que agrave el procedimiento) recibió una respuesta más amplia de la Corte, también dirigida hacia el demandante. Ello sigue la línea de

---

[27] *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951,* p. 23 [énfasis añadido por Ucrania en CR 2022/05, p. 39, párr. 6 (Cheek)].

[28] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment. ICJ Reports 1986,* p. 134, párrs. 267-268.

[29] *Gabčíkovo-Nagymaros Project, Hungary/Slovakia*, *ICJ Reports 1997*, pp. 78-79, párr. 142 [citado en CR 2022/05, p. 44, párr. 21 (Cheek)]. Ucrania también reitera sus argumentos relativos al art. VIII de la Convención sobre genocidio [CR 2022/05, p. 47, párr. 34 (Cheek)]. A la hora de demostrar que la solicitud ucraniana de medidas provisionales cumple con el requisito de urgencia de la situación, Ucrania invoca los hechos comunicados a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional como constitutivos de crímenes de guerra, y explica en detalle las consecuencias humanitarias y medioambientales del conflicto [CR 2022/05, pp. 49-55, paras. 7-23 (Gimblett)].

[30] Véase la introducción a este trabajo. La lista de las medidas solicitadas por Ucrania al final de las audiencias orales puede encontrarse en CR 2022/25, p. 70, párr. 9 (Zolotaryova).

su jurisprudencia habitual[31]. En segundo lugar, Ucrania también reclama a la Corte que obligue al demandado a enviar un informe a la Corte una semana después de la providencia, y subsiguientemente en intervalos regulares[32]. Esta petición no fue aceptada.

2.2. La argumentación rusa: entre la definición del objeto de la controversia y la competencia *ratione materiae* de la Corte

El escrito remitido por la Federación Rusa ante la Corte presenta algunos elementos novedosos en relación con el discurso del presidente Putin de 24 de febrero de 2022. Respecto de este último, es interesante observar cómo, aunque su contenido jurídico sea más que cuestionable, el presidente Putin no dejó de invocar el Derecho internacional para justificar las actuaciones rusas[33]: todo por el Derecho internacional, pero sin el Derecho internacional, como hace años afirmara Paz Andrés Sáez de Santamaría respecto de la agresión de la OTAN a Kosovo[34].

La argumentación rusa se centra ahora en la competencia *prima facie* de la Corte, y de manera incidental, en la definición de la controversia entre las partes. Como era de esperar, el demandado considera que la Corte «*ought not to indicate measures for the protection of any dispute rights other than those which might ultimately form the basis of a judgment in the exercise of the jurisdiction, thus* prima facie *established*»[35]. En este sentido, explica que la Convención sobre genocidio «*does not regulate either the use of force between States or the recognition of States*»[36]. Más concretamente, la Federación Rusa alega que

> «*[t]he reference to prevention in Article I of the Convention or the reference to the United Nations Charter in Article VIII of the Convention can neither make the United Nations Charter part of the Convention, thus, bringing issues related to Article 51 under the Court's jurisdiction, nor make Article IX of the Convention "a general provision for the settlement of disputes" by the Court [...] Nowhere in the Convention may one find any reference to the use of force between States or recog-*

[31] Véase, entre otras muchas, *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 19 April 2017, ICJ Reports 2017,* pp. 140-141, para. 2 de la parte dispositiva. La línea no es unánime: 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,* p. 30, párr. 86.

[32] Para una justificación de esta reclamación, véase CR 2022/05, pp. 66-67, párrs. 33-35 (Koh).

[33] Milanovic, M., «What is Russia's Legal Justification for Using Force against Ukraine?», *EJILTalk!*, 24 de febrero de 2022, disponible en *https://www.ejiltalk.org/*.

[34] Andrés Sáez de Santamaría, P., «Kosovo. Todo por el Derecho Internacional pero sin el Derecho Internacional», *Meridiano CERI*, agosto de 1999, núm. 28, pp. 4-8. Se entiende que el paralelismo se aplica a pesar de las importantes diferencias entre ambos contextos, que no es necesario explicar aquí.

[35] Escrito de la Federación Rusa, párr. 9. La referencia es *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Provisional Measures, Order of 13 September 1993, ICJ Reports 1993,* p. 325, párr. 36.

[36] Escrito de la Federación Rusa, párr. 10.

nition of States, which are regulated by the United Nations Charter and customary international law. To read them into the Convention by implication would be to substantially amend and distort the object and purpose of the Convention»[37].

Lo más novedoso viene a continuación, cuando la Federación Rusa alega que su conducta se encuentra justificada por el derecho de legítima defensa recogido en el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas («CNU») y el Derecho consuetudinario[38]. Para ello cita la carta remitida por su representante permanente al secretario general de la Organización y al Consejo de Seguridad, con fecha del día de la invasión[39]. El discurso del presidente Putin no había invocado razonamiento alguno en estos términos. Sí que mencionaba, como ahora reitera el escrito ruso remitido a la Secretaría de la Corte, que el reconocimiento de las Repúblicas de Donetsk y Lugansk se basa en el derecho a la libre determinación de los pueblos[40]. Finaliza el escrito solicitando a la Corte que rechace las medidas provisionales solicitadas por Ucrania[41].

2.3. La providencia de la Corte: conclusión previsible

Amén de las importantes afirmaciones introductorias reproducidas con anterioridad en este trabajo, la providencia de la Corte comienza con una crítica a la ausencia del demandado durante las audiencias orales, como recientemente hiciera también en el asunto del *Laudo Arbitral de 3 de octubre de 1899 (Guayana c. Venezuela)*[42]. En cuanto a la competencia *prima facie*, la Corte parece seguir el camino de providencias recientes, en el sentido de centrar su razonamiento en determinar la existencia de una controversia entre las partes «relativa a la interpretación, aplicación o ejecución» de la Convención sobre genocidio. En la práctica, esta operación se limita a constatar la existencia de un desacuerdo entre las partes que se concreta en las referencias (más o menos detalladas) al objeto de la controversia durante los intercambios mantenidos entre las partes con anterioridad a la demanda. Siguiendo la jurisprudencia de la Corte, dichas referencias deben hacerse «*with sufficient clarity to enable the State against which a claim is made to ascertain that there is, or may be, a dispute with regard to that subject-matter*»[43].

En otros términos, la providencia de la Corte no entra de lleno a analizar si esta tiene o no competencia *ratione materiae*, aunque sea a nivel *prima facie*. Ciertamente, la providencia explica que «*[a]t the stage of making an*

[37] *Ibid*., párrs. 11-12.
[38] *Ibid*., párr. 15.
[39] *Ibid*., párrs. 15-16.
[40] *Ibid*., párrs. 18-19.
[41] *Ibid*., párr. 24.
[42] *Allegations of Genocide*, párrs. 21-23. La referencia es *Arbitral Award of 3 October 1899 (Guyana v. Venezuela), Jurisdiction of the Court, Judgment, ICJ Reports 2020,* p. 464, párr. 25.
[43] *Allegations of Genocide*, párrs. 35-46, esp. párr. 44. La referencia es *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2011 (I),* p. 85, párr. 30.

order on a request for the indication of provisional measures, the Court's task is to establish whether the acts complained of by Ukraine appear to be capable of falling *within the provisions of the Genocide Convention*».[44] Pero el razonamiento seguido en los párrafos siguientes no sigue esa línea, dejando así los argumentos relativos a esta cuestión para el análisis de la plausibilidad de los derechos que la Corte debe proteger en fase de medidas provisionales. No es la providencia que nos ocupa un ejemplo aislado de esta manera de proceder, pero tampoco representa toda la jurisprudencia de la Corte (que, en todo caso, sí se detiene a considerar el cumplimiento de las condiciones procedimentales requeridas por el tratado de autos)[45]. La cuestión puede ser explicada en parte por la ausencia de Rusia del procedimiento.

A modo precisamente de enlace con la cuestión de la plausibilidad, se ha de subrayar que la providencia responde a un argumento que, es de esperar será invocado en fases posteriores del procedimiento. Se trata de la tesis según la cual, al existir una controversia entre las partes relativa al uso de la fuerza por parte del demandado, la Corte no puede ejercer su competencia, al no extenderse esta ni al art. 51 de la CNU ni a la prohibición del uso de la fuerza en Derecho consuetudinario. Aquí la Corte recuerda que «*certain acts or omissions may give raise to a dispute that falls within the ambit of more than one treaty*», por lo que «*[t]he above-referenced assertion of the Russian Federation does not therefore preclude a prima facie finding by the Court that the dispute presented in the Application relates to the interpretation, application or fulfilment of the Genocide Convention*»[46].

Pasando ya a la plausibilidad, el estándar de la Corte se define en los siguientes términos: «*The Court is not called upon to determine definitively whether the rights which Ukraine wishes to see protected exist; it need only*

---

[44] *Allegations of Genocide,* párr. 43 (énfasis añadido).

[45] Véanse, entre otros asuntos recientes en los que la competencia *ratione materiae* basada en una cláusula compromisoria fue cuestionada en fase de medidas provisionales y la Corte se centró en analizar los intercambios entre las partes previos a la demanda, *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbayan), Provisional Measures, Order of 7 December 2021,* pendiente de publicación, párrs. 19-29; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbayan v. Armenia), Provisional Measures, Order of 7 December 2021,* pendiente de publicación, párrs. 19-28.

Como ejemplos de lo contrario, véanse las providencias en los asuntos *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, ICJ Reports 2018,* pp. 635-636, párr. 43, donde la Corte sí analizó la existencia en el tratado de los derechos invocados por el demandante, en respuesta a los argumentos estadounidenses relativos a esta cuestión. En *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates),* la Corte dejó expresamente abierta la cuestión de la interpretación del art. 1.1 de la Convención invocada en aquel asunto, cuestión que sería determinante en fase de excepciones preliminares (*Provisional Measures, Order of 23 July 2018, ICJ Reports 2018,* p. 417, párr. 27). Finalmente, en *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France),* la Corte analizó, entre otras cuestiones, el contenido del art. 4 de la Convención de Palermo y su relación con otras disposiciones de ese tratado (*Provisional Measures, Order of 7 December 2016, ICJ Reports 2016,* p. 1160, párr. 48).

[46] *Allegations of Genocide*, párr. 46. La referencia es *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment of 3 February 2021,* pendiente de publicación, párr. 56.

decide whether the rights claimed by Ukraine on the merits, and for which it is seeking protection, are plausible»[47]. En relación con el art. I de la Convención sobre genocidio, la Corte explica que la obligación de «prevenir y sancionar» el delito de genocidio debe ser aplicada de buena fe, «*taking into account other parts of the Convention, in particular Articles VIII and IX, as well as its Preamble*»[48]. Luego de reiterar el contenido de ambas disposiciones, la Corte acepta la tesis ucraniana según la cual todo Estado que actúe en cumplimiento de la obligación de prevenir el genocidio «*may only act within the limits permitted by international law*»[49].

Aún más, la Corte añade que «*[t]he acts undertaken by the Contracting Parties "to prevent and to punish" genocide must be in conformity with the spirit and aims of the United Nations, as set out in Article 1 of the United Nations Charter*»[50]. Teniendo en cuenta que, en esta fase procesal, «*[t]he Court is not in possession of evidence substantiating the allegation of the Russian Federation that genocide has been committed on Ukrainian territory*»[51], y de que (afirmación más relevante aún), «*it is doubtful that the Convention, in light of its object and purpose, authorizes a Contracting Party's unilateral use of force in the territory of another State for the purpose of preventing or punishing an alleged genocide*»[52], la Corte estima cumplido el criterio de la plausibilidad[53].

La providencia viene acompañada de cinco declaraciones (dos disidentes) y una opinión individual, que se resumirán en términos muy breves sin perjuicio de otras referencias posteriores. El vicepresidente Gevorgian se centra en la ausencia de competencia *ratione materiae* de la Corte en este caso. El juez Bennouna muestra sus simpatías por la demanda ucraniana, pero también cuestiona dicha competencia. La jueza Xue se centra en la, a su juicio, falta de plausibilidad de la demanda ucraniana debido al propósito último de esta: cuestionar la legalidad del uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa. El juez Robinson expone los motivos por los que ha votado a favor de la providencia, incluidos los temas tratados en las tres opiniones anteriores. El juez Nolte se centra en la diferencia entre el presente asunto y los relativos a la *Legalidad del uso de la fuerza* que la antigua Serbia y Montenegro (actual Serbia, entonces llamada República Federal de Yugoslavia) planteó contra

[47] *Allegations of Genocide*, párr. 51.
[48] *Ibid*., párr. 56.
[49] *Ibid*., párr. 57.
[50] *Ibid*., párr. 58.
[51] *Ibid*., párr. 59.
[52] *Ibid*.
[53] En relación con el resto de criterios necesarios para ordenar medidas provisionales, se indicará únicamente que la Corte aplica el conocido criterio de la «vulnerabilidad» de las víctimas (en este caso, la población civil ucraniana víctima del conflicto armado). En controversias relativas a la protección de derechos individuales o colectivos, dicho criterio modula tanto la determinación de la existencia de riesgo de daño irreparable como la urgencia de la situación. Para justificar su razonamiento, la Corte citó pasajes relevantes de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, donde esta expresa su gran preocupación por la suerte de los civiles ucranianos (AGNU, A/RES/ES-11/1, 2 de marzo de 2022).

diez Estados miembros de la OTAN[54]. Por último, el juez *ad hoc* Daudet se centra en la tercera medida ordenada por la Corte (la no agravación del procedimiento por las partes).

3. LA COMPETENCIA *RATIONE MATERIAE* DE LA CORTE SOBRE LA DEMANDA UCRANIANA: DOS CUESTIONES CLAVE Y VARIOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES

Tal y como se desprende de los argumentos formulados ante la Corte, parece haber dos precedentes relevantes a la hora de establecer paralelismos con la demanda ucraniana. El primero afecta a la competencia *ratione materiae* (o la plausibilidad, según se mire): son los diez asuntos planteados por la antigua Serbia y Montenegro contra Estados miembros de la OTAN. Tanto jueces disidentes de como favorables a la providencia se refieren, en particular, al siguiente pasaje de la demanda planteada contra Bélgica:

> «*The threat or use of force against a State cannot in itself constitute an act of genocide within the meaning of Article II of the Genocide Convention [...] in the opinion of the Court, it d[id] not appear at the present stage of the proceedings that the bombings which form the subject of the Yugoslav Application "indeed entail[ed] the element of intent, towards a group as such, required by the provision quoted above"*» [55].

Como consecuencia de este razonamiento, la Corte concluyó que no disponía de competencia *prima facie* para decretar las medidas provisionales solicitadas por Serbia y Montenegro[56].

El otro precedente afecta a la plausibilidad: *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*. Aquí la Corte indicó que el supuesto objetivo de asegurar la protección de los derechos humanos en Nicaragua (invocado por Estados Unidos) no podía justificar las medidas adoptadas por el demandado; entre otras, el minado de puertos, la destrucción de instalaciones petrolíferas y el entrenamiento y aprovisionamiento de los «contras» nicaragüenses. Nótese que la Corte indicó en 1986 que este argumento no solo era incapaz de justificar la conducta estadounidense en términos jurídicos, sino tampoco podía «*be reconciled with the legal strategy of the respondent State, which [was] based on the right of collective self-defence*» [57]. En otras palabras, la Corte consideró incoherente invocar en paralelo el ejercicio de un supuesto derecho de intervención en aras de proteger derechos humanos (como hizo el Congreso estadounidense en un informe de 1985) con la legítima defensa. En el presente caso, Rusia parece encontrarse en una situación similar, en tanto en cuanto también ha invocado en paralelo

---

[54] *Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Belgium), Provisional Measures, Order of 2 June 1999, ICJ Reports 1999,* en particular p. 138, párr. 40.

[55] *Ibid*.

[56] *Ibid*., p. 138, párr. 41.

[57] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua,* p. 135, párr. 268.

la protección de los habitantes del Donbás contra un supuesto genocidio y la legítima defensa.

Se trata, en todo caso, de precedentes que se refieren a aspectos puntuales de la competencia *ratione materiae* de la Corte, y que no agotan la panorámica de conjunto del posible Derecho aplicable. Además, hay que tener en cuenta que el paralelismo con la sentencia *Actividades Militares y Paramilitares* ha de ser tomado con cautela, dada la divergente base de competencia entre ambos casos[58]. Por ello, este apartado amplía la perspectiva del Derecho aplicable en referencia a dos cuestiones clave o «momentos» del razonamiento que tendrá que considerar la Corte en una hipotética sentencia sobre excepciones preliminares: en primer lugar, el objeto de la controversia entre las partes; y en segundo, su competencia *ratione materiae* en un sentido más estricto.

3.1. La determinación del objeto de la controversia

Como es sabido, la determinación de la existencia de una controversia es una condición esencial para la competencia de la Corte. Como es sabido también, en los últimos años la Corte ha venido afinando (muchos afirman que endureciendo)[59] su jurisprudencia relativa a esta cuestión, por ejemplo, mediante el requisito de que los intercambios entre las partes, invocados para justificar la existencia de una controversia, se refieran con suficiente claridad al objeto de esta[60]. La Corte ha llegado incluso a requerir que la existencia de la controversia tenga lugar antes del planteamiento de la demanda, evitando así que este último acto pueda en sí cumplir el trámite al comunicarse el escrito de demanda a la otra parte[61].

En paralelo, se ha planteado el debate relativo a la «relevancia competencial» de la determinación por un tribunal internacional del objeto de su controversia. La cuestión fue relevante en las decisiones en los laudos *Arbitraje relativo al Área Protegida de las Chagos (Mauricio c. Reino Unido*) (18 de marzo de 2015) y en *Arbitraje relativo al Mar del Sur de China (Filipinas c. China*) (29 de octubre de 2015). En el primero, el demandado argumentó que lo que Mauricio presentó como cuestiones supuestamente relativas a la

---

[58] En efecto, al tratar aquel de una controversia planteada ante la Corte en virtud de la cláusula facultativa del art. 36.2 del Estatuto, la Corte tenía todo el margen de maniobra posible para pronunciarse sobre esta cuestión. En el presente caso, esta cuestión no puede ser respondida por la Corte sin antes asegurarse de que entra dentro del ámbito de aplicación de la Convención sobre genocidio.

[59] Véase, entre otros, Becker, M., «The Dispute that Wasn't there: Judgments in the Nuclear Disarmament Cases at the International Court of Justice», *Cambridge International Law Journal*, 2017, vol. 6, núm. 1, pp. 4-26.

[60] *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation),* p. 85, párr. 30 (asunto basado en una cláusula compromisoria).

[61] *Obligations concerning Negotiate Nuclear Disarmament (Islas Marshall v. India), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 2016,* pp. 271-272, paras. 39-40 (entre las tres demandas interpuestas por las Islas Marshall que dieron lugar a una sentencia). Para un análisis más detallado, véase Garrido Muñoz, A., «Los requisitos procesales en serio: la existencia de una "controversia internacional" en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia», *REDI*, enero-junio de 2018, vol. 70/1, pp. 127-153.

aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar de 1982 eran en realidad una reformulación de una controversia relativa a la soberanía sobre el Archipiélago de las Chagos (cuestión sobre la cual el tribunal arbitral no tenía competencia). El tribunal arbitral concluyó que, a fin de determinar si la competencia entraba dentro del ámbito de la citada Convención, «*the Tribunal [had to] evaluate where the relative weight of the dispute lie[d]*» [62]. En el segundo laudo, el tribunal estimó que le correspondía determinar una cuestión análoga relativa al contenido de la demanda filipina, que según el demandado concernía las reclamaciones chinas de soberanía territorial sobre ciertas formaciones marítimas [63]. El razonamiento del tribunal siguió la lógica y contenido de la sentencia de la Corte en el asunto *Obligación de negociar un acceso al mar (Bolivia c. Chile),* que se explica a continuación.

En relación con ambos laudos al menos una autora argumentó que el filtro de la determinación del objeto de la controversia rompía con la aproximación habitual en la jurisprudencia. Dicha aproximación se centraba en determinar la competencia *ratione materiae* de la Corte con base en interpretaciones no tanto del verdadero objeto de la controversia (operación de naturaleza más bien subjetiva), sino de las disposiciones del tratado de turno (operación de naturaleza más objetiva) [64]. Baste aquí señalar que, en su Sentencia de 24 de septiembre de 2015 relativa a una excepción preliminar en *Bolivia c. Chile*, la Corte no observó problema alguno en seguir esta aproximación, y por tanto, determinar el contenido de la controversia a fin de determinar el alcance de su competencia. La Corte entendió que le correspondía determinar

> «*on an objective basis the subject-matter of the dispute between the parties, that is, to "isolate the real issue in the case and to identify the object of the claim...". To identify the subject-matter of the dispute, the Court bases itself on the application, as well as the written and oral pleadings of the parties. In particular, it takes account of the facts that the applicant identifies as the basis for its claim*» [65].

Nótese que el contexto de esta sentencia divergía del planteado ahora en *Alegaciones de genocidio*, en tanto que el problema en aquella no era la com-

---

[62] *Award in the Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Award of 18 March 2015, RIAA,* pp. 457-458, párr. 211. El tribunal concluyó que esta parte de la controversia referida por Mauricio concernía efectivamente a la cuestión de la soberanía sobre las Chagos, y por tanto excedía su competencia (*ibid*., párr. 212).

[63] *The South China Sea Arbitration between the Republic of the Philippines and the People's Republic of China, Award on Jurisdiction and Admissibility of 29 October 2015, RIAA,* vol. XXXIII, pp. 61-74, párrs. 148-178.

[64] Harris, C., «Claims with an Ulterior Purpose: Characterising Disputes Concerning the "Interpretation or Application" of a Treaty», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2019, núm. 18, pp. 279-299.

[65] *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Preliminary Objection, Judgment, ICJ Reports 2015,* pp. 602-603, párr. 26. Sobre esta sentencia, véase González Vega, J., «En busca del esquivo mar: la controversia Bolivia-Chile ante la Corte Internacional de Justicia», *REDI*, 2019, vol. 71, núm. 2, pp. 75-99 (en particular el apdo. 4, que plantea lo que a nuestro juicio es una cuestionable interpretación del objeto de la controversia, por las razones explicadas por el juez Gaja en su declaración aneja a la sentencia).

petencia *ratione materiae* de la Corte, sino una excepción recogida en el Pacto de Bogotá (base de competencia de la Corte en aquel asunto) cuya aplicación habría excluido la competencia de la Corte sobre la demanda boliviana[66]. No impide ello, a nuestro juicio, aplicar esta jurisprudencia a la problemática que nos compete en estas líneas. De hecho, la sentencia *Bolivia c. Chile* reflejó en términos estructurados una línea de razonamiento de larga trayectoria, línea que Hill-Cawthorne ha definido en términos de «separabilidad» (*severability*) de los elementos de una controversia en diferentes componentes. Como demuestra esta autora, esta aproximación ha sido aceptada no solo por la CIJ, sino también por los órganos de sistema de arreglo de controversias de la Organización Mundial del Comercio y tribunales arbitrales[67]. La clave consiste en «desagregar» los elementos de una controversia en diversos componentes jurídicos que pueden ser invocados ante diferentes tribunales internacionales en función de la competencia de estos; ya antes del actual conflicto armado, el caso ucraniano era un excelente ejemplo de esta estrategia procesal.

No compartimos, pues, la premisa según la cual el contenido de la controversia debe ser analizado únicamente en relación con la operación intelectual, de objetivo distinto, que consiste en determinar la competencia *ratione materiae* de la Corte[68]: es lógico que la Corte, antes de analizar esta cuestión, estime necesario determinar el contenido de la controversia de autos[69], cuestión que en sí, y de manera incidental, puede encerrar el problema de determinar las pretensiones últimas del demandante (en el caso ucraniano, presuntamente, activar la competencia de la Corte en relación con la cuestión del uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa). Otra cosa es que en la práctica haya cierto solapamiento entre ambas categorías (objeto de la controversia y determinación de la competencia *ratione materiae* en sentido tradicional), pues ambas tienen por objetivo determinar si la controversia de turno entra dentro del ámbito de la cláusula compromisoria invocada. Pero eso es inevitable[70].

---

[66] Se trataba de la excepción recogida en el art. VI del Tratado americano de soluciones pacíficas («Pacto de Bogotá») de 1948. De acuerdo con esta disposición, «[t]ampoco podrán aplicarse dichos procedimientos [entre ellos, la CIJ] a los asuntos ya resueltos por arreglo de las partes, o por laudo arbitral, o por sentencia de un tribunal internacional, o que se hallen regidos por acuerdos o tratados en vigencia en la fecha de la celebración del presente Pacto».

[67] Hill-Cawthorne, C., «International Litigation and the Disaggregation of Disputes: Ukraine/Russia as a Case Study», *ICLQ*, octubre de 2019, vol. 68, pp. 779-815, esp. pp. 794-800 (y las referencias en la nota 98). Como justificación, baste el siguiente pasaje de la providencia de la CIJ en materia de medidas provisionales dictada en el asunto del *Personal Diplomático y Consular en Teherán (Estados Unidos c. Irán)*: «*No provision of the Statute or Rules contemplates that the Court should decline to take cognizance of one aspect of a dispute merely because that dispute has other aspects, however important*» [*Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran), Provisional Measures, Order of 15 December 1979, ICJ Reports 1979,* p. 15, párr. 24].

[68] Harris, C., *op. cit.,* pp. 294-298.

[69] Forteau, M., «Regulating the Competition between International Courts and Tribunals. The Role of *Ratione Materiae* Jurisdiction under Part XV of UNCLOS», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2006, vol. 15, pp. 190-206, esp. p. 203.

[70] También es inevitable el mayor margen de maniobra del que disponen los tribunales internacionales a la hora de caracterizar el objeto de la controversia, en contraposición con el que disponen a la

La relevancia de la operación consistente en determinar el objeto de la controversia ha sido confirmada en la Sentencia de 3 de febrero de 2021 en materia de objeciones preliminares en el asunto *Presuntas violaciones del Tratado de amistad, relaciones económicas y derechos consulares de 1955 (República Islámica de Irán c. Estados Unidos de América)* [71]. Citado solo en parte en la providencia sobre medidas provisionales en *Alegaciones de Genocidio*, el razonamiento expuesto en aquella afirma que:

> «*[t]he fact that the dispute between the Parties ha[d] arisen in connection with and in the context of the decision of the United States to withdraw from the JCPOA d[id] not in itself preclude the dispute from relating to the interpretation or application of the Treaty of Amity [...] Certain acts may [have] fall[en] within the ambit of more than one instrument and a dispute relating to those acts may [have] relate[d] to the "interpretation or application" of more than one treaty or other instrument. To the extent that the measures adopted by the United States following its decision to withdraw from the JCPOA might [have] constituted breaches of certain obligations under the Treaty of Amity, those measures relate[d] to the interpretation or application of that Treaty*» [72].

Las consecuencias de este pasaje sobre la demanda ucraniana son obvias, pues en la providencia de 16 de marzo de 2022 una mayoría de jueces ha aceptado, *prima facie*, el planteamiento del objeto de la demanda tal y como ha sido formulado por Ucrania. Sin embargo, es de notar que tres jueces han planteado dudas sobre las intenciones últimas del demandante en este caso, y por ende sobre la competencia de la Corte.

3.2. La competencia *ratione materiae* de la Corte

La determinación de la competencia *ratione materiae* de la Corte es una cuestión que suscita interrogantes cada vez más relevantes.

---

hora de determinar su competencia *ratione materiae*. En un contexto diferente, Kolb argumentó que la noción de controversia puede convertirse en un elemento maleable que permitirá a la Corte aplicar un «*certiorari* implícito» a fin de evitar demandas que puedan dificultar su función judicial (Kolb, R., «Chronique de la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice en 2016», *RSDIUE*, 2017, vol. 27, núm. 1, pp. 69-101, esp. p. 97). Ciertamente, hay ejemplos jurisprudenciales de pretensiones rechazadas por la vía de la definición del objeto de la controversia (para un ejemplo del ámbito arbitral, además del citado *Chagos*, véase *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov and Kerch Strait (Ukraine v. Russian Federation)*, PCA Case No. 2017-06, Award Concerning the Preliminary Objections of the Russian Federation, 21 de febrero de 2020, párrs. 194-198, disponible en *https://pcacases.com/web/sendAttach/9272*).

[71] Según Estados Unidos, la controversia planteada por el demandante no tenía por objeto la protección de los derechos comerciales o de otra naturaleza recogidos en el Tratado de 1955, sino la legalidad conforme al Plan Integral de Acción Conjunto de las sanciones adoptadas por el expresidente Trump contra la República Islámica de Irán a partir del 8 de mayo de 2016. Recordemos que el citado Plan es el acuerdo que puso fin a las sanciones contra Irán relativas a la no proliferación nuclear, y que fue avalado por la Resolución S/RES/2231 (2015) del Consejo de Seguridad (20 de julio de 2015). Ante la Corte, la República Islámica de Irán reclamó la ilegalidad de las sanciones restablecidas por Estados Unidos contra Irán. Para ello, invocó el Tratado de 1955 como base de competencia.

[72] *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Judgment of 3 February 2021,* párr. 56.

Cuando la base de competencia por un demandante ante la Corte es un tratado internacional, la determinación del consentimiento de las partes a la competencia de la Corte depende del contenido de la cláusula compromisoria. En la práctica, las cláusulas compromisorias suelen referirse a la competencia de la CIJ en relación con la «interpretación y aplicación» del tratado en cuestión, y por ende reenvían al contenido de sus disposiciones.

Este reenvío a las disposiciones del tratado explica que la Corte defina los límites de su competencia *ratione materiae* en función de la relación que tienen los hechos de la controversia con el contenido del tratado. En sus propias palabras, «*it is necessary to ascertain whether the acts of which the applicant complains "fall within the provisions" of the treaty containing the clause*»[73]. La formulación del estándar (que ha sufrido ciertas variaciones terminológicas) parece en principio límpida, requiriendo a lo sumo una interpretación de las disposiciones del tratado para valorar si los hechos entran dentro de su ámbito de aplicación. No es un estándar *prima facie* (como el aplicable en fase de medidas provisionales), ni tampoco un estándar que requiera una conexión «manifiesta»; es por el contrario un estándar «neutro» desde el punto de vista de la intensidad de la relación entre hechos y tratado.

En la práctica, se producen ciertas complicaciones derivadas de la relación entre el estándar articulado por la Corte y el fondo del asunto; en otras palabras, entre la calificación de los hechos en fase de excepciones preliminares y las pretensiones del demandante que forman parte del fondo del asunto[74]. A efectos de este trabajo, se abordará una dificultad de otro orden, pero íntimamente relacionada con la anterior: la de la competencia *ratione materiae* de la Corte sobre demandas que exceden del contenido de la cláusula compromisoria. Ambas divergen en tanto en cuanto la una es tributaria de la otra: en primer lugar, la Corte debe intentar resolver la cuestión preliminar; en otras palabras, debe determinar si, a la luz de los hechos planteados por el demandante, las disposiciones del tratado en cuestión pueden ser aplicables a la controversia de autos (tal y como esta la ha definido previamente). Solo si la respuesta a esta cuestión puede predeterminar el fondo del asunto, debe entonces la Corte plantearse la cuestión del momento procesal adecuado para responderla, de acuerdo con el art. 79 ter.4 de su Reglamento[75].

---

[73] Opinión individual de la jueza Higgins en el asunto *Plataformas petrolíferas* [*Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection, Judgment, ICJ Reports 1996*, pp. 809-810, párr. 16].

[74] Para un análisis de esta cuestión, véase Garrido Muñoz, A., «Un posible caballo de Troya en la CERD: la noción de "origen nacional" y los límites a la competencia *ratione materiae* de la CIJ en materia de discriminación racial», en Torrecuadra García-Lozano, S. y Espósito, C. (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos. III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia*, Madrid, Wolters Kluwer, 2022, pp. 61-86.

[75] De acuerdo con esta disposición, «*[a]fter hearing the parties, the Court shall decide upon a preliminary question or uphold or reject a preliminary objection. The Court may however declare that, in the circumstances of the case, a question or objection does not possess an exclusively preliminary character*». Como han recordado los jueces Tomka y Crawford en una opinión conjunta, «*the presumption is [...] in favour of a decision at the preliminary stage, rather than joinder to the merits*» [*Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports*

De entre las sentencias recientes que abordan esta problemática, quizá la más relevante para el asunto que nos ocupa sea la dictada en el asunto *Inmunidades y Procedimientos Penales (Guinea Ecuatorial c. Francia)*. La demanda se basaba en parte en la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional. Guinea Ecuatorial argumentaba, entre otras pretensiones, que los procedimientos penales por lavado de dinero iniciados en Francia contra el vicepresidente encargado de la Defensa Nacional y la Seguridad del Estado (Teodoro Nguema Obiang Mangue), así como las medidas adoptadas en relación con los citados procedimientos (incluido el embargo de un lujoso edificio parisino que, según Guinea Ecuatorial, era la sede de su embajada), constituían una violación de las inmunidades de las que se benefician, respectivamente, el Sr. Nguema Obiang Mangue y el citado edificio[76]. Para ello, Guinea Ecuatorial invocaba el art. 4.1 de la citada Convención de Palermo, de acuerdo con el cual «[l]os Estados parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados».

En su sentencia sobre excepciones preliminares de 6 de junio de 2018, la Corte se decantó por la línea de argumentación planteada por Francia. Para ello, la Corte interpretó el art. 4.1 como una disposición dependiente de las obligaciones establecidas en la Convención de Palermo. En particular, la Corte explicó que el art. 4.1 «*does not impose, through its reference to sovereign equality, an obligation on States parties to act in a manner consistent with the many rules of international law which protect sovereignty in general, as well as all the qualifications to those rules*»[77]. Puesto que las inmunidades invocadas por Guinea Ecuatorial (en tanto que expresión de los principios de soberanía nacional y no intervención) no fueron incluidas en la Convención de Palermo, la Corte rechazó su competencia *ratione materiae* sobre esta parte de la demanda ecuatoguineana[78]. Con ello, siguió la vía trazada previamente en su providencia sobre las medidas provisionales solicitadas por Guinea Ecuatorial en este caso[79].

Lo que se planteaba en esta parte de las excepciones preliminares francesas era, en suma, la cuestión de la elasticidad de una cláusula compromisoria

---

2019, p. 50, párr. 9]. Para llegar a esta presunción, la opinión analizó cuidadosamente el contexto en que tuvo lugar la reforma del Reglamento de 1972 (origen del actual art. 79 ter del Reglamento) y la jurisprudencia en la materia.

[76] En el caso del Sr. Teodoro Obiang Nguema Mangue, Guinea Ecuatorial se refería a sus inmunidades personales como vicepresidente; en el caso de la supuesta Embajada, a las inmunidades de Estado. En ambos casos, Guinea Ecuatorial argumentaba que la competencia de la Corte se fundamentaba en el art. 4 de la Convención de Palermo. El demandante se refería, en particular, al párr. 1 de dicha disposición, según el cual «[l]os Estados parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados».

[77] *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, ICJ Reports 2018,* p. 321, párr. 93.

[78] Cuatro jueces votaron en contra de esta conclusión de la sentencia: la vicepresidenta Xue y los jueces Sebutinde, Robinson y Kateka (este último juez *ad hoc*).

[79] *Immunities and Criminal Proceedings, Provisional Measures,* p. 1160, párr. 49.

a la hora de incorporar normas de Derecho internacional que, en este caso, se derivaban de una norma mencionada en el propio tratado. Una cuestión no muy diferente se plantea ahora en *Alegaciones de genocidio* en torno a la aplicabilidad de la Convención sobre genocidio a la legalidad del uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa. Con una salvedad: en este caso el tratado en cuestión no hace referencia alguna a otros principios de Derecho internacional.

La cuestión de la elasticidad de las cláusulas compromisorias hunde sus raíces en jurisprudencia consolidada de la Corte Permanente de Justicia International (CPJI) y la CIJ, que las ha interpretado con cierta liberalidad a fin de incorporar elementos formalmente ajenos al tratado en cuestión. Por citar dos ejemplos bien conocidos, en la sentencia sobre su propia competencia en el *asunto de la Fábrica de Chorzów*, la CPIJ indicó que las cuestiones de responsabilidad internacional vinculadas a la violación del tratado aplicable en aquel caso (la Convención de Ginebra de 1922 relativa a la Alta Silesia) se encontraban bajo la competencia de la Corte, pues

> «*[a]n interpretation which would [have] confined the Court to simply recording that the Convention had been incorrectly applied or that it had not been applied, without being able to lay down the conditions for the re-establishment of the treaty rights affected, would [have] be[en] contrary to what would, prima facie, be the natural object of the clause; for a jurisdiction of this kind, instead of settling a dispute once and for all, would [have] le[ft] open the possibility of further disputes*» [80].

Más recientemente, en el asunto de las *Plataformas Petrolíferas (República Islámica de Irán c. Estados Unidos)*, la Corte concluyó en la fase de fondo que, a efectos de determinar la legalidad de las medidas de uso de la fuerza invocadas por el demandante, era necesario analizar la aplicabilidad del derecho de legítima defensa al caso concreto. Se discutía aquí una disposición del citado Tratado bilateral de 1955 que permitía a las partes adoptar medidas «*necessary to protect [their] essential security interests*» [81]. De acuerdo con el demandado, dicha cuestión quedaba fuera del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria del Tratado de 1955. La Corte planteó el problema en los términos siguientes:

> «*[t]he question [was] whether the parties to the 1955 Treaty, when providing therein that it should «not preclude the application of measures [...] necessary to protect [the] essential security interests» of either party, [had] intended that such should be the effect of the Treaty even where those measures involved a use of armed force; and if so, whether they [had] contemplated, or assumed, a limitation*

[80] *Factory at Chorzów (Jurisdiction*), Judgment of 26 July 1927, PCIJ Series A, núm. 9, p. 25.

[81] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objection,* p. 811, párr. 20. La Corte sin embargo reconoció la ambivalencia de la cláusula, que en su opinión «*could be interpreted as excluding certain measures from the actual scope of the Treaty and, consequently, as excluding the jurisdiction of the Court to test the lawfulness of such measures. It could also be understood as affording only a defence on the merits*». Para ello se refirió a su sentencia sobre el fondo en *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua* (p. 116, párr. 222, y p. 136, párr. 271).

that such use would have to comply with the conditions laid down by international law» [82].

En su análisis, la Corte, como es sabido, se refirió entre otros al método de interpretación sistémica recogido en el art. 31.3*.c)* de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, del que infirió que

«*[t]he Court c[ould not] accept that Article XX, paragraph 1 (d), of the 1955 Treaty was intended to operate wholly independently of the relevant rules of international law on the use of force, so as to be capable of being successfully invoked, even in the limited context of a claim for breach of the Treaty, in relation to an unlawful use of force*» [83].

Se trata de un razonamiento que, de momento, ha quedado aislado en la jurisprudencia de la Corte. Por ejemplo, si bien en un contexto diferente, un argumento similar fue invocado de manera infructuosa por Argentina en el asunto de las *Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina c. Uruguay)* [84].

En todo caso, estos dos ejemplos, junto a otros posibles, muestran la receptividad de la Corte a la premisa de extender su competencia más allá de los límites estrictos de la cláusula compromisoria, bien de manera genérica en relación con una rama concreta del Derecho internacional (*Fábrica de Chorzów)*, bien de manera *ad hoc* en función de los términos del tratado (*Plataformas petrolíferas*). Ahora bien, como contrapunto a esta línea jurisprudencial se encuentra un precedente que ha sido calificado de «elemento aberrante» [85], y que sin embargo puede ser relevante en el análisis de la demanda ucraniana que nos ocupa.

En efecto, en la sentencia sobre el fondo en *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos)*, el demandante alegó que la conducta estadounidense había privado de su objeto y fin a un Tratado bilateral de amistad de 1956. La Corte rechazó esta línea de razonamiento sin aportar justificación alguna. A su juicio, «*the Court does not consider that a compromissory clause of the kind included in* [la cláusula compromisoria del tratado de 1956, similar a la citada cláusula de salvaguardia considerada el asunto de las *Plataformas Petrolíferas*], *providing for jurisdiction over disputes as to its interpretation or application, would [have] enable[d]*

---

[82] *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment,* p. 182, párr. 40.

[83] *Ibid.,* p. 182, párr. 41.

[84] *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay), Judgment, ICJ Reports 2010,* pp. 42-46, párrs. 55-63. Según la Corte, «*[a]rticle 41* [del Estatuto sobre el Río Uruguay de 26 de febrero de 1975, la disposición invocada por Argentina a fin de justificar la aplicabilidad de otras normas de Derecho internacional] *does not incorporate international agreements as such into the 1975 Statute but rather sets obligations for the parties to exercise their regulatory powers, in conformity with applicable international agreements, for the protection and preservation of the aquatic environment of the River Uruguay*». De acuerdo con el art. 41*.a)* del citado Estatuto, «las Partes se obligan a [...] Proteger y preservar el medio acuático y, en particular, prevenir su contaminación, dictando las normas y adoptando las medidas apropiadas, de conformidad con los convenios internacionales aplicables y con adecuación, en lo pertinente, a las pautas y recomendaciones de los organismos técnicos internacionales». A la luz del contenido de esta disposición, se entiende que la Corte concluyera que el razonamiento argentino desbordaba los límites de la cláusula compromisoria.

[85] Kolb, R. *The International, op. cit.,* pp. 437-438.

the Court to entertain a claim alleging conduct depriving the treaty of its object and purpose» [86].

En otros términos, la Corte consideró que una alegación genérica relativa al objeto y fin de un tratado, no vinculada a una violación de una disposición específica de este, no puede entrar dentro del ámbito de una cláusula compromisoria como la invocada por Nicaragua en aquel asunto. Si bien se entienden las razones por las que la Corte pudo llegar a esta conclusión [87], es posible afirmar, siguiendo a Kolb, que lo que está en juego en este tipo de alegaciones es la norma consuetudinaria relativa a la conservación del objeto y fin del tratado, norma que se encuentra tan íntimamente vinculada al mismo que solo las partes en el mismo pueden darle cumplimiento [88].

4. APLICACIÓN AL CASO CONCRETO: PROBANDO LA ELASTICIDAD DEL ART. IX DE LA CONVENCIÓN SOBRE GENOCIDIO

El doble componente de la demanda ucraniana al que ya nos hemos referido refleja la existencia de dos factores que, en cierto sentido, operan en direcciones opuestas. Por un lado, tanto más nos centremos en el primer componente de la demanda ucraniana, es decir, en los argumentos relativos a la ausencia de genocidio en Ucrania, tanto más cerca estaremos del ámbito de aplicación de la cláusula compromisoria de la Convención sobre genocidio. Por el contrario, tanto más nos centremos en el problema de la legalidad de las medidas adoptadas por la Federación Rusa sobre la base del supuesto genocidio en el Donbás, tanto más pondremos en cuestión la competencia *ratione materiae* de la Corte. Ciertamente, existe un elemento que permea todo el razonamiento ucraniano, como es la obligación de cumplir de buena fe con las obligaciones derivadas de la Convención sobre genocidio. Sin embargo, la cuestión de la aplicabilidad de esta se plantea en términos diferentes en función de cuál de los dos componentes de la demanda se encuentre en juego. En esta sección se analizan ambos por separado, valorándose asimismo si se encuentran entrelazados de tal forma que el rechazo de la competencia sobre uno deba extenderse necesariamente al otro.

El estudio no se detendrá a considerar si, tal y como ha planteado la Federación Rusa en su escrito de 7 de marzo de 2022, el objeto verdadero de la

---

[86] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, pp. 136, párr. 271.

[87] Explicadas por el juez Jennings en su opinión disidente de la sentencia *Actividades y Paramilitares en y contra Nicaragua* (p. 539): «*[s]uppose hostilities, or even war, should arise between parties to an FCN treaty, then the Court under a jurisdiction clause surely does not have jurisdiction to pass upon the general question of lawfulness or otherwise of the outbreak of hostilities or of war, on the ground only that this defeated the object and purpose of the treaty; though of course it might have jurisdiction for instance to decide whether there was a "war" or hostilities, for the purposes of interpreting and applying a war clause which was a term of the treaty. If it were otherwise, there would be no apparent limit to the kinds of dispute which might in certain circumstances be claimed to come under such a jurisdiction clause*».

[88] Kolb, R., *op. cit.*, p. 438.

demanda ucraniana es otro bien distinto al pretendido por el demandante. Si bien nuestro análisis es provisional, este no parece un argumento convincente[89]: como se deduce de la jurisprudencia ya mencionada en este trabajo, en la práctica es difícil que un demandado consiga convencer a la Corte de que no tiene competencia *ratione materiae* debido al contenido de las que, a su juicio, son las pretensiones últimas del demandado[90]. El presente caso no parece una excepción.

4.1. Primer componente: alegaciones sobre la ausencia de genocidio

Parece difícil negar que la parte de la controversia relativa a las alegaciones sobre la ausencia de genocidio concierne una cuestión relativa a la «interpretación, aplicación o ejecución» de la Convención sobre genocidio. Si bien la petición ucraniana es ciertamente excepcional (una demanda que solicita a la Corte que declare que un tratado no ha sido violado)[91], ello no menoscaba la conclusión de que se encuentra en cuestión la «aplicación o ejecución» de la Convención. En este sentido, la referencia a los arts. I, II y III como sustento competencial de esta parte del *petitum* ucraniano parece justificada[92].

Dicho esto, a estas alturas de procedimiento no está claro en qué medida este aspecto de la demanda es separable del resto de peticiones ucranianas.

---

[89] Para un análisis *contra*, véanse las declaraciones del vicepresidente Gevorgian y la jueza Xue relativas a la providencia en *Alegaciones de genocidio*. Para el primero, «*[i]t is evident that the dispute that Ukraine seeks to bring before the Court, in reality, relates to the use of force by the Russian Federation on Ukrainian territory*» (párr. 5). Para la segunda, «*Ukraine's claim ultimately boils down to the very question whether recourse to use of force is permitted under international law in case of genocide*» (párr. 4). Véase también la declaración del juez Bennouna, párr. 11.

[90] Incluso en *Aplicación de la Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (Georgia c. Federación Rusa)*, donde el demandado invocó un argumento similar al que nos ocupa, la Corte concluyó, en referencia a los intercambios entre las partes previos a la demanda entre las fechas del 9 y el 12 de agosto de 2008 (incluido ante el Consejo de Seguridad), que dichos intercambios «*expressly referred to alleged ethnic cleansing by Russian forces*», y por tanto, crearon una controversia relativa a la Convención que da título al asunto. Lo hizo a pesar de reconocer que dichos intercambios «*were primarily claims about the allegedly unlawful use of force*» [*Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation),* p. 120, párr. 113]. Ahora bien, no se puede pasar por alto que Georgia fue incapaz de demostrar la misma alegación en relación con los intercambios que tuvieron lugar entre los años noventa y el 9-12 de agosto de 2008. Claro que, desde entonces, y en vista de las tres sentencias posteriormente dictadas en los asuntos relativos a las *Obligaciones relativas a las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armas nucleares y el desarme nuclear,* los demandantes ante la Corte han tomado buena nota de cómo asegurarse de que la controversia que plantean ya existe, y es relativa al tratado invocado [*Obligations concerning Negotiate Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. India),* pp. 266-277, párrs. 25-55].

[91] La declaración del vicepresidente Gevorgian cita como precedente la sentencia *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. United States of America), Judgment, ICJ Reports 1952,* p. 176. En este asunto, Francia reclamó a la Corte que declarara, entre otras cuestiones, que el trato ofrecido a ciudadanos estadounidenses en Marruecos, relativo a ciertas restricciones comerciales, cumplía con las exigencias de un Tratado bilateral de 1836 entre Estados Unidos y Marruecos (ICJ, *Pleadings, Oral Arguments, Documents*, vol. I, Part I, Section A, párr. 12).

[92] *Contra*, las declaraciones del vicepresidente Gevorgian (párr. 8) y el juez Bennouna (párrs. 4-6).

Por un lado, la demanda sugiere un vínculo entre las acusaciones rusas de genocidio y el deber de las partes de cumplir con sus obligaciones de buena fe. El principio de buena fe, en este caso, puede referirse específicamente al carácter abusivo o no de las acusaciones rusas de genocidio al margen de la cuestión de la legalidad de los actos basados en dichas acusaciones[93]. Ahora bien, por otro lado, varios puntos del *petitum* vinculan dichas acusaciones con la solicitud a la Corte de que determine, entre otras cuestiones, la legalidad de la invasión de Ucrania.

Si prevaleciera la tesis de la «separabilidad» (y hay razones para ello), la Corte tendría competencia *ratione materiae* sobre esta parte de la demanda incluso aunque aceptara una hipotética excepción preliminar rusa relativa al resto de pretensiones ucranianas. Cabría entonces preguntarse por los efectos prácticos de la demanda.

La cuestión es simple: tanto más reduzcamos la controversia a una cuestión relativa a la veracidad de las acusaciones rusas contra Ucrania, tanto más cerca estaremos de una sentencia puramente declaratoria. En efecto, ¿qué otros *remedies* (amén de constatar que dicho genocidio no se ha producido) podría decretar la Corte que no afectaran a las cuestiones que quedan fuera de su competencia, es decir a la legalidad de la invasión de Ucrania o el reconocimiento de las autoproclamadas repúblicas del Donbás (por no hablar de reparaciones)? En todo caso, la jurisprudencia de la Corte es clara en el sentido de aceptar la admisibilidad de demandas que solicitan sentencias declaratorias. Toda duda que pudiera caber a este respecto quedó zanjada en la sentencia sobre objeciones preliminares en el asunto del *Camerún del Norte* de 1963[94]. E incluso aunque un autor como Lauterpacht definiera las sentencias declaratorias como «*judgments* unrelated to a concrete claim for redress *in respect of an alleged particular act*»[95], la jurisprudencia de la Corte es clara en el sentido de aceptar que una declaración de ilegalidad de un acto —o de su ausencia, en este caso— puede constituir una «satisfacción apropiada» de las reclamaciones de una parte ante la Corte[96]. Tanto más cuanto, en el presente asunto la conexión de la demanda ucraniana con una serie de hechos concretos es obvia.

---

[93] En realidad, Ucrania no necesita una alegación basada en el principio de buena fe para apoyar esta parte de su demanda: le basta con que la Corte determine si se ha producido o no un genocidio. En otras palabras, a Ucrania le basta con centrarse en la legalidad en sus propias actuaciones, dejando al margen la buena fe de las acusaciones rusas.

[94] *Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: ICJ Reports 1963*, p. 37. La Corte indicó que «*[t]hat the Court may, in an appropriate case, make a declaratory judgment is indisputable*».

[95] LAUTERPACHT, H., *The Development of International Law by the International Court*, Cambridge, England, Grotius Publications, 1982, p. 250 (énfasis añadido).

[96] Veáse, entre otras muchas, *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece), Judgment of 5 December 2011, ICJ Reports 2011*, p. 693, párr. 169 (que, en sí, es una sentencia declaratoria).

4.2. Segundo componente (y tercero escondido): uso de la fuerza y reconocimiento de repúblicas

Si se acepta el razonamiento anterior, la Corte tendría competencia *ratione materiae* al menos para valorar si Ucrania ha cometido o no un genocidio en el Donbás. En caso de una sentencia declarativa limitada a esta cuestión, cualquier otra pretensión relativa a la legalidad del uso de la fuerza por la Federación Rusa (amén del reconocimiento de Donetsk y Luhansk) quedaría formalmente fuera del ámbito de la sentencia: no solo las cuestiones relativas a la aplicabilidad del derecho de legítima defensa invocada por la Federación Rusa ante las Naciones Unidas el mismo 24 de febrero de 2022, sino también las concernientes al supuesto ejercicio de un derecho de «intervención humanitaria» en aras de frenar un genocidio (aunque la Federación Rusa nunca lo haya definido así). Correspondería a las partes deducir las consecuencias que fueran necesarias.

Ahora bien, todo análisis del caso quedaría incompleto sin considerar precisamente la competencia *ratione materiae* de la Corte sobre el segundo y tercer componente de la demanda ucraniana[97], cuestión que constituyew el nudo gordiano de las «objeciones» planteadas por el demandado ante la Corte. Sobre esta cuestión realizaremos una serie de consideraciones.

En primer lugar, no parece que ninguno de los artículos de la Convención sobre genocidio contenga obligaciones relativas a la obligación de los estados de cumplir con otras normas de Derecho internacional cuando adoptan medidas para, pretendidamente, poner fin a un genocidio. Ciertamente, en su sentencia sobre el fondo en el asunto de la *Aplicación de la Convención internacional para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Bosnia-Herzegovina c. Serbia)*, la Corte indicó en relación con el art. I (como ahora recuerda en su providencia) que las partes deben actuar dentro de los límites permitidos por el Derecho internacional a la hora de prevenir un genocidio. Pero de ahí a sugerir que la legalidad (basándose en la Carta de las Naciones Unidas o el Derecho consuetudinario) de las medidas que un estado pueda adoptar para prevenir o poner fin a un genocidio sea una cuestión que entra dentro del ámbito del art. I dista un importante salto argumental[98]. La Convención ciertamente establece la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para prevenir un genocidio (incluso fuera del territorio del

[97] A este argumento se puede oponer otro: la Corte, indirecta pero inevitablemente, estaría resolviendo la controversia sobre la legalidad del uso de la fuerza basado en un genocidio que no existe. Ciertamente es un argumento razonable que nos remite a la problemática analizada en HILL-CAWTHORNE, C., *op. cit*.

[98] Si bien dictada en un contexto diferente, una posible obtener a deducir de la sentencia *Guinea Ecuatorial c. Francia* es la siguiente: no se ha de deducir automáticamente que toda cuestión relativa al respeto de normas de Derecho internacional derivadas de los principios de soberanía y no intervención, presuntamente violadas en ejecución de un tratado, entran dentro del ámbito de este. Incluso cuando hay una referencia explícita a dichos principios en el tratado, como era el caso de la Convención de Palermo.

Estado)[99]. Dicha cuestión puede considerarse controvertida en el presente caso. Pero el problema se presenta aquí en términos inversos a los de la demanda planteada por Bosnia, que fundamentó el razonamiento de la Corte relativo al art. I: en juego se encuentra no la ausencia, sino el exceso de actuación por el demandado, y en particular la legalidad de sus actos en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y el Derecho consuetudinario.

En segundo lugar, tampoco el art. VIII parece sustentar las pretensiones ucranianas. Recordemos que, de acuerdo con esta disposición, «[t]oda Parte contratante puede recurrir a los órganos competentes de las Naciones Unidas a fin de que estos tomen, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, las medidas que juzguen apropiadas para la prevención y la represión de actos de genocidio o de cualquiera de los otros actos enumerados en el art. III». Siguiendo el análisis de Gaja, esta disposición tiene un carácter «expositivo» (*expository*) y no añade nada a los poderes de los órganos de la Naciones Unidas ni afecta su ejercicio en relación con alegaciones de genocidio[100]. Tampoco parece que contenga obligación alguna relativa al respeto a los poderes de los órganos de las Naciones Unidas, y en particular del Consejo de Seguridad.

En tercer lugar, al margen de las disposiciones citadas, se encuentra la protección del objeto y fin humanitario de la Convención como posible base de competencia. Se trata de un argumento, como se ha observado, aceptado en parte por la Corte al afirmar en su providencia de 16 de marzo de 2022 que «*it is doubtful that the Convention, in light of its object and purpose, authorizes a Contracting Party's unilateral use of force in the territory of another State for the purpose of preventing or punishing an alleged genocide*»[101]. Sin embargo, se recordará también que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, la privación a un tratado de su objeto y su fin no puede en sí justificar su competencia *ratione materiae* en ausencia de una disposición específica en el tratado que se aplique a la controversia[102]. Por ende, la argumentación ucraniana en fases subsiguientes del procedimiento tendrá que salvar este obstáculo. De un lado, Ucrania deberá demostrar que la invasión rusa menoscaba seriamente al objeto y fin de la Convención sobre genocidio. De otro, deberá persuadir a la Corte de que se desvíe de su jurisprudencia anterior al existir «motivos» para fundamentar, al menos en este caso, la competencia de la Corte respecto de una reclamación «genérica» de protección del objeto y fin de un tratado[103].

---

[99] Como ha indicado la Corte, «*the substantive obligations arising from Articles I and III are not on their face limited by territory. They apply to a State wherever it may be acting or may be able to act in ways appropriate to meeting the obligations in question*» (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, p. 120, párr. 183; y por referencia, p. 221, párr. 430).

[100] Gaja, G., «The Role of the United Nations in Preventing and Suppressing Genocide», en Gaeta, P., *The UN Genocide Convention: A Commentary*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 397-406, esp. p. 400.

[101] *Allegations of Genocide*, párr. 59.

[102] *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 1988,* p. 105, párr. 94.

[103] La expresión «motivos» fue utilizada en *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Preliminary Objections, Judgment, ICJ*

Por su parte, la Corte podría desarrollar la argumentación expuesta en su providencia de 16 de marzo de 2022, pues sigue existiendo un salto argumental entre, por un lado, dudar de que la Convención sobre genocidio «autorice» el uso de la fuerza a un estado en las condiciones que aquí nos ocupan (como se afirma en la providencia), y por otro concluir que dicha Convención lo «prohíbe».

En fin, a la luz de la jurisprudencia de la Corte, no parece que una conclusión diferente se desprenda de la otra reclamación basada en el principio de buena fe planteada por Ucrania: el abuso de derecho por parte de la Federación Rusa[104]. Ciertamente, esta «doctrina» encaja mejor en la lógica de la controversia, pues la actuación rusa parece más abusar del objeto y fin humanitario de la Convención sobre genocidio que frustrarlo (si bien hay espacio aquí para el debate). Mas los obstáculos competenciales siguen siendo los mismos, pues como indicara la propia Corte en una sentencia posterior, el principio de buena fe (del que deriva la prohibición del abuso de derecho) «*is not in itself a source of obligation where none would otherwise exist*»[105].

5. CONCLUSIÓN

En su declaración aneja a la providencia, el juez *ad hoc* Daudet ha afirmado que «*nombreux sont ceux qui ont placé leur espoir dans la voix du droit international que porterait la Cour mondiale*»[106]. La Corte, contrariamente a lo sucedido respecto de tantos actos de flagrante agresión habidos desde el 1 de septiembre de 1939 (que jamás se han planteado ante instancia jurisdiccional alguna), ha podido esta vez pronunciarse sobre la invasión rusa, aunque haya sido *prima facie*. Y lo ha hecho respecto de la que, a juicio de muchos, es la mayor amenaza para la paz y la seguridad internacionales desde el 9 de mayo de 1945.

Las afirmaciones vertidas por la Corte en su providencia, y sobre todo las medidas decretadas, se encuentran a la altura de las circunstancias. Sin embargo, la argumentación ucraniana viste un ropaje jurídico que no acaba de quedar bien en el contexto de la controversia entre las partes. Las razones por las que Ucrania ha debido utilizar dicho ropaje no necesitan explicación; está por ver, en todo caso, si la elasticidad de la Convención sobre genocidio

---

Reports 1998, p. 292, párr. 28 *in fine*. Como hemos indicado, puede haber buenos motivos para que la Corte así haga. En todo caso, ha de tenerse cautela a la hora de deducir la existencia de obligaciones de tratados cuyo objeto y fin se encuentra definido en términos amplios, como demuestra la propia sentencia *Nicaragua c. Estados Unidos* (pp. 136-138, párrs. 272-276. Véase, para más detalle, Kolb, R., *La bonne foi en droit international public*, PUF, Genève, 2000, pp. 287-288).

[104] Para una aplicación reciente de esta «doctrina» por la Corte, véase *Jadhav (India v. Pakistan), Judgment, ICJ Reports 2019,* pp. 451-452, párrs. 121-124.

[105] *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras),* p. 105, párr. 94. Lo que vale en nuestro análisis para el uso de la fuerza se aplica igualmente a la pretensión ucraniana relativa a la ilegalidad del reconocimiento de Donetsk y Luhansk como repúblicas independientes.

[106] Declaración del juez *ad hoc* Daudet, para. 9.

(ya comprobada en ocasiones anteriores) permite llegar al fondo del asunto. A efectos de dictar medidas provisionales, Ucrania ha logrado todos sus objetivos. Pero dado el texto, contexto y objeto y fin de la citada Convención, por un lado; y los límites establecidos en la jurisprudencia de la Corte relativos a su competencia sobre reclamaciones basadas en el principio de buena fe, por otro, Ucrania tendrá que salvar importantes obstáculos.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
La guerra de Ucrania/*War in Ukraine*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 105-128
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1a.04
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 09/06/2022. Aceptación: 07/07/2022

LOS EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE ESTADO MIEMBRO DEL CONSEJO DE EUROPA POR LA FEDERACIÓN RUSA

Ana Salinas de Frías*

RESUMEN

LOS EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE ESTADO MIEMBRO DEL CONSEJO DE EUROPA POR LA FEDERACIÓN RUSA

La agresión de la Federación Rusa contra Ucrania constituye el último eslabón de una cadena de graves incumplimientos por parte de Rusia de sus obligaciones para con el Consejo de Europa, y ha culminado con la aplicación del expediente técnico más grave y contundente previsto en su Estatuto, la expulsión, pese a que la indefinición de las disposiciones aplicables, la falta de práctica previa y la actitud de Rusia hayan oscurecido la comprensión del proceso que ha conducido a ella. La situación de Rusia respecto de los tratados internacionales del Consejo de Europa con los que se había comprometido varía, aunque en general la posición de la organización tiende claramente a excluirla de ellos. Sin duda la consecuencia más relevante es la denuncia de Rusia del CEDH y la impunidad en la que quedarán los hechos que no puedan incluirse en el periodo adicional de seis meses previsto en el CEDH, además de las dificultades en el desarrollo de dichos contenciosos y la ejecución, en su caso, de las sentencias condenatorias que dicte el TEDH. Nuevos retos plantean también tanto el cumplimiento de sus obligaciones financieras por parte de Rusia, como la situación de los funcionarios de nacionalidad rusa.

Palabras clave: Consejo de Europa, Rusia, protección derechos humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Convenio Europeo de Derechos Humanos, agresión Ucrania, membresía organizaciones internacionales, tratados internacionales.

---

* Catedrática de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Málaga (*asalinas@uma.es*). El presente artículo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación PID2019-108253RB-C31, *Regímenes de facto, desterritorialización de las obligaciones de los Estados y consecuencias para la seguridad, dignidad humana y sostenibilidad*. Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 31 de mayo de 2022.

ABSTRACT

LEGAL EFFECTS DERIVED FROM THE LOSS OF THE COUNCIL OF EUROPE'S MEMBER STATUS BY THE RUSSIAN FEDERATION

The Russian Federation's aggression against Ukraine is but the last piece of a chain of the gravest breaches of its commitments towards the Council of Europe. It has ended by the application of the strictest technical resource foreseen by the Statute: the expel of Russia. This has been so despite the fact that obscurity of relevant provisions to be applied, lack of previous practice on the issue and Russia's attitude have made the overall procedure more difficult to understand. Russia's situation with regard to CoE conventions to which it was a party differs from one case to another, but in general terms the organisation's approach is more prone to the exclusion of Russia from any participation to the said treaties. Undoubtedly, the most relevant consequence of this situation is Russia's withdrawal from the ECHR and impunity that will preside human rights breaches which could not be included in the extra six month period established by the ECHR, additionally to difficulties in the overall development of judicial procedures before the ECtHR and ways to secure Russia's compliance with judgments issued by the ECtHR. New challenges also arise with regard to compliance of Russia with its financial obligations and the situation of CoE civil servants with Russian nationality.

Keywords: Council of Europe, Russia, human rights protection, European Court of Human Rights, European Convention of Human Rights, aggression against Ukraine, International Organizations membership, international treaties.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS DIFÍCILES RELACIONES DE RUSIA CON EL CONSEJO DE EUROPA.—3. LA SITUACIÓN DE RUSIA EN RELACIÓN A LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA.—4. LA DENUNCIA POR PARTE DE RUSIA DEL CEDH Y SUS EFECTOS JURÍDICOS.—5. CONSECUENCIAS EN RELACIÓN CON EL FUNCIONARIADO DEL CONSEJO DE EUROPA Y EN RELACIÓN A LAS OBLIGACIONES FINANCIERAS.—6. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El 24 de febrero de 2022 la tensión entre Rusia y Ucrania culminaba con el ataque de las fuerzas armadas regulares rusas a Ucrania, esto es, en un acto de agresión, conforme a la Resolución 3314 (XXIX) de la AGNU, contrario a la norma de *ius cogens* que prohíbe el recurso a la fuerza armada entre Estados y al art. 2.4 de la Carta de Naciones Unidas, además de una serie de normas internacionales convencionales y consuetudinarias jurídicamente vinculantes para la Federación Rusa.

Rusia no es un Estado que se prodigue como partícipe entusiasta de las relaciones multilaterales. A decir verdad, tan solo participa como miembro en apenas una docena de organizaciones internacionales (si se excluyen las agencias especializadas de Naciones Unidas, en adelante NU), entre las que se cuenta tan solo una estrictamente europea, el Consejo de Europa (en adelante CoE), dado que la OSCE se ha considerado tradicionalmente como una organización a caballo entre Asia y el mundo occidental, como su composición revela. A la vista de la escalada de enfrentamientos que se venía cons-

tatando entre los dos Estados —ambos miembros del Consejo de Europa— y las amenazas en forma de ultimátum dirigidos por la Federación Rusa a la República de Ucrania que hacían presagiar una intervención armada por parte de Rusia contra Ucrania, el gabinete de la Secretaría General intentó una solución dialogada *in extremis* entre las partes, cursando visita sobre el terreno y entrevistándose con ambos gobiernos, al tiempo que los otros dos órganos principales de la organización —Comité de Ministros (en adelante CM) y Asamblea Parlamentaria (en adelante PACE)— incluían el conflicto entre dos de sus Estados miembros en sus respectivas agendas.

A pesar de los esfuerzos, esas gestiones no tuvieron éxito y el 15 de marzo de 2022 la Federación Rusa comunicaba su decisión de abandonar el CoE conforme a lo dispuesto en el art. 7 de su Estatuto, en un intento desesperado por evitar la expulsión, que se decidiría por el CM el 16 de marzo sobre la base del art. 8 del mismo texto[1], y se confirmaría en cuanto a sus efectos legales y financieros en todo caso el 23 de marzo[2]. Tras la decisión de expulsión, un conserje del *Palais de la Paix* arriaba la bandera rusa el 16 de marzo en presencia de tan solo tres funcionarios de la representación permanente rusa ante el Consejo de Europa que esperaban la entrega solemne de la bandera. Sin embargo, una vez arriada y doblada, el conserje se marchó llevándose la bandera, partiendo los diplomáticos rusos con las manos vacías[3]. Era la forma de «deshonrar» a un Estado que había demostrado el mayor desprecio por los valores esenciales de la organización, con cuyo respeto todos los miembros han de comprometerse.

La expulsión de la Federación Rusa del Consejo de Europa, tras una breve pero intensa historia (II), requiere de la solución de una serie de cuestiones jurídicas, como son la permanencia o no de Rusia como parte en los tratados internacionales del Consejo de Europa (III); los efectos jurídicos de su retirada del CEDH (IV); y las consecuencias financieras de la pérdida de la condición de miembro, así como sus efectos sobre el funcionariado de la organización (V), un análisis que nos llevará a ciertas reflexiones finales (VI).

2. LAS DIFÍCILES RELACIONES DE RUSIA CON EL CONSEJO DE EUROPA

En el marco de la ampliación sin precedentes del CoE como consecuencia de la caída del muro de Berlín y la descomposición de la URSS, la Federación Rusa se unió a la organización, tras la decisión favorable de la PACE en 1996, después de algún intento previo en el que no superó el examen del cumplimiento de los requisitos necesarios para dicha adhesión[4]. Al igual que en el

[1] Véase Resolución CM/Res(2022)2.

[2] Véase Resolución CM/Res(2022)3.

[3] Véase *https://www.dna.fr/politique/2022/03/16/le-drapeau-russe-descendu-de-son-mat-au-conseil-de-l-europe*.

[4] Véase PACE Opinion 193 (1996) on Russia's request for membership in the Council of Europe.

caso del resto de los países procedentes de la antigua Europa central y oriental, la ratificación del CEDH con la entrada en vigor del Protocolo adicional núm. 11 fue obligatoria para Rusia.

Ratificado el citado Protocolo adicional, por el que se reformaba profundamente el mecanismo procesal de protección establecido en el Convenio[5], la jurisdicción del TEDH pasaba a ser obligatoria. Pero además, con la adopción del Protocolo adicional núm. 14[6], los poderes del CM en relación con la supervisión del cumplimiento de las sentencias se vieron considerablemente ampliados con la nueva posibilidad de que este, en caso de incumplimiento persistente de la ejecución de la sentencia condenatoria contra un Estado parte, pudiese referir una segunda demanda por incumplimiento ante el TEDH, mecanismo sin duda inspirado en el recurso de incumplimiento a favor de la Comisión Europea en el caso del ordenamiento de la UE. Dos episodios a este respecto dan fe de la actitud de la Federación Rusa en sus primeras etapas de andadura como miembro del CoE.

Entre 1994 y 1996 Rusia mantuvo una encarnizada guerra con Chechenia, en el transcurso de la cual ciertas prácticas de guerra desarrolladas por la Federación Rusa estremecieron a la comunidad internacional, poniendo serias trabas al acceso de esta al CoE. De la misma forma, durante la segunda guerra de Chechenia, iniciada en 1999 y oficialmente finalizada en abril de 2009, el ejército ruso empleó métodos de combate no menos abyectos e ilícitos; aquellos excesos resultaron en varios centenares de sentencias condenatorias producto de demandas individuales contra la Federación Rusa por las prácticas más atroces imaginables (miles de desapariciones forzadas, masacres contra la población civil, destrucción de ciudades y poblaciones al completo, mutilaciones de cadáveres, etc.), habiendo merecido la crítica más dura por parte de la PACE y del Comisario de Derechos Humanos, aunque ninguna otra medida fue adoptada en relación con dicha situación, respetando escrupulosamente el principio de no injerencia y el carácter interno de dicho conflicto armado, para satisfacción de la Federación Rusa.

Simultáneamente, en el periodo comprendido entre 1989 a 2003 la República de Transnistria experimentó un proceso separatista convulso de parte de su población que dio pie a la creación de una república independiente tras la celebración de un referéndum ilegal, así como al establecimiento de un gobierno afín apoyado por Rusia. Ciertas muertes ocurridas durante aquel proceso fueron denunciadas ante el TEDH en el caso *Illascu c. Moldavia y Rusia*. El fallo condenatorio del Tribunal contra Rusia y Moldavia, en relación con esos hechos acaecidos en una parte del territorio moldavo, con-

[5] Acerca de la modificación del mecanismo de protección aportado por el Protocolo adicional núm. 11 véase, por todos, Sánchez Legido, A., *La reforma del mecanismo de protección del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Colex, 1995.

[6] Acerca de la modificación del mecanismo de protección del CEDH que el Protocolo adicional núm. 14 comporta véase, por todos, Pastor Ridruejo, J. A., «El Protocolo número 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?», *REDI*, 2004, vol. 56, núm. 1, pp. 141-149.

trolado *de facto* por Rusia —uno de sus primeros escarceos por desestabilizar territorios fronterizos de terceros Estados—, y la falta de cumplimiento de ambos, en el caso de Moldavia porque no controlaba *de facto* ni ejercía jurisdicción *de facto* sobre esta parte del territorio (Transnistria), y en el caso de Rusia por no aceptar su responsabilidad sobre los hechos[7], provocó que el CM, en virtud del art. 46 del CEDH, decidiese referir de nuevo el caso al TEDH. Ello provocó la actitud hostil de Rusia, que paralizó durante cinco años la entrada en vigor del Protocolo adicional núm. 14 al CEDH, siendo este protocolo el que habría de permitir la adopción de una serie de modificaciones procesales (sentencias piloto, formaciones de juez único, nuevos motivos de desestimación, entre otros) que aliviasen la situación de colapso que por entonces ya sufría el TEDH como consecuencia fundamentalmente de la ampliación del CoE y, por ende, de la aplicación del CEDH a los antiguos países comunistas, que elevaron hasta límites desconocidos el número de demandas pendientes y, muy especialmente, las demandas contra Rusia[8].

La situación llegó a tal extremo que se llegó a negociar un «tratado puente» que permitiese la aplicación de las reformas incluidas en dicho protocolo a todos los Estados parte excepto a Rusia, el Protocolo 14 bis, que finalmente no entró en vigor tras las negociaciones habidas en el seno del CM con la Federación Rusa para cerrar el caso Illascu en 2007.

Tan solo un año después, en agosto de 2008, Rusia agredía a Georgia, Estado miembro del Consejo de Europa y parte en el CEDH, desestabilizando las regiones de Osetia del Sur y Abjasia; interviniendo en sus respectivos gobiernos a fin de favorecer la instauración de regímenes prorrusos bajo la excusa de proteger a las minorías rusas residentes en dichas regiones; y reconociendo la independencia proclamada por estos hasta nuestros días. La injerencia en Georgia y la posterior agresión dio pie a una guerra relámpago entre Rusia y Georgia que se saldó con numerosos fallecidos y al menos 1.500 personas víctimas de una práctica sistemática de deportaciones y detenciones arbitrarias por las que se condenó a Rusia a una indemnización global de 10 millones de euros[9]; la creación de dos repúblicas ficticias e inestables no reconocidas por ningún otro Estado más que por la propia Rusia en una operación de cuasi anexión por parte de esta; tres resoluciones conminatorias de la PACE desatendidas por la Federación Rusa[10]; y dos condenas interestatales (fondo y satisfacción equitativa) y varias decenas de condenas en demandas individuales ante el TEDH[11].

---

[7] Véase asunto *Ilaşcu y otros c. Moldavia y Rusia* (GS) núm. 48787/99, TEDH 2004.

[8] En la fecha de cierre del presente estudio y conforme a las estadísticas oficiales del TEDH, la Federación Rusa acumula el 25 por 100 del total de demandas pendientes ante el Tribunal, con una cifra ligeramente superior a las 18.000 demandas pendientes. Véase *https://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_month_2022_BIL.PDF.*

[9] Véase asunto *Georgia v. Russia* (I), núm. 13255/07 (satisfacción equitativa) TEDH 2014.

[10] Véanse Resoluciones PACE 1633 (2008), 1647 (2009) y 1683 (2009).

[11] Véanse asuntos *Georgia c. Russia*, núm. 13255/07 (fondo), de 3 de julio de 2014, y *Georgia c. Rusia* núm. 13255/07 (satisfacción equitativa), de 31 de enero de 2019, cit. nota 9. Finalmente, el 1 de

Las dificultades volverían con la nueva injerencia y acción armada de Rusia en la región del Donbás en 2014 que, en esta ocasión, y tras los precedentes habidos en 2008 con Georgia, sí motivaron una respuesta más contundente por parte de la organización. Así, conforme al art. 6 de su Reglamento de funcionamiento interno, el presidente de la PACE debe ratificar las credenciales de los miembros de las delegaciones nacionales al inicio de cada sesión ordinaria[12]. Sin embargo, las credenciales así otorgadas pueden ser reconsideradas sobre la base de cuestiones «procesales», de acuerdo con la terminología de este instrumento (p. ej., por clara discriminación entre sexos en la composición de la delegación), o por cuestiones sustantivas, como lo son una violación grave del art. 3 del Estatuto del CoE o no honrar las obligaciones asumidas en el momento de adhesión al mismo[13], siendo una de las posibles consecuencias de dicha revisión la suspensión de ciertos derechos —el de voto incluido— de la delegación concernida[14].

En reacción a la crisis provocada por la Federación Rusia con su apoyo incluso militar a los separatistas del Donbás y a la independencia de Crimea, reconocida por las autoridades rusas en marzo de 2014, la PACE suspendió los derechos de voto de la delegación de Rusia en las sesiones de 2014 y 2015, tras dos mociones consecutivas presentadas por componentes de la misma, pero permitió que esta siguiese asistiendo a sus sesiones y no fue expulsada, ni las credenciales revocadas, a fin de asegurar la continuidad del diálogo, lo que permitió a sus miembros seguir participando en ciertas tareas y grupos de trabajo de la PACE. Ante el incumplimiento por parte de Rusia de las Resoluciones de la PACE 1990 (2014), 2034 (2015) y 2063 (2015) y la posibilidad de que, consiguientemente, la PACE no ratificara las credenciales de la delegación rusa al inicio de 2016, las autoridades rusas decidieron, antes que esa situación se materializase, algo que consideraban humillante, no presentar sus credenciales para 2016, retirándose voluntariamente de este órgano. En 2017 la Federación Rusa, con condición de gran contribuyente en la organización, dejó de pagar dos tercios de su contribución al presupuesto ordinario del CoE, un total de 33 millones de euros, sugiriéndose además, por parte del ministro de Asuntos Exteriores ruso Lavrov, que dado que la delegación parlamentaria rusa no había participado en la elección de un número importante de nuevos jueces del TEDH, la autoridad del alto órgano jurisdiccional, así como la obligatoriedad de sus sentencias era discutible, además de cuestionar la legitimidad de la elección del secretario general. La crisis diplomática se resolvió en 2019, tras un estrangulamiento económico importante para la organización, que hubo de suspender buena parte de sus actividades operacionales, con la asunción por parte de Francia y Alemania a

---

enero de 2021 el TEDH dictaría sentencia condenatoria sobre el fondo contra Rusia en el asunto *Georgia c. Rusia* (II) (fondo), núm. 38263/8, TEDH 2021.

[12] Véase PACE Rules of Procedure, art. 6, disponible en *http://assembly.coe.int/nw/xml/RoP/RoP-XML2HTML-EN.asp?id=ENtoc_N0A29C3B0N0A2D6998#Format-It*.

[13] Contenidas, en el caso de la Federación Rusa, en la Resolución PACE 193 (1996).

[14] *Ibid*., art. 10.1*.c)*. Esa misma posibilidad de suspensión de derechos por las mismas causas la contempla el estatuto del CoE a favor del Comité de Ministros en su art. 9.

partes alícuotas de la deuda rusa y la vuelta de la delegación de la Federación Rusa a la PACE, restituyéndosele todos sus derechos[15], no sin mantener la condena de la PACE a la agresión a Ucrania por parte de Rusia, el uso de la fuerza armada en su territorio y la anexión de Crimea.

Como colofón a una escalada de amenazas contra el gobierno ucraniano, la Federación Rusa protagonizaba un acto de agresión contra Ucrania, que provocaba la reunión de urgencia del CM, la PACE y el Comité Conjunto, tras la cual el 25 de febrero de 2022 el CM suspendía con carácter inmediato todos los derechos de representación de la Federación Rusa ante el CoE, en aplicación del art. 8 del Estatuto, solicitando de la Secretaría General la notificación correspondiente a las autoridades de dicho Estado, así como de las consecuencias legales y financieras de esta decisión[16]. El 10 de marzo el CM insistía en la retirada de Rusia del CoE de acuerdo con el art. 7 del Estatuto o en recurrir, en caso contrario, a su expulsión, conforme al art. 8 del texto fundacional[17]. El 15 de marzo la PACE afirmaba que la Federación Rusa no podía seguir siendo miembro del CoE e invitaba al CM a requerir a esta su retirada de la organización y, en caso de incumplimiento por parte de esta, su expulsión[18]. Poco después, ese mismo día el ministro de exteriores de Rusia enviaba una comunicación a la Secretaría General del CoE anunciando su retirada unilateral de su Estado de la organización[19]. El 16 de marzo el CM adoptaría una nueva resolución definitiva en la materia, expulsando finalmente a la Federación Rusa con base en el art. 8 del Estatuto del CoE, siendo la primera vez que se invocaba esta disposición estatutaria[20]. La expulsión

---

[15] Los denodados esfuerzos del secretario general Jagland a fin de que la delegación rusa volviese a la PACE y que se la restituyese en sus derechos, obviamente como última solución a la crisis económica y la paralización de las actividades operacionales de la organización, han sido duramente criticadas con esta nueva agresión contra Ucrania y entendido como un mensaje equivocado a otros Estados miembros incumplidores. Véase Demir-Gürsel, E., *Russia's Expulsion and its Possible Implications for Other Member States,* disponible en *https://verfassungsblog.de/the-council-of-europes-sharp-turn/*.

[16] Véase CM/Del/Dec(202)1426ter/2.3. Las consecuencias legales y financieras se detallarían en una reunión posterior del CM, quedando plasmadas en la Resolución CM/Res(2022)1 y, de manera definitiva, en la Resolución CM/Res(2022)3.

[17] Véase Decisión CM/Del/Dec(2022)1428bis/2.3.

[18] Véase PACE Opinion 300(2022) Consequences of the Russian Federation´s aggression against Ukraine, adoptada sobre la base del Informe del Committee on Political Affairs and Democracy, Rapporteur Ms. Ingjerd Schou.

[19] El texto de la nota reza como sigue: «*Dear Madam Secretary General, Discriminatory decisions taken in the Council of Europe concerning the Russian Federation force us to leave this Organization. In accordance with Article 7 of the Statute, I notify you of Russia's withdrawal from the Council of Europe. All responsibility for the consequences of this step with regard to the common humanitarian and legal space on the Continent and for the Council of Europe itself lies with those who deliberately escalated tensions and turned the Organization into an instrument for achieving their geopolitical goals. Given the unprecedented pressure of sanctions against Russia and its citizens, we reserve our right to withdraw from the Council of Europe on our own terms. I also inform you on the intention of the Russian Federation to denounce the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 in accordance with its article 58, paragraph 1*».

[20] El único precedente de una crisis parecida lo constituye el abandono, por parte de Grecia, de la organización durante el periodo conocido como «la dictadura de los coroneles». En aquella ocasión y ante la inminencia de la expulsión de Grecia del CoE por decisión del CM la delegación griega se adelantó comunicando su retirada voluntaria de la organización haciendo uso del art. 7 del Estatuto.

y sus efectos finales, tanto jurídicos como financieros, quedarían definitivamente zanjados en su reunión de 23 de marzo[21].

3. LA SITUACIÓN DE RUSIA EN RELACIÓN A LOS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS EN EL MARCO DEL CONSEJO DE EUROPA

Una de las notas más características de la acción del CoE en sus más de siete décadas de funcionamiento ha sido precisamente la eficiente maquinaria normativa que ha venido construyendo paulatinamente, permitiendo la negociación y adopción de más de dos centenares de tratados internacionales en las más diversas materias que entran dentro del ámbito de sus competencias, siempre presididas por los tres pilares básicos de la organización (democracia, Estado de Derecho y derechos humanos) y con el objetivo último de favorecer la cooperación entre sus miembros.

En el momento de su retirada de la organización la Federación Rusa había ratificado más de sesenta de dichos tratados, y era signataria de otros catorce. Entre los primeros se cuentan algunos tan significativos en el ámbito penal —en particular habida cuenta de cómo se desarrolla la agresión contra Ucrania— como el Convenio europeo para la prevención de la tortura, la Carta social europea (en adelante CSE), los convenios en materia de terrorismo (supresión y prevención y protocolos adicionales), los de asistencia judicial en materia penal, extradición, contra la corrupción o el blanqueo de capitales, de protección del patrimonio y el Convenio europeo para la protección de minorías nacionales. Pero también había ratificado importantes convenios en el ámbito civil o administrativo, previstos para facilitar el día a día de sus ciudadanos, tales como el Convenio europeo sobre reconocimiento de periodos de estudios universitarios o equivalencia de títulos, de doble imposición fiscal o de cooperación transfronteriza. Entre los segundos —aquellos en los que Rusia era solo signataria en el momento de su expulsión— destacan el Convenio sobre el control de adquisición de armas de fuego, la Carta europea de lenguas regionales o minoritarias o el Convenio contra el tráfico de órganos o de bienes culturales.

Como tratados internacionales solo cabría, en puridad, conforme a los arts. 42 y 14 CVDT, la denuncia, por parte de Rusia, de dichos tratados internacionales si su voluntad es dejar de estar obligada por los mismos —todos o algunos de ellos—, cosa que ha hecho de forma específica en su comunicación de retirada de la organización —que implica la denuncia del estatuto del

---

Véase al respecto Zanghi, C., «La Problematica Partecipacione della Federazione Russa al Consiglio d'Europa: dall'Ammissione alla Perdita dello Status di Miembro», *Ordine Internazionale e diritti umani,* 2022, pp. 318-342; Lawson, R., *They can destroy our houses. But they cannot destroy our values,* disponible en *https://leidenlawblog.nl/articles/they-may-destroy-our-houses-but-they-cannot-destroy-our-values*.

[21] Véase CM/Res(2022)3.

CoE— respecto del CEDH, en la medida en que le es del máximo interés desconectarse de su mecanismo procesal de protección y, muy particularmente, denunciar de forma expresa la jurisdicción del TEDH.

Ahora bien, no todos los convenios afectados en este caso gozan de la misma naturaleza e importancia. Así, mientras la Organización ha abierto algunos tratados tan solo a sus Estados miembros, considerando a estos como tratados «cerrados», otro conjunto de tratados ha sido concebido para una participación más amplia de Estados. De hecho, en un importante giro en su política convencional, el CoE decidió abrir sus tratados a la participación de terceros Estados[22], por lo que en principio hablar de tratados cerrados podría resultar contradictorio si no fuera porque esos tratados se ciñen básicamente al Estatuto, el Convenio de privilegios e inmunidades y sus protocolos modificativos, el CEDH y sus protocolos adicionales y la CSE. La organización ha considerado que el cese en la condición de miembro por parte de la Federación Rusa supone su exclusión de los citados «tratados cerrados», independientemente de su denuncia o no. Lo cierto es que la mayoría de esos tratados están íntimamente ligados a la pertenencia de un Estado a la organización, en particular el CEDH y sus protocolos adicionales, en todo caso expresamente considerados objeto de denuncia en la comunicación del gobierno ruso al Consejo de Europa. E igualmente ciertos tratados que contienen alguna disposición concreta en este sentido, estableciendo que el cese en la pertenencia a la organización conlleva el cese como parte en dichos convenios, como es el caso del Convenio para la supresión del terrorismo (ETS 90, art. 15).

Más problemático resulta, sin embargo, que la organización haya atribuido esta condición de tratado cerrado y, por tanto, con estos mismos efectos, a tratados que no contienen una cláusula expresa similar, como son los casos de los Protocolos adicionales 1 y 2 al Convenio europeo para la prevención de la tortura o los tratos crueles inhumanos o degradantes (ETS 151 y 152) incluidos en dicho listado de tratados «cerrados», cuyo tratado matriz (ETS 126), por el contrario, incluye la posibilidad de que Estados no miembros del CoE puedan ser invitados por el CM a convertirse en partes en dichos tratados. Dado que la Federación Rusa ya es parte en este tratado, así como en sus protocolos adicionales, que han sido incorporados al mismo, sería discutible que no pueda mantenerse a esta como parte en este Convenio y que su pertenencia dependiese de una nueva invitación del CM; cuestión diferente es que la Federación Rusa desee seguir siendo parte en este importante mecanismo de supervisión por el que ha sido advertida en más de una ocasión, considerándose, además, un importante mecanismo procesal de protección adicional y complementario al del CEDH, vía art. 3.

Igualmente discutible habría que considerar la inclusión en la lista de tratados cerrados elaborada por el servicio jurídico del Consejo de Europa, de

[22] Véase Rapport du Secrétaire Général sur le passage en revue des conventions du Conseil de l'Europe, Document d'information SG/Inf (2012)12, disponible en *https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?OjectID=09000016805ca818*.

los que Rusia quedaría automáticamente excluida, de la Carta europea de autonomía local (ETS 122) o la CSE revisada (ETS 163). En el primer caso, si bien puede compartirse que el contenido sustantivo del tratado puede tener implicaciones estructurales importantes —incluso constitucionales— para los Estados parte, nada impide que un Estado miembro que deje de serlo pueda continuar como parte en el mismo, pese a que el Convenio haga a menudo referencia solo a los Estados miembros de la Organización, pues en puridad no existe disposición específica en este que de forma expresa o tácita establezca que el cese en la condición de parte conlleve necesariamente el fin de la participación en el tratado.

Por lo que hace al segundo caso, y aun teniendo muy presente el valor complementario que sin duda la Carta tiene en relación con el mecanismo de protección del propio CEDH en lo que hace a los derechos sociales en ella contemplados como su propio preámbulo subraya, junto con la indivisibilidad de los derechos humanos en general sostenida de forma mayoritaria por la doctrina internacionalista, además del compromiso que sin duda conlleva la participación en su Comité, cuyas decisiones debe recordarse han sido insistentemente reivindicadas como equivalentes a una verdadera jurisprudencia[23], no existe igualmente disposición específica que establezca de manera expresa o tácita que la pérdida de la membresía en la Organización implique automáticamente el cese en la participación en el tratado.

En definitiva, parece traslucirse de las opciones barajadas por el servicio jurídico del CoE y asumidas por el CM una posición de cierta intransigencia, de cierre a la participación de Rusia en una serie de convenios clave de la Organización. Así, se ha criticado la opción por la expulsión de Rusia del CoE y la merma de derechos que, con carácter general, esta conlleva para las

[23] Jimena Quesada, L., *La jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. Sistema de reclamaciones colectivas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 52-53: dicho autor ya justificó la pertinencia del término jurisprudencia del CEDS tras estudiar la evolución del mecanismo de control de la Carta Social Europea, no solamente en virtud de la independencia del órgano y de sus integrantes (que efectúan una declaración solemne al efecto al asumir su mandato), sino asimismo a la luz de los parámetros claramente jurisdiccionales de actuación del CEDS y de la estructura de sus decisiones de fondo (en el específico sistema de reclamaciones colectivas), con formato análogo a las sentencias. El mismo autor, más tarde, ha destacado otros elementos que dotan de solidez a la jurisprudencia del CEDS, como es el hecho de que así se llame en la propia web oficial del Consejo de Europa, que la base de datos de jurisprudencia esté integrada con la del TEDH (HUDOC) y que, consiguientemente, sea de fácil acceso y acreedora de estabilidad y seguridad jurídica como las demás bases de datos jurisprudenciales de instancias nacionales o internacionales. Véase, en este sentido, Jimena Quesada, L., «Impacto práctico de la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales», en Saura Súcar, M. y Salinas Molina, F. (coords.), *Principios esenciales de Derecho del Trabajo*, Barcelona, Huygens Editorial, 2017, pp. 359-360. En análogo sentido véase Brillat, R., «La Charte sociale européenne et le contrôle de son application», en Aliprantis, N. (ed.), *Les droits sociaux dans les instruments internationaux européens et internationaux. Défis à l'échelle mondiale*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 44: «El término "jurisprudencia" utilizado desde hace años ya ha adquirido plena significación». Y, más recientemente, Salcedo Beltrán, C., «El procedimiento de reclamaciones colectivas: paradigma del constitucionalismo y la justicia social (*Nullum ius sine actione*)», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2020, núm. 57, p. 220; estudio en el que, con relación al CEDS, señala dicha autora que el término *juris dictio* es el adecuado, al adoptar la «interpretación auténtica del derecho que supervisa» y, por tanto, «el pronunciamiento se denomina jurisprudencia».

víctimas de la actual guerra[24], en línea con el razonamiento que sostiene que en política internacional «es mejor tener al enemigo sentado a la mesa». Tal vez una forma de dejar una mano tendida para no cortar absolutamente los vínculos con la Federación Rusa, y no dejar a su población y a la población ucraniana desprotegidas, podría ser precisamente una política convencional más blanda por parte de la Organización, en el sentido de no cerrar las puertas presumiendo la denuncia en casos en los que ni esta está expresamente prevista, ni dicha presunción es evidente, como ocurriría en el caso de estos dos últimos convenios, especialmente significativos por lo demás tanto por la protección complementaria de derechos humanos que comporta[25], como por la significación que, en concreto, la Carta europea de autonomía local podría suponer en relación con la creación de regímenes *de facto* o zonas inestables a lo largo de sus fronteras como política sistemáticamente seguida por Rusia en los últimos años y, en particular, en la actual guerra de agresión contra Ucrania. Parece, por todo ello, discutible que se pueda sostener que la cesación en la membresía en el CoE conlleve, como una consecuencia *de jure* y *de facto*, la pérdida inmediata de la condición de Estado parte en estos convenios considerados «cerrados»; o bien que, dada la ausencia de disposición específica al respecto, haya de presumirse que la denuncia se aplicaría *mutatis mutandis*[26], razonamientos ambos que desvelan más bien un deseo por desvincular a Rusia de toda conexión con estos convenios que un efecto ajustado a la aplicación del CVDT al caso concreto, particularmente de su art. 42.

Así pues, obviando la calificación de tratados estatutarios y extraestatutarios que utiliza el servicio jurídico para estudiar los efectos de los mismos en relación al abandono de la organización por parte de Rusia, no es evidente esa división entre tratados cerrados y abiertos, o al menos no lo es desde el momento que tratados en los que no se incluye una cláusula expresa de cesación en la condición de parte como consecuencia inmediata de la cesación en la condición de miembro. Como es igualmente discutible la identidad que se establece en dicho razonamiento entre silencio y denuncia o, en su defecto, considerando la cesación en la condición de parte como una consecuencia *de facto* y *de iure* de la cesación de la condición de miembro de dichos tratados.

La explicación de fondo, en concreto en el caso de la CSE revisada y de la Carta europea de autonomía local, es que «*the conventions in question provide protection to individuals and/or entities separable from the central government of the withdrawing/expelled State*»[27], de donde se deduce la conveniencia del cese inmediato de los efectos del tratado, lo diga la Carta o no. Sin embargo, y precisamente en la medida en que se trata de tratados que reconocen y prote-

---

[24] Véase Jahn, J., *The Council of Europe Excludes Russia: A Setback for Human Rights*. Accesible en *https://www.ejiltalk.org/the-council-of-europe-excludes-russia-a-setback-for-human-rights/*.

[25] Rusia iría contra sus propias posiciones históricas respecto de los derechos sociales y económicos, en particular en la posición defendida por esta respecto de la negociación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966. Véase Carrillo Salcedo, J. A., *Soberanía del Estado y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo,* 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 2001, p. 79.

[26] Véase Memorándum del Servicio Jurídico del CoE, CM(2022)70, de 15 de marzo de 2022.

[27] *Ibid*.

gen derechos, esta posición podría resultar contradictoria con los principios y la propia filosofía en la que se basa la acción normativa del CoE. Además, muchos tratados abiertos en los que, conforme a esta clasificación, la Federación Rusa podría seguir participando, consagran igualmente derechos en favor de los particulares (p. ej., la Carta europea de lenguas minoritarias).

Junto con estos tratados firmados y ratificados por Rusia con anterioridad a su partida, habrá que considerar la situación de aquellos tratados firmados, pero aún no ratificados, por la Federación Rusa en el momento de su retirada. De acuerdo con el CVDT, firma y ratificación son dos actos diferentes en relación con el consentimiento de un Estado para obligarse por un tratado y, en su caso, dos etapas distintas del proceso destinado a la producción de efectos jurídicos por parte de un tratado internacional. En el supuesto que nos ocupa concurren dos circunstancias especiales: en primer lugar, que se trata de tratados «modelo» elaborados en el seno de una organización internacional que siguen unas pautas, establecidas por su órgano decisorio, el CM, conforme a la cual dichos tratados están abiertos automáticamente a la firma y ratificación de los Estados miembros de la Organización, pero solo serán participados por terceros Estados en la medida en que hayan sido invitados a hacerlo por el CM. La segunda circunstancia es la pérdida de la condición de miembro por parte del Estado signatario que aún no ha ratificado el tratado internacional en cuestión.

¿Cabe asimilar la retirada por parte del Estado como miembro de la Organización a la nulidad de la firma previamente realizada o la revocación de la misma? En principio, tratándose la firma de un acto unilateral soberano del Estado no cabría revocación por terceros, sino que estos tan solo podrían acordar una suspensión de los efectos de la misma con seguridad en caso de tratados cerrados. Pero puede ocurrir que el tratado sea abierto y permita por ello la adhesión al mismo de Estados terceros. No obstante, conforme al modelo seguido en el CoE de acuerdo con las directrices del CM, pese a que tal posibilidad exista, el Estado tercero solo podrá firmar y en su caso ratificar el tratado en cuestión previa invitación por el CM.

Por todas estas razones cabe concluir que, en el caso de tratados no firmados aún por la Federación Rusa que sean cerrados, esta no podrá participar en el futuro en ellos, salvo invitación expresa al efecto por el CM, de acuerdo con el modelo de tratado vigente en el CoE conforme a la correspondiente decisión del CM[28]; que, respecto de los tratados cerrados que pudieran haber sido firmados por Rusia pero aún no ratificados en el momento de su retirada, esta perdería cualquier opción de ratificación, teniéndose la firma por no producida, según posición del servicio jurídico del CoE[29]; y que los tratados

[28] Véanse art. A (1) y (2) y art. B (1) de las «Model Final Clauses for Conventions, Additional Protocols and Amending Protocols concluded within the Council of Europe», adoptadas por el CM el 5 de julio de 2017, disponibles en *http://www.coe.int*.

[29] El CVDT no contempla expresamente esta posibilidad, sino solo la suspensión de los efectos de un tratado por acuerdo de las partes, por ejemplo ante una grave violación del mismo por una de las partes. Pero en el caso de los tratados que nos ocupan siempre contemplan el depósito del instrumento

abiertos que aún no hayan sido firmados por esta solo podrán ser firmados y en su caso ratificados por Rusia si el CM cursa la necesaria invitación. Pero, al margen de la posición oficial del CoE, hay que dejar claro que no es posible asimilar automáticamente la pérdida de la condición de miembro de la Organización a la retirada de la firma de un tratado donde tal condición no se contenga de forma expresa, pues a la retirada de la firma solo podría proceder la propia Federación Rusa[30], por lo que dicha firma, en el mejor de los casos, solo podría considerarse en suspenso mientras Rusia no la retire, dado que no podría ser seguida de una potencial ratificación en tanto Rusia no recuperase su condición de Estado miembro de la Organización, al tratarse de un tratado cerrado.

Un tercer asunto guarda relación con la necesidad de considerar los tratados que establecen mecanismos específicos de supervisión, lo que les dota de cierta especialidad. Y es que, dada la falta de previsión al respecto, resulta algo más difícil la situación de estos convenios del CoE que, además de fijar estándares, establecen mecanismos de seguimiento, conocidos como *monitoring bodies*, y que están gobernados internamente por una sencilla estructura institucional (Conferencia de las Partes y *bureau/board* del Convenio en cuestión) que supervisa la aplicación del convenio. Dichos mecanismos de supervisión suelen contar con una reglamentación mínima, en forma de reglas de funcionamiento interno, aprobadas por la Conferencia de las Partes del tratado en cuestión, conformada por los Estados parte del tratado. Algunos de esos comités juegan un papel crucial en la vida del tratado en cuestión, teniendo incluso el poder de modificar indirectamente el tratado mediante la adopción de las conocidas como «*guidance notes*» por consenso de las partes expresado en dichos comités. Es por ello que su creación fue recogida inicialmente por el propio Estatuto, siendo el CM el órgano competente para su aprobación y para fijar sus respectivos mandatos, de ahí que desde el primer momento este previese la terminación de la participación de la Federación Rusa en estos en su primera resolución[31].

Pero además estos comités, cuya estructura básica viene definida en sus reglas de procedimiento interno, eligen a un presidente y a los miembros del *bureau* en el número y modo establecido al efecto, como es el caso del Comité de Lanzarote para la protección de los niños contra la pornografía infantil; o el Comité MEDICRIME, de la convención contra la falsificación de medicamentos, en ambos casos tratados abiertos a la firma de terceros Estados. En

---

de ratificación, por lo que hay que entender que solo la firma no es suficiente para entender que el tratado estaba en vigor para Rusia (conforme al art. 12 CVDT). Véase Remiro Brotóns, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los tratados*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 101. Por ello, a falta de ratificación y de entrada en vigor del tratado, no sería tampoco de aplicación el art. 60 CVDT.

[30] El servicio jurídico entiende que la firma de la Federación Rusa, hecha cuando esta era aún Estado miembro del CoE pero que no vendría seguida de su ratificación, al ser expulsada de la Organización, «quedaría en suspenso». Ello no hace sino reconocer que ni la Organización ni los Estados parte en el tratado en cuestión pueden proceder a retirar dicha firma, sino solo la propia Federación Rusa. Véase Memorándum del Servicio Jurídico cit. nota 27.

[31] Véase CM/Res(2022)1, párr. 3.

el momento de producirse la salida de Rusia de la Organización representantes gubernamentales de dicha nacionalidad y miembros directos del gobierno de Putin ocupaban la presidencia en algunos de estos comités, situación lógicamente no contemplada de momento en las citadas reglas de procedimiento interno de los mismos. No se trata solo de solucionar el problema de si Rusia pierde automáticamente su condición de parte en el tratado abierto en cuestión sin necesidad de denuncia, usurpando la Organización en este caso la voluntad del Estado en cuestión, sino también de, en caso de que no se pueda argumentar que no lo pierde, cómo gestionar el funcionamiento del órgano interno que pauta la vida del mecanismo de supervisión si cae su presidencia.

Por último, y como una subespecie muy concreta, se encuentran los llamados acuerdos parciales (y acuerdos parciales ampliados), mecanismos amplios de cooperación intergubernamental creados por la Organización, en ocasiones en temas muy relevantes, abiertos a la participación de Estados tanto miembros como terceros, que pueden contar con su propio órgano de supervisión con capacidad, en algunos casos, para realizar también actividades de control, fijación de estándares y supervisión de su cumplimiento. Entre ellos destaca claramente la Comisión de Venecia (Comisión para la Democracia a través del Derecho) y el GRECO (Grupo de Estados contra la corrupción). En un principio el CM entendió que, en contraste con la aproximación más bien restrictiva respecto de la futura participación de Rusia en los tratados del CoE, no había restricciones ni obstáculos a su participación en los acuerdos parciales, lo que podía generar alguna situación complicada a la vista, por ejemplo, de la distancia en los planteamientos entre la Comisión de Venecia y la Federación Rusa por ejemplo. Así, el CM decidió que, salvo decisión contraria de la dirección del acuerdo parcial en cuestión, la Federación Rusa podría seguir participando en los acuerdos parciales en los que fuese parte[32]. Sin embargo, en decisión posterior el CM decidió cerrar esta puerta a Rusia, estableciendo la obligación de informar a la Secretaría de la necesidad de adoptar las decisiones requeridas para suspender el derecho de representación de la Federación Rusa en los acuerdos parciales, que debería ser tomada por sus miembros en la siguiente reunión[33].

La respuesta del servicio jurídico ha sido ecléctica y en todo caso en claro interés de la Organización, entendiendo que los acuerdos parciales, como actividad claramente intergubernamental, deben permanecer cerrados a un Estado que ha cometido graves violaciones del art. 3 del Estatuto, siendo su abandono de la Organización incompatible con su permanencia en un acuerdo parcial. Sin embargo, se entiende que el GRECO es un caso especial, de manera que Rusia podría seguir perteneciendo a dicho acuerdo parcial a pesar de la pérdida de la condición de miembro de la Organización. La razón que se esgrime es la naturaleza especial de este órgano, que se constituye

[32] Véase CM/Res(2022)1, párr. 8.

[33] Véase CM/Del/Dec(2022)1428 bis/2.3, para. 8, lo que se compadecería con los términos del art. 54 CVDT. En dicha reunión ya no tomó parte la representación rusa, habida cuenta de la suspensión previa de los derechos de representación de esta.

igualmente en «*monitoring body*» de dos Convenios del CoE abiertos a la participación de terceros Estados. La argumentación, no obstante, no nos parece muy convincente, pero demuestra un claro interés por mantener a la Federación Rusa sujeta a un control internacional en materia de corrupción que, si bien desde un punto de vista práctico sería obviamente muy deseable, desde el punto de vista estrictamente teórico, y a la vista de todas las posiciones defendidas con anterioridad, resultaría más que discutible[34].

4. LA DENUNCIA POR PARTE DE RUSIA DEL CEDH Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

Consideraciones específicas merece, sin duda, el caso de la denuncia del CEDH, por la importancia del instrumento internacional en cuestión, su alcance y las consecuencias derivadas de la misma, en particular teniendo en cuenta que se trata del único instrumento internacional que procuraría algún tipo de reconocimiento de las violaciones de derechos humanos cometidas por la Federación Rusa, así como, en su caso, algún tipo de compensación material al particular[35]. Descartada la posibilidad de reclamar la responsabilidad de Rusia ante la Corte Penal Internacional por falta de competencia de esta respecto de aquella, y no habiendo más tribunal internacional competente en tal situación al que los afectados pudiesen recurrir, el TEDH constituiría la única opción de paliar siquiera formalmente el daño a las víctimas de la agresión rusa. La denuncia por parte de Rusia del CEDH y de la competencia del TEDH para conocer de demandas contra ella, comunicada el 15 de marzo pasado, genera graves perjuicios a las víctimas del ataque armado ilícito y las deja completamente indefensas, además de constituir una vía más para que las autoridades rusas responsables de tales violaciones gocen de la impunidad de sus actos.

Y es que, en el caso del CEDH, esta desvinculación automática de cualquier Estado parte que deje de ser miembro de la organización viene recogida en su art. 58.3, que equipara la pérdida de la condición de miembro de la organización con la denuncia del Convenio[36], lo que no deja de ser excepcional, no habiéndose además pronunciado el TEDH hasta el momento en ningún caso sobre su competencia en relación al art. 58, por lo que las consecuencias

---

[34] Véase Memorándum del Secretariado, *cit. supra*, párrs. 13-15.

[35] Debe señalarse que la Federación Rusa presenta el mayor índice de litigiosidad ante el TEDH y de condenas, conforme a las estadísticas publicadas por el propio TEDH en el periodo 1959-2021, teniendo en cuenta, además, que su entrada en el sistema de protección del CEDH es muy posterior, y ha sido condenada en casi la totalidad de las demandas presentadas en su contra, incluyendo violación de derechos tan importantes como el derecho a la vida o la falta de una investigación efectiva, el derecho a la libertad y la seguridad o el derecho a un recurso efectivo, todos ellos directamente relacionados con la situación de los nacionales ucranianos afectados por la agresión de Rusia a su país. Véase estadísticas del TEDH en *https://echr.coe.int/Documents/Stats_pending_2022_BIL.pdf*.

[36] El art. 58 de la versión consolidada del CEDH establece, bajo la cabecera «Denuncia», que «dejará de ser parte en el presente Convenio toda Alta Parte Contratante que deje de ser miembro del Consejo de Europa».

exactas de esta disposición no se conocen de momento y la presente situación sentará un precedente fundamental al respecto. En todo caso la Federación Rusa comunicó expresamente su denuncia del Convenio, como se ha visto, si bien muy poco después de su expulsión.

La duda sin resolver es si en la decisión del periodo extensivo de seis meses se considera a Rusia voluntariamente retirada o expulsada. En el primer caso el juego de los párrs. 1 y 2 del art. 58 CEDH arroja como lógica conclusión la respuesta dada por el TEDH en su segundo comunicado: Rusia queda obligada a responder (continúa vinculada por el CEDH) ante las demandas que se presenten contra ella hasta el 16 de septiembre de 2022. Pero en el segundo caso el parágrafo 3 del art. 58 CEDH es más confuso, al establecer que toda parte contratante que pierda la condición de miembro del CoE dejará de ser parte en el CEDH «en las mismas condiciones», pero no se sabe realmente a qué condiciones se refiere, por lo que la respuesta del TEDH ha sido entender que son las de los párrs. 1 y 2 y que, análogamente, un Estado que cesa en su condición de miembro cesa en su condición de parte en el CEDH, pero quedando obligado por el CEDH por el periodo adicional de seis meses.

El primer comunicado del TEDH no dejó de ser confuso, afirmando sin matices la suspensión de todos los procedimientos contra la Federación Rusa, al haber anunciado esta su retirada del mismo[37], aunque comprensible, pues el Tribunal se concedía un tiempo para reflexionar sobre las consecuencias de la desvinculación de Rusia del CEDH. Así, días más tarde y de forma algo más detallada el TEDH comunicaba la fecha del 16 de septiembre de 2022 como aquella a partir de la cual ya no podrían aceptarse denuncias individuales o interestatales contra Rusia de conformidad con el art. 58.2 del Convenio[38]. Esto es, en respeto de la regla que establece que la denuncia o retirada el Convenio no supone *ipso facto* el cierre de los procedimientos contra el Estado denunciante y su impunidad por cualquier tipo de comportamiento en relación con los derechos protegidos en el Convenio, sino que el cese de todos los efectos del mismo no tendrá lugar hasta seis meses después de comunicada la retirada, por lo que podrían seguir admitiéndose denuncias hasta esa fecha[39], lo que implica, como de hecho ha sucedido, la continuación de los

[37] El comunicado de prensa de 16 de marzo de 2022 [ECHR 092 (2022)], afirmaba que «*the Court has decided to suspend the examination of all applications against the Russian Federation pending its consideration of the legal consequences of this Resolution for the work of the Court*». Véase comunicado en *file:///C:/Users/Usuario/Downloads/The%20European%20Court%20of%20Human%20Rights%20decides%20to%20suspend%20the%20examination%20of%20all%20applications%20against%20the%20Russian%20Federation%20(2).pdf*.

[38] Véase Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, de 22 de marzo de 2022, y Press release ECHR 099 (2022), de 23 de marzo de 2022, disponible en *https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf*.

[39] Conforme al art. 58.2 CEDH: «Esta denuncia no podrá tener por efecto el desvincular a la Alta Parte Contratante interesada de las obligaciones contenidas en el presente Convenio en lo que se refiere a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de estas obligaciones, hubiera sido realizado por dicha Parte con anterioridad a la fecha en que la denuncia produzca efecto».

procedimientos abiertos, la recepción de nuevas demandas y la continuación en sus labores del juez actuante en nombre de la Federación Rusa, conforme al art. 20 CEDH.

Parece, pues, que poco ha importado al Tribunal, a efectos prácticos, si el Estado se retira voluntariamente o es expulsado. A todos los efectos el TEDH considera que Rusia ha dejado de ser parte en el Convenio y en los protocolos adicionales que hubiese ratificado, decayendo por tanto la protección procurada por aquellos en beneficio de los particulares. Es cierto, no obstante, que en este caso el proceso final ha sido particularmente confuso, tanto por la indefinición y referencias cruzadas entre disposiciones de cuyo alcance hasta ahora no se tiene exacto conocimiento en ausencia de práctica pertinente, como por el intento último de Rusia, después de no reaccionar durante días, por sellar su salida de forma falsamente honrosa, pues a pesar de las advertencias de recurso al art. 8 del Estatuto, esto es, al expediente de expulsión, la Federación Rusa no comunicó su intención de retirada voluntaria ex art. 7 del Estatuto hasta que la unánime votación de la PACE en favor de su expulsión tuvo lugar. El problema reside en que esta confusión podía servir de base a la Federación Rusa para discutir, conforme al art. 58.2 CEDH, la aplicación del periodo extra de seis meses en el que aún podría ser demandada, dada además la referencia que su comunicado de retirada de la Organización hace a que dicha retirada se producirá en los términos que la propia Rusia decida[40].

De acuerdo, pues, con esta interpretación la regla sentada por el art. 58 CEDH no permite a la Federación Rusa desvincularse automáticamente del Convenio, sino que, en ese periodo de seis meses, y a pesar de su no pertenencia a la Organización, seguirá vinculada por las obligaciones establecidas en el Convenio, pudiendo ser por tanto denunciada por violaciones cometidas durante ese tiempo. No se trata de que la denuncia deba llegar al TEDH en ese periodo; de entenderlo así magra protección se estaría procurando a los derechos del particular, pues la propia regla del agotamiento de los recursos internos haría imposible denunciar dichas violaciones ante el TEDH antes de finalizar el periodo de seis meses establecido, máxime teniendo en cuenta las dificultades que el funcionamiento de la justicia puede encontrar en un país en guerra. Se trata de que la violación denunciada ante el Tribunal haya tenido lugar aun en ese periodo de «desvinculación a término» de seis meses en los que las obligaciones del Convenio siguen plenamente vigentes. Transcurrido dicho plazo, toda denuncia devendría inadmisible conforme al art. 5 CEDH, por ser incompatible con este *ratione temporis* o *ratione personae*.

E igualmente, el abandono no inmediato del sistema procesal de protección del CEDH abre un periodo de difícil gestión en cuanto al desarrollo

---

[40] Véase Lawson, R., *They can destroy our houses..., op. cit.,* nota 21; Vogiatzis, N., *No Longer a Member Stte of the Organisation: The Expulsion of Rusia from the Council of Europe and Articles 7 and 8 of the Statute»,* disponible en *https://essexlawresearch.blog/2022/03/31/no-longer-a-member-state-of-the-organisation-the-expulsion-of-russia-from-the-council-of-europe-and-articles-7-and-8-of-the-statute/.*
Véase igualmente nota 20.

material de los procedimientos ante el TEDH y a la supervisión del cumplimiento de las sentencias del Tribunal, como se sabe confiado al CM.

Por lo que hace al desarrollo efectivo de los procedimientos que involucran a Rusia, el problema reside en la falta de cooperación que esta puede desarrollar una vez desvinculada del CEDH. Conforme a este, el procedimiento ante el TEDH se basa de manera indiscutible en los principios de contradicción, proporcionalidad e igualdad de armas. Si finalmente una de las partes —la representación de Rusia— decide no acudir y no tomar parte en dichos procedimientos, el Tribunal se vería ante la difícil decisión de si optar por una condena en ausencia de parte o en rebeldía, lo que contradiría el principio de audiencia, que también preside el procedimiento ante este[41].

En relación a la ejecución de las sentencias condenatorias, la resolución del CM deja bien claro que la Federación Rusa podrá continuar participando en las sesiones del Comité de Ministros en las que se supervise la ejecución de una sentencia de condena dictada por el TEDH, sin derecho a voto[42]. Mientras el Estado condenado es miembro del CoE la supervisión por el más alto órgano político, además de preceptiva, parece conveniente, en la medida en que la presión política ejercida por sus «pares» puede ayudar al respeto de la sentencia de condena de obligado cumplimiento, pero con escasos medios auxiliares que contribuyan a su ejecución efectiva, como es bien conocido. No en vano en el pasado Rusia ha protagonizado importantes resistencias dentro del CM respecto del cumplimiento de ciertas sentencias condenatorias, como se ha visto, habiéndose generado incluso situaciones de crisis tras la reforma del CEDH, que permite ahora una remisión por incumplimiento de sentencia por parte del CM de nuevo al TEDH, merced al art. 46.4 CEDH.

Pues bien, esa colaboración que se exige en el cumplimiento de la sentencia condenatoria del Tribunal por parte de un Estado miembro de la Organización, y a la que coadyuva la acción del CM, habrá de seguir presumiéndose por parte de la Federación Rusa respecto de las sentencias condenatorias que pueda recibir por estimación de demandas individuales o interestatales. Pero a nadie escapa que, más allá de esa presión política, poco más podrá hacerse en caso de falta de voluntad por su parte para materializar el cumplimiento de las mismas, siendo además ahora la situación no solo hostil, sino de mayor desventaja, en la medida en que la Federación Rusa solo podrá ser oída, pero no podrá participar en la decisión que el CM pueda adoptar al respecto, al negarle el derecho de voto tras la pérdida de su condición de miembro. Así pues, las condenas, como bien sabe Rusia, podrán quedarse en una mera victoria moral, en especial en el caso de las demandas individuales, una condena política sin muchas posibilidades de cumplimiento efectivo desafortunadamente, a la luz de la actitud demostrada hasta aquí por Rusia, que puede

[41] Véase, al respecto, Speck, A. K., *Russia and the Strasbourg Court: evidentiary challenges arising from Russia's expulsión from the Council of Europe*, disponible en *https://dissect.ugent.be/russia-and-the-strasbourg-court/*.

[42] Véase CM/Res(2022)1, párr. 7.

generalizarse no solo respecto de las condenas que esta pueda recibir en el futuro por hechos recurridos en este periodo extraordinario de seis meses de vigencia adicional del CEDH desde su denuncia, sino de toda condena que pueda producirse desde el día 15 de marzo de 2022, fecha de denuncia del Convenio, lo que no deja de ser una victoria adicional para Rusia, pues la mayor parte de los asuntos que penden ante el Tribunal tienen que ver con la guerra del Donbás del 2014[43], lo que supondría que todas las víctimas de las agresiones expansionistas rusas se verían privadas de todo tipo de justicia material.

Ni en los momentos inmediatamente anteriores a la agresión sobre Ucrania ni después invocó Rusia el art. 15 CEDH a fin de suspender los efectos de este, siendo así que hubiese sido perfectamente justificable dado el desenlace del conflicto armado. El 28 de febrero, una vez iniciados los ataques armados de Rusia contra Ucrania, y a petición de esta por las violaciones masivas de derechos humanos causadas por las tropas rusas, el Tribunal dictó medidas provisionales urgentes con base en el art. 39 CEDH, considerando plausibles las violaciones de diferentes disposiciones del Convenio, en particular los arts. 2, 3 y 8 (derecho a la vida, prohibición de torturas y/o tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, derecho a la vida privada y familiar), instando a la Federación Rusia a abstenerse de atacar a la población civil y a informar al TEDH sobre las medidas adoptadas en cumplimiento de la decisión del Tribunal[44].

Por otra parte, ante la solicitud efectuada por Ucrania el 24 de febrero de suspender todos los procedimientos en los que esta fuese parte demandada, el Tribunal acordó adoptar una serie de medidas en relación con los casos pendientes de resolución, suspendiendo aquellos que no estuviesen ya listos para votación y aclarando que la suspensión no supone una extensión del plazo de seis o de cuatro meses para la presentación de la demanda[45] ni del plazo de tres meses para la solicitud de revisión por la Gran Sala[46]. Con posterioridad, y a petición de personas individuales refugiadas en subterráneos, refugios, etc., en riesgo de ser atacadas por el fuego ruso y sin ac-

---

[43] En el momento de expulsión de Rusia sus cifras respecto de inejecución de sentencias condenatorias eran abochornantes, y el aumento del contencioso ante el TEDH como consecuencia de estas incursiones territoriales incluía 8 denuncias interestatales, de las cuales 5 de Ucrania; y en torno a 2.000 demandas individuales en relación con el Donbás (894 casos) y Crimea (1.129 casos). Véase informe del CDDH de octubre de 2021, disponible en *https://rm.coe.int/steering-committee-for-human-rights-cddh-statistical-report-on-conflic/1680a4968b*.

[44] Véase «The European Court grants urgent interim measures in application concerning Russian military operations on Ukrainian territory», *Press Release,* disponible en *https://t.co/52edSjcSb3*.

[45] Dependiendo de que la fecha de presentación de la demanda se vea afectada en su caso por la entrada en vigor del Protocolo Adicional núm. 15, que reduce el plazo de posible presentación de la demanda en tiempo de seis a cuatro meses.

[46] Véase «Decision of the Court on requests for interim measures in individual applications concerning Russian military operations on Ukrainian territory», *Press Release.* Disponible en *https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-7277548-9913621&filename=Decision%20of%20the%20Court%20on%20requests%20for%20interim%20measures%20in%20individual%20applications%20concerning%20Russian.pdf*.

ceso adecuado a alimentos, agua, suministro eléctrico o asistencia médica, el Tribunal ha confirmado que los términos suficientemente amplios permiten entender que las medidas provisionales ya ordenadas cubren igualmente este tipo de supuestos siempre que se pueda demostrar que su situación pone en grave e inminente riesgo su vida o su integridad física[47].

5. CONSECUENCIAS EN RELACIÓN CON EL FUNCIONARIADO DEL CONSEJO DE EUROPA Y EN RELACIÓN A LAS OBLIGACIONES FINANCIERAS

Finalmente, dos cuestiones no menores se plantean con la desvinculación de Rusia del CoE. En primer lugar, si la protección funcional que una organización internacional puede ejercer en favor de sus funcionarios ha sido objeto de reconocimiento desde antiguo precisamente en atención a la independencia que se presume de los mismos y de su lealtad para con la Organización por encima de la que podrían ejercer conforme a su nacionalidad y respecto de su propio Estado, la situación presente sería una clara ocasión en la que dejar constancia de este principio básico del Derecho internacional contemporáneo. De hecho, así se contempla en el art. 36 del Estatuto del CoE, al afirmar tanto la independencia económica de los miembros del secretariado[48] como el deber del funcionariado para con la Organización[49].

Ahora bien, para poder formar parte del funcionariado de la Organización, el art. 14 de las actuales normas administrativas que rigen dichos concursos exigen ser nacional de un Estado miembro[50]. Y el art. 23 de las mismas específicamente prevé las causas por las que el contrato de trabajo temporal o indefinido puede terminar. Ninguna referencia se hace en él a la pérdida de la cualidad de miembro del Estado del que el miembro del

---

[47] Véase *ibid*. En todo caso, será necesario igualmente hacer un seguimiento de las demandas interestatales pendientes ante el TEDH contra Rusia, hasta el momento por parte de Georgia, Ucrania y de Ucrania y Países Bajos por el incidente del avión derribado: Georgia c. Federación Rusa (II), núm. 38263/08 (satisfacción equitativa), y Ucrania c. Federación Rusa (re Crimea), núm. 20958/14, ambas pendientes ante la Gran Sala; Ucrania c. Federación Rusa (VII), núm. 38334/18; Ucrania c. Federación Rusa (VIII), núm. 55855/18; Ucrania c. Federación Rusa (IX), núm. 10691/21; Ucrania c. Federación Rusa (X), núm. 11055/22; y, finalmente, Ucrania y Países Bajos c. Federación Rusa, núms. 8019/16, 43800/14 y 28525/20.

[48] El art. 36.*d)* establece que: «*No member of the Secretariat shall hold any salaried office from any government or be a member of the Consultative Assembly or of any national legislature or engage in any occupation incompatible with his duties*».

[49] Como consta en el art. 36.*e)*: «*Every member of the staff of the Secretariat shall make a solemn declaration affirming that his duty is to the Council of Europe and that he will perform his duties conscientiously, uninfluenced by any national considerations, and that he will not seek or receive instructions in conexión with the peformance of his duties from any government or any authority external to the Council, and he'll refrain from any action which might reflect on his position as an internal oficial responsable only to the Council*».

[50] Conforme a esta disposición, es condición necesaria para que los candidatos puedan ser seleccionados como funcionarios de la organización «*(to) be nationals of a State which is a member of the Council of Europe and have the civil rights enabling them to be appointed to the civil service of that State*»; texto disponible en *https://rm.coe.int/0900001680782c27*.

personal es nacional. Sin embargo, el art. 2 del Anexo VI de dichas reglas administrativas expresamente prevé la percepción de una indemnización por parte de un empleado (funcionario internacional de la Organización) con carácter indefinido cuando el Estado miembro del que es nacional abandone la Organización[51], por lo que, en principio, y conforme a esta disposición, el funcionariado de nacionalidad rusa podría ser cesado por el secretario general del CoE, previo acuerdo de concesión de la consiguiente indemnización, quedando en manos de la actual Secretaría General esta decisión.

No obstante, los criterios de reparto geográfico y proporcionalidad que igualmente presiden la selección del funcionariado de una organización internacional hacen que, en la práctica, el funcionariado (secretariado) de la organización en cuestión se reparta conforme a cupos nacionales proporcionales al «peso» del Estado miembro en cuestión. Además, la contribución económica del Estado miembro también influye a la hora de fijar tanto el cupo nacional como el reparto, *de facto*, de los puestos de mayor responsabilidad en la organización. Como ya se ha comentado en relación con la evolución de las relaciones entre la Federación Rusa y el CoE, esta solicitó y adquirió la condición de gran contribuyente, lo que en la práctica supuso que nacionales rusos ocupasen diversos puestos de alta responsabilidad dentro de la Organización, además de aumentar su contribución financiera a la Organización, por supuesto. La pérdida de la cualidad de miembro del Estado de su nacionalidad debería implicar el fin del desempeño profesional de dichos funcionarios, lo que en la práctica supondría también un importante revés para el funcionamiento normal de la misma, viéndose «desarbolados» una serie de servicios y direcciones de aplicarse la regla de forma literal. Por otro lado, la realidad confirma que muchos de esos funcionarios, que han vivido durante años en suelo francés o alemán, han adquirido igualmente la nacionalidad francesa o alemana, por lo que sería contradictorio rescindir sus contratos dado que en todo caso continuarían siendo nacionales de un Estado miembro de la Organización, si bien de utilizar dichas nacionalidades los respectivos cupos nacionales de Francia y Alemania se verían desequilibrados, produciéndose una sobrerrepresentación de ambos Estados miembros, al tiempo que congelando la posibilidad de renovar dichos cupos a corto o medio plazo.

El debate y la potencial decisión de la Secretaría General respecto de la cesación o no de los funcionarios de nacionalidad rusa se plantea en realidad solo en relación con funcionarios de carrera con contrato permanente, pues se entiende que los agentes temporales de nacionalidad rusa no serán renovados, conforme al criterio mencionado, una vez se cumpla el término

[51] La disposición, que establece los principios generales de indemnización en caso de pérdida de empleo, establece que: «*An indemnity may be granted to a staff member who holds a firm contract and whose services are terminated for any one of the following reasons: [...] d) the withdrawal from the Council of the member state of which the staff member is a national*»: véase texto en *https://rm.coe.int/0900001680781814*.

temporal de su contrato, dado que incurrirían en causa de incompatibilidad al no tener, en el momento de acceder al puesto de trabajo, la nacionalidad de un Estado miembro; e igualmente en el caso del personal contratado para actividades operacionales concretas que puedan cesar como consecuencia de la expulsión de la Federación Rusa. Estas son las circunstancias en las que la salida de la Federación Rusa se ha producido y las normas en vigor en dicho momento.

Sin embargo, en septiembre de 2021 el CM adoptó unas nuevas normas administrativas internas en esta materia con una regulación un tanto diferente, y cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de julio de 2022. Conforme al nuevo art. 4 de las mismas, solo los nacionales de un Estado miembro podrán ser propuestos para ocupar un puesto como funcionario de la Organización (no se especifica si temporal o permanente, por lo que en principio se presume que en ambos casos). Ahora bien, el nuevo art. 6 de las mismas, en relación con las posibles causas de terminación del servicio y de indemnización consiguiente, no menciona ya la pérdida de la condición de Estado miembro por parte del Estado de la nacionalidad del funcionario como causa de finalización del servicio, ha desaparecido. Por tanto, la condición solo es exigible para el acceso a la carrera funcionarial dentro de la Organización, pero no es exigible para conservar el puesto de trabajo con posterioridad en caso de acontecer algún cambio ya sea en la membresía del Estado en cuestión, o ya sea, conforme a la literalidad del precepto, en la nacionalidad de la que disfruta el funcionario en cuestión. Ello podría ser una respuesta realista por parte de la Organización a la situación que se produjo tras los acontecimientos del Donbás en 2014, cuando una parte importante del funcionariado ruso obtuvo una segunda nacionalidad de un país miembro del CoE. La decisión finalmente adoptada por la Secretaría General ha sido la de no cesar a los funcionarios rusos permanentes, manteniéndolos en sus puestos, teniendo en cuenta que la nueva normativa a aplicar en breve suprime también esta causa de cesación del contrato permanente[52].

Finalmente, y por lo que hace a las obligaciones financieras, el art. 7 del Estatuto es concluyente respecto de la obligación de la Federación Rusa de abonar la cuota correspondiente a todo el año 2022 en relación con la financiación de la organización, además de abonar los gastos derivados de su representación ante el CM y la PACE hasta el momento de su retirada, al haberse producido esta dentro de los primeros nueve meses del año. Sus obligaciones financieras finalizan, pues, con el año en curso[53]. De igual for-

[52] En la medida en que hablamos de funcionarios afectos que no integran un órgano jurisdiccional o cuasi jurisdiccional, en cuyo caso las exigencias de independencia e imparcialidad les hace estar «blindados» ante cualquier decisión externa que no provenga asimismo de un órgano judicial, el caso no se asemeja al cese ocurrido de la Abogada General británica tras la entrada en vigor del acuerdo del *Brexit*, recurrido judicialmente por esta.

[53] Conforme al art. 7 del Estatuto: «*Any member of the Council of Europe may withdraw by formally notifying the Secretary General of its intention to do so. Such withdrawal shall take effect at the end of the financial year in which it is notified, if the notification is given during the first nine months of that*

ma, el art. 39 del Estatuto establece la obligación de Rusia, junto con el resto de los Estados miembros, de satisfacer sus obligaciones financieras una vez calculado su montante y comunicado a esta por la Secretaría General, si bien podría tenerse en cuenta la parte del año en el que Rusia ya no ha formado parte de la Organización a fin de prorratear la parte proporcional a abonar por esta de los gastos generales de funcionamiento de la misma, siguiendo obligada a satisfacer las cuotas que en el momento de su retirada fuesen debidas con cargo a años anteriores y que podrían sufrir la aplicación de un interés de demora creciente, conforme a las reglas internas de financiación de la Organización[54]. Esta es la fórmula finalmente elegida por el CM en su última y definitiva resolución sobre las consecuencias financieras del «cese» de Rusia como Estado miembro del CoE, estableciendo específicamente que: «*The Russian Federation is bound to fulfil its full financial obligations arising out of its membership of the Council of Europe and of partial agreements, up to the date it ceased to be a member of the Organisation, including its contributions for 2022 determined on a* pro rata tempris *basis*»[55]. De momento, la Federación Rusa no ha satisfecho el tercio de su contribución total al presupuesto.

De igual forma, hay comités de seguimiento de determinados convenios que prevén en su reglamentación interna contribuciones financieras por parte de los Estados parte en los mismos, que pueden ser o no miembros del CoE al tratarse de convenios «abiertos», conforme a la terminología ya analizada. Tal es el caso, por ejemplo, del Convenio sobre falsificación de medicamentos y otras ofensas que impliquen amenazas para la salud pública (convenio MEDICRIME) del que la Federación Rusa es parte y cuya contribución, salvo denuncia del Convenio, deberá ser satisfecha igualmente.

No obstante, la duda planea de nuevo, desde el momento en que la comunicación de retirada de la Federación Rusa enviada a la Secretaría General establece el derecho de esta a desvincularse de la organización «en sus propios términos» dada la dureza sin precedentes de las sanciones adoptadas contra Rusia y su población, por lo que de momento solo cabe esperar un efectivo cumplimiento de las obligaciones válidamente adquiridas por Rusia a este respecto, aunque estas palabras no hacen presagiar de entrada una actitud colaboradora. Y en estas circunstancias no cabe ser demasiado optimista no solo respecto de este pago pendiente, sino de la situación financiera que, en general, el CoE deberá afrontar sin la contribución rusa, que supone un 12,5 por 100 a detraer de su presupuesto total[56], una carencia que en el pasado ha demostrado tener efectos devastadores sobre la actividad operacional de la Organización.

---

financial year. If the notification is given in the last three months of the financial year, it shall take effect at the end of the next financial year».

[54] Véase regulación financiera del Consejo de Europa en *https://www.coe.int/t/budgetcommittee/rules_en.asp*.

[55] Véase CM/Res(2022)3, párr. 10.

[56] Véase total del presupuesto en *https://www.coe.int/en/web/about-us/budget*. Y reparto del mismo en *https://rm.coe.int/1680994ffd#page=184*.

6. CONCLUSIONES

La agresión de Rusia contra Ucrania desencadenada el 24 de febrero de 2022 supone la guinda de una convivencia muy difícil de Rusia en el seno del CoE para con la Organización y para con el resto de Estados miembros, que ha desafiado los tres pilares básicos de la Organización de forma reiterada. Hasta qué punto era mejor seguir condescendiendo e intentando una negociación política casi en círculos —dada la vuelta una y otra vez a la casilla de salida por parte de Rusia— o aplicar una solución ejecutiva contundente como la expulsión, es ciertamente opinable y objeto de crítica legítima.

Lo cierto es que en el corazón de todos los debates, de cualquier solución, son los derechos humanos y las personas las que pierden, pues tan poco sirve tener a una Rusia formalmente vinculada por unos principios ilusorios sometidos a ignorancia constante, cuando no a violaciones palmarias y a incumplimiento de las sentencias condenatorias del TEDH, como dejarla fuera del sistema. Es cierto que no debe menoscabarse el hecho de que durante veinticinco años Rusia haya sido la única superpotencia sometida a control jurisdiccional obligatorio en materia de respeto de derechos humanos, pero también lo son los magros resultados obtenidos hasta aquí.

Si la expulsión de Rusia supondrá la necesaria construcción de una nueva geopolítica en Europa está por ver. De momento es dolorosamente evidente que muchas de las violaciones masivas de derechos humanos que Rusia pueda estar cometiendo quedarán impunes, y que los desafíos que plantea tanto un procedimiento con una parte demandada no colaboradora como, en su caso, la ejecución de una sentencia condenatoria contra un Estado fuera del control de la Organización exigirán al TEDH buenas dosis de reafirmación e innovación. Pero también las cuestiones en relación con la financiación o el funcionariado son retos que a corto o medio plazo arrojarán luz sobre algunos aspectos de teoría general de las organizaciones internacionales.

Cuestión distinta, sin embargo, es que el CoE, hecha la amputación quirúrgica de una situación que amenazaba con minar la legitimidad de la Organización y del propio sistema de protección de derechos humanos, tienda una mano a través de una actitud algo más generosa respecto de la participación de Rusia en otros tratados internacionales y acuerdos parciales de su factoría, que en definitiva no son sino instrumentos también de protección de derechos, respecto de los cuales la Organización no debiera mostrarse «tacaña».

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Miscelánea/*Miscellany*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 129-156
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.01
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 16/05/2022. Aceptación: 10/06/2022

MISCELÁNEA/*MISCELLANY*

LA POLÍTICA ÁRTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN PERSPECTIVA GEOPOLÍTICA: DE LA COOPERACIÓN PACÍFICA A LAS RUPTURAS ÁRTICAS (2017-2022)*

Elena Conde Pérez**

RESUMEN

LA POLÍTICA ÁRTICA DE LA UNIÓN EUROPEA EN PERSPECTIVA GEOPOLÍTICA: DE LA COOPERACIÓN PACÍFICA A LAS RUPTURAS ÁRTICAS (2017-2022)

Este artículo aspira a ser una revisión crítica de las políticas árticas de la UE, particularmente de la más reciente Comunicación de la Unión Europea para el Ártico, de 13 de octubre de 2021, desde una perspectiva geopolítica e histórica. En este sentido, se examinarán los elementos que han servido para asegurar que el Ártico ha venido siendo un espacio de cooperación pacífica y cómo ese entorno geopolítico favorable ha incidido en la evolución histórica de las políticas de la UE hacia el Ártico, no exentas de desencuentros. Esta investigación usa la fecha crítica de 2017 para señalarla como el momento en el que suceden importantes «rupturas árticas» que llegan al momento actual y que indican un cambio de paradigma desde la cooperación pacífica a una región de posible enfrentamiento. Con ese telón de fondo, el artículo analiza qué puede llegar a funcionar bien en la nueva Comunicación de la UE hacia el Ártico y qué debería repensar la UE si quiere asumir un liderazgo en la región en un momento en el que todo apunta a una crisis del orden liberal mundial tal y como fue establecido tras la Segunda Guerra Mundial y refundado en los años noventa.

Palabras clave: Ártico, Unión Europea (EU), cooperación pacífica, Pacto Verde Europeo, China, Consejo Ártico, Rusia, OTAN, Estados Unidos, orden mundial.

---

* Esta investigación se inscribe en el marco del Grupo de investigación UCM Aplicación del Derecho Internacional 971007, *https://www.ucm.es/apliderint/* y del trabajo del WP6 JUSTNORTH H2020-LC-CLA-2019-2, *http://justnorth.eu/*. Este artículo se entregó en junio de 2022 y todos los sitios *web* fueron visitados por última vez el 24 de agosto de 2022.

** Profesora Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. IP del Grupo de investigación UCM Aplicación del Derecho Internacional 971007, *https://www.ucm.es/apliderint/*. Investigadora adscrita al Instituto Complutense de Estudios Internacionales (ICEI, *https://www.ucm.es/icei/*). UCM leader WP6 JUSTNORTH H2020-LC-CLA-2019-2, *http://justnorth.eu/*.

ABSTRACT

THE ARCTIC POLICY OF THE EUROPEAN UNION IN GEOPOLITICAL PERSPECTIVE: FROM PACIFIC COOPERATION TO ARCTIC DISRUPTION (2017-2022)

The article aims to be a critical review of the EU's Arctic policies from a geopolitical and historical perspective, in particular the most recent Communication of the European Union for the Arctic, from October 13 2021. It examines the legal and political factors that have served to back up the idea of the Arctic as a space of peaceful cooperation. The historical evolution of EU policies towards the Arctic region, while not exempt from points of disagreement, has taken place in a favourable geopolitical environment. This review points out the year 2017 as a critical moment in which important «Arctic ruptures» took place and have persisted up to the present moment. This is proof of a paradigm shift in the Arctic region, from peaceful cooperation to a region of possible confrontation. Against this background, the article analyses the elements of the new EU Communication towards the Arctic that can still be useful and effective and what the EU should rethink if it wants to assume leadership in the region at a time when everything points to a crisis of the liberal world order as established after World War II and re-founded in the 1990s.

Keywords: Arctic, European Union (UE), peaceful cooperation, European Green Deal, China, Arctic Council, Russia, NATO, United States of America, global order.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ÁRTICO COMO ENTORNO DE COOPERACIÓN PACÍFICA: DEL FIN DE LA GUERRA FRÍA HASTA 2017.—3. LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA ÁRTICA DE LA UNIÓN EUROPEA HASTA 2016: AVANCES, RETROCESOS E IMPACTO DE LA GEOPOLÍTICA.—4. ¿EL FIN DE LA COOPERACIÓN PACÍFICA EN EL ÁRTICO? (2017-2022).—4.1. Creciente militarización en el Ártico.—4.2. La creciente presencia de China en la región ártica.—4.3. Trump en la Casa Blanca: malas noticias para el Ártico.—4.4. La ruptura del Consejo Ártico (2022).—5. LA COMUNICACIÓN CONJUNTA DE LA UNIÓN EUROPEA PARA EL ÁRTICO (OCTUBRE 2021): ¿ES CONSECUENTE CON LOS TIEMPOS QUE CORREN?—5.1. Asertividad geopolítica de la Unión Europea en el Ártico.—5.2. El Pacto Verde Europeo como eje de la política medioambiental de la UE hacia el Ártico.—6. ¿QUÉ PUEDE SALIR BIEN?: LA PRESENCIA PÚBLICA DE LA UE EN EL ÁRTICO Y LA ECONOMÍA AZUL.—7. EL PETRÓLEO Y EL CARBÓN DEBEN PERMANECER EN EL SUELO: ¿HAY QUE REPENSARLO?.—8. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Con frecuencia creciente desde el año 2017, diversos autores y analistas[1] anuncian que estábamos llegando al final de un periodo anormal en la historia del mundo —el fin del llamado orden liberal global—. Durante varios años hemos vivido con la idea de que la cooperación entre Estados y el respeto a

[1] Entre otros, Guillén, M. F., «The End of the Global Liberal Order?», *E-International Relations*, *https://www.e-ir.info/2017/03/04/the-end-of-the-global-liberal-order/*; Ikenberry, G. J., «The end of liberal international order?», *International Affairs*, 2018, vol. 94, núm. 1, pp. 7-23; Kagan, R., *The Twilight of the liberal world order,* 24 de enero de 2017, *https://www.brookings.edu/research/the-twilight-of-the-liberal-world-order/*; Steinberg, R. H., «The Rise and Decline of a Liberal International Order», *UCLA School of Law, Public Law Research Paper,* núms. 21-28, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3882095.*

las reglas de la democracia y el Derecho internacional eran parte de un desarrollo lineal positivo. Ahora más que nunca —y a pesar de la prudencia con la que hay que considerar el desarrollo futuro en el equilibrio internacional de acontecimientos recientes— hay una consciencia creciente de que los años de paz relativa de la posguerra han sido un paréntesis en el estado normal de las relaciones internacionales caracterizados por conflictos[2].

La región ártica parece no haber escapado a esa tendencia global. Tradicionalmente ha venido siendo considerada como un ejemplo relevante de cooperación pacífica regional[3], lo que resulta avalado por datos de la práctica jurídica y política internacional. Incluso en el oscuro periodo de la Guerra Fría y el enfrentamiento entre bloques políticos e ideológicos, la región ártica prosperó como un entorno de cooperación y pragmatismo. Posteriormente, en los albores del siglo XXI, los peores augurios relativos al impacto del cambio climático en el Ártico pronosticaron una intensa competición y enfrentamiento por sus abundantes recursos y, sin embargo, lo cierto es que se ha venido produciendo un reparto ordenado, conforme al Derecho internacional, de los diversos espacios de soberanía, especialmente entre los denominados *Arctic 5*, los cinco Estados ribereños del océano Ártico: la Federación de Rusia, Canadá, Estados Unidos, Noruega y Dinamarca a través de la mayor isla del mundo, Groenlandia. La Unión Europea (en adelante, UE), con aciertos y desaciertos estratégicos y políticos, ha tratado de ser un actor consecuente con este escenario de cooperación pacífica regional.

Sin embargo, de forma creciente desde 2017 —fecha crítica a los efectos de esta investigación— y hasta el momento presente —segunda mitad de 2022, que ha culminado con un hecho de trascendencia histórica: la agresión armada de Rusia a Ucrania, el 24 de febrero de este año, conflicto aún en curso— una serie de importantes rupturas geopolíticas, protagonizadas tanto por los actores árticos como por terceros, sirven de telón de fondo para fundamentar la idea de que la cooperación pacífica —si bien sigue existiendo— se encuentra con importantes elementos disruptores que permiten presagiar que el Ártico puede llegar a ser escenario, si no de enfrentamiento directo, sí de importante tensión geopolítica en el futuro próximo.

---

[2] Como dice Robert Kagan en su libro *The Jungle Grows Back. The Case for American Power*, la ley de la selva es el estado natural del mundo, y la selva volverá si no lo combatimos. *The Jungle Grows Back. The Case for American Power*, Knopf Doubleday Publishing Group, 1.ª ed., 2018.

[3] Conde Pérez, E, «Geopolítica del Ártico: el Derecho internacional ante los retos del cambio climático en la región», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2014*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, p. 157, *https://www.ehu.eus/es/web/cursosderechointernacionalvitoria/-/geopolitica-del-artico-el-derecho-internacional-ante-los-retos-del-cambio-climatico-en-la-region*; *id.,* «El régimen de los espacios polares. El espacio ártico», en Mariño, F. M. (ed.), Pérez González, C. y Cebada Romero, A. (coords.), *Instrumentos y regímenes de cooperación internacional*, Trotta, 2.ª ed. revisada y ampliada, 2017, p. 423; Gabrielson, R. y Śliwa, Z., «Arctic - the new "Great Game" or peaceful cooperation», *Security and Defence Quarterly*, 2014, vol. 4, núm. 3, pp. 87-119; Heininen, L., «High Arctic Stability as an Asset for Storms of International Politics - an Introduction», *Future Security of the Global Arctic: State Policy, Economic Security and Climate*, Londres, Palgrave Pivot, 2016, p. 1-11; Śliwa, Z., «The Arctic Council as a Forum for Peaceful Cooperation in the Arctic», *Rocznik Bezpieczeństwa Międzynarodowego*, 2020, vol. 14, núm. 2, pp. 214-237.

En este marco temporal (2017-2022) con tensiones crecientes en la región ártica, es necesario plantearse si la Comunicación conjunta del Alto Representante para la PESC y la Comisión Europea de 13 de octubre de 2021[4], «Un compromiso más firme de la UE para un Ártico pacífico, sostenible y próspero», que recoge el espíritu de sus anteriores estrategias políticas hacia un Ártico como entorno de cooperación pacífica y que, como las anteriores, intenta proyectar en el Ártico sus logros político-jurídicos para influir en la región, no debe replantearse de forma crítica alguna de sus propuestas insignia, especialmente la relativa a que «el petróleo y el gas deben permanecer en el suelo» en el marco del Pacto Verde Europeo[5].

2. EL ÁRTICO COMO ENTORNO DE COOPERACIÓN PACÍFICA: DEL FIN DE LA GUERRA FRÍA HASTA 2017

En la primera década del siglo XXI, diversos acontecimientos derivados del más fácil uso y explotación de los recursos en la región ártica, a consecuencia del cambio climático, alertaron acerca de una posible carrera descontrolada por ellos y una lucha por repartir las esferas de soberanía de los Estados árticos, particularmente los cinco Estados ribereños: Federación Rusa, Canadá, Estados Unidos de América, Noruega y Dinamarca. Sin embargo, la mayoría de los hechos acaecidos desde entonces desmintieron ese pesimista panorama, pintando en cambio a la región ártica como un entorno en el que proliferaba la cooperación pacífica.

Sin ánimo de agotar todos los posibles, diversos ejemplos de pragmatismo y cooperación jurídico-políticos son prueba de esta afirmación[6]: así, las solicitudes de ampliación de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, se vienen sucediendo desde el año 2001 de forma ordenada, y los solapamientos, hasta tiempo reciente, auguraban una solución por vía de negociación pacífica[7]. Las controversias territoriales pendientes de resolución —delimitación de la isla de Hans entre Canadá y el reino de Dinamarca— y las marítimas aún por realizar —Mar de Lincoln (Canadá-Dinamarca)[8] y

[4] Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Un compromiso más firme de la UE para un Ártico pacífico, sostenible y próspero», JOIN (2021) 27 final, Bruselas, 13 de octubre de 2021, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52021JC0027*.

[5] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo COM/2019/640 final, Bruselas, 11 de diciembre de 2019, *https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0004.02/DOC_1&format=PDF*.

[6] Véanse múltiples ejemplos en CONDE PÉREZ, E., «Cuestiones de "Derecho Polar" a la luz del cambio climático», *La Vanguardia Dossier,* núm. 81, octubre-diciembre de 2021, pp. 44-47.

[7] CONDE PÉREZ, E. y VALERIEVA YANEVA, Z., «Outer Arctic continental shelf», *Global Challenges in the Arctic Region. Sovereignty, Environment and Geopolitical Balance*, en CONDE PÉREZ, E. e IGLESIAS, S. (eds.), Oxford, Routledge, 2017, pp. 19-41.

[8] En el momento de la corrección de las pruebas de este artículo, es necesario señalar que el 14 de junio de 2022, Dinamarca y Canadá repartieron amigablemente la isla de Hans y, con el mismo

Mar de Beaufort (Canadá-Estados Unidos), tienen, asimismo, perspectivas de solución pacífica, aunque sea a largo plazo—. En el mismo sentido, las delimitaciones de los espacios marítimos operadas en el Ártico, incluso aunque alguna de ellas afectara a los derechos de terceros Estados —como es el caso de España respecto del Tratado de Svalbard (1920)— se han realizado de forma pacífica, siendo paradigma de ello el Tratado de delimitación del Mar de Barents entre la Federación Rusa y el Reino de Noruega, de 2010[9]. Por su parte, el intenso debate existente hace unos años —aproximadamente entre 2008 y 2017— acerca de la polémica en torno al estatuto jurídico del Paso Noroeste —que bordea las costas y los miles de islas de Canadá— acerca de si debería ser considerado un estrecho internacional o, por el contrario y, como propone Canadá, un espacio de aguas interiores, se ha diluido, al tiempo que el uso intensivo —pero sin oposición internacional— de la Ruta Marítima Noreste o del Norte por parte de Rusia, que considera este espacio como una zona de aguas interiores, no solo no ha encontrado opositores, sino más bien adeptos, caso de China, y el uso que hace de este espacio[10].

Por su rica y peculiar biodiversidad, la región ártica ha sido un lugar en el que la explotación descontrolada de las especies ha planteado importantes retos medioambientales. Sin embargo, no deja de ser un hito la adopción de un acuerdo entre Estados para la elaboración de normas internacionales que protegieran las especies desde tiempos remotos. Así, destaca la Convención relativa a las medidas a adoptar para la protección y preservación de las focas peleteras en el norte del océano Pacífico (1911) o el Acuerdo de Conservación del Oso Polar, de 1973 —que es mucho más que un ejemplo de cooperación medioambiental: un ejemplo de cooperación política en plena Guerra Fría—. En el ámbito de los ocho Estados árticos y bajo el paraguas del Consejo Ártico, es de destacar en lo que a protección medioambiental se refiere, el Acuerdo sobre prevención y respuesta a la contaminación marina producida por hidrocarburos (2013). Pero más recientemente, no hay que olvidar un hito histórico: el importante Acuerdo para prevenir la pesca no reglamentada en la zona de alta mar del Ártico Central, de 2018 y entrado en vigor el 21 de junio de 2021, un ejercicio de negociación sin precedentes en pos del establecimiento de una moratoria de dieciséis años, basado en la ciencia y extensivo no solo a los cinco Estados ribereños del océano Ártico, sino también a grandes potencias pesqueras como China, la UE, Japón, Corea del Sur e Islandia.

---

acuerdo, se reparten el Mar de Lincoln y Labrador *https://blogs.loc.gov/law/2022/06/the-hans-island-peace-agreement-between-canada-denmark-and-greenland/.*

[9] Conde Pérez, E., «Delimitaciones marítimas y territoriales en el Ártico: Desarrollo y Tendencias» *Revista Española de Derecho Internacional,* Sección Información y Documentación DIPub, enero-junio de 2016, vol. 68/1, Madrid, pp. 235-239.

[10] Lalonde, S., «The Northwest Passage and Northern Sea Route: sovereignty and responsibilities», en Conde Pérez, E. e Iglesias, S. (eds.), *Global Challenges in the Arctic Region. Sovereignty, Environment and Geopolitical Balance*, Oxford, Routledge, 2017, pp. 42-74; Moe, A., «The Northern Sea Route: Smooth Sailing Ahead?», en Uttam Kumar, S. y Bekkevold, I. (eds.), *Arctic: Commerce, Governance and Policy*, Londres, Routledge, 2015, pp. 784-802; Zou, L., «Comparison of Arctic Navigation Administration between Russia and Canada», en Nordquist, M. H., Moore J. N. y Long, R. (eds.), *Challenges of the Changing Arctic: Continental Shelf, Navigation and Fisheries*, Leiden, Brill Nijhoff, 2016, pp. 286-301.

En fin y sin ánimo de agotar las múltiples experiencias que muestran que la región ártica ha apostado tradicionalmente por la cooperación pacífica, no se puede olvidar que el principal foro político de la región, el Consejo Ártico, respondió a la propuesta lanzada en Múrmansk en 1987 por el presidente ruso M. Gorbachov para superar las pasadas rivalidades, estableciendo una «zona de paz» en la región, centrada en la cooperación científica y la medioambiental. En este foro político, las poblaciones indígenas del Ártico, agrupadas en Participantes Permanentes, poseen un estatuto desconocido en el marco de cualquier otro foro u organización internacional: por su capacidad de influencia y por el método de adopción de decisiones en el Consejo Ártico, ostentan de hecho una capacidad de veto. La capacidad de resistencia del Consejo Ártico, un foro político de peculiar estructura e influencia internacional renovada, quedó probada cuando en 2014 se produjo la anexión de la península ucraniana de Crimea a Rusia, pues la cooperación sobrevivió a las circunstancias[11].

3. LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA ÁRTICA DE LA UNIÓN EUROPEA HASTA 2016: AVANCES, RETROCESOS E IMPACTO DE LA GEOPOLÍTICA

Aunque se puede hablar de la gestación de una política ártica anterior a 2008, con datos e hitos relevantes[12], sería una acción internacional de marcado corte soberanista protagonizada por Rusia el punto de partida de las principales acciones de toma de postura política de los actores internacionales —Estados, organizaciones internacionales, foros políticos, ONG *stakeholders*— hacia la región. En el año 2007, en el marco de la expedición *Arktika*, en su busca de más datos científicos para ofrecer a la Comisión de Límites

[11] Heininen, L., Exner-Pirot, H. y Plouffe, J. (eds.), *The Arctic Council: 20 Years of Regional Cooperation and Policy-Shaping*, Arctic Yearbook 2016, Akureyri, Iceland, Northern Research Forum, 2016; Nord, D. C., *The Arctic Council: Governance within the Far North*. Londres, Routledge, 2016; Valerieva Yaneva, Z., *Cooperación circumpolar: el Consejo Ártico y su papel en la gobernanza de la región polar ártica,* Tesis UCM, 2018, *https://eprints.ucm.es/id/eprint/49475/*.

[12] La política ártica de la UE es relativamente reciente, pues el hecho de que Dinamarca como Estado miembro —desde 1973— se extendiera en el Ártico a través de Groenlandia no tuvo gran repercusión en las prioridades políticas del momento. A ello se suma la circunstancia de que, a través de referéndum, la mencionada isla decidiera abandonar las entonces Comunidades Europeas en 1985, con lo cual la proyección ártica de Dinamarca quedaba fuera del ámbito de acción de las Comunidades.

El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 1994, al extenderse a Noruega y a Islandia, ya supone un interés de la naciente UE por proyectar al menos parte de sus competencias sobre Estados árticos. Ese interés culmina con la adhesión, en 1995, de dos Estados árticos, Suecia y Finlandia.

En 1999 se abre la Dimensión Septentrional de la UE, que integra su interés por el Ártico en el marco de la Política Marítima Integrada. No obstante, este es un interés tangencial —la región ártica en aquel momento no tan lejano en el tiempo, es considerada como un lugar remoto e inaccesible y, por ello, de escaso interés comercial, medioambiental o social— que en el primer decenio del siglo xxi cambia considerablemente debido a acontecimientos mundiales que exigen una toma de postura de la UE hacia el Ártico y la región como escenario geopolítico, siendo el más importante de ello, el cambio climático. Véase Conde Pérez, E., «La construcción de la política ártica de la Unión Europea», *La Ley - Unión Europea*, 31 de octubre de 2017, núm. 52, Wolters Kluwer, 18 pp.; Conde Pérez, E. y Valerieva Yaneva, Z., «The European Arctic Policy in Progress», *Polar Science*, 2016, vol. 10, pp. 441-449.

de la Plataforma Continental (CLPC), que corroborasen la petición de Rusia de 2001 de extensión de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas —en el marco del complejo art. 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, CNUDM)—, dicho país plantó una bandera de titanio en la cordillera submarina de Lomonósov, proclamando «el Ártico es ruso».

Por su parte, las previsiones fundadas en la mejor información científica, concretamente en los informes elaborados por el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC), en su Cuarto Informe de Evaluación de 2007 y por el *Arctic Climate Impact Assessment* (ACIA) en su Informe de Evaluación del Impacto del Cambio Climático en el Ártico, de 2004, alertaban de la certeza de un Ártico libre de hielo para 2050, con las consecuencias medioambientales, económicas, sociales y políticas que de ello se pudieran derivar. Ello, combinado con la publicación en 2008 de un estudio del Servicio Geológico de Estados Unidos en el que se afirmaba que los recursos por descubrir en las cuencas sedimentarias situadas al norte del Círculo Polar Ártico equivalían a un 5,2 por 100 de las actuales reservas probadas de petróleo en el mundo y un 23,9 por 100 de las reservas probadas de gas, determinó la alarma mundial ante una posible competición descontrolada por los recursos del Ártico[13].

En reacción y como toma de postura ante los acontecimientos del momento, en mayo de 2008, los cinco Estados costeros árticos —Noruega, Federación Rusa, Estados Unidos, Dinamarca y Canadá— celebraron una reunión histórica en Ilulissat (Groenlandia) de la que saldría la Declaración[14] del mismo nombre en la que los Estados árticos costeros, ante el interés que el Ártico estaba despertando, proclamaron su creencia en que la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante, CNUDM) —el principal tratado internacional relativo a los espacios marinos es el principal marco jurídico para regular sus intereses y aunque Estados Unidos no es parte de la citada Convención, la aplica en tanto que Derecho consuetudinario—; mantienen, asimismo, que las cuestiones de gobernanza y cooperación regional deberían ser asuntos de la estricta competencia de los Estados árticos, contando, eso sí, con la participación activa de los representantes de las poblaciones indígenas. Esta línea política se ha mantenido hasta el momento actual.

En este marco internacional convulso, no es de extrañar que la primera y bienintencionada toma de postura de la UE hacia al Ártico fuera un rotundo fracaso en términos de diplomacia multilateral hacia los Estados árticos, cuando el Parlamento Europeo emite una Resolución sobre el Ártico en 2008[15]. En dicha Resolución —ampliamente debatida— se contienen

---

[13] Marzo Carpio, M., «Geología política en el Ártico: petróleo, gas y minerales», *La Vanguardia Dossier,* núm. 81, 2021, p. 31.

[14] *https://arcticportal.org/images/stories/pdf/Ilulissat-declaration.pdf*.

[15] Resolución del Parlamento Europeo sobre la gobernanza del Ártico, 6 de octubre de 2008, en *https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+P6-RC-2008-0523+0+DOC+XML+V0//ES*.

elementos valiosos sobre los que las políticas posteriores de la UE hacia el Ártico se han sustentado —importancia del cambio climático; relevancia de las poblaciones indígenas del Ártico; cooperación con los vecinos árticos—, pero el Parlamento Europeo —por su peculiar naturaleza como institución de representación de los pueblos de la Unión— incurre en un error de bulto al tratar de equiparar las dos regiones polares del planeta y, en consecuencia, proponer para el Ártico un régimen de gobernanza internacional a semejanza del Sistema del Tratado Antártico.

Para tratar de paliar la desconfianza que había generado en los socios árticos la Resolución del Parlamento Europeo, la UE inicia a través de sus otras instituciones, una labor diplomática sin precedentes, que se concreta en la Comunicación de la Comisión Europea de noviembre de 2008, «La Unión Europea y la región ártica» [16]. Los presupuestos de la Comunicación son acertados —protección y preservación del Ártico y su población, promoción del uso sostenible de sus recursos, especialmente de las pesquerías y promoción de la gobernanza del Ártico basada en el respeto de las normas de la CNUDM—, pero incide en una opción política —la preocupación por el bienestar animal como un valor moral asentado en la población europea— que en sus relaciones con los Estados árticos ha salido excepcionalmente cara, constituyendo, de nuevo, un error diplomático de importante calado.

En efecto, la Comunicación de la Comisión Europea, de 2008, al mismo tiempo que anticipaba el interés de la UE por llegar a ocupar el asiento de observador en el Consejo Ártico, anunciaba la posibilidad de adoptar un reglamento en el que, debido al gran impacto moral que las cruentas imágenes de la caza de focas producía en la población europea, se prohibiera el comercio de productos procedentes de la manufactura de dicho animal. La efectiva adopción del Reglamento sobre la prohibición del comercio con productos derivados de la foca —Reglamento CE núm. 1007/2009— [17] implicó la directa oposición de las poblaciones indígenas del Ártico —Participantes permanentes en el Consejo Ártico— a la condición de observador de la UE en dicho foro, un revés diplomático y de imagen pública mayúsculo, que se repetiría en 2015 —reunión del Consejo Ártico de Iqaliut, Canadá— a consecuencia de la oposición, esta vez, de Rusia, que sufrió importantes sanciones de la UE a consecuencia de su invasión de Crimea (2014): un fracaso en su búsqueda de oficialidad con estatuto de observador en el Consejo Ártico que se prolonga hasta el día de hoy, sin grandes consecuencias en el plano de los hechos, pero con un importante coste en términos de imagen pública [18].

---

[16] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. La Unión Europea y la región ártica, COM(2008) 763 final, Bruselas, 20 de noviembre de 2008, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52008DC0763&from=ES*.

[17] Reglamento (CE) núm. 1007/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, sobre el comercio de productos derivados de la foca, *https://www.boe.es/doue/2009/286/L00036-00039.pdf*.

[18] En particular sobre el asunto relativo al Reglamento sobre productos derivados de la caza de la foca y el lema *No Seal No Deal* de las poblaciones indígenas como oposición a la concesión del estatuto

En este escenario, aderezado por algunos otros documentos sobre la relación de la UE con el Ártico[19], la adopción de la Comunicación sobre la política integrada para el Ártico, de 27 de abril de 2016[20], por parte de la Comisión Europea y la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, supuso un punto de inflexión, apoyándose en la idea de la UE como tradicional *soft power* y en las inversiones de la UE en la región para lograr objetivos a largo plazo en la misma. La duda acerca de si la política trazada en la misma podía ser calificada de «integrada», siendo, más bien, una suma de acciones intersectoriales de la UE con impacto en el espacio ártico y su apuesta por la innovación, la ciencia y la investigación como herramientas diplomáticas en su relación con el Ártico y sus *stakeholders*, permanece en el documento más reciente, si bien este alumbra algunas novedades que son dignas de un estudio más pormenorizado en el escenario convulso que llegaría a su culmen con el comienzo de la guerra desatada por Rusia en Ucrania el 24 de febrero de 2022.

4. ¿EL FIN DE LA COOPERACIÓN PACÍFICA EN EL ÁRTICO? (2017-2022)

Con las precisas cautelas derivadas del hecho evidente de que nos encontramos en la actualidad en un momento de tránsito en el que el tablero geopolítico global está por definirse, una serie de acontecimientos geopolíticos internacionales que se han sucedido desde 2017 hasta la agresión unilateral rusa a Ucrania, el 24 de febrero de 2022, y que tienen a la región ártica como escenario de fondo, invitan a repensar si, a día de hoy, la afirmación de que la región ártica es un entorno sustentado en la cooperación pacífica, continúa siendo cierta. Diversas «rupturas árticas» cuestionan esa afirmación, de

---

de observador a la UE, véase Conde Pérez, E., «La construcción de la política ártica de la Unión Europea», *loc. cit.* Y mucha otra bibliografía especializada, entre otros: Hossain, K., «The EU Ban on the Import of Seal Products and the WTO Regulations: Neglected Human Rights of the Arctic Indigenous Peoples?», *Polar Record*, 2013, vol. 49, núm. 2, pp. 154-166; Iglesias Sánchez, S., «Arctic Indigenous Peoples at European Courts. Issues concerning their effective judicial protection at the CJEU and at the ECtHR», en Conde Pérez, E. e Iglesias, S. (eds.), *Global Challenges in the Arctic Region: Sovereignty, Environment and Geopolitical Balance*, Londres, Routledge, 2017, pp. 217-235; Martínez Pérez, E. J., «Restricciones comerciales por razones éticas: la prohibición de la Unión Europea a la importación de productos derivados de las focas». *Revista Española de Derecho Europeo*, 2012, vol. 42, pp. 25-48; Sellheim, N., «The Legal Question of Morality: Seal Hunting and the European Moral Standard» *Social and Legal Studies*, 2016, vol. 25, núm. 2, pp. 141-161; *id.,* «The Goals of the EU Seal Products Trade Regulation: From Effectiveness to Consequence», *Polar Record,* 2015, vol. 51, núm. 3, pp. 274-289; *id.,* «The Neglected Tradition? The Genesis of the EU Seal Products Trade Ban and Commercial Sealing», *The Yearbook of Polar Law*, 2013, vol. 5, núm. 1, pp. 417-450.

[19] Conclusiones del Consejo sobre cuestiones árticas (2009); Resolución del Parlamento Europeo de 2011 sobre el establecimiento de una política sostenible para el Ártico; Comunicación conjunta de la Comisión y el Consejo de 2012; Conclusiones del Consejo de 2014 sobre el desarrollo de una política ártica de la UE.

[20] Comunicación conjunta al Parlamento Europeo y al Consejo Una política integrada de la Unión Europea para el Ártico JOIN/2016/021 final, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52016JC0021*.

entre las que destacan la militarización creciente; el impacto de la administración Trump (2017-2021) en la región; el interés creciente de China y, como culminación, la suspensión de la cooperación en el más exitoso ejemplo de gobernanza ártica, el Consejo Ártico.

4.1. Creciente militarización en el Ártico

Durante el largo periodo de la Guerra Fría, el Ártico fue un privilegiado teatro de operaciones de las maniobras de disuasión de las dos grandes potencias[21]. Lo que resulta preocupante es que esta tendencia se ha incrementado notablemente desde comienzo del siglo XXI, especialmente desde el año 2017 en adelante.

Por un lado Rusia...

La estrategia política ártica de la Federación Rusa titulada «Fundamentos de la política estatal de la Federación Rusa en el Ártico en el periodo hasta 2020», adoptada por el presidente D. Medvedev en septiembre de 2008 y continuada en el Decreto «Sobre los fundamentos de la política estatal de la Federación Rusa en el Ártico para el periodo hasta 2035» (5 de marzo de 2020)[22], es una narrativa que responde a esta remilitarización, en una apuesta por el dominio del hombre sobre la naturaleza en entornos hostiles, como el Ártico, una gesta en la que se basa el nacionalismo ruso representado en su presidente, V. Putin. Tal y como se recoge en el informe del *Center for Strategic and International Studies* (CSIS)[23], la presencia militar de Rusia en el Ártico busca alcanzar tres objetivos:

1. Establecer una línea de defensa avanzada contra la incursión extranjera a medida que el Ártico atrae una mayor inversión internacional[24].

---

[21] Durante la Segunda Guerra Mundial, el Ártico fue un espacio para el aprovisionamiento de recursos minerales estratégicos para las potencias enfrentadas, especialmente Alemania conseguía hierro procedente de Suecia a través de Noruega. Terminada la guerra, en el periodo de Guerra Fría, el Ártico experimentó altos niveles de militarización, con el emplazamiento de misiles intercontinentales balísticos, armas nucleares y misiles de largo alcance, *https://www.thearcticinstitute.org/the-history-and-future-of-arctic-state-conflict-the-arctic-institute-conflict-series/*.

Por su parte, la base militar de Estados Unidos en Thule (Groenlandia) fue construida durante la Segunda Guerra Mundial con el fin de mantener a Groenlandia Libre de la ocupación que sufría Dinamarca en el continente. Desde entonces, la base ha servido para proporcionar a Estados Unidos un Sistema de Alerta Temprana de Misiles Balísticos Intercontinentales. Actualmente es cuartel del 821 Air Base Group, con responsabilidades de apoyo dentro del Área de Defensa de Thule.

[22] *http://kremlin.ru/acts/news/62947*.

[23] Véase, *in extenso,* MELINO, M. y CONLEY, H. A., *The Ice Curtain: Russia's Arctic Military Presence,* CSIS, *https://www.csis.org/features/ice-curtain-russias-arctic-military-presence*.

[24] La Flota del Norte tiene su base en Severomorsk, en la península de Kola, en el Ártico occidental. Desde allí, tiene jurisdicción sobre la región noroeste del país, así como sobre el océano Ártico, y tiene la tarea de proteger la costa norte de Rusia. La flota cuenta con los activos terrestres, aéreos y navales más avanzados del Ártico de Rusia. *Ibid.*

En la península de Kola, Rusia emplea el concepto de «bastión estratégico», un perímetro reforzado de denegación y prohibición marítima que se extiende hacia el Mar de Barents, el Mar de Noruega y, más al oeste, hasta la brecha GIUK (Groenlandia-Islandia-Reino Unido). BOULÈGUE, M., «La creciente militarización del Ártico», *La Vanguardia dossier*, octubre-diciembre de 2021, núm. 81, p. 61.

2. Asegurar el futuro económico de Rusia[25].

3. Crear un escenario para proyectar poder, principalmente en el Atlántico Norte y frente a la Organización del Tratado del Atlántico Norte (en adelante, OTAN) como principal rival[26].

Más recientemente y en respuesta a la escalada de sanciones internacionales contra Rusia, un miembro del parlamento ruso exigió que Alaska, comprada por Estados Unidos a Rusia en 1867, volviera al control ruso, un gesto posiblemente retórico que, no obstante, reflejaba el deterioro de la relación entre las dos potencias mundiales[27].

Y por otro, los aliados en la OTAN[28]...

El Pentágono está trabajando para reconstruir las habilidades para el clima frío que se descuidaron durante dos décadas de guerra en Irak y Afganistán. La Fuerza Aérea ha transferido docenas de aviones de combate F-35 a Alaska, anunciando que el Estado albergará «combatientes más avanzados que cualquier otro lugar del mundo». El año 2021, el Ejército de Estados Unidos lanzó su primer plan estratégico para «Recuperar el Dominio del Ártico»[29]. La Armada de Estados Unidos también ha desarrollado un plan para proteger los intereses estadounidenses en la región, advirtiendo que la debilidad allí significaría que «la paz y la prosperidad serán cada vez más desafiadas por Rusia y China, cuyos intereses y valores difieren drásticamente de los nuestros»[30]. El Concepto estratégico de la OTAN acordado en la Cumbre de Madrid de 29 y 30 de junio de 2022 se sustenta en el reto que Rusia, pero también China, representan para la organización y para la paz y estabilidad mundiales.

Por su parte, *Cold Response* son ejercicios militares que se celebran cada dos años en Noruega y que dicho país dirige con los países socios y aliados de la OTAN. En este año 2021/2022 han participado 35.000 soldados de 26 países[31] (incluida Noruega). Ha sido el mayor ejercicio dirigido por noruegos en

---

[25] Los principales proyectos e infraestructura se centran en el desarrollo de los recursos naturales y la protección de su paso marítimo, la Ruta del Mar del Norte (NSR). La NSR se extiende desde el Estrecho de Bering en el este hasta el Puerto de Kara en el oeste, cubriendo aproximadamente 3.500 millas (5.600 kilómetros). *https://www.csis.org/features/ice-curtain-russias-arctic-military-presence.*

[26] «La ambición de Rusia es impedir el acceso a un entorno operativo disputado en dirección a la brecha GIUK y más al sur hacia el Atlántico Norte. La garantía de la libertad de navegación en la región ocupa un lugar destacado en las recientes maniobras militares regionales rusas. Eso tiene consecuencias directas sobre la OTAN y sus aliados en términos de libertad de navegación, así como de acceso no disputado más allá del Atlántico Norte», Boulègue, M., *op. cit*., p. 61.

[27] Baker, M., «With Eyes on Russia, the U.S. Military Prepares for an Arctic Future», *New York Times*, 27 de marzo de 2022, *https://www.nytimes.com/2022/03/27/us/army-alaska-arctic-russia.html.*

[28] Tratado del Atlántico Norte, Washington D. C., 4 de abril de 1949, *https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17120.htm?selectedLocale=es*.

[29] *Regaining Arctic Dominance. The U.S. Army in the Arctic*, 2021, *https://api.army.mil/e2/c/downloads/2021/03/15/9944046e/regaining-arctic-dominance-us-army-in-the-arctic-19-january-2021-unclassified.pdf*.

[30] Baker, M., *op. cit*.

[31] Los 23 países de la OTAN que envían fuerzas al ejercicio son Estados Unidos, Canadá, Dinamarca, Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Países Bajos, Italia, Grecia, Turquía, Alemania, España, Polonia,

su propio territorio noruego desde la década de 1980. *Trident Juncture* 2018 fue el ejercicio más grande en territorio noruego desde la década de 1980, aunque bajo el mando conjunto de la OTAN[32].

Por otro lado, desde la agresión rusa a Ucrania y con fuerza creciente y apoyo mayoritario de las opiniones públicas de ambos países, Suecia y Finlandia, valoraron y solicitaron pasar a ser miembros de la Alianza Atlántica. La adhesión, cuando se realice, pues la firma de los Protocolos de adhesión en los 30 Estados miembros de la OTAN llevará su tiempo, supondrá un cambio sin precedentes, pues Suecia lleva más de doscientos años sin vincularse a ninguna alianza defensiva y Finlandia, tras su derrota en la Segunda Guerra Mundial por las fuerzas soviéticas, decidió abrazar la neutralidad. El gesto aspira a tratar de contener al vecino ruso y disuadirlo de continuar en su avance hacia occidente. Por otra parte, el proceso de adhesión es largo e implica la aceptación del resto de Estados miembros de la OTAN, con la posibilidad —remota— de que alguno pudiera oponerse[33].

En cualquier caso, y ante la posibilidad de que el mero anuncio de la adhesión pudiera soliviantar al vecino ruso, ha determinado que Helsinki y Estocolmo hayan buscado el amparo de la OTAN en tanto el proceso efectivamente concluye. Tanto los funcionarios suecos como los finlandeses han subrayado que en realidad no buscan «garantías», que serían legalmente vinculantes y, por tanto, inverosímiles, sino «garantías o apoyo de seguridad».

Lo cierto es que ambos países podrán contribuir significativamente a las capacidades de la Alianza Atlántica, especialmente el finlandés. Sus ejércitos ya son en su mayoría interoperables con la OTAN, gracias en parte a su membresía en la Asociación para la Paz de la OTAN[34] desde 1994 y *Enhanced Opportunity Partners* (EOP)[35] veinte años después, dos estructuras que aseguran una cooperación más fluida con la organización militar. Realizan regularmente ejercicios con la OTAN, han trabajado bajo el mando de la OTAN en los Balcanes Occidentales y Afganistán, así como desde que comenzó la invasión de Rusia el 24 de febrero, y los ministros y diplomáticos finlandeses han asistido a la mayoría de las reuniones de la OTAN[36].

El reto no ha quedado sin respuesta por parte de Rusia, que ha anunciado que, de hacerse efectiva la adhesión de ambos países, tendría que in-

---

República Checa, Hungría, Estonia, Letonia, Lituania, Rumanía, Eslovenia, Croacia, Montenegro y Macedonia del Norte. Además, participaron los países socios Finlandia y Suecia.

[32] *https://www.nato.int/cps/en/natohq/157833.htm.*

[33] Meseguer, M., «Finlandia y Suecia planean solicitar esta semana su ingreso en la OTAN», *La Vanguardia*, 11 de mayo de 2022, *https://www.lavanguardia.com/internacional/20220511/8257649/finlandia-suecia-planean-solicitar-semana-ingreso-otan.html.* Turquía mantuvo el veto a la adhesión de Suecia y Finlandia hasta el último momento, condicionándola a que sus exigencias sobre el PKK fueran atendidas, así como que se pusiera fin al embargo de armas a dicho país.

[34] *https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_50349.htm.*

[35] *https://www.nato.int/cps/em/natohq/topics_132726.htm.*

[36] Jozwiak, R., «Explainer: All You Need to Know As Finland and Sweden Inch Closer to NATO», *Radio Free Europe. Radio Liberty*, 9 de mayo de 2022, *https://www.rferl.org/a/finland-sweden-nato-membership-explainer-russia-ukraine/31841209.html.*

crementar su presencia militar en el Báltico e incluso ha anunciado como posibilidad más plausible el despliegue de armas nucleares en la región del mar Báltico, especialmente en Kaliningrado pero también en la península de Kola. La guerra híbrida es otra amenaza a valorar; de hecho, incluso en tiempos de paz, ambos países han sufrido ataques a su integridad territorial por parte de Rusia [37].

4.2. La creciente presencia de China en la región ártica

Particularmente relevante es el interés de China en la región ártica, contemplado con preocupación en no pocos países tanto de la región ártica como fuera de esta. En su Estrategia ártica, publicada en 2018 [38], China se proclamó a sí misma como un «Estado cercano al Ártico», una etiqueta que desde entonces ha suscitado controversia y expectación, especialmente porque China define el Ártico como una nueva frontera estratégica, escenario de rivalidad por la extracción de sus riquezas, hasta el punto de que un alto representante del Instituto de Investigación Polar China cataloga los recursos árticos como los «tesoros más competitivos»; por su parte, la Ley de Seguridad Nacional da cobertura legal a China para protegerlos y los dirigentes del Partido Comunista Chino han sugerido que los derechos de China sobre los recursos árticos han de ser proporcionales a su población [39].

El concepto de política más reciente y ambicioso ha sido, en cualquier caso, la Iniciativa *Belt and Road* (BRI) que se presentó en 2013 y se formalizó en 2017 como la Ruta de la Seda moderna [40]. La política implica inversiones en infraestructuras en más de 70 países y en organizaciones internacionales, la creación de seis corredores de desarrollo internacional en Asia, Europa, África y Medio Oriente, y tres «pasajes económicos azules» en el océano Índico, en el océano Pacífico y uno diseñado para llegar al norte de Europa a través del océano Ártico. En 2017, el proyecto chino-ruso Yamal

---

[37] «Russia Violates Finnish Airspace as Helsinki Mulls NATO», *The Moscow Times*, 4 de mayo de 2022, *https://www.themoscowtimes.com/2022/05/04/russia-violates-finnish-airspace-as-helsinki-mulls-nato-a77580*.

[38] *http://english.www.gov.cn/archive/white_paper/2018/01/26/content_281476026660336.htm*.

[39] Doshi, R., Dale-Huang, A. y Zahng, G., «Northern expedition: China's Arctic activities and ambitions», *Brookings Report*, 2021, pp. 2, 10 y 14, *https://www.brookings.edu/research/northern-expedition-chinas-arctic-activities-and-ambitions/*.

[40] Xi anunció inicialmente la estrategia como *Silk Road Economic Belt* durante una visita oficial a Kazajistán en septiembre de 2013. La iniciativa se incorporó a la Constitución de China en 2017, véase Rocha Pino, M., «Los proyectos de integración megarregional de China: el caso de la iniciativa Cinturón y Ruta (CYR)», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2017, núm. 17, pp. 547-589; Sun, Y., «Defining the Chinese Threat in the Arctic», *The Arctic Institute*, 2020, *https://www.thearcticinstitute.org/defining-the-chinese-threat-in-the-arctic/; id., The Northern Sea Route: The Myth of Sino-Russian Cooperation*. Policy report by The Henry L. Stimson Center, pp. 1-16, *https://www.stimson.org/wp-content/files/file-attachments/Stimson%20-%20The%20Northern%20Sea%20Route%20-%20The%20Myth%20of%20Sino-Russian%20Cooperation.pdf;* Tillman, H., Jian, Y., Nielsson, E. T. y Thor, E., «The Polar Silk Road.China's New Frontier of International Cooperation», *China Quarterly of International Strategic Studies*, 2018, vol. 4, núm. 3, pp. 345-362.

LNG[41] inauguró la asociación en el Ártico. Todo ello determinó que en 2017 Rusia y China acordaran el establecimiento de una *Ice Silk Road* con el fin de extender la cooperación bilateral de la Ruta Marítima del Norte (NSR) o Paso Noreste[42]. El concepto *Ice Silk Road* es utilizado de hecho de forma intercambiable con el de *Polar Silk Road* y equivale a una referencia a la cooperación chino-rusa en el Ártico que se podría extender a otros ámbitos geográficos como Norteamérica, Asia y el oeste de Europa, incluido el Paso Noroeste e, incluso, el Paso Transpolar. Los medios chinos de comunicación se han referido a la apertura del Paso Noreste como un valor en la construcción de su *Ice Silk Road* y han señalado que el denominado «Paso Económico Azul» entre el Ártico y Europa es el corazón de la *Polar Silk Road*[43].

Así, esta megaestrategia de inversiones en infraestructuras enlaza claramente con los intereses de Rusia, si bien China no ha descuidado su avance diplomático con los otros países árticos, consistente en un juego perverso basado en la diplomacia y el castigo a partes iguales[44]. Como parte de su expansión científica, China construyó en las islas Svalbard —bajo soberanía noruega, aunque con un régimen internacional de aprovechamiento de sus recursos establecido en el Tratado de París de 1920— la Estación del Río Amarillo, en 2004; Suecia permitió, por su parte, que China construyera su primera instalación satelital. Las actividades chinas en Noruega, con la Estación Río Amarillo, y en Suecia, con su instalación satelital, inaugurada en diciembre de 2016, han sido consideradas una posible fuente de coerción económica y política para ambos países[45].

---

[41] Yamal LNG es una empresa conjunta basada en una planta de gas natural licuado (GNL) ubicada en Sabetta, al noreste de la península de Yamal, Rusia. Además de la planta de GNL, el proyecto incluye la producción en el campo de gas Yuzhno-Tambeyskoye y la infraestructura de transporte, incluido el puerto marítimo y el aeropuerto de Sabetta. En la actualidad, aunque amenazado por el efecto de las sanciones en los proveedores, está en construcción el Proyecto *Arctic LNG2*, que se está desarrollando en la península de Gydan, en la parte norte de Siberia, Rusia.

[42] La Ruta del Norte o Paso Noreste es un conjunto de rutas marítimas que conectan los océanos Pacífico y Atlántico desde el archipiélago de Nueva Zembla hasta el estrecho de Bering. Rusia ha creado —sin oposición internacional— un sistema de control administrativo de la navegación por esta ruta.

[43] Doshi, R., Dale-Huang, A. y Zahng, G., *op. cit*., p. 36.

[44] Particularmente destacable, algo que comparte con Estados Unidos, es el interés de China en Groenlandia y en la posible explotación de sus tierras raras. Ha de tenerse en cuenta que China es el mayor productor mundial de tierras raras —un conjunto de 17 elementos metálicos que se utilizan principalmente para la producción de alta tecnología, electrónica e incluso tecnologías renovables—.

Hay un gran depósito de tierras al sur de Groenlandia. La explotación de esta mina por parte de una empresa australiana —cuyo accionariado es mayoritariamente chino— provocó una gran polémica en Groenlandia. La población se dividió. Durante la campaña de votación para las elecciones de 2021, este fue un tema candente en el que la mayoría del electorado se inclinó a favor del partido izquierdista inuit que había prometido prohibir el proyecto minero para la explotación de tierras raras. Jamasmie, C., *Greenland bans uranium mining, blocking vast rare earths project*, 10 de noviembre de 2021, *https://www.mining.com/greenland-bans-uranium-mining-blocking-vast-rare-earths-project/#:~:text=Greenland%20is%20currently%20home%20to,for%20rubies%20and%20pink%20sapphires*.

[45] China castigó a ambos países por acciones incluso ajenas al control político de ambos: es el caso de la obtención del Premio Nobel de la Paz por el disidente chino Liu Xiaobo y del secuestro del ciudadano sueco Gui Minhai. Ambas situaciones fueron manejadas por Suecia y Noruega de forma sumisa a China: Noruega apoyó la entrada de China en el Consejo Ártico con el estatuto de observador, en 2013,

En general, la política actual de China implica la adquisición de conocimientos sobre la región —fundamentalmente con una finalidad estratégica, para cultivar una identidad ártica por parte de China—[46]; proteger, explotar y participar en la gestión del océano Ártico, ofreciendo su cara más amable a través de la participación en el Acuerdo para prevenir las pesquerías no reguladas en el Ártico Central (2017); salvaguardar los intereses comunes de la comunidad internacional; y promover el desarrollo sostenible en la región.

No obstante, es particularmente destacable que las declaraciones militares de China señalan que el juego de las grandes potencias puede exigir el uso de la fuerza armada. La realidad es que, con las diferentes voces que utiliza en el Ártico —interna[47] y la exterior, hacia las audiencias extranjeras—, China aspira a ser una «gran potencia polar» hacia el año 2030[48].

4.3. Trump en la Casa Blanca: malas noticias para el Ártico

La Presidencia de Obama y su buena sintonía con el primer ministro canadiense Trudeau trajeron un ímpetu de medidas medioambientalistas en el Ártico. En marzo de 2016, ambos dirigentes anunciaron una nueva asociación para aprovechar las oportunidades y enfrentar los desafíos en el cambiante Ártico, con asociaciones indígenas y del norte, y un liderazgo responsable basado en la ciencia. Estados Unidos y Canadá designaron la gran mayoría de las aguas bajo sus respectivas soberanías en los mares de Chukchi y Beaufort como indefinidamente fuera de los límites para la explotación de petróleo y el gas en alta mar. Es más, en respuesta directa a las solicitudes de las comunidades nativas de Alaska, el presidente Obama creó el Área de Resiliencia Climática del Mar de Bering del Norte que protege los recursos culturales y de subsistencia de más de 80 tribus, así como una de las migraciones estacionales más grandes de mamíferos marinos en el mundo. Además, Arctic Funders Collaborative (AFC), un grupo de 11 fundaciones filantrópicas estadounidenses, canadienses e internacionales, anunciaron la coordinación y movilización de aproximadamente 27 millo-

---

mientras que Suecia se mantuvo quieta y aguantó estoicamente las amenazas chinas. Doshi, R., Dale-Huang, A. y Zahng, G., *op. cit*., pp. 18-21.

[46] Las expediciones científicas chinas al Ártico, especialmente a bordo de su rompehielos insignia *Xuelong* (Snow Dragon), han sido numerosas, con abundante tripulación. Por otro lado, ha establecido centros satelitales en varios Estados árticos, como Noruega, Islandia y Suecia, que ha usado para probar nuevas tecnologías, inaugurada en diciembre de 2016.

[47] La voz interna es más cínica, mientras que la externa es complaciente con el discurso general, según los autores del Informe Brookings. Ello se pone de manifiesto en el hecho de que China parece alinearse externamente con el sistema de gobernanza mundial, regido por el Derecho internacional y sus instrumentos jurídicos; sin embargo, internamente, China está a favor de reescribir la gobernanza incluyendo los conceptos de Ruta de la Seda Polar y «comunidad en el reparto del futuro de la Humanidad», ideas cuyo contenido está por determinarse, pero que, en cualquier caso, suscitan inquietud. Doshi, R., Dale-Huang, A. y Zahng, G., *op. cit*., pp. 8-17.

[48] *Ibid.,* p. 9.

nes de dólares en recursos para programas en todo el Ártico durante los siguientes años[49].

También entre 2015 y 2016, el presidente Obama, aplicando la *Outer Continental Shelf Lands Act* de 1953 (OCSLA), prohibió las concesiones para la explotación de petróleo y gas en el 98 por 100 de las aguas árticas de Estados Unidos y en partes del océano Atlántico. Esto fue recibido con gran alegría por parte de los grupos medioambientalistas y de los grupos indígenas de Alaska, al considerar esta medida una gran victoria. La zona de la plataforma continental extendida protegida por la ley es una zona rica en vida natural y salvaje y muy vulnerable a los potenciales derrames de crudo. No obstante, desde una perspectiva crítica, también se ha considerado que las órdenes ejecutivas de Obama no eran más que una operación de puro maquillaje medioambiental, pues, en realidad, se trataba de zonas con escaso potencial para la pesca; existía la sombra del terrible accidente de Deepwater en el Golfo de México (2010) y los precios del petróleo habían bajado de forma notable, por lo que la explotación de recursos energéticos en el Ártico —particularmente compleja— en realidad no era conveniente.

Sea como fuere, en 2017, ese logro medioambiental se fue al traste cuando el presidente Trump (cuya presidencia se extendió del 20 de enero de 2017 al 20 de enero de 2021) emitió la Orden ejecutiva 13795 revirtiendo el legado del anterior mandatario. El fundamento que utilizó Trump fue la Sección 12a) de la OCSLA. La realidad es que dicha Sección solo permite que el presidente conceda protección frente a las posibles licitaciones de explotaciones, no que las revoque, siendo únicamente el Congreso el órgano con poder de revocación. En base a dicho argumento los representantes del Natural Resources Defence Council (NRDC) y Earthjustice decidieron judicializar el caso ante la Corte Federal de Alaska y en representación de una amplia coalición: League of Conservation Voters, NRDC, Sierra Club, Alaska Wilderness League, Defenders of Wildlife, Northern Alaska Environmental Center, Resisting Environmental Destruction on Indigenous Lands (REDOIL), Center for Biological Diversity, Greenpeace and the Wilderness Society. El caso ha pasado por diversas instancias judiciales y periplos administrativos[50] hasta que en abril de 2021 el Noveno Circuito de la Corte de Apelaciones de Alaska se inclinó a favor de la coalición. Las malas noticias para el Ártico, derivadas de la política del presidente D. Trump, acababan de comenzar.

---

[49] *https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2016/12/20/united-states-canada-joint-arctic-leaders-statement*.

[50] En 2018 la Corte de Distrito reconoció el derecho de los demandantes. En 2019 decidió que la Orden Ejecutiva de Trump era ilegal y restauró las medidas adoptadas por Obama. El gobierno de Trump —con el apoyo del estado de Alaska y el American Petroleum Institute— apeló la decisión ante el Circuito Noveno de la Corte de Apelaciones. Buchta, N. y Jorgensen, Q., «League of Conservation Voters v. Trump: a Potential Blueprint to Challenging Environmental Policy Rollbacks», *Alaska Law Review*, 2019, vol. 36, núm. 1, pp. 109-118; Ladislaw, S. y Ross, G., *The Trump Administration's Rollback of Environmental Regulations,* Center for Strategic and Security Studies (CSIS), 29 de marzo de 2017, *https://www.csis.org/analysis/energy-fact-opinion-trump-administrations-rollback-environmental-regulations*.

Otro «peculiar» episodio de la política exterior ártica de Trump fue el anuncio de su deseo de comprar Groenlandia a Dinamarca, realizado en varias ocasiones[51], pero lanzado formalmente en agosto de 2020. El interés de Trump en la isla era fundamentalmente geopolítico y un reto al interés compartido —aunque de forma más sutil en su expresión— por China. Groenlandia[52] es importante para Estados Unidos por varios motivos:

— Interés geoestratégico: Groenlandia se encuentra en el camino de las principales rutas marítimas árticas que se están abriendo con el deshielo derivado del cambio climático, lo que le otorga un interés estratégico de primera magnitud. Por otra parte, la isla es rica en múltiples recursos naturales prácticamente vírgenes: agua dulce, minerales raros y uranio, entre los más destacados.

— Interés militar: la Base Aérea Thule es la instalación más septentrional de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos, ubicada a 750 millas al norte del Círculo Polar Ártico. La base alberga el 12.º Escuadrón de Alerta Espacial que opera un Sistema de Alerta Temprana de Misiles Balísticos diseñado para detectar y rastrear misiles balísticos intercontinentales lanzados contra América del Norte[53]. Así, el anuncio de la administración Trump era un mensaje fuerte para otros países interesados también en el control de Groenlandia, particularmente, China y Rusia.

Otra de las decisiones árticas más controvertidas de la administración Trump fue el anuncio de que el Refugio Nacional de Vida Silvestre del Ártico —más conocido por sus siglas en inglés ANWR (Arctic National Wildlife Refuge)—[54] se abriría a una subasta pública para la concesión de licencias de exploración y explotación petrolera y gasística. El ANWR es un paraíso en la Tierra, pues contiene la más amplia variedad de especies animales y vegetales de toda la región ártica y es parte de la historia ancestral del pueblo *gwitch'in*. Además de eso, en el Refugio se halla la llamada Área 1002, en la llanura costera, en la que en el Servicio Geológico de Estados Unidos llevó a cabo un estudio de la presencia de recursos fósiles, estimando en una alta

---

[51] Stephen, K., *U.S. Interest in Greenland - On a Path Towards Full Independence?,* 2011, *https://www.thearcticinstitute.org/us-interest-will-help-greenland/.*

[52] Groenlandia es la mayor isla del mundo, poblada mayoritariamente por población indígena inuit, rica en múltiples recursos naturales. Tras ser una colonia de Dinamarca durante buena parte del siglo xix, pasó a ser parte del Reino de Dinamarca en 1953. En 1979 obtuvo el Acta de autogobierno que se expandió en 2009 a responsabilidades en materia judicial y policial y en recursos naturales. Dinamarca mantiene el control de la política exterior y en materia de defensa. Groenlandia votó su salida de las entonces Comunidades Europeas en 1985.

[53] *https://dk.usembassy.gov/our-relationship/u-s-greenland/thule-air-force-base/.*

[54] Una extensa región que se encuentra en el extremo noreste de Alaska, donde coexisten a la perfección los ecosistemas ártico y subártico y que es el área de naturaleza salvaje más extensa de Estados Unidos y de toda la región ártica. Bajo la Presidencia de J. Carter, en 1980, el Refugio fue incluido en la Ley de Conservación de Tierras de Interés Nacional de Alaska (Alaska National Interest Lands Conservation Act, ANILCA), ley federal que otorga especial protección, distinguiendo entre diversos grados. Véase, *in extenso,* Conde Pérez, E., «Un (pen)último anuncio de la administración Trump, antes de morir: Se subastan concesiones de explotación de petróleo en el Refugio de Vida Silvestre del Ártico», *ICEI Pape,* 2020, núm. 23, *https://www.ucm.es/icei/file/icei-paper-n23-elena-conde2.*

probabilidad que más de 11,8 millones de barriles de petróleo podrían ser técnicamente recuperables en la zona.

La propuesta del presidente Trump, que contaba con apoyos basados fundamentalmente en tres ideas —reducir dependencia energética del exterior; creación de puestos de trabajo; ventaja diplomática en la delimitación pendiente del Mar Beaufort, frente a Canadá—, también encontró fuerte resistencia, tanto en Estados Unidos como fuera del país —especialmente grupos medioambientalistas y poblaciones indígenas especialmente afectadas—, y solo la rocambolesca derrota de D. Trump en las elecciones presidenciales de 2020 y su sustitución en el cargo por J. Biden pondrían fin a esta arriesgada aventura, aunque no sin controversia[55].

En consonancia con esta toma de postura tan polémica, otro de los «hitos árticos» del presidente Trump sería el fiasco de la Reunión Ministerial del Consejo Ártico en Rovaniemi, Finlandia, el 6 de mayo de 2019. En dicha reunión, M. Pompeo, secretario de Estado de Estados Unidos, advirtió a China y a Rusia contra la posible realización de actividades agresivas en el Ártico. Además, en su discurso echó un pulso al resto de los Estados árticos, citando el cambio climático como una ventana de oportunidad para la explotación de las riquezas de la región. La situación fue tan extrema que, por primera vez en su historia, el Consejo Ártico no pudo acordar una Declaración Conjunta con la que concluir su trabajo y los logros obtenidos en los dos años de presidencia finlandesa[56].

4.4. La ruptura del Consejo Ártico (2022)

El histórico discurso del presidente ruso M. Gorbachov en Múrmansk pondría en marcha un proceso en el que la actividad diplomática de finlandeses y canadienses para llevarlo a buen puerto sería clave, y que culminaría con la creación del Consejo Ártico a través de la Declaración de Ottawa, en 1996. Siendo un foro político *decision-shaping* en lugar de *decision-making* —aunque recientes evoluciones apuntan a una evolución en este sentido[57]— y estando li-

---

[55] Davenport, C., Fountain, H. y Friedman, L., *Biden Suspends Drilling Leases in Arctic National Wildlife Refuge,* 2020, *https://www.nytimes.com/2021/06/01/climate/biden-drilling-arctic-national-wildlife-refuge.html*; Malo, S., *Alaskan agency sues Biden admin over Arctic refuge drilling freeze,* 2021, *https://www.reuters.com/legal/litigation/alaskan-agency-sues-biden-admin-over-arctic-refuge-drilling-freeze-2021-11-05/.*

[56] Sengupta, S., *United States Rattles Arctic Talks With a Sharp Warning to China and Russia,* 6 de mayo de 2019, *https://www.nytimes.com/2019/05/06/climate/pompeo-arctic-china-russia.html;* Gullikson, S. y Brem, M., *Did Not Manage to Agree: First Ever Arctic Council Ministerial Meeting Without Joint Declaration,* 7 de mayo de 2019, *https://www.highnorthnews.com/en/first-ever-arctic-council-ministerial-meeting-without-joint-declaration*.

[57] «A pesar de carecer del estatuto de organización internacional convencional, el Consejo es muy activo y últimamente ha aumentado su importancia. [...] En evidencia de tal afirmación podemos señalar la conclusión bajo sus auspicios de varios acuerdos relevantes, a saber: el Acuerdo para Mejorar la Cooperación Científica en el Ártico de 2017; el Acuerdo sobre Cooperación en Materia de Preparación y Lucha contra la Contaminación Marina por Hidrocarburos en el Ártico de 2013 y el Acuerdo sobre Cooperación en Materia de Servicios Aeronáuticos y Marítimos de Búsqueda y Salvamento en el Ártico

mitada su actividad por voluntad propia a la cooperación científica y medioambiental[58], ha logrado, sin embargo, una relevancia notable en la escena internacional, algo de lo que es prueba la candidatura creciente de terceros Estados y organizaciones internacionales a la adquisición del estatuto de observador; el impacto de sus informes medioambientales y científicos y, como ya he señalado, la presencia y poder de las poblaciones indígenas como Participantes Permanentes en la estructura y sistema de decisiones del Consejo.

Por ello, se puede decir que fue un hecho sin precedentes el que tuvo lugar cuando, como respuesta a la invasión rusa de Ucrania que comenzó el 24 de febrero de 2022, siete de las ocho naciones del Ártico —Canadá, Dinamarca, Estados Unidos, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia— censuraron a Rusia por sus actividades de guerra en Ucrania y anunciaron que suspenderían temporalmente su participación en las reuniones del Consejo Ártico.

El gesto no está exento de consecuencias ni de simbolismo. El Consejo Ártico, como se ha señalado, fue el resultado de una iniciativa del presidente de la Unión Soviética, M. Gorbachov, quien propuso en 1987 transformar el Ártico en un «polo de paz», libre de las tensiones geopolíticas que definían las actividades de los países miembros en otras partes del mundo. Esa paz se mantuvo durante los últimos días de la Guerra Fría e incluso cuando Rusia, que además ocupa en la actualidad la presidencia rotatoria del Consejo[59], se anexionó la península ucraniana de Crimea en 2014. Esa acción decidida en favor de la cooperación circumpolar determinó que, a principios de 2022, los legisladores de Noruega nominaron al Consejo para el Premio Nobel de la Paz.

---

de 2011. Ciertamente, estos acuerdos concluidos suponen un cambio significativo en la percepción del Consejo Ártico como foro político: esto significa básicamente que el Consejo ha pasado de tener un mandato meramente consultivo a ser un órgano influyente capaz de reaccionar ante los asuntos más apremiantes que enfrenta la región. Ambos acuerdos son también prueba de que aun cuando el Consejo Ártico sigue siendo un organismo de derecho blando (*soft law*), está utilizando instrumentos de derecho duro (*hard law*) para influir no solo en la región, sino también en la conducta del resto de los actores interesados»; véase Valerieva Yaneva, Z., *op. cit.,* pp. 380-381.

[58] Una nota a pie de página al art. 1 de la Declaración de Ottawa especifica que el Consejo «no debería abordar cuestiones de seguridad militar». Se ha especulado con el hecho de que la referencia en condicional a lo que debería hacer el Consejo implica que nada impide que el foro político aborde de hecho los temas militares, siempre y cuando existiera consenso entre sus miembros. Rhemann, J., «Looking Within and Outside of the Arctic to Increase the Governance capacity of the Arctic Council», en Axworthy, T. S., Koivurova, T. y Hasanat, W., *The Arctic Council: its place in the future of Arctic Governance*, The Gordon Foundation, Munk School of Global Affairs, 2012, pp. 29-58.

[59] El Consejo Ártico tiene una peculiar estructura: el más alto nivel de reuniones en el Consejo Ártico tiene lugar a través de las Reuniones ministeriales, que se reúnen cada dos años. Entre medias de esas reuniones, el trabajo del Consejo es dirigido por los *Senior Arctic Officials* (en adelante, SAO) junto con Representantes de los Participantes Permanentes. Al final de los dos años de Presidencia —actualmente ostenta la presidencia la Federación Rusa, hasta 2023 y luego será el turno de Noruega—, se produce una Reunión ministerial, que es la culminación del periodo, en la que los Estados miembros suelen estar representados por un ministro de Asuntos Exteriores, de Asuntos Nórdicos o de Medio Ambiente. En el curso de esta reunión se adopta una Declaración formal, pero no obligatoria, que adopta el nombre de la ciudad donde se reúne, resume los logros conseguidos y establece la labor futura del Consejo. La Declaración aborda cuestiones relativas al cambio climático, desarrollo sostenible, evaluación y gestión del Ártico, contaminantes y en general el trabajo de los cinco Grupos de Trabajo del Consejo. Conde Pérez, E., «Geopolítica del Ártico...», *op. cit.,* p. 116.

La congelación del Consejo Ártico es una pérdida en muchos frentes, la cooperación en la región es esencial para la seguridad global y se ha perdido una valiosa línea de cooperación con Moscú. Algunos especialistas alertan del enorme riesgo para la seguridad internacional de un vacío institucional en el Ártico y lanzan propuestas imaginativas al respecto, para superar el actual *impasse*: «el mundo entero se beneficiará si el Polo Norte puede evitar el destino de la militarización, una costosa carrera armamentista y el terrible espectro de la guerra. Idealmente, involucrar a Rusia dentro de un conjunto ampliado de instituciones regionales (un Consejo Ártico fortalecido, sin duda, pero también un nuevo foro militar) precipitaría una espiral de cooperación, aumentando dicha cooperación que podría ayudar a disminuir las tensiones en otros lugares. Incluso si la colaboración se limitara al Ártico, esto impulsaría la seguridad global» [60].

De forma posibilista, algunos autores han aludido a la posibilidad de seguir cooperando a través de estructuras de diálogo ya existentes, como es el caso del Consejo Nórdico de Ministros, que podría llegar a invitar a otros Estados árticos —como Canadá y Estados Unidos— e incluso a las poblaciones indígenas, a sus reuniones oficiosas. Se menciona, incluso, que el Consejo Nórdico de Ministros podría llegar a ser el foro de diálogo, cuando Rusia vuelva a la legalidad internacional y haya que recuperar el Consejo Ártico [61].

No está claro cuándo el Consejo podría reanudar sus actividades, pero no es probable que suceda antes del verano de 2023, cuando la presidencia rotatoria pase de la Federación Rusa a Noruega. Incluso entonces, las sanciones en curso podrían continuar impidiendo la participación rusa o las reuniones en territorio ruso. Eso es mucho tiempo sin liderazgo en una región clave para la estabilidad mundial [62].

5. LA COMUNICACIÓN CONJUNTA DE LA UE PARA EL ÁRTICO (OCTUBRE 2021): ¿ES CONSECUENTE CON LOS TIEMPOS QUE CORREN?

La Comunicación conjunta del Alto Representante para la PESC y la Comisión Europea «Un compromiso más firme de la UE para un Ártico pacífico, sostenible y próspero» [63], de 13 de octubre de 2021, constituye un paso más en la definición de la política ártica de la UE.

---

[60] Gricius, G., «Why freezing the Arctic Council is bad news for global security», *The conversation*, 2022, *https://theconversation.com/why-freezing-the-arctic-council-is-bad-news-for-global-security-181467*.

[61] Heikkilä, M., *How Nordic countries could act to save Arctic co-operation, https://www.arcticcentre.org/blogs/How-Nordic-countries-could-act-to-save-Arctic-co-operation/42160/fb6b0032-2213-4f1c-ada2-dc0dd0018728*.

[62] Koivurova, T., *The Arctic Council can continue without Russia, https://www.arcticcentre.org/blogs/The-Arctic-Council-can-continue-without-Russia/tt1n04l2/77628336-69d5-4c12-ac4e-e06e95f8ead9*.

[63] Bruselas, 13 de octubre de 2021, JOIN(2021) 27 final, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021JC0027&from=EN*.

Sin embargo, a pesar de los cambios que desde 2017 se producen de forma más intensa en la región ártica, y que le ofrecen, por tanto, a la UE la oportunidad de repensar en este nuevo documento su estrategia hacia la región, lo cierto es que la Comunicación no sorprende por contener grandes novedades respecto de las anteriores: es, como ocurría con aquellas, una recopilación y una manifestación de la agenda política general de la UE, sin caer, no obstante, en la irrelevancia[64]. Los temas candentes continúan siendo el cambio climático y el medio ambiente, el desarrollo y la cooperación internacional, sin olvidar la importancia de la investigación científica ártica, la cooperación con las poblaciones indígenas y la necesidad de la innovación o la reducción de emisiones de carbono negro. Sus fundamentos básicos —por lo demás no fáciles de discernir en la relación ingente de elementos que afectan a la región Ártica y las políticas de la UE para hacerlos frente contenidos en la Comunicación— se pueden sintetizar en los dos siguientes.

5.1. Asertividad geopolítica de la UE en el Ártico

La Comunicación conjunta proclama que la UE está en el Ártico y, como tal, es una potencia geopolítica que aspira a ese reconocimiento internacional a través de una narrativa y unos gestos políticos que la sustentan:

— Si bien los Estados árticos son los principales responsables del desarrollo sostenible de la región, el compromiso de la UE con la misma es una necesidad geopolítica que se apoya en los valores y principios de la UE —Estado de Derecho, respeto de los derechos humanos, desarrollo sostenible, igualdad de género, diversidad e inclusión, multilateralismo, respeto del Derecho internacional, especialmente la CNUDM.

— En un entorno geopolítico cambiante, en el que se detecta un incremento del interés de nuevos Estados —con explícita referencia a China— y actores en la región y su aprovechamiento; con un notable incremento de la actividad militar —con una explícita referencia a Rusia en este sentido y la vigilancia ejercida por Estados Unidos, Noruega, Gran Bretaña, Dinamarca, Islandia, Canadá y la propia OTAN—, la UE reitera su solicitud de ingreso como observador en el Consejo Ártico, señalando los éxitos de su diplomacia exterior para favorecer la cooperación pacífica en la región.

— Como gesto cargado de claro simbolismo, el Enviado Especial para Asuntos Árticos del Servicio de Acción Exterior se ve complementado con la creación por parte de la UE de una Oficina permanente en Nuuk, Groenlandia[65]. La UE proclama que la Declaración de Derechos de las Poblaciones

[64] Stepien, A. y Raspotnik, A., *Continuity with Great Confidence: The European Union's 2021 Arctic Policy Update*. The Arctic Institute, 2021, p. 9, *https://www.thearcticinstitute.org/wp-content/uploads/2021/10/Continuitywith-Greater-Confidence-The-EUs-Arctic-Policy-Update-2021.pdf*.

[65] Algo que se une al Foro de *stakeholders* árticos creado en la Comunicación de 2016 y al Diálogo con las Poblaciones Indígenas. Además, la UE mantiene un fructífero diálogo con grupos de representación empresarial como el Consejo Económico Ártico, representaciones de los municipios árticos, la Red de Áreas Norteñas Escasamente Pobladas y el Consejo Sami.

Indígenas forma parte de la política en pos de los derechos humanos de la UE.

5.2. El Pacto Verde Europeo como eje de la política medioambiental de la UE hacia el Ártico

La Comunicación parte del reconocimiento del impacto de la UE en el Ártico tanto por su huella medioambiental como por las consecuencias que tiene su ingente demanda de recursos procedentes de la región[66]. Con este telón de fondo, en el que la región ártica es la que se calienta más rápido de todo el planeta, con consecuencias que de ello se derivan para la totalidad de los Estados y en un escenario en el que las poblaciones indígenas son particularmente vulnerables, la UE pretende asumir su responsabilidad hacia el Ártico, estableciendo un «nexo UE-Ártico» que parte del entendimiento de que si bien la UE no regula normativamente para la mayor parte del Ártico circumpolar y la normativa europea en materia medioambiental solo se aplica internamente a Suecia y Finlandia, como Estados miembros, y a Noruega e Islandia como Estados parte del EEE, la regulación medioambiental de la UE tiene una fuerte dimensión externa —el «efecto Bruselas» en la terminología usada por Chouffart, Raspotnik y Stepien— que puede, de hecho, favorecer el cambio a mejor en el Ártico[67].

En esta visión, es propósito de la UE abordar los retos ecológicos, sociales, económicos y políticos que puedan derivarse del cambio climático, haciendo del Ártico una región más resiliente a través de la legislación medioambiental, una acción contra el carbono negro y el deshielo del permafrost y promoviendo que los recursos fósiles —petróleo, carbón y gas— permanezcan en el subsuelo, incluso en la región ártica.

Estas propuestas contenidas en la Comunicación se enmarcan en el paquete de propuestas del Pacto Verde Europeo (PVE) lanzadas el 14 de julio de 2021 por la Comisión Europea, esto es, la política de la UE que aspira a impregnar todos los desarrollos normativos con el fin de que la UE sea climáticamente neutra en 2050. En el marco del Pacto Verde Europeo, el paquete «Objetivo 55»[68] aspira a que las políticas de la UE en materia climática, ener-

---

[66] El reconocimiento de su propia huella medioambiental en el Ártico es una constante de la política de la UE hacia el Ártico desde 2010. Cavalieri, S. *et al.*, *EU Arctic Footprint and Policy Assessment: Final Report*, Berlín, Ecologic Institute, 2010. En 2020, la Comisión Europea financió otro informe acerca de la huella medioambiental y económica de la UE en el Ártico, en el que dicha huella es presentada como uno de los elementos más importantes del papel de la UE en el Ártico. Koivurova, T. *et al., Overview of EU Actions in the Arctic and Their Impact (Final Report - June 2021), https://eprd.pl/wp-content/uploads/2021/06/EU-Policy-Arctic-Impact-Overview-Final-Report.pdf*.

[67] Chouffart, R., Raspotnik, A. y Stępień, A., «Our common Arctic? A more sustainable EU-arctic nexus in light of the European green deal», *The Polar Journal*, 2021, vol. 11, núm. 2, pp. 284-285.

[68] La expresión «Objetivo 55» remite al objetivo de reducción de las emisiones en al menos el 55 por 100 que la UE se ha fijado para 2030. El paquete de medidas propuesto tiene por objeto adaptar la legislación de la UE al objetivo de 2030, *https://www.consilium.europa.eu/es/policies/green-deal/fit-for-55-the-eu-plan-for-a-green-transition/*.

gética, de uso de la tierra, transporte e impuestos, sirvan para reducir las emisiones netas de gases de efecto invernadero hasta en un 55 por 100 en 2030. El Pacto Verde Europeo se concibe, así, no solo un instrumento económico de la UE, sino también un instrumento de política exterior con profundas repercusiones geopolíticas en los socios estratégicos de la UE y sus vecinos en el corto medio y largo plazo[69].

6. ¿QUÉ PUEDE SALIR BIEN?: LA PRESENCIA PÚBLICA DE LA UE EN EL ÁRTICO Y LA ECONOMÍA AZUL

Sin ánimo de agotar todas las propuestas de actuación de la UE recogidas en su Comunicación para el Ártico de 2021, me centraré en dos de ellas a las que auguro especial éxito: la obtención de la condición de observador en el Consejo Ártico y la integración de la sostenibilidad económica y medioambiental de la región ártica en los principios de la Economía Azul.

La UE no tiene, a día de hoy, el estatuto de observador en el Consejo Ártico, pues su candidatura ha encontrado la renuencia de algunos de los Estados árticos siempre que dicha solicitud se ha producido, como ya se ha visto en este trabajo[70]. Aunque la cuestión del comercio de productos de la foca se ha resuelto favorablemente y la UE ha logrado obtener el extraño estatuto de «observador en principio», existe el complejo y la incoherencia de ser un actor en la región ártica de primera magnitud y, sin embargo, no contar con el estatuto de observador en el Consejo Ártico, aunque en la práctica no suponga un plus relevante de participación en las actividades de este foro político, sino, más bien, una cuestión de imagen[71].

El establecimiento de la Oficina para Asuntos Árticos en Nuuk, Groenlandia, es, en esta línea, un gesto cargado de simbolismo: marca una toma de postura activa en una isla que ha sido disputada por grandes potencias; reconduce una estrecha relación con un territorio que salió de las entonces Comunidades Europeas en 1985, dándole su apoyo en la autodeterminación y sienta, asimismo, las bases de otro de los puntos de interés estratégico de la UE en su Comunicación: las tierras raras, no exento de polémica, especialmente por los efectos perniciosos medioambientales que la explotación de estos elementos puede acarrear[72].

---

[69] Leonard, M. *et al., The Geopolitics of the European Green Deal,* European Council on Foreign Relations, 3 de febrero de 2021, *https://ecfr.eu/publication/the-geopolitics-of-the-european-green-deal/*.

[70] Depledge, D., *The EU and the Arctic Council,* 2015, *https://ecfr.eu/article/commentary_the_eu_and_the_arctic_council3005/*.

[71] Valerieva Yaneva, Z., «Legitimate EU on the Arctic stage? Policy and interests», *Spanish Yearbook of International Law*, 2016, núm. 20, pp. 233-254; Osthagen, A., *In or Out? The Symbolism of the EU's Arctic Council Bid,* The Arctic Institute, 2013, *http://www.thearcticinstitute.org/in-or-out-symbolism-of-eus-arctic/*.

[72] De Lima, I. B. y Leal Filho, W. (eds.), *Rare earths industry: Technological, economic and environmental implications*, Elsevier, 2015.

La apuesta por la economía azul[73] es otro de los activos para conseguir los objetivos tanto del PVE como del Plan de Recuperación para Europa. Es necesario hacer constar que el concepto de economía azul ha evolucionado desde las pesquerías hasta abarcar todos los recursos biológicos y minerales, el comercio marítimo, la navegación, la energía y el turismo. En definitiva, los principios de la economía azul hacen referencia a todos los ámbitos de la explotación económica intensiva de las áreas acuáticas que son susceptibles de cambiar los ecosistemas, que afectan a la biodiversidad y la sostenibilidad. La economía azul es, así, un trasunto del concepto de Economía Verde, cuyas bases se lanzaron en la Conferencia de Medio Ambiente de Río de Janeiro de 2012, que consisten en incentivar el desarrollo económico y eliminar la pobreza y la desigualdad social manteniendo el equilibrio ecológico[74]. En este amplio marco, la UE apoya la creación de Áreas Marinas Protegidas en el ámbito del Convenio sobre la protección del medio marino del Atlántico Nordeste, o Convenio OSPAR, suscrito en París el 22 de septiembre de 1992, y otros acuerdos internacionales como la CNUDM y su compromiso en la negociación del Acuerdo sobre la biodiversidad en áreas situadas más allá de la jurisdicción nacional (ABJN). Asimismo, la participación de la UE en el Acuerdo de 2018 para prevenir la pesca no regulada en el Ártico Central y la lucha contra los plásticos —en el marco de un Acuerdo Mundial sobre los Plásticos— son elementos tendentes a la promoción de una Economía Azul Sostenible en el Ártico, como uno de los puntos de apoyo del PVE, del Plan de Recuperación Económica[75], uno de los soportes clave para la consecución de los objetivos medioambientales y climáticos de la UE y, no menos importante, un elemento clave en la consecución de la ansiada autonomía estratégica de la UE, esto es, el deseo de más autonomía en el ámbito comercial e industrial y las consecuencias que ello puede tener en términos de poder geopolítico.

7. EL PETRÓLEO Y EL CARBÓN DEBEN PERMANECER EN EL SUELO: ¿HAY QUE REPENSARLO?

El 24 de febrero de 2022, solo cuatro meses después de la adopción de la nueva Estrategia ártica de la UE, Rusia hace efectiva su amenaza de invadir e

[73] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un nuevo enfoque de la economía azul sostenible de la UE. Transformar la economía azul de la UE para un futuro sostenible, COM (2021) 240 final, Bruselas 15 de mayo de 2021, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52021DC0240.*

[74] Tianming, G. y Erokhin, V., «Blue Economy of the Arctic: China's Involvement in Establishing the International Agenda», en Raimi, L. y Kah, M. L., *Implications for Entrepeneurship and Enterprise Development in the Blue Economy*, Hershey PA USA, IGI Global, 2022, p. 104, *https://www.arctic-council.org/projects/blue-bioeconomy-in-the-arctic-region/*; Vigeland Rottem, S. y Osthagen, A., *Governing the Blue Economy in Alaska and North Norway,* The Arctic Institute, 18 de enero de 2022, *https://www.thearcticinstitute.org/governing-blue-economy-alaska-north-norway/.*

[75] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El momento de Europa: reparar los daños y preparar el futuro para la próxima generación, 27 de mayo de 2020, COM(2020) 456 final, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020DC0456.*

iniciar una agresión armada unilateral contra Ucrania provocando una crisis sin precedentes del orden mundial refundado en 1990. Las consecuencias de este hecho ilícito en el plano político, militar, económico y social mundiales, están por dilucidarse, pero lo que está claro es que el Ártico, al menos por un tiempo, no volverá a ser el mismo. Asimismo, las relaciones de la UE con su vecino ruso habrán de definirse: no se trata tan solo de que se haya roto la cooperación con Rusia en sectores de importancia clave como la recolección de datos o la fructífera investigación científica, es que este hecho afecta a los objetivos climáticos, energéticos y minerales de la UE. La UE, en adelante, estará más vigilante y se sentirá más amenazada[76].

Ello sin duda afecta a las propuestas de la UE en su Comunicación ártica de octubre de 2021, particularmente a la más arriesgada de todas ellas: la relativa a que el carbón y el petróleo permanezcan en el suelo para dar cumplimiento a los objetivos del PVE y, con ello, apoyar la transición ecológica de los Estados árticos. Este es el aspecto más polémico de la propuesta —pues la UE podría utilizar sus reglas de mercado para desincentivar la extracción de hidrocarburos en el Ártico—, lo que contrasta con el decidido apoyo de la UE en favor de la explotación de minerales críticos en el marco del Plan de Acción UE sobre los Recursos Críticos[77].

En anteriores documentos de la UE hacia el Ártico se señalaba, en forma de declaración programática, que era necesario cambiar el patrón de consumo de recursos fósiles a fin de mitigar el cambio climático, pero se dejaba claro que eran los Estados árticos y sus comunidades las que tenían que decidir el camino a seguir, especialmente teniendo en cuenta las sensibilidades que ello podría producir en un productor neto de petróleo y gas como Noruega. Otro aspecto criticado de la Comunicación se deriva de que considera por igual la explotación de recursos fósiles producida en tierra como la marina, sin tener en cuenta que este último lugar no ha sido restringido para la explotación en otros lugares del mundo y que el Mar de Barents es un entorno especial para la explotación de estos recursos. La Comunicación de 2021 rompe con esa dinámica, dando a entender que se compromete a hacer esfuerzos para prohibir la compra de hidrocarburos árticos.

La posibilidad de llevar a cabo esa fuerte apuesta de la UE ha quedado en entredicho después de la invasión rusa de Ucrania. Desde entonces, encontrar alternativas a la dependencia de los suministros de energía fósil de Rusia se ha convertido en la principal prioridad. En efecto, la guerra en Ucrania —con la batería de sanciones disparadas contra Rusia desde Occidente y las correspondientes medidas de respuesta adoptadas por Rusia contra

---

[76] Raspotnik, A., Stepien, A. y Koivurova, T., *The European Union's Arctic Policy in the Light of Russia's War against Ukraine,* The Arctic Institute, 2022, *https://www.thearcticinstitute.org/european-union-arctic-policy-light-russia-war-against-ukraine/.*

[77] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Resiliencia de las materias primas fundamentales: trazando el camino hacia un mayor grado de seguridad y sostenibilidad, COM (2020) 474, Bruselas, 3 de septiembre de 2020, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0474.*

aquellos, con cortes de suministro de gas que se suceden en cascada— ha impactado en los precios de la energía en el mundo, especialmente en Europa, que tiene difícil compatibilizar sus objetivos de neutralidad climática —como el relativo a que el petróleo y el gas del Ártico deben permanecer en la tierra— con su dependencia de fuentes de energía externas, especialmente de Rusia[78].

8. CONCLUSIONES

En el marco del orden liberal mundial establecido tras la Segunda Guerra Mundial, la región ártica ha sido un tradicional espacio de cooperación pacífica, y un modelo en este sentido, del que son ejemplo notable los acuerdos alcanzados por los Estados árticos —especialmente por los cinco Estados ribereños— en las áreas de delimitación de sus respectivos ámbitos de soberanía y jurisdicción, así como los tratados sobre problemática diversa adoptados por los ocho Estados árticos y, en algún caso, abarcando a terceros Estados y organizaciones internacionales. Incluso el despuntar del siglo XXI, con los alarmantes datos relativos al cambio climático y la posibilidad de que se abriera una carrera descontrolada por los recursos y por la reclamación de esferas de soberanía e influencia, han sido desmentidos hasta tiempo reciente por los hechos.

Con este escenario geopolítico favorable de fondo, la UE, a través de sus políticas hacia el Ártico —con grandes aciertos y grandes traspiés también—, no es sino el reflejo de la propia naturaleza de la UE: una cierta incoherencia y desconexión entre las instituciones, especialmente patente cuando se trataba de conciliar diferentes políticas de la UE hacia el Ártico, resultando en ocasiones en un choque entre prioridades normativas e intereses políticos, derivado del sistema competencial de la UE. El balance, en términos generales, hasta 2016, fue positivo, con una apuesta decidida y real en la lucha contra el cambio climático, la sostenibilidad energética y económica, la relevancia de la investigación científica y la cooperación con las poblaciones indígenas como elementos clave. Son todos ellos factores que reflejan el progresivo interés de la UE hacia una región en la que tiene un impacto económico y ecológico notables, pero que no se ha visto recompensada con el

[78] La UE importa alrededor de 44 Mt de carbón procedente de Rusia. Rusia es el segundo productor mundial de crudo y el primer exportador, siendo la UE su principal cliente. La sustitución del gas ruso es la más compleja: Rusia es el segundo productor mundial de gas y la UE depende enormemente del gas ruso. Las fuentes alternativas de gas —Argelia, Noruega, Azerbaiyán y Gas Natural Licuado (GNL)— plantean algunos problemas, de modo que la UE en marzo de 2022 lanzó su iniciativa REPowerEU, con el fin de reducir la dependencia de los combustibles fósiles rusos antes de 2030. FEÁS, E. y STEINBERG, F., *Efectos económicos y geopolíticos de la invasión de Ucrania,* ARI 35/2022, *https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/efectos-economicos-y-geopoliticos-de-la-invasion-de-ucrania/*; Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, REPowerEU: Acción conjunta para una energía más asequible, segura y sostenible, COM (2022) 108 final, Estrasburgo, 8 de marzo de 2022, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022DC0108.*

reconocimiento del estatuto de observador ante el Consejo Ártico, principal foro político en la región.

En esta investigación se ha considerado que el año 2017 marca una fecha crítica en el proceso de progresiva conflictividad del Ártico. En efecto, desde ese año, culminando con la agresión rusa a Ucrania de 24 de febrero de 2022, se han producido no pocas «rupturas árticas», que permiten repensar si la percepción de la región como escenario privilegiado de cooperación pacífica puede mantenerse sin fisuras:

— Así, la creciente militarización del Ártico, que culmina con la más que probable candidatura a la membresía en la OTAN de dos Estados árticos tradicionalmente alejados de las alianzas militares marca, sin duda, un cambio radical en la fisonomía del Ártico.

— La progresiva presencia de China en el Ártico, con un discurso doble, esto es, presentándose como socio fiable de cara al exterior, pero planteando opciones —militares y de explotación económica del Ártico— preocupantes cuando habla hacia el interior, plantea no pocos interrogantes que se suman a su alianza estratégica con Rusia, eso sí, siempre que ello sea conveniente para China.

— Otra de las rupturas consideradas en esta investigación ha sido el aciago paso del presidente de Estados Unidos D. Trump por la Casa Blanca: se ha señalado que la cooperación ártica estuvo en mayor peligro en sus días que en el momento actual, ya que la administración de Estados Unidos del momento no aceptaba como válidas ni siquiera las evidencias científicas en torno al cambio climático y sus efectos en la región. La incertidumbre política en Estados Unidos, con las elecciones legislativas en 2022 y el panorama nacional muy agitado, vuelve a plantear el dilema de qué pasará en un futuro próximo en Alaska.

— Finalmente, en ese periplo desde 2017, llegamos a la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania y la decisión inédita de suspender a Rusia —a la sazón ejerciendo la presidencia rotatoria del Consejo Ártico hasta 2023— en las actividades de este foro político. La cooperación —especialmente la importante cooperación científica y medioambiental con los socios rusos— está de momento rota y sin soluciones mágicas para recomponerla. Quizá es el momento de poner en práctica algo que Scopelliti y yo misma propusimos hace algunos años: el establecimiento de medidas de seguridad y confianza ante el riesgo de una posible escalada militar en la región[79].

Con este convulso telón de fondo, la reciente Comunicación ártica de octubre de 2021 afronta alguno de los retos ya existentes en el panorama regional, pero ha resultado superada por los acontecimientos. Con la necesaria prevención que debe acompañar a cualquier pronóstico —tanto optimista como pesimista— acerca de lo que el futuro pueda deparar, parece evidente que algunos elementos de la nueva Comunicación son claramente acertados

[79] Conde Pérez, E. y Scopelliti, M., «Defining security in a changing Arctic: the need to prevent an Arctic security dilemma», *Polar Record*, 2016, vol. 52, núm. 6, pp. 672-679.

—caso de la asertividad y presencia política en el Ártico, particularmente en Groenlandia y la apuesta por la economía azul como elemento necesario del PVE y de los objetivos climáticos de la UE—, mientras que otros necesitan una reconsideración.

El lema «el petróleo y el gas deben permanecer en el suelo», contenido en la Comunicación de 2022, parece a día de hoy un objetivo desbordado e irrealizable a corto plazo a la vista de los acontecimientos más recientes. La dependencia energética de la UE respecto de Rusia, el alza de los precios, la amenaza sobre el sistema productivo y la estabilidad social mundiales, obligan a una necesaria reconsideración de esta fuerte apuesta, en perspectiva realista.

La agresión unilateral de Rusia a Ucrania de 24 de febrero de 2022 parece augurar el fin del orden liberal mundial que ya estaba maltrecho, provocará sin duda una fuerte polarización, nuevas alianzas geopolíticas, una competencia por los recursos y el despunte de actores que ya destacaban, como China e India. La UE tiene el importante reto de afrontar los grandes dilemas y enormes problemas derivados de la guerra y definir su liderazgo: el Ártico ha pasado a ser elemento central de las relaciones internacionales, una política ártica comprometida es más necesaria que nunca.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Miscelánea/*Miscellany*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 157-179
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.02
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 14/05/2022. Aceptación: 10/06/2022

IDENTIDAD PERSONAL TRANSFRONTERIZA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

Gloria Esteban de la Rosa*

RESUMEN

IDENTIDAD PERSONAL TRANSFRONTERIZA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO

El reconocimiento mutuo ha cobrado un renovado protagonismo tras la comunitarización del ámbito de la Cooperación Judicial Civil, al constituir el eje o vector que permite la construcción de la nueva política pública global sobre administración de justicia proyectada por la Comisión. Sin perjuicio de las diferencias y similitudes que puedan apreciarse entre esta noción y la empleada para la liberalización del mercado interior, el reconocimiento de pleno derecho de las circunstancias personales y familiares de los ciudadanos constituye un objetivo de la UE, en especial tras la adopción del Programa de Estocolmo en orden a la realización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Dicho reconocimiento garantiza la libre circulación de personas, al dotar de estabilidad al estado civil y preservar la identidad personal. Si bien no existe hasta el momento apoyo político para conseguir este resultado a través de intervenciones legislativas, dicho reconocimiento tiene lugar en el momento actual en el interior del espacio europeo.

Palabras clave: comunitarización, sistema europeo de Derecho internacional privado, reconocimiento mutuo, reconocimiento de pleno derecho, estado civil, circunstancias personales y familiares, método de reconocimiento, cristalización en el Estado de origen, libertad de circulación de personas, protección de los nacionales de la Unión Europea.

ABSTRACT

CROSS-BORDER PERSONAL IDENTITY AND EUROPEAN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Mutual recognition has gained renewed prominence after the communitisation of the field of Civil Judicial Cooperation, as it constitutes the axis or vector that allows the construction of the new global public policy on the administration of justice projected by the Commission. Without prejudice to the differences and similarities that can be seen between this notion and the one used for the liberalization of the internal market, the

* Catedrática de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Jaén (*gesteban@ujaen.es*).

full legal recognition of the personal and family circumstances of citizens constitutes an objective of the EU, especially after the adoption of the Stockholm Program in order to achieve the Space of Freedom, Security and Justice. This recognition guarantees the free movement of people, by providing stability to civil status and preserving personal identity. Although there is no political support to achieve this result through legislative interventions, such recognition is currently taking place within the European space.

Keywords: communitization, European system of private international law, mutual recognition, recognition of full rights, marital status, personal and family circumstances, method of recognition, crystallization in the State of origin, freedom of movement of persons, protection of European Union nationals.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—2. AUTONOMÍA FUNCIONAL DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL TRANSFRONTERIZA.—3. COMUNITARIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL TRANSFRONTERIZA.—3.1. Del art. 67 TCE/TA al art. 81 TFUE.—3.2. El reconocimiento mutuo y su función en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.—4. ¿SISTEMA EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?—4.1. Función.—4.2. Principios.—5. CIUDADANÍA EUROPEA Y ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA.—5.1. El derecho a la continuidad del nombre.—5.2. ¿Nuevos derechos del ciudadano europeo en las situaciones transfronterizas?—6. IDENTIDAD PERSONAL TRANSFRONTERIZA.—6.1. El derecho a la identidad personal en situaciones transfronterizas.—6.2. Identidad personal y certificaciones extranjeras.—7. CONCLUSIONES.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Una novedad que introdujo el Tratado de Ámsterdam (en adelante, TA)[1]; y ratificó el Tratado de Lisboa (en adelante, TL)[2], consistió en la transformación de la Europa preferentemente económica (aunque no solo) en una Europa que tiene como objetivos fundamentales la libertad, la seguridad y la justicia[3]. Y, para ello, se trata de ir dando cuerpo de forma progresiva a un nuevo espacio o zona (que ya no es un mero mercado interior) presidido por tales valores, comunes y compartidos por los Estados parte[4].

---

[1] El Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos se publicó en el *BOE* núm. 109, de 7 de mayo de 1999. Véase Comunicación de la Comisión: «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia», Documentos COM (98) 459 final, de 14 de julio de 1998, p. 8.

[2] El Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, que modifica el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, está publicado en el *DOUE*, Serie C 306/57, de 17 de diciembre de 2007. El texto consolidado está publicado en el *DOUE,* de 9 de mayo de 2008.

[3] La Comunicación «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia» señala que: el concepto de espacio de libertad, seguridad y justicia sintetiza «elevándolo al nivel de la Unión Europea, el acervo de nuestras tradiciones democráticas y nuestras concepciones del Estado de Derecho» (Documentos COM 1998/459 final, de 14 de julio, p. 1). Considera M. Guzmán Zapater que el TL conlleva como principal innovación haber situado el centro del proyecto europeo en el ciudadano como persona y no ya como agente económico. Véase «La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea», en Font i Mas, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Madrid, Bosch, 2014, p. 93.

[4] La doctrina señala que el TA tuvo la virtud de realizar una distinción entre la libertad de circulación de personas y la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, que iba mucho más allá

En particular, reviste especial interés la finalidad de crear un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (en adelante, ELSJ), que aspira a conseguir en su interior la más plena realización de los derechos humanos (art. 3.2 TUE). El ELSJ está presidido por el más pleno reconocimiento y garantía de los derechos de la persona[5]. Ha de destacarse que la Carta de Derechos fundamentales de la UE (en adelante, CDF) ha recibido plena eficacia jurídica tras la adopción del TL (art. 6.1 TUE). Y procede recordar también el art. 67.1 TFUE.

Por tanto, es indiscutible el protagonismo que cobran los derechos humanos en esta nueva zona, en particular, cuando están en juego tales derechos en la vida transfronteriza de las personas, de la que se ocupa la proyectada política europea en este ámbito (art. 81 TFUE). Ese objetivo (la creación de un ELSJ) también tiene consecuencias en la cooperación jurídica en materia civil (en adelante, CJC), en especial, en relación con su alcance, sin que deba minusvalorarse su impacto para la interpretación del sistema europeo de Derecho internacional privado (DIPr).

La naciente política europea sobre la CJC (para la que es funcional el DIPr europeo) participa también de esta finalidad y se crea en torno al eje del reconocimiento mutuo en una zona en la que el protagonista es el ciudadano o, mejor, la persona y sus derechos como tal[6]. Así, en el actual estadio de evolución del ordenamiento de la UE (y, en particular, del DIPr europeo) cabe plantear si pueden homologarse las circunstancias relativas al estado civil y familiares sin procedimiento ni condiciones[7].

Y, en concreto, cabe considerar la viabilidad de la utilización del reconocimiento mutuo[8]. Esto es, «la aplicación del principio del reconocimiento mu-

---

de la mera integración económica. Véase Ordóñez Solís, D., «El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, 2003, núm. 119, pp. 447-483.

[5] El Consejo Europeo señala que la prioridad del Programa de Estocolmo (2010-2014) «será centrarse en los intereses y las necesidades de los ciudadanos» y «en aquellas otras personas frente a las que la Unión tiene una responsabilidad». En particular, «el espacio de libertad, seguridad y justicia debe ser, ante todo, un espacio único de protección de los derechos y libertades fundamentales» (*DOUE* Serie C 115, de 4 de mayo de 2010, p. 4).

[6] Como señala la Comunicación de la Comisión: «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», «los tres conceptos de libertad, seguridad y justicia están estrechamente vinculados [...]. Estos tres conceptos indisociables tienen un mismo denominador común, las personas» (Documentos COM 1998/459 final, de 14 de julio, p. 1).

[7] Véase Pfeiff, S., *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruselas, Bruylant, 2017, pp. 66 y ss., quien se refiere a un «método europeo de reconocimiento» y, con carácter más amplio, al emergente «derecho a la permanencia internacional del estatuto personal». Otro sector doctrinal apela a la existencia en el Derecho originario de la UE de un «mecanismo recíproco de reconocimiento» de las situaciones o relaciones de familia, articulado en torno al principio de no discriminación, al derecho a la vida en familia, al derecho a la libertad de circulación de personas, así como al principio de cooperación y a los valores comunes compartidos por los Estados parte, con la finalidad de evitar situaciones claudicantes (véase Baratta, R., «Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC», *IPRax*, 2007-1, pp. 4 y ss.).

[8] Véase Lagarde, P. (dir.), *La reconnaissance des situations en Droit international privé*, Actes du Colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, París, A. Pedone, 2013; *id*., «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 2004-2, pp. 225 y ss.; *id*., «La reconnaissance. Mode d'emploi», *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, pp. 481 y ss.; Ma-

tuo en el ámbito del estado civil», tal y como indicó la Comisión en el Libro Verde: «Menos requisitos administrativos para los ciudadanos. Promover la libre circulación de documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los actos de estado civil»[9].

De otro lado, en dicho espacio ha de quedar «garantizada» la libertad de circulación de personas (art. 3.2 TUE) en condiciones aceptables de seguridad política y jurídica. Sin duda, el reconocimiento de pleno derecho de las circunstancias de estado civil garantiza dicha libertad, porque dota de estabilidad al estado civil y realiza el derecho a preservar la identidad personal. Está claro que dicha libertad no es efectiva si se concibe como el mero desplazamiento físico y no conlleva también la circulación de las circunstancias personales (entre ellas, el nombre, los apellidos, el matrimonio y la filiación)[10].

En este contexto, se podría estar asistiendo a la transformación del citado derecho, al menos, cuando están en juego los derechos humanos (vida privada y familiar, identidad personal, entre otros)[11]. En suma, se trata de analizar si el propósito de crear un ELSJ ha tenido incidencia en el tratamiento de las situaciones privadas transfronterizas. Y, en concreto, si existe una identidad personal transfronteriza, por la vía del reconocimiento de las situaciones relativas al estado civil sin procedimiento ni condiciones.

2. AUTONOMÍA FUNCIONAL DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL TRANSFRONTERIZA

Tras la entrada en vigor del TA (y el posterior TL) se trataba de crear de forma progresiva un ELSJ, en el que la libertad de circulación de personas

---

YER, P., «Les méthodes de la reconnaissance en Droit international privé», Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. *Le droit international privé: esprit et méthodes*, París, Dalloz, 2005, pp. 547 y ss.

[9] Documentos COM 747/2010, punto 5, conclusión.

[10] El TJUE ha interpretado el derecho a la libre circulación considerando, entre otros asuntos, que se opone a que se deniegue el derecho de residencia del cónyuge del mismo sexo de un ciudadano de la UE a pesar de que dicho matrimonio no está permitido por el Estado de la nueva residencia, en el conocido caso *Coman,* resuelto por STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. Véase JIMÉNEZ BLANCO, P., «La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de junio de 2018, asunto C-678/18, *Coman*», *La Ley - Unión Europea*, 31 de julio de 2018, núm. 61, pp. 1 y ss. También ha considerado en la Sentencia de 14 de diciembre de 2021 (asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008), que el Estado miembro del que el menor es nacional está obligado a reconocer el documento procedente del Estado miembro de acogida que le permita ejercer su derecho a circular y residir en el territorio de los Estados miembros con cada una de las personas que figura como madre del menor. Véase RODRÍGUEZ RODRIGO, J., «Orden público europeo en Derecho de familia», *AEDIPr*, 2021, pp. 305-326; GOÑI URRIZA, N., «El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al Derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la Unión Europea y el de los Estados miembros», *CDT*, 2021, vol. 13, núm. 2, pp. 233-255. Ahora bien, el Alto Tribunal se pronuncia en estos asuntos sobre el reconocimiento de la relación personal y/o de familia instrumentada en el documento a los efectos de la interpretación de la Directiva 2004/38/CE. Véase *infra*.

[11] En concreto, se estaría hablando de la circulación del estado civil en la UE. Véase GUZMÁN ZAPATER, M., «La libre circulación...», *op. cit.*, p. 90.

tenía un protagonismo renovado[12]. Merece la pena hacer hincapié en el marco general de la citada comunitarización de la CJC, esto es, en la consecución del ELSJ (al que se refirió por vez primera el TA)[13] y, en particular, en la proyectada «política pública sobre administración de justicia» como un instrumento para conseguir el citado objetivo[14].

Dicha nueva política comprendería la política sectorial sobre CJC, que participa de ese mismo propósito: la consecución de un ELSJ en el que quede «garantizada la libertad de circulación de personas» (art. 3.2 TUE)[15]. Por ello, a la hora de perfilar sus contornos es preciso tomar en cuenta que el marco de actuación de las instituciones europeas en el ámbito de la CJC es la creación de dicho ELSJ, que es necesario caracterizar de forma previa (para comprender también el significado del reconocimiento mutuo como vector de dicha nueva política).

En principio, se trata de una expresión grandilocuente, que tiene connotaciones más políticas que jurídicas y que, en todo caso, compone una tríada, que pretende ofrecer a los ciudadanos europeos un emblema identificable de la UE del final del siglo XX[16]. Y, en concreto, conlleva un avance con respecto al mercado interior (Acta Única Europea de 1986), que también supuso —en su día— cierto perfeccionamiento del mercado común (TCE, 1957)[17].

Se ha señalado que el presupuesto y objetivo de la política europea sobre CJC consiste en la posibilidad de litigar, con equivalencia de garantías, ante cualquier autoridad judicial de la UE, que se considera un único territorio (a tales efectos)[18]. Objetivo que permitirá crear no solo una Red Judicial entre las autoridades de los Estados parte, sino también un auténtico espacio de justicia[19]. De otra parte, se acepta de forma unánime que el enunciado del art. 81 TFUE es solo ejemplificativo.

---

[12] La doctrina se refiere a una refundación jurídica, institucional y política de los ámbitos afectados por la libre circulación de personas, que han sido atraídos, subsumidos y racionalmente estructurados por el Derecho de la UE. Véase DEL VALLE GÁLVEZ, J. A., «Cap. 4. La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I)», en LÓPEZ ESCUERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Derecho comunitario material,* Madrid, McGraw-Hill, 2000, p. 44.

[13] Para la concepción europea del citado espacio, véase MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 89 y ss.

[14] Véase Comunicación de la Comisión: «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia», Documentos COM 1998/459 final, de 14 de julio, p. 8.

[15] En particular, para la realización de dicho espacio se preveía para el año 2013 la elaboración por la Comisión de una «Propuesta legislativa sobre el reconocimiento mutuo de los efectos de determinados documentos del Registro Civil (relativos, p. ej., al nacimiento, la filiación, la adopción, los apellidos)» (Documentos COM 2010/171 final, p. 26).

[16] Véase DEL VALLE GÁLVEZ, J. A., «Cap. 4. La libre circulación...», *op. cit.,* p. 44, nota 9.

[17] En particular, señala la doctrina que el TL conlleva como principal innovación en relación con la construcción europea el hecho de haber situado el centro del proyecto en el ciudadano como persona y no ya como agente económico, siendo uno de los vectores que han alumbrado el TL, lo que se evidencia también en la expresión de los valores distintos de los económicos que recoge el art. 3.2 TUE (véase GUZMÁN ZAPATER, M., «La libre circulación...», *op. cit.,* p. 93).

[18] Véase, entre otros, BIAVATI, P., «Notificazioni e comunicazioni in Europa», *RTDPC*, 2002-I, p. 505.

[19] Véase IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «La cooperación judicial internacional en materia civil», *Cooperación judicial internacional*, Madrid, Col. Escuela Diplomática, 2001, núm. 5, pp. 47-48.

Sin embargo, la creación de un ELSJ va más allá, pues el objetivo de la integración es más ambicioso y está presidido por la idea de «progresar en la Europa de los ciudadanos, con la garantía de que estos puedan ejercer sus derechos y disfrutar plenamente de las ventajas de la integración europea»[20]. Y, en el marco de este objetivo cobra un renovado protagonismo el reconocimiento mutuo (art. 67 TFUE), sin perder de vista la importancia que han adquirido los derechos humanos en dicha zona europea (en un contexto transfronterizo). De ahí el empleo de la idea de cristalización en el Estado de origen[21].

Otro hito hacia la creación de una política europea sobre CJC lo marca el TL. Si bien la formulación del art. 81.2 TFUE no difiere de forma significativa de la que ofrecía el art. 65 TCE/TA, su ubicación y rúbrica pueden tener relevancia para interpretar la concepción europea sobre la CJC[22]. El Título IV del TCE/TA llevaba por título «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», apreciándose la relación de la CJC con la libertad de circulación de personas. En cambio, el art. 81 TFUE se ubica en el Título V, denominado «espacio de libertad, seguridad y justicia», sin referencia a la citada libertad, de la que se ocupa el Título IV del TFUE. Ahora bien, la ubicación de la libertad de circulación en el art. 3.2 TUE hace pensar que ha sido reforzada, porque ha de ser garantizada en condiciones aceptables de seguridad política y jurídica[23].

De otro lado, la nueva sistemática permite apreciar la autonomía de la naciente política europea sobre CJC, que se enmarca en la realización del nuevo ELSJ[24]. Cabe hablar, por ello, de la autonomía funcional del art. 81 TFUE, de la que pueden derivarse un conjunto de consideraciones desde la perspectiva de sus consecuencias en relación con el reconocimiento mutuo, que también ha de ser interpretado en el contexto de la realización del ELSJ y en el marco más amplio de la normativa sobre derechos humanos de acuerdo con el art. 6 TUE (véase *infra*)[25].

---

[20] Véase Plan de Acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo, que recoge la Comunicación: «Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos», de 20 de abril de 2010 (Documentos COM 1010/171 final, p. 2).

[21] Se propone el empleo del «método de reconocimiento» en el espacio europeo, pero solo cuando se trata de ámbitos en los que la intervención de la autoridad supone la aplicación de su propia ley (Ley del foro), como es el caso de la inscripción de parejas de hecho, la celebración de matrimonios, la constitución de adopciones, etc. La función de la autoridad consiste, principalmente, en verificar el cumplimiento de determinados requisitos, pero sin que se dicte un fallo conforme a un criterio general de equidad (lo que suele suceder, con carácter general, en los actos de jurisdicción voluntaria). La cuestión estribaría, por ello, en determinar los criterios que han de ser fijados por el foro para permitir que desplieguen efectos las situaciones extranjeras, entre ellos, por ejemplo, la existencia de cierta proximidad con el Estado de origen (véase Lagarde, P., «Développements futurs...», *op. cit.*, p. 231).

[22] No obstante, se pasa de hablar del correcto funcionamiento al buen funcionamiento del mercado interior en el art. 81 TFUE.

[23] Señala la Comisión que «ese reconocimiento (de pleno derecho) presenta la ventaja de ofrecer la seguridad jurídica que el ciudadano puede esperar al ejercer su derecho a la libertad de circulación». Véase Libro Verde «Menos requisitos administrativos», *op. cit.,* punto 4.3.

[24] Se trata de la «autonomía funcional» del citado Título V (A. Mangas Martín y J. Liñán Nogueras).

[25] Véase en este sentido Gardeñes Santiago, M., «Cap. 3. El reconocimiento mutuo en la Unión Europea: su naturaleza jurídica a la luz de las técnicas o métodos del Derecho internacional privado»,

En todo caso, queda claro que el TFUE ha singularizado las medidas en el ámbito de la CJC, al separarlas de otras políticas (políticas y acciones internas de la UE), lo que permite considerar que la competencia de las instituciones europeas tiene un objeto específico, de un lado y, de otro, el protagonismo del DIPr (europeo) para construir dicha política.

Por tanto, el sistema europeo de DIPr es funcional para la citada política. Así, la creación de un ELSJ presentaría connotaciones propias, que consisten en una mayor integración, que permita la realización de la libertad de circulación en condiciones aceptables de seguridad jurídica y política. Y el criterio del reconocimiento mutuo garantiza dicha libertad en orden a la realización del citado espacio, en el que el ciudadano adquiere nuevos derechos en su vida transfronteriza (art. 81 TFUE).

En este nuevo contexto, en el que se trata de crear un espacio público presidido por los valores de la libertad, la seguridad y la justicia y para el logro de la mayor realización de los derechos humanos, la (relativa) autonomía del art. 81 TFUE hace que se plantee hasta qué punto cabe reconocer las situaciones de estado civil sin procedimiento y sin condiciones (con independencia del ejercicio de las libertades)[26].

3. COMUNITARIZACIÓN DE LA COOPERACIÓN JUDICIAL CIVIL TRANSFRONTERIZA

3.1. Del art. 67 TCE/TA al art. 81 TFUE

La mayoría de la doctrina se ha mostrado cautelosa a la hora de valorar el impacto de la comunitarización en los sistemas nacionales de DIPr, que podía considerarse imprevisible en un primer momento[27]. Un sector afirma que

---

en AGUDO RODRÍGUEZ, J. (dir.), *Relaciones jurídicas transnacionales y reconocimiento mutuo*, Pamplona, Aranzadi, 2019, pp. 124-125.

[26] La doctrina se refiere al método de reconocimiento, en especial, en el interior de la UE, como técnica de reglamentación de las situaciones privadas internacionales. Dicho método se caracteriza, en particular, por omitir cualquier tipo de control de la ley aplicada por la autoridad de origen (véase LAGARDE, P., «La reconnaissance...», *op. cit.,* pp. 481 y ss.; *id*., «Développements futurs...», *op. cit.,* pp. 226 y ss.

[27] Véase, entre otras aportaciones, BARIATTI, S., «La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione Europea al Titolo IV del Ttattato CE», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, vols. 2-3, pp. 261 y ss.; *id*., «The Future community Rules in the framework of the communitarization of the Private International Law», en MALATESTA, A. (dir.), *The Unification of Choice-of-Law Rules on Tort and other non-contractual obligations in Europe*, Padova, CEDAM, 2006, pp. 5 y ss.; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *REDI*, 1992-2, vol. LI, pp. 383 y ss.; DE MIGUEL ASENSIO, P., «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam», *REDI*, 1998-1, pp. 373 y ss.; *id.*, «Integración europea y Derecho internacional privado», *RDCE*, 1997, núm. 2, pp. 413-445; GARDEÑES SANTIAGO, M., «El desarrollo del Derecho internacional privado tras el tratado de Ámsterdam: los arts. 61.*c)* y 65 TCE como base jurídica», *RDCE*, 2002, pp. 231-249; HESS, B., «Die Integrationsfunktion des Europäishen Zivilverfahrensrecht», *IPRax*, septiembre-octubre de 2001, núm. 5, pp. 389 y ss.; KOHLER, Ch., «Interrogations sur les sources de Droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam», *RCDIP*, 1991-1, pp. 30 y ss.; POCAR, F.,

el art. 65 TCE/TA representó un avance limitado con respecto a la posibilidad de elaborar reglas de ley aplicable para las relaciones intracomunitarias, teniendo en cuenta las posibilidades de actuación comunitaria que resultaban ya con anterioridad de normas como los arts. 100 y 100 A TCE (arts. 94 y 95 TCE)[28]. Esta idea vendría reforzada por el hecho de que las medidas previstas debían adoptarse de conformidad con el art. 67.1 TCE/TA, que preveía un periodo transitorio de cinco años, durante el cual las decisiones tuvieron que ser adoptadas por unanimidad, quedando así bastante próximo el mecanismo previsto a la lógica de la vía intergubernamental (comunitarización retardada)[29].

De otra parte, existe consenso a la hora de considerar que constituye un hito en la creación de una política europea sobre CJC (que explicaría la hiperactividad de la Comisión)[30]. Como es sabido, a resultas de dicha comunitarización se aprobaron varias normas típicamente europeas, circunscritas, en un primer momento, al ámbito procesal (con repercusión transfronteriza), pero que se ha ido ampliando.

El sector más concernido es la cooperación judicial internacional, junto con los ya más tradicionales de la competencia internacional y el reconocimiento. Al mismo tiempo cabe señalar los importantes esfuerzos en el campo del Derecho procesal[31]. No obstante, se ha criticado la técnica legislativa seguida, al haberse adoptado soluciones de DIPr, en especial en el ámbito del reconocimiento, que — en opinión de la doctrina — no se compadecen con la falta de armonización en materias procesales y sustantivas que hubiese sido necesaria[32].

Entre ellos (al no poder citarse en su conjunto por razones de espacio), hay que señalar el Reglamento 44/2001[33], sustituido por el Reglamento 1215/

«La communitarizazzione del diritto internazionale privato: una *European conflict of Laws Revolution*?», *RDIPP*, 2004, pp. 873 y ss.

[28] Véase DE MIGUEL ASENSIO, P., «La evolución...», *op. cit.*; *id.*, «Integración europea...», *op. cit.*; KOHLER, Ch., *op. cit*. Véase, en otro sentido, BORRÁS RODRÍGUEZ, A., «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *REDI*, 1999-2, vol. LI, pp. 383 y ss.

[29] Para estas distintas interpretaciones véase LEIBLE, S. y STAUDINGER, A., «El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal», *AEDIPr,* 2001, pp. 89 y ss.

[30] Véase GONZÁLEZ BEILFUS, C., «Relaciones e interacciones entre el Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común», *AEDIPr*, 2004, p. 122; LEIBLE, S. y STAUDINGER, A., «El artículo 65 TCE...», *op. cit.,* p. 91. En sentido contrario, DE MIGUEL ASENSIO, P., «La evolución...», *op. cit.,* p. 376.

[31] En el Plan de Acción de Viena del Consejo y de la Comisión, adoptado por el Consejo en 1998, se pedía que se determinaran las reglas de procedimiento civil cuya aproximación era urgente para facilitar el acceso de los ciudadanos europeos a la justicia y que se estudiara la elaboración de medidas adicionales para mejorar la compatibilidad de los procedimientos civiles [*DOCE* Serie L 19, de 23 de enero de 1999, p. 1, apdo. 41, letra *d)*].

[32] Véase SÁNCHEZ LORENZO, S., «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz», en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G. (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 133 y ss.

[33] *DOCE* Serie L 12, de 16 de enero de 2001.

2012[34]. Más tarde se adoptó el Reglamento 2201/2003/CE, que derogó al Reglamento 1347/2000[35]. Será sustituido por el Reglamento 2019/1111[36]. Ahora bien, la referida comunitarización también tuvo lugar en materias sustantivas, como evidencia la aprobación del Reglamento 593/2008, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)[37] y del Reglamento 864/2007, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II)[38]. También cabe citar el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre, en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III)[39]; el citado Reglamento 650/2012 y los más recientes Reglamentos 2016/1103 y 2016/1004[40].

Por último, cabe mencionar que, hasta el momento, la citada comunitarización ha permitido a las instituciones europeas (competencia legislativa) y al TJCE (función interpretativa) construir un auténtico sistema europeo de DIPr, sin que puedan vislumbrarse sus derroteros futuros, pues la CJC, tal y como se concibe en el TA y en el TL, se refiere a las principales cuestiones que comprende el DIPr (véase *infra*)[41].

3.2. El reconocimiento mutuo y su función en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

El reconocimiento mutuo también ha encontrado acogida para la realización del ELSJ, de forma —aparentemente— independiente de las libertades y es operativo en el ámbito del art. 81 TFUE. El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil señala que el principio del reconocimiento mutuo debería ser la piedra angular de la CJC, y consiste (como primer paso) en la supresión de los procedimientos intermedios[42].

De otra parte, afirma que el reconocimiento mutuo no es nuevo entre los Estados miembros y cita el Convenio de Bruselas de 1968[43]. Por ello, puede decirse que la referencia al reconocimiento mutuo en el citado Proyecto tiene autonomía en la lógica de la progresiva creación de un espacio federal en el interior de la UE, en el que puedan circular libremente las decisiones judiciales pronunciadas por las autoridades de los Estados parte[44].

---

[34] *DOCE* Serie L 351, de 20 de diciembre de 2012.
[35] *DOCE* Serie L 338, de 23 de diciembre de 2003.
[36] *DOUE* Serie L 178, de 2 de julio de 2019. Entra en vigor el 1 de agosto de 2022.
[37] *DOCE* Serie L 177, de 4 de julio de 2008.
[38] *DOCE* Serie L 199, de 31 de julio de 2007.
[39] *DOCE* Serie L 343, de 29 de diciembre de 2010.
[40] Ambos publicados en el *DO* Serie L 183, de 8 de julio de 2016.
[41] En este sentido, González Beilfus, C., «Relaciones...», *op. cit.,* p. 132.
[42] *DOCE* Serie C 12, de 15 de enero de 2001. Véase González Beilfus, C., «El proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», *REDI*, 2000-2, pp. 662 y ss.
[43] Véase Gardeñes Santiago, M., «Cap. 3. El reconocimiento mutuo...», *op. cit.,* p. 125.
[44] Véase González Beilfus, C., «El proyecto de medidas...», *op. cit.,* p. 662.

Si bien podrían existir varias nociones de reconocimiento en el espacio europeo, la cuestión es que el reconocimiento de pleno derecho de las circunstancias de estado civil es una garantía para la libre de circulación, al incidir en la estabilidad del estado civil (principio de inmutabilidad) y coadyuvar a la mayor realización del derecho a preservar la identidad personal. Dicho reconocimiento es un objetivo mencionado por la Comisión y por el Parlamento Europeo a raíz de la puesta en marcha del Programa de Estocolmo, pero que aún no ha recibido el impulso político, como demuestra la falta de elaboración de la proyectada «Propuesta legislativa sobre el reconocimiento mutuo a los efectos de determinados documentos del Registro Civil (nacimiento, filiación, adopción, apellidos)»[45].

En esta lógica, la expresión «reconocimiento de pleno derecho» indica un propósito, que se proyecta alcanzar a través del reconocimiento mutuo (confianza mutua) en relación con las competencias asumidas tras la entrada en vigor del TA (art. 81 TFUE). Sin embargo, hasta el momento no existe el necesario apoyo político. De otra parte, las aportaciones que se han realizado (método de reconocimiento, cristalización en el Estado de origen, portabilidad del estado civil) y que se han comentado *supra*, se plantean desde una perspectiva *de lege ferenda*[46].

Ahora bien, el reconocimiento de pleno derecho de las circunstancias de estado civil tiene lugar por la acción del TJUE en interpretación de las libertades, que está alterando los tradicionales mecanismos con los que operan los sistemas de DIPr de los Estados parte[47]. Sin duda, el reconocimiento mutuo es la piedra angular del DIPr europeo, que se construye en torno a este eje[48]. Y, por ello, cabe decir que existe una noción de reconocimiento, relacionada con el ejercicio de las libertades, que consiste en la posibilidad de invocar las circunstancias personales y familiares ante la autoridad del Estado requerido, sin procedimiento ni condiciones, en especial cuando constan en certificaciones registrales extranjeras (véase *infra*)[49].

Por último, cuando no está en juego la libre circulación de personas, cabría también conseguir el citado objetivo mediante la interpretación del sistema europeo de DIPr con arreglo al principio implícito de reconocimiento

---

[45] Dicha propuesta tendría que haberse planteado en 2013, con arreglo a lo señalado por la Comunicación «Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo», de 20 de abril de 2010 (Documentos COM 1010/171 final, p. 26).

[46] Véase el contenido de las notas 8 y 22.

[47] M. Guzmán Zapater señala que «el desarrollo de la libertad de circulación de las personas habrá modificado sustancialmente los mecanismos tradicionales de DIPr para las relaciones privadas intraeuropeas, al instaurar la sede de control de las decisiones sobre las que se proyecte en el país de origen de la decisión» (véase «Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación», *RGDE*, 2010, núm. 21, p. 13).

[48] Queda claro que el reconocimiento mutuo no solo está fuera del reino del DIPr tradicional (localización de la sede de la relación), sino que, con respecto a este, representa una alternativa diametralmente opuesta. Véase Ballarino, T. y Ubertazzi, B., «On Avello and others. A new Departure in the Conflict of Laws?», *YPIL*, 2004, vol. VI, p. 119.

[49] Véase Pataut, E., «Le renouveau de la théorie de droits acquis», *TCFDIP*, 2006-2008, p. 89.

y al principio de continuidad transnacional para lograr la mayor efectividad del derecho a preservar la identidad personal, como se verá *infra*.

4. ¿SISTEMA EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO?

4.1. Función

La comunitarización de la CJC ha provocado una transformación silenciosa pero profunda y constante de la actual fisonomía del DIPr de los Estados parte[50] hasta el punto de que cabría considerar la existencia de un «sistema europeo de DIPr». Si bien puede cuestionarse que sea un auténtico sistema, un sector doctrinal lo afirma[51]. En todo caso, cabe hablar de la existencia del DIPr europeo (aunque de carácter fragmentario), al haberse atribuido la competencia para legislar de forma horizontal, a diferencia de las anteriores reglamentaciones en las que se recogían normas sectoriales de DIPr[52].

Puede hablarse del DIPr europeo, al ser ya importantes las normas que se centran en dar respuesta a las situaciones privadas transfronterizas y, por ello, se aprecia la voluntad del legislador europeo, que trata de hacer frente a tales situaciones de manera uniforme, con la aspiración de que la aplicación del ordenamiento europeo sea única en todos los países de la UE. Por ello, al mismo tiempo y de forma paralela a la creación del ELSJ, tiene lugar la construcción del DIPr europeo, que trasciende ya la órbita de lo estatal para ubicarse en un marco más amplio con la finalidad de alcanzar los objetivos de la integración (propios de la UE), pero no entendida en un sentido mera o netamente económico, sino que incluye otros campos del Derecho privado, como el Derecho de familia, aunque no solo[53].

---

[50] En principio, no cabe hablar de la comunitarización del DIPr, porque la citada transferencia de competencias está presidida por un criterio finalista ajeno a las tradicionales clasificaciones jurídicas (véase González Beilfus, C., «Relaciones e interacciones...», *op. cit.,* p. 120). De otro lado, del tenor del citado art. 65 («en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior», se deduce una relajación de la vinculación con el mercado interior, a diferencia del art. 95 TCE/TA (véase Leible, S. y Staudinger, A., «El artículo 65 TCE...», *op. cit.,* p. 99).

[51] En puridad, no cabe hablar de un DIPr europeo, al tratarse de una competencia delegada a las instituciones europeas, supeditada a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad. Véase Gaudemet-Tallon, H., «Quel Droit international privé pour l'Union européenne?», en Borches-Zekoll (ed.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in honour of Friederik K. Juenger*, 2001, pp. 330-332. En sentido contrario, véase Font i Segura, A., «El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis», *REDI*, 2004, p. 274.

[52] Véase Álvarez González, S., «Derecho internacional privado y Derecho privado europeo», en Cámara Lapuente, S. (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 157 y ss.; Gaudemet-Tallon, H., «Quel Droit...», *op. cit.,* pp. 317-338; Lequette, Y., «De Bruxelles à La Haye (Acte II). Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de Droit international privé», *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, París, Dalloz, 2008, pp. 503 y ss.

[53] En este mismo sentido, González Beilfus, C., «Relaciones e interacciones...», *op. cit.,* p. 132. Como señala la autora, en manos de la Comunidad, el DIPr es un instrumento para la integración (p. 124).

El sistema de DIPr europeo es funcional a los objetivos de la integración a la que conduce la creación de un ELSJ. En este espacio el reconocimiento mutuo es un eje o vector para crear una nueva «política europea sobre administración de justicia» (en el marco de la normativa internacional de derechos humanos). En todo caso, dicho sistema es independiente de los sistemas nacionales de DIPr.

Por tanto, el DIPr europeo contaría con su propia lógica de funcionamiento, estaría inspirado por sus propios principios y su objetivo consistiría en lograr la más plena integración, entendida en sentido amplio[54]. Y el reconocimiento mutuo coadyuvaría al cumplimiento de dicho objetivo, que consiste en la creación de un ELSJ, en el que se garantice la libre circulación de los ciudadanos para la más plena realización de sus derechos como persona. Y, en particular, del derecho a preservar la identidad personal en las situaciones transfronterizas.

Así, uno de los primeros logros del DIPr de origen europeo es haber superado la cooperación internacional como base del sistema, al no tratarse ya de permitir hacer valer en el foro las decisiones pronunciadas en otro Estado parte, sino que valen desde el principio[55]. El DIPr europeo se construye en torno al vector del reconocimiento mutuo y, por ello, las decisiones valen desde el principio[56].

Ahora bien, dicho eje hay que ponerlo en relación con los principios que informan la construcción del referido sistema y, en particular, con el principio implícito de reconocimiento (art. 7 CDF) y con el principio de continuidad transnacional. Y, en concreto, para el logro de la identidad personal transfonteriza, que estaría constituida por un conjunto mínimo de derechos que han sido adquiridos por la persona en otro Estado miembro antes de haberse expuesto al proceso de la migración, como se verá *infra*.

En el momento actual estaríamos ante una nueva fase de la construcción del DIPr europeo que ha superado la inicial en la que comenzaba a tener lugar una progresiva incidencia del Derecho europeo en el DIPr[57]. El reconocimiento mutuo se enmarca en esta lógica de la creación de un ELSJ que

---

[54] La doctrina hace referencia a un conjunto normativo de notable envergadura que —en términos muy generales— pretende guardar una armonía interna coherente, aunque no puede decirse todavía que presente los rasgos de completitud y plenitud (véase Font i Segura, A., «El progresivo...», *op. cit.,* p. 274).

[55] Véase González Beilfus, C., «Relaciones e interacciones...», *op. cit.,* p. 142.

[56] Véase Guzmán Zapater, M., «Supresión del exequátur y tutela de derechos fundamentales: articulación en el sistema español», 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, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 143. Véase también Orejudo Prieto de los Mozos, P., «Repercusiones del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en los sistema autónomos: excesos y carencias», *AEDIPr*, 2006, vol. 6, pp. 481 y ss. También se habla de una recuperación (*revival*) de la «doctrina de los derechos adquiridos» en el espacio europeo, a la que ya se refería R. Savatier en un estadio incipiente de la construcción europea (véase «Le marché comun au régard du Droit international privé», *RCDIP*, 1959, p. 254).

[57] Véase Fernández Rozas, J. C., «Derecho internacional privado y Derecho comunitario», *RIE*, 1990, pp. 785 y ss.; Struyken, A. V. M., «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *RdC*, 1992, vol. 232, pp. 257 y ss.

consiste, en particular, en la simplificación o liberalización de la circulación de todo tipo de documentos, en especial cuando se trata de certificaciones extranjeras (y, de forma específica, de estado civil)[58], de un lado, y, de otro, se conecta con el principio implícito de reconocimiento (art. 7 CDF) cuando están en juego los derechos de la persona en el interior de la UE (véase *infra*)[59].

4.2. Principios

Tras la citada comunitarización, junto a los instrumentos típicamente europeos, se han ido elaborando principios comunes en determinados campos del Derecho y, en concreto, cabe citar los actuales y más conocidos *Principles of European Contract Law* (PECL) y los Principios del Derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados[60]. Tales principios tienen una clara finalidad de constituir un cuerpo de principios compartidos por los Estados parte, que informen la legislación europea sobre las distintas materias y permitan la interpretación del Derecho europeo. Por tanto, cumplirían la clásica función de los principios jurídicos, pero resulta impredecible que así sea[61].

Ahora bien, su sola existencia indica la idea de *corpus* común de DIPr europeo, pues su aplicación tendrá lugar en las situaciones transfronterizas. Esto es, los citados principios están destinados a cumplir su específica función en el sistema europeo de DIPr, al ser las situaciones privadas transfronterizas las que plantearán las principales cuestiones (y dudas interpretativas) sobre la aplicación del Derecho europeo y, más específicamente, del sistema europeo de DIPr. Entre ellos, el principio de proximidad, el principio de la autonomía de la voluntad, el principio de la protección de la parte más débil[62].

De otra parte, se sugiere la construcción de un «principio implícito de reconocimiento mutuo de estados civiles y lazos familiares», de modo que se cum-

---

[58] El Parlamento Europeo ya se había pronunciado (con carácter previo a la elaboración del citado Libro Verde) acerca del reconocimiento de los documentos públicos y de los efectos de los certificados del estado civil. En particular, cabe citar la Resolución de 23 de noviembre de 2010 sobre los aspectos de Derecho civil, mercantil, de familia e internacional privado del Plan de Acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo (2010/2080/INI). En concreto, en el considerando 40 subraya «la necesidad de asegurar el reconocimiento mutuo de los documentos oficiales publicados por las administraciones nacionales, acoge con satisfacción los esfuerzos realizados por la Comisión para que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos a la libre circulación y apoya firmemente los planes para permitir el reconocimiento mutuo de los efectos de los actos del Registro Civil».

[59] El reconocimiento mutuo presenta conexiones con dicho principio implícito, a pesar de que ambos pertenezcan a lógicas de funcionamiento distintas, que se relacionan en el actual ELSJ. Véase Arenas García, R., «El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea», en Cuartero Rubio, M. V. y Velasco Retamosa, J. M. (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 47 y ss.

[60] Véase Boele-Woelki, K. *et al.* (eds.), *Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, Antwerp-Oxford, Intersentia, 2004.

[61] En este sentido, Basedow, J., «La progresiva europeización del Derecho contractual», *REDI*, 2004, vol. LVI, p. 28.

[62] Véase Lein, E., «The New Rome I/Rome II/Brussels Synergies», *YPIL*, 2008, vol. 10, p. 178.

pla con el respeto a la vida privada y familiar consagrado en el art. 7 CDF[63]. Así, se considera que la citada CDF recoge un principio implícito de reconocimiento (art. 7)[64].

Podría lograrse el reconocimiento de pleno derecho de las circunstancias de estado civil a través de la interpretación del sistema de DIPr europeo de acuerdo con el citado principio implícito (art. 7 CDF), en el marco del sistema internacional de los derechos humanos[65]. Y, por tanto, conforme al principio de continuidad transnacional, que no solo se abre camino en el espacio europeo a raíz de los pronunciamientos del TJUE relativos al nombre, sino que presenta un carácter más amplio, al tener un engarce directo con la mayor efectividad de los derechos humanos y, en concreto, con el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), que también destaca el TJUE y ha reconocido el TEDH (caso *Henry Kismoun c. Francia*)[66].

El art. 8 CEDH juega un significativo papel en relación también con el DIPr europeo, como lo ha puesto de relieve el TEDH (casos *Wagner* y *Negrepontis-Giannisis*, entre otros)[67]. De acuerdo con su jurisprudencia, el reconocimiento se ha convertido en un vector para la plena realización de los derechos humanos. Esta interpretación permitiría la simplificación o liberalización de la circulación de todo tipo de documentos, en particular cuando se trata de certificaciones registrales extranjeras, pero no solo a efectos probatorios, sino también para acreditar las circunstancias relativas al estado civil y familiares[68].

---

[63] Véase Baratta, R., «Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia», *AEDIPr*, 2016, p. 119, nota 51.

[64] A su vez, este reconocimiento estaría relacionado con el Derecho primario de la UE, que incluye los derechos fundamentales del ser humano. En particular, R. Baratta considera que ciertas reglas del Derecho originario (Tratado fundacional de la UE) sirven —como salida teórica— para construir un «principio del reconocimiento mutuo de las relaciones legales en el ámbito del Derecho de familia». Este razonamiento no se basa en una perspectiva *stricto sensu* del conflicto de leyes, sino que, más bien, postula que la circulación de personas libre de trabas en el interior de la UE implica que sus relaciones personales y familiares tienen que ser consideradas de acuerdo con un «mecanismo de reconocimiento recíproco». Su objetivo sería prevenir —bajo ciertas condiciones— situaciones claudicantes, esto es, situaciones que son legales en un Estado miembro, pero no se homologan en otro. Véase Baratta, R., «Problematic elements...», *op. cit.,* pp. 4 y ss.; *id.*, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel Diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 213 y ss.; *id.*, «Il regolamento comunitario sull diritto internazionale privato della famiglia», en Picone, P. (ed.), *Diritto internazionale privato e Dirito comunitario*, Padova, CEDAM, 2004, pp. 197 y ss.

[65] Procede recordar el art. 67.1 TFUE: «La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros». Para autorizada doctrina, se trata de una declaración programática fundamental [véase Iglesias Buhigues, J. L., «Luces y sombras de la cooperación judicial en materia civil en la Unión Europea», en Forner Delaygua, J., González Beilfus, 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 Borrás*, Barcelona, Marcial Pons, 2013, p. 537].

[66] Núm. 32265/10, TEDH 2013.

[67] Núm. 56759/08, TEDH 2011. Véase Franzina, P., «Some remarks...», *op. cit.,* pp. 609 y ss., y, con carácter general, Marchadier, F., *Les objectifs généraux..., op. cit*.

[68] En sentido parecido, Gardeñes Santiago, M., «Les exigences du marché intérieur dans la construction d'un code européen de droit international privé, en particulier, la place de la confiance et de la reconnaissance mutuelle», en Fallon, M., Lagarde, P. y Perrot-Peruzzetto, S. (dirs.), *Quelle*

Y ello con la finalidad de crear el ELSJ, que ha situado como centro al ciudadano y, en concreto, a la persona y sus derechos como tal (derechos humanos). En particular, cuando está en juego el derecho a preservar la identidad personal, como se verá *infra*. Por último, se plantea la consideración de una noción nueva de orden público internacional, distinta de la existente en cada Estado parte, que aglutine los intereses fundamentales que comparten dichos Estados[69].

5. CIUDADANÍA EUROPEA Y ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

5.1. El derecho a la continuidad del nombre

La libre circulación de personas podría estar experimentando cierta evolución en la medida en que en el ELSJ, como espacio público, debería quedar «garantizada» (art. 3.2 TFUE) en condiciones aceptables de seguridad jurídica y política[70]. Se realizan a continuación unas reflexiones con la finalidad de verificar la fisonomía actual de dicho derecho. Dicho ELSJ trata de lograr una mayor integración que conlleva, en particular, la más plena realización o efectividad de los derechos humanos, de un lado y, de otro, la garantía de la libertad de circulación en condiciones aceptables de seguridad jurídica (y política), a cuyo logro coadyuva el reconocimiento mutuo (de pleno derecho) en el ámbito del estado civil (a juicio de la Comisión)[71].

Dicha libertad requiere, sin duda, la movilidad de las situaciones privadas, al considerar que no es efectiva si la persona no puede ser identificada (sus circunstancias personales y familiares) en el Estado europeo al que se desplaza[72]. Y, comprende, en particular, que la persona se desplace con su nombre y apellidos, que han de ser reconocidos (inscritos) en el Estado miembro de destino.

Como es sabido, el reconocimiento mutuo ha sido un principio operativo en el ámbito de la libertad de circulación de personas y, en particular, cuando dicho derecho se ha puesto en entredicho a consecuencia de la diversidad de legislaciones en el ámbito del nombre de las personas físicas. Cabe citar

---

architecture pour un code européen de droit international privé?, Bruselas, Peter Lang Verlag, 2011, pp. 105 y ss.

[69] Véase Comunicación «Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia» (Documentos COM 459/98, 459 final, p. 9).

[70] Como señala A. DEL VALLE GÁLVEZ, el TL ha construido una nueva noción de «Espacio público» (ELSJ), en el que la libertad de circulación de las personas debería quedar garantizada «en condiciones aceptables de seguridad política y jurídica». Véase «Espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Lisboa», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis institucional*, Jornadas de la AEPDIRI, 17 y 18 de diciembre de 2007, Madrid, Iustel, 2008, p. 419.

[71] Véase el Libro Verde «Menos requisitos administrativos...», *op. cit.,* punto 4.3.

[72] Véase BUCHER, A., «La migration de l'état civil», *A commitment to Private International Law: Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 102.

las celebérrimas decisiones del TJUE en el caso *García Avello* (STJUE de 2 de octubre de 2003)[73] y en el caso *Grunkin-Paul c. Standesamt Stadt Niebüll* (STJUE de 14 de octubre de 2008)[74] que ponen de relieve que la libertad de circulación de personas no solo comprende su movilidad física, sino también que dicha persona sea acompañada de su nombre y apellidos.

También puede citarse el caso *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, resuelto por STJUE de 22 de diciembre de 2010[75]. Y el caso *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff* (STJUE de 2 de julio de 2016)[76]. Con independencia de la clave que se emplee para interpretar estos asuntos, queda claro que la identidad personal transfronteriza se relaciona con los derechos del ciudadano[77], porque la libertad de circulación no es efectiva si la persona no puede ser identificada en el Estado al que se desplaza, pero no solo a efectos probatorios, sino para atribuir a dicha relación los efectos que tiene conforme al ordenamiento que la ha configurado[78]. Puede decirse, por ello, que cabe hablar del derecho del ciudadano a la continuidad del nombre.

De otra parte, se llama la atención sobre el hecho de que en todos estos asuntos se trata de certificaciones expedidas por el Registro Civil de un Estado miembro, que fueron presentadas por los interesados para solicitar su inscripción en otro[79]. Esto es, se trata de supuestos de transcripción de nombres y apellidos inscritos ya en un Estado parte por las autoridades de otro, que entra —de lleno— en el ámbito del derecho a la libre circulación (art. 21 TFUE), a juicio del TJUE. Lo que no ha sido el caso —hasta el momento— de las parejas registradas, matrimonios o filiación, entre otras cuestiones relativas a las circunstancias del estado civil[80].

Y, por ello, cabe plantearse la pregunta acerca de si se podría aplicar esta misma interpretación a estos otros casos[81]. En los supuestos de parejas regis-

---

[73] Asunto C-148/02, ECLI:EU:C:2003:539.

[74] Asunto C 353/06, ECLI:EU:C:2008:559. En particular en este, el TJUE considera incompatible con el derecho a la libertad de circulación y de residencia el hecho de no reconocer el nombre y los apellidos del nacional de un Estado miembro (inscritos en el RC) en otro. A resultas del citado asunto, la DGRN elaboró la Instrucción, de 24 de febrero de 2010, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros civiles de otros países miembros de la UE (*BOE* núm. 60, de 10 de marzo de 2010).

[75] Asunto C-208/09, ECLI:EU:C:2016:401.

[76] Asunto C-438/14, ECLI:EU:C:2010:806.

[77] Véase Comisión «Informe sobre la ciudadanía de la UE 2010. La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la Unión Europea, de 27 de octubre de 2010» (Documentos COM 2010/603).

[78] Véase Gardeñes Santiago, M., «El método de reconocimiento desde la perspectiva del Derecho internacional privado español», *AEDIPr.*, 2017, p. 400. Véase *infra*.

[79] Véase Lara Aguado, A., «Reconocimiento sí, *ma non troppo*: el orden público como límite al reconocimiento de títulos nobiliarios en la Unión Europea», *Bitácora Millennium DIPr,* núm. 4, 2016, p. 8.

[80] En concreto, en el caso *Coman* (*supra* citado), el TJUE señala que: «La obligación de un Estado miembro de reconocer un matrimonio entre personas del mismo sexo contraído en otro Estado miembro [...] se limita a los solos efectos del ejercicio de los derechos que para esas personas se derivan del Derecho de la Unión» (marg. 45). Y en idéntico sentido se indica en el caso *V. M. A.*, asunto C-490, ECLI:EU:C:2021:1008, párr. 57.

[81] A juicio de un sector de la doctrina, podría emplearse el método del reconocimiento en este tipo de situaciones. Si bien no todas entran en la categoría de actos de jurisdicción voluntaria, la función de

tradas, matrimonios, adopciones, filiación, entre otros, lo que está en juego es también la identidad de la persona, a lo que puede sumarse el hecho de que consten en certificaciones o certificados, expedidos por las autoridades de los registros civiles extranjeros (véase *infra*).

En todo caso, la fuerza expansiva de la libertad de circulación permite dotar de un carácter dinámico e innovador a la noción de ciudadanía. Y todo ello sin que sea necesario un procedimiento ni condiciones, porque el reconocimiento mutuo ha de ponerse al servicio de la libertad de circulación, para garantizar el citado derecho en el marco de la plena realización de los derechos humanos.

5.2. ¿Nuevos derechos del ciudadano europeo en las situaciones transfronterizas?

Un propósito principal del TL ha sido situar al ciudadano en el centro del citado ELSJ y, para ello, constituye un objetivo fundamental no solo el reconocimiento, sino, en particular, la mayor efectividad de sus derechos (derechos de la persona). Se trata de derechos que tiene toda persona por el solo hecho de serlo (dignidad), con independencia del lugar en el que se encuentre y, por ello, inherentes a la libre circulación de personas [82].

Puede considerarse que algunos de ellos acompañan a la libertad de circulación, porque, sin ellos, dicha libertad no es efectiva, al quedar limitada a la mera movilidad física [83]. Por tanto, la persona (ciudadano) no puede verse privada de la posibilidad de invocar sus circunstancias (p. ej., matrimonio, pareja registrada, divorcio, nombre, etc.) ante la autoridad del Estado miembro de acogida (p. ej., a los efectos de la Seguridad Social).

Significa que, cada vez que esté en juego esta libertad, las formalidades administrativas o judiciales existentes en los Estados parte no podrán impedir que una persona ostente en otro Estado parte el *status* personal o familiar que tiene en el primero, salvo cuando concurran razones de interés general. En particular cuando se trate de circunstancias que consten en documentos públicos (en concreto, en certificados del Registro Civil), como se verá *infra*.

---

la autoridad consiste, principalmente, en la verificación del cumplimiento de determinados requisitos, pero sin que se dicte un fallo conforme a un criterio general de equidad (véase LAGARDE, P., «Développements futurs...», *op. cit.*, p. 231).

[82] Se indica que el ELSJ «constituye una zona o espacio de libertad, seguridad y justicia para todos los ciudadanos de la UE, acompañada de una política de seguridad comunitario y de protección de los derechos inherentes a la libre circulación de personas» (véase FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea», *Revista Jurídica Española La Ley*, 2004, núm. 4, D-195, p. 9).

[83] Así lo ha señalado el TJUE, debiendo citarse, los asuntos *Coman* (asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385) y *V. M. A.* (asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008), que presentan importantes diferencias si se comparan con los casos resueltos por el Alto Tribunal en el ámbito del nombre y apellidos, como se verá *infra*.

En este nuevo contexto, la noción misma de ciudadanía podría estar cambiando, si se toma en cuenta la actual configuración del ELSJ, de forma que se va perfilando un nuevo conjunto de derechos de ciudadanía, a medida que se va dotando de contenido a dicho espacio, en especial por la labor del TJUE, pero también a raíz de la nueva competencia asumida en el ámbito de la CJC (y la creación del DIPr europeo en torno al eje del reconocimiento mutuo).

Así, las prerrogativas que comporta ser nacional de un Estado miembro de la UE (prerrogativas de la ciudadanía) se habrían ampliado al ámbito de las relaciones jurídico-privadas. Por ello, cabría afirmar que estamos ante una nueva senda orientada hacia los problemas del ciudadano europeo como persona, en sus relaciones en el interior de la UE[84]. Dicha nueva senda consiste en el reconocimiento de pleno derecho de las relaciones o circunstancias de estado civil, que conforman su identidad como tal, que han sido configuradas en el Estado de origen, según su propio ordenamiento (y por sus autoridades), cuando está en juego la libertad de circulación (aunque no solo, como se verá *infra*).

6. IDENTIDAD PERSONAL TRANSFRONTERIZA

6.1. El derecho a la identidad personal en situaciones transfronterizas

El derecho a la identidad personal se recoge en los arts. 7 y 8 del Convenio de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño[85] y presenta relación con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). También entronca con la noción de personalidad y, en concreto, con el libre desarrollo de la personalidad.

La noción de identidad personal, conformada por un conjunto de atributos (nombre, filiación, entre otros), cobra un sentido particular cuando se trata de las situaciones internacionales, dado que se determina por cada Estado y, por ello, el interés para el sistema de DIPr —incluido el de origen europeo— se centra de forma prioritaria en el reconocimiento a través de las fronteras del estado civil y familiar de las personas (creado por cada país), a lo que cabe denominar identidad personal transfronteriza.

---

[84] Véase Guzmán Zapater, M., «La libre circulación de documentos...», *op. cit.,* p. 93.

[85] *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990. Se considera que estas disposiciones recogen el derecho a la identidad personal y el derecho a preservar la identidad personal, respectivamente. Se señala que: «Se parte de la idea de que la movilidad de las personas no implique automáticamente un cambio o modificación en su identidad tanto personal como familiar» [véase Jiménez Blanco, P., «Derechos del niño y situaciones transfronterizas (la Convención de los derechos del niño en tres décadas de Derecho internacional privado)», en Vázquez Rodríguez, B. (coord.), *30 Aniversario de la Convención sobre los derechos del niño: logros y retos desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2020, p. 364].

Como se ha señalado *supra*, el reconocimiento mutuo es una garantía del derecho a la libre circulación, como objetivo que cumple la UE en orden a la realización del nuevo ELSJ, en el que el ciudadano adquiere nuevos derechos, en especial en la medida en que conllevan la movilidad, como sucede en el caso de la identidad personal en circunstancias transfronterizas [86].

Ahora bien, no se trata solo de que esté en juego una libertad principal del ordenamiento europeo, sino que, por encima de ella, se encuentra la efectividad de los derechos humanos, para lo que coadyuva el principio implícito de reconocimiento, que se deduce del art. 7 CDF, y el principio de continuidad transnacional [87]. Como se sabe, son varias las ocasiones en las que el TEDH se ha pronunciado en relación con el reconocimiento de decisiones extranjeras [88].

Por tanto, los atributos de la citada identidad personal forman parte del derecho a la identidad personal y su reconocimiento en el foro ha de tener lugar (pero no solo a efectos de prueba), lo que se relaciona —de otro lado— con el derecho a la vida en familia, como han puesto de relieve el TEDH y el TJUE. De ahí que deban ser remodelados los requisitos que exigen los sistemas de DIPr en relación con la homologación de las circunstancias personales y familiares de los individuos en un contexto internacional para la salvaguardia de tales derechos humanos, evitando contradicciones con la necesidad individual de poseer un único estatuto familiar en los diferentes Estados [89].

Dicha identidad personal transfronteriza estaría constituida por un umbral mínimo de derechos, que deben ser respetados/aceptados/reconocidos, tal y como han sido adquiridos por la persona en otro Estado, antes de haberse expuesto al proceso de la migración, con la finalidad de evitar contradicciones con la necesidad individual de poseer un único estatuto personal

---

[86] En sentido parecido R. Baratta considera que el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros de las relaciones personales y familiares es un corolario inevitable de la libre circulación de personas en relación con el derecho a la vida en familia (art. 8 CEDH), que es uno de los derechos fundamentales que reconoce el ordenamiento europeo, entre otros, en el asunto 249/86, *Comisión c. Alemania* (1989) (véase «La reconnaissance internationale...», *op. cit.,* p. 7).

[87] Se aplica la idea señalada por el TEDH en su interpretación del art. 8 CEDH, de la expectativa legítima de las personas para garantizar la continuidad de sus relaciones, de modo que las meras diferencias normativas entre Estados no puedan invocarse como obstáculo (asunto *Wagner*) (véase Jiménez Blanco, P., «Derechos del niño...», *op. cit.,* p. 364). En este mismo sentido véase Pfeiff, S., *La portabilité..., op. cit.,* p. 150.

[88] En particular, es contraria al art. 8 CEDH la negativa del Estado griego a reconocer la adopción del menor por su tío sacerdote de la religión ortodoxa, constituida en el estado americano de Michigan (asunto *Negrepontis-Giannisis c. Greece,* de 3 de mayo de 2011, núm. 56759/08). Puede verse también en este mismo sentido, con respecto a la negativa de Luxemburgo a reconocer una adopción constituida en Perú (asunto *Wagner c. Luxemburgo,* de 28 de junio de 2007, núm. 76240/01).

[89] Véase Baratta, R., «Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia», *AEDIPr*, 2016, pp. 120 y 124. Y, en concreto, señala R. Baratta que las críticas relacionadas con la posibilidad eventual de considerar la existencia de fraude en DIPr, al buscar de propósito (los particulares) acudir a una instancia extranjera para lograr un resultado que puedan invocar, posteriormente, ante las autoridades de foro, debe ser degradada, al confrontarse con la obligación de preservar los derechos humanos (p. 121).

y familiar en los diferentes Estados, vinculada con el derecho a preservar la identidad personal[90].

En todo caso, dicha identidad personal queda acreditada a través de un concreto soporte en el que constan datos o circunstancias (nacimiento, nombre, matrimonio, filiación, defunción, etc). Y, en concreto, usualmente se trata de certificados expedidos por registros públicos. De ahí el interés que presenta abordar la cuestión de su homologación[91]. Y, para ello, cabe referirse a la proyectada «Propuesta legislativa sobre el reconocimiento mutuo a los efectos de determinados documentos del Registro Civil (nacimiento, filiación, adopción, apellidos)», que tendría que haberse presentado por la Comisión en 2013, con arreglo a lo señalado en la Comunicación: «Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos. Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo», de 20 de abril de 2010[92].

Sí salió adelante otra iniciativa, que consistía en elaborar un Libro Verde sobre la libre circulación de documentos (documentos del Registro Civil, documentos legalizados y simplificación de la legislación)[93]. Dicho Libro Verde condujo a la adopción del Reglamento (UE) 2016/1191, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio[94], que no ha satisfecho la expectativa relativa a la homologación de las circunstancias personales y familiares de los ciudadanos europeos sin procedimiento y sin condiciones en el ELSJ[95]. Y ello porque su art. 2.4 señala que: «El presente Reglamento no se aplica al reconocimiento en un Estado miembro de los efectos jurídicos relativos al contenido de los documentos públicos expedidos por las autoridades de otro Estado miembro»[96].

No obstante, presenta interés la Resolución del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los aspectos transfronterizos de las adopciones[97], que contiene un conjunto

---

[90] Véase Bucher, A., «La migration de l'état civil», *A commitment to Private International Law: Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 103.

[91] Ahora bien, cabe diferenciar entre las certificaciones que recogen un hecho y las que contienen una situación vinculada a una valoración basada en la ley que se aplica en cada Estado. Véase de Götzen, E., «La Propuesta de Reglamento relativa a la libre circulación de documentos públicos en la Unión Europea: ¿es el camino a seguir para mejorar la vida de los ciudadanos?», *AEDIPr,* 2014-2015, p. 430.

[92] Véase Documentos COM 1010/171 final, p. 26.

[93] Véase el Libro Verde «Menos requisitos administrativos para los ciudadanos. Promover la libre circulación de documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los actos de estado civil» (Documentos COM 747/2010). Su objetivo fue lanzar una amplia consulta pública en materia de circulación de documentos públicos y aplicación del reconocimiento mutuo en el ámbito del estado civil.

[94] *DOUE* Serie L 200, de 26 de julio de 2016.

[95] Constituye una ocasión perdida para lograr la «portabilidad transfronteriza de una situación jurídica vinculada a un certificado de estado civil» (véase de Götzen, E., «La Propuesta...», *op. cit.*., p. 441).

[96] Se refiere solo a los documentos públicos expedidos por los Estados miembros con valor probatorio formal, sin abordar el reconocimiento de los efectos jurídicos relacionados con el contenido de un documento público entre Estados miembros (cdo. 18 *in fine*).

[97] (2018/C252/02).

de Recomendaciones para la elaboración de un Reglamento sobre el reconocimiento transfronterizo de resoluciones de adopción, que recoge la creación de un certificado europeo de adopción[98]. Permite el reconocimiento del vínculo de parentesco en que consiste la adopción extranjera. Y también cabe citar el proyectado Reglamento sobre reconocimiento de la paternidad entre los Estados miembros (documento de 17 de diciembre de 2021), elaborado tras una consulta pública llevada a cabo por la Comisión (de 19 de mayo al 25 de agosto de 2021) sobre el reconocimiento de la parentalidad[99].

6.2. Identidad personal y certificaciones extranjeras

El criterio del reconocimiento mutuo (confianza mutua) para hacer efectivas las libertades económicas se ha empleado en el ámbito de los certificados del Registro Civil en el caso *Eftalia Dafeki*, resuelto por el TJUE el 2 de diciembre de 1997[100]. El Alto Tribunal considera que el principio del reconocimiento mutuo se extiende a los documentos de estado civil de los otros Estados parte, que se benefician de una presunción de regularidad, al menos, cuando de ellos depende el acceso a una prestación de la Seguridad Social. Y ello porque: «No es posible ejercer los derechos derivados de la libre circulación de los trabajadores sin presentar documentos relativos al estado civil de las personas, que generalmente son expedidos por el Estado de origen del trabajador» (párr. 19).

En este caso, el reconocimiento de una certificación extranjera no se hace solo a efectos de prueba, sino que acredita la existencia y validez de dichas circunstancias (efectos sustantivos) por la acción del reconocimiento mutuo[101]. Es el efecto legitimador (ante las administraciones) derivado del documento público otorgado por una autoridad de otro Estado miembro, que acredita una circunstancia habilitante, generalmente, sobre el estado civil, para obtener una prestación o un derecho (tal y como se desprende del caso *Dafeki*)[102].

La mera prueba (a través del documento) de la existencia (y presunción de validez) del acto o negocio en el Estado de origen es suficiente para desplegar sus efectos sustantivos en el Estado requerido como consecuencia del reco-

---

[98] *DOUE* Serie C 252, de 18 de julio de 2018.

[99] Este proyecto aparece citado en el *Diario La Ley - Unión Europea*, núm. 99, de enero de 2022. Indica la Comisión que esta iniciativa trata de garantizar que la parentalidad, tal y como está establecida en un Estado miembro, sea reconocida en toda la UE, de modo que los niños mantengan sus derechos en situaciones transfronterizas. Véase *Initiative on the recognition of parenthood between Member States*, Bruselas, octubre de 2021 [ref. Ares (2021) 6847413 - 08/11/2021].

[100] Asunto C-336/94, ECLI:EU:C:1997:579.

[101] Véase Jiménez Blanco, P., «Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea», en Font i Mas, M., *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Barcelona, J. M.ª Bosch Ed., 2014, p. 451. Véase, en sentido contrario, Arenas García, R., «El reconocimiento...», *op. cit.*, p. 74.

[102] Véase Jiménez Blanco, P., «Movilidad transfronteriza...», *op. cit.*, p. 29.

nocimiento mutuo[103]. Por tanto, en estos casos, reconocer una certificación es homologar un atributo de la personalidad, tal y como ha sido determinado conforme a un ordenamiento extranjero[104]. Dicha certificación no solo prueba un aspecto concreto de la identidad personal, sino que permite que conste (en el Estado requerido) con arreglo a lo que indica el derecho que ha configurado/expedido el certificado.

Ahora bien, podrían alegarse razones de interés general para impedir la homologación de los citados documentos de acuerdo con la interpretación que ha hecho el TJUE de esta noción (excepción a la confianza mutua)[105]. Y, por ello, el orden público está incorporado en las libertades y no cumple un papel independiente en el DIPr europeo[106]. Por tanto, el reconocimiento mutuo ha supuesto la simplificación o liberación de la circulación de todo tipo de documentos (y, en particular, de las circunstancias de estado civil que recogen), en particular, cuando se trata de certificaciones registrales extranjeras y están en juego las libertades.

Por último, también podría existir dicha movilidad del estado civil (estado civil internacionalizado) en el ELSJ a través de la interpretación del sistema europeo de DIPr con arreglo al principio implícito de reconocimiento (art. 7 CDF) y al principio de continuidad transnacional. En particular, cuando se trata de situaciones de estado civil que constan en certificaciones registrales extranjeras[107].

7. CONCLUSIONES

La creación de un ELSJ constituye un nuevo norte u objetivo de la UE, distinto de la creación de un mercado interior. El DIPr europeo es funcional al cumplimiento de este objetivo, en el que el reconocimiento mutuo es un vector para su puesta en marcha. De otro lado, la libertad de circulación

---

[103] *Ibid.*, p. 30.

[104] Como sucede en el caso del nombre de las personas físicas en los asuntos analizados *supra*.

[105] Ahora bien, cabe referirse a los citados casos *Coman* y *V. M. A.,* en los que el Alto Tribunal interpreta la Directiva 2004/38/CE. Indica que: «Tal obligación no supone que reconozca, con fines distintos del ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a la menor, el vínculo de filiación (véase, por analogía, el asunto *Coman y otros*)» (párr. 57). Sobre este tema, cabe ver la Resolución del PE, de 14 de septiembre de 2021, en la que solicita a la Comisión que proponga legislación que obligue a reconocer, a efectos de sus respectivos ordenamientos nacionales, a los adultos mencionados en un certificado de nacimiento expedido en otro Estado miembro (*DOUE* Serie C 117, de 11 de marzo de 2022, punto 8). Dicha iniciativa resulta del Discurso ofrecido por la presidenta de la Comisión, el 16 de septiembre de 2020, en el que destacó la idea de fomentar el reconocimiento mutuo de las relaciones familiares («si usted es madre o padre en un país, también lo es en todos los demás países»). Véase Comisión Europea, *Construyendo el mundo que queremos vivir: una Unión de vitalidad en un mundo de fragilidad*, 2020.

[106] Véase Ballarino, T. y Ubertazzi, B., «On Avello...», *op. cit.,* p. 128.

[107] Véase Salvador Gutiérrez, S., «Inscripción registral de títulos extranjeros. Inscripción de matrimonios y sus crisis y régimen económico matrimonial», en Guzmán Zapater, M. y Herranz Ballesteros, M. (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 655.

también se relaciona con la creación del ELSJ y con un nuevo enfoque de la construcción europea hacia el mayor protagonismo de la persona. En este marco, el reconocimiento de pleno derecho de las circunstancias de estado civil constituye un objetivo, porque permite garantizar la libertad de circulación de personas, de un lado y, de otro, la mayor realización de sus derechos como tal.

Si bien no existe aún el necesario consenso político a la hora de poner en marcha una iniciativa legislativa específica para lograr este propósito, la acción del reconocimiento mutuo en el ámbito de las libertades no solo altera el funcionamiento de los mecanismos tradicionales del DIPr, sino que logra este objetivo, porque el control sobre la decisión se desplaza al origen y tiene como consecuencia el reconocimiento (a todos los efectos), por ejemplo, del nombre y apellidos de una persona, nacional de un Estado de la UE, sin procedimiento y sin condiciones.

En este contexto, la construcción del citado ELSJ potencia, refuerza y reafirma los derechos de los ciudadanos y se orienta hacia la idea de protección de los nacionales de la UE, de sus derechos como persona y, en particular, de los derechos que son inherentes a la libre circulación. Por tanto, un nacional de la UE no puede ser privado de la posibilidad de invocar dichas circunstancias relativas a su estado civil a los efectos, no solo de prueba, sino también legitimadores o registrales, como se deduce de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito del nombre y del reconocimiento de certificaciones registrales extranjeras de estado civil, salvo que existan razones de interés general.

Por ello, puede decirse que existe una modalidad de reconocimiento en la UE vinculada con el derecho a la libre circulación. No obstante, los asuntos *Coman* y *V. M. A.* no permiten hacer esta interpretación, en la medida en que el TJUE se limita a considerar que los impedimentos impuestos para reconocer el matrimonio y la filiación, respectivamente, eran contrarios a la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril.

Por último, en el ELSJ también han de salvaguardarse los derechos de la persona y, en particular, el derecho a preservar la identidad personal, que tiene nuevas connotaciones cuando se presenta en situaciones transfronterizas. Y, por ello, dicha identidad personal transfronteriza no solo existe en el espacio europeo por la vía de la interpretación del derecho a la libertad de circulación, sino también (podría considerarse) conforme a los principios que presiden el funcionamiento del sistema europeo de DIPr que se orientan hacia la máxima realización de los derechos de la persona y, en particular, del derecho a la identidad personal. En tales casos, se emplearía la técnica clásica del reconocimiento de la situación en el Estado de destino.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Miscelánea/*Miscellany*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 181-220
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.03
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 25/03/2022. Aceptación: 10/06/2022

LA UNIÓN EUROPEA EN LAS NEGOCIACIONES CLIMÁTICAS: ¿REFERENTE O LÍDER EN LA LUCHA CONTRA EL CALENTAMIENTO GLOBAL?

Asier García Lupiola*

RESUMEN

LA UNIÓN EUROPEA EN LAS NEGOCIACIONES CLIMÁTICAS: ¿REFERENTE O LÍDER EN LA LUCHA CONTRA EL CALENTAMIENTO GLOBAL?

La UE lleva décadas en primera línea de la lucha contra el cambio climático y constituye un referente en esta materia, tanto por las políticas y normas adoptadas a nivel interno como por las propuestas presentadas en las negociaciones climáticas internacionales, así como por su apuesta por ayudar a los países más necesitados en la lucha contra el calentamiento global. Sin embargo, no resulta tan evidente que la UE ejerza el liderazgo de la acción climática internacional, al menos, no en solitario y de manera continuada, vista su capacidad para influir efectivamente en los resultados de las negociaciones climáticas. El presente trabajo analiza la evolución de ese teórico liderazgo europeo a partir del desarrollo de las conferencias de la CMNUCC, las propuestas presentadas en las mismas por la UE y los acuerdos adoptados.

Palabras clave: Unión Europea, cambio climático, negociaciones internacionales, Protocolo de Kioto, Acuerdo de París, liderazgo, alianza mundial.

ABSTRACT

THE EUROPEAN UNION IN THE CLIMATE NEGOTIATIONS: REFERENCE OR LEADER IN THE FIGHT AGAINST CLIMATE WARMING?

The EU is at the forefront of the fight against climate change and is a benchmark in this area, both for the policies and regulations adopted internally and for the proposals presented in international climate negotiations, as well as for its commitment to help the countries most in need to fight against global warming. However, it is not so obvious that the EU exercises leadership in international climate action, at least not alone and

* Profesor Agregado de la Universidad del País Vasco (UPV-EHU) e investigador en formación de la UNED (*asier.garcialupiola@ehu.eus*). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 20 de marzo de 2021.

continuously, given its ability to effectively influence the results of climate negotiations. This paper analyses the evolution of this theoretical European leadership considering the development of the UNFCCC conferences, the proposals presented by the EU and the agreements adopted.

Keywords: European Union, climate change, international negotiations, Kyoto Protocol, Paris Agreement, leadership, global partnership.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES: LA ASUNCIÓN DE LA NECESIDAD DE LUCHAR CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO.—2.1. Las cumbres de la Tierra y el Protocolo de Kioto.—2.2. La configuración de la estrategia europea de lucha contra el cambio climático.—3. LAS NEGOCIACIONES PARA UN ACUERDO POST-KIOTO.—3.1. Liderazgo europeo hasta Copenhague.—3.2. Perfil bajo de la UE en el camino hacia Kioto II.—4. EL ACUERDO DE PARÍS.—4.1. Nuevo protagonismo de la UE en un liderazgo compartido.—4.2. Mayor ambición de la UE para el cumplimiento del Acuerdo de París.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente año 2022 tienen lugar varios aniversarios de relevantes acontecimientos en el ámbito de la sostenibilidad y, especialmente, en lo que se refiere a la lucha contra el cambio climático. En primer lugar, se cumplen cincuenta años del inicio de las conocidas como Cumbres de la Tierra, el foro internacional para abordar la defensa del medio ambiente. En segundo lugar, son tres las décadas pasadas ya desde la adopción de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), el contexto en el que se desarrollan las negociaciones internacionales relativas a la lucha contra el cambio climático. En tercer lugar, se cumplen veinticinco años de la adopción, en el seno de dicha convención, del Protocolo de Kioto, la primera gran materialización práctica del resultado de dichas negociaciones.

Es innegable que la Unión Europea (UE) ha desarrollado un papel relevante en las negociaciones climáticas y a este respecto también son varios los aniversarios a tener en cuenta en este 2022, empezando por los treinta años de la firma del Tratado de Maastricht, que incorporó como objetivo del proceso de integración europea el logro de un crecimiento sostenible respetuoso con el medio ambiente. Asimismo, son veinte los años transcurridos desde la aprobación por parte de la UE del Protocolo de Kioto. Finalmente, se cumplen quince años de la firma del Tratado de Lisboa, que estableció la lucha contra el cambio climático como objetivo de la acción internacional de la política medioambiental europea, así como de la adopción de la específica estrategia europea para hacer frente al cambio climático.

Como se ha dicho, el papel de la UE en las negociaciones climáticas ha sido y es relevante. Las propuestas europeas presentadas en las diferentes reuniones de la CMNUCC se han basado en los programas y estrategias que la UE ha ido adoptando para cumplir con sus propios objetivos de sostenibilidad, protección medioambiental y lucha contra el cambio climático. Gracias

a ellos la UE es la economía desarrollada más respetuosa con el medio ambiente y que más ambiciosa se muestra en la acción climática, desempeñando un papel fundamental en el desarrollo de los instrumentos jurídicos internacionales adoptados en esta materia. De este modo, la UE «se presenta ante sí misma y ante terceros como el actor que lidera la política internacional» y desde la década de 1990 «muy a menudo, observadores externos han validado la autoatribución de este rol por parte de la UE»[1]. Sin embargo, la UE «no tiene el poder necesario para conseguir que el resto de países se muevan al mismo ritmo que ella», puesto que es cierto que «es un actor aventajado al que muchos querrían copiar, pero no es el líder que consigue arrastrar y movilizar al resto de Estados»[2]. Por ello, aunque el carácter referencial de la UE sea indudable, no es tan evidente la existencia de un continuo y efectivo liderazgo europeo en la acción climática.

El presente texto describe y analiza el papel de la UE en las negociaciones climáticas internacionales, al objeto de concluir si la relevancia de su influencia en las mismas permite hablar de liderazgo y, si es así, qué tipo de liderazgo ha ejercido la UE en la lucha global contra el cambio climático. Para ello, se aborda principalmente la evolución cronológica de las negociaciones en el seno de la CMNUCC, al tiempo que se estudian las propuestas europeas en la materia. Son estas, en cuanto reflejo de una mayor ambición en comparación con otras economías desarrolladas, las que sirven para calificar a la UE de referente, si bien la comprobación de su mayor o menor traslación a los acuerdos internacionales es lo que posibilita concluir si la UE ha ejercido como líder en la correspondiente acción climática y, si es así, en qué medida.

2. ANTECEDENTES: LA ASUNCIÓN DE LA NECESIDAD DE LUCHAR CONTRA EL CAMBIO CLIMÁTICO

2.1. Las cumbres de la Tierra y el Protocolo de Kioto

Las cumbres mundiales que han abordado la defensa del medio ambiente no se centraron en el cambio climático hasta que los científicos dieron la alarma con respecto a dicho fenómeno. La primera de ellas, conocida como Conferencia sobre el Medio Humano, se celebró en Estocolmo en 1972 y fue una cumbre de mínimos en la que se concretaron los principios básicos sobre los grandes problemas medioambientales y las obligaciones de los Estados para resolverlos[3], si bien en la misma los líderes mundiales se comprometieron a reunirse cada diez años para analizar el estado del medio ambiente

[1] Costa, O., «Después de Kyoto, Beijing: la UE ante las nuevas negociaciones del clima», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2014, núm. 108, p. 24.

[2] Ruiz Campillo, X., «El papel de la Unión Europea en las negociaciones sobre el cambio climático», *Revista UNISCI,* 2015, núm. 39, p. 124.

[3] Naciones Unidas, «Declaración de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano», contenida en el *Informe de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano* (A/CONF.48/14/Rev.1), 1973.

y el impacto del desarrollo económico sobre el mismo[4]. Esta primera cumbre «tomó nota de las alertas procedentes del ámbito científico sobre la incidencia de la actividad humana en la dinámica del clima» y recomendó que diferentes organismos científicos iniciasen «las actividades necesarias para mejorar la comprensión de las causas naturales y artificiales de un posible cambio climático»[5]. Desgraciadamente no hubo continuidad en la segunda cumbre, desarrollada en Nairobi en 1982 y que estuvo fuertemente influida por los desencuentros provocados por la Guerra Fría, lo que supuso la no adopción de acuerdos.

Ante la falta de acuerdos en Nairobi, las Naciones Unidas promovieron un relevante trabajo de contactos y negociaciones para organizar debidamente y obtener resultados positivos en la próxima cumbre. En este sentido, tras crear en 1984 la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, esta emitió en 1987 un relevante informe conocido como «Nuestro futuro común»[6]. En el mismo, por primera vez, se establecía la definición del concepto de desarrollo sostenible: aquel desarrollo que garantiza las necesidades del presente sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades.

En junio de 1988 la Organización Meteorológica Mundial celebró en Toronto la Conferencia Mundial sobre el Clima. En ella se puso de manifiesto la más que posible contribución antropogénica al problema del cambio climático y se creó, como organismo dependiente de las Naciones Unidas, el Panel Intergubernamental sobre el Cambio Climático (IPCC), formado por científicos y expertos en la materia que elaboran informes sobre los riesgos y consecuencias del cambio climático, así como sobre las opciones posibles de respuesta. En la segunda Conferencia Mundial sobre el Clima, celebrada en Ginebra en octubre de 1990 y en la que el IPCC presentó su primer informe, se propuso la negociación en el seno de Naciones Unidas de un convenio marco sobre cambio climático. Precisamente, la entonces todavía Comunidad Europea (CE) se había mostrado decidida «a desempeñar un papel preponderante en la acción requerida para proteger el medio ambiente en el mundo» y a buscar soluciones eficaces «a problemas de interés mundial como son el empobrecimiento de la capa de ozono, el efecto invernadero y las amenazas crecientes que pesan sobre el medio ambiente»[7]. Es más, el Consejo Europeo subrayó que la CE tenía «capacidad para asumir el liderazgo en este ámbito»

---

[4] Estas grandes conferencias, la última de las cuales hasta la fecha ha sido la conocida como Río+20 de 2012, «a pesar de la falta de carácter vinculante de los documentos aprobados en las mismas, han servido para potenciar la implantación y el desarrollo de las políticas ambientales en todo el planeta». López Ramón, F., «La formación del ordenamiento ambiental», *Revista Ambienta*, 2018, núm. 124, p. 27.

[5] Rubio de Urquía, J., «Las negociaciones internacionales sobre cambio climático», *ICE Revista de Economía*, 2005, núm. 822, pp. 14-15.

[6] Naciones Unidas, Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future*, 1987. Recuperado de *https://sustainabledevelopment/un/org/content/documents/5987our-common-future.pdf*.

[7] Consejo Europeo de Rodas de 2 y 3 de diciembre de 1988 - Conclusiones de la Presidencia, SN 4443/1/88. *Declaración sobre el Medio Ambiente*, recogida como Anexo I, p. 11.

y, con vistas a la Conferencia de Ginebra, instaba a los países desarrollados a reducir sus emisiones contaminantes y apremiaba a la adopción de un convenio sobre el clima[8]. A partir de ahí, «y a lo largo de toda una década, la CE/UE lideró las negociaciones internacionales del clima por la vía de defender en ellas las posiciones ambientales más avanzadas»[9].

Tras las oportunas negociaciones, en mayo de 1992 se adoptó en Nueva York la CMNUCC[10], posicionando esta cuestión como un elemento importante de la agenda internacional a partir de entonces y determinando de manera definitiva las causas humanas como elemento fundamental del actual calentamiento global[11]. En las negociaciones participó la Comisión Europea y la propia UE ratificó la Convención en diciembre de 1993[12]. La Convención entró en vigor en marzo de 1994 y estableció un compromiso de volver a situar en el año 2000 las emisiones contaminantes en los niveles de 1990. Se trataba de una propuesta realizada por la UE, que no logró que dicho compromiso fuese vinculante, algo contra lo que se pronunciaron Estados Unidos y otros países desarrollados como Canadá, Australia, Nueva Zelanda, Noruega o Suiza.

Tan solo un mes después, en junio de 1992, tuvo lugar en Río de Janeiro una nueva Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo[13]. Los acuerdos generales adoptados fueron, por un lado, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, la cual recoge los principios generales a través de los que se plantea la necesidad de alcanzar el desarrollo sostenible, entre los que destaca el de las responsabilidades comunes pero diferenciadas; por otro, la Agenda 21, que planteó los principales problemas que afectan al medio ambiente y las recomendaciones de las Naciones Unidas para abordarlos, comprometiéndose los países a aplicarlas tanto en el nivel estatal como en el local[14]. También se aprobó el Convenio sobre la Diversidad Biológica y se puso en marcha la CMNUCC. De este modo, la Conferencia constataba la existencia de alteraciones climáticas en todo el planeta y se

---

[8] Consejo Europeo de Dublín de 25 y 26 de junio de 1990 - Conclusiones de la Presidencia, SN 60/1/90. *El Imperativo del Medio Ambiente*, declaración recogida como Anexo II, pp. 25-29.

[9] Costa, O., *op. cit.,* p. 26.

[10] Naciones Unidas, Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Nueva York, FCCC/INFORMAL/84, 1992.

[11] Si bien propiamente el fenómeno del cambio climático consiste en la modificación del clima con respecto al historial climático a una escala global o regional, lo cierto es que se ha generalizado el término para hacer referencia tan solo a los cambios climáticos que suceden en el presente, siendo utilizado como sinónimo de calentamiento global. Es más, se usa mayoritariamente para referirse al cambio climático por causas humanas (antropogénicas), tal y como lo define la CMNUCC: «Un cambio de clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural del clima observada durante periodos comparables» (párr. 2 del art. 1 de la Convención).

[12] Consejo de la UE, Decisión 94/69/CE, de 15 de diciembre de 1993, relativa a la celebración de la Convención marco sobre el cambio climático. *DOCE* L 33, de 7 de febrero de 1994.

[13] Se conoció como «Cumbre de la Tierra», término que se generalizó para denominar a las Conferencias de Naciones Unidas sobre Medio Ambiente, tanto anteriores (Estocolmo, 1972; la de Nairobi de 1982 no se toma en consideración), como posteriores (Johannesburgo, 2002; Río de Janeiro, 2012).

[14] Los documentos de la Conferencia pueden consultarse en la página web de la División de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, en el apartado «Documentos - Otros Acuerdos y Compromisos Internacionales», *https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/*.

admitía la posibilidad de que las mismas tuviesen lugar como consecuencia de las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI), por lo que se recomendaba la limitación de las mismas.

Los 12 Estados miembros de la todavía Comunidad Europea se mostraron a favor de concretar la reducción de emisiones, si bien finalmente solo quedó reflejado como una recomendación. Quizá por esa falta de capacidad de influencia, a partir de ahí, la actividad de la UE en materia de medio ambiente se ha ido extendiendo en el ámbito internacional, terreno en el que pasó a adquirir «cada vez más un tono de auténtico protagonismo, ejerciendo funciones de liderazgo hacia la consecución de objetivos encaminados al logro de un verdadero desarrollo sostenible»[15]. Es más, en la década de los años noventa la UE logró «crear una agenda climática en la política exterior cuando carecía de política climática interna»[16].

La primera de las reuniones de la Conferencia de las Partes (COP) de la CMNUCC tuvo lugar en la UE, concretamente en Berlín en marzo de 1995. Tanto en la COP1 como en la COP2, celebrada en Ginebra en 1996, se comprobó que no se estaba cumpliendo el objetivo de la convención, por lo que se impulsó por parte de varios países, entre los que se encontraba la mayoría de los miembros de la UE, la negociación de un protocolo que contuviera medidas de reducción de las emisiones de los países industrializados en el periodo posterior al año 2000. Como se ve, la UE aprovechó «la ocasión para demostrar su intención de convertirse en un líder global en materia ambiental»[17], enfrentando sus propuestas a las de Estados Unidos. En efecto, desde Europa se proponía la adopción de «políticas y medidas comunes y obligatorias, así como reducciones cuantificadas ambiciosas»; por su parte, Estados Unidos lideraba el grupo de quienes optaban por «objetivos no vinculantes referidos a promedios, medidas de carácter solo indicativo y elementos de flexibilidad»[18].

En diciembre de 1997 tuvo lugar en Kioto la COP3, con el objetivo de acordar el protocolo antes referido. La UE insistió en que el acuerdo estableciese una reducción del 15 por 100 de emisiones para 2010, con un objetivo intermedio del 7,5 por 100 para 2005, y defendió la movilización de recursos para impulsar reducciones voluntarias por parte de los países en desarrollo[19]. Por

---

[15] Juste Ruiz, J., «Las relaciones exteriores de la Comunidad Europea en materia de medio ambiente», en Mariño Menéndez, F. M. (ed.), *Acción exterior de la Unión Europea*, Madrid, Universidad Carlos III y *BOE*, 1998, p. 466.

[16] Para conseguirlo el impulso de «Alemania y Reino Unido fue esencial, países que ya se encontraban en procesos internos de descarbonización por el abandono del carbón como fuente de energía». Corti Varela, J., «Breve historia de la diplomacia climática europea (1990-2030)», *European Climate Law Papers*, 2021, núm. 6, p. 6.

[17] Barreira López, A., «El papel de la UE en las negociaciones de cambio climático», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2010, núm. 42, p. 47.

[18] Rubio de Urquía, J., *op. cit.*, p. 19. Precisamente, «la firme postura de la UE sobre la necesidad de adoptar compromisos concretos respecto a las reducciones de GEI le ha convertido en un actor con peso dentro de las negociaciones», al tiempo que le otorgó «cierto prestigio en los foros internacionales medioambientales». Ruiz Campillo, X., *op. cit.*, p. 107.

[19] La posición que llevaría la UE a la COP3 quedó fijada por el Consejo en su reunión de 19 y 20 de junio de 1997. «Community Strategy on Climate Change», Documento 9132/97, pp. 12-14.

su parte, Estados Unidos no cejaba en su empeño de establecer mecanismos de flexibilidad. Finalmente, se lograría un acuerdo que incluyó aspiraciones de ambas partes, con objetivos de reducción vinculantes pero medidas de carácter indicativo y mecanismos flexibles para facilitar los esfuerzos de reducción. Dicho acuerdo se conoce como Protocolo de Kioto[20], por medio del que los países industrializados se comprometieron a ejecutar un conjunto de medidas para reducir los GEI, destacando la decisión de reducir en un 5 por 100 de media las emisiones contaminantes entre 2008 y 2012, tomando como referencia los niveles de 1990. El acuerdo sería de obligado cumplimiento a partir de la ratificación del mismo por parte de los países industrializados responsables de, al menos, un 55 por 100 de las emisiones de CO_2[21].

Para lograr el objetivo de reducción de emisiones, el Protocolo propuso una serie de medios a los que debían recurrir los países firmantes. Por un lado, reforzar o establecer políticas nacionales de reducción de las emisiones, como el aumento de la eficacia energética, el fomento de formas de agricultura sostenibles, o el desarrollo de fuentes de energías renovables. Por otro, cooperar con los demás países mediante el intercambio de experiencias y de información o la coordinación de las políticas nacionales con vistas a una mayor eficacia por medio de mecanismos de cooperación. La UE acabó aceptando la inclusión de mecanismos de flexibilidad como el mecanismo de desarrollo limpio o el comercio de emisiones, por el que los países desarrollados podían contribuir financieramente para que los países en desarrollo estableciesen proyectos de reducción de emisiones y utilizar dichas reducciones para contribuir al cumplimiento de sus compromisos. No obstante, aun reconociendo que «la UE falló en su intento de lograr un acuerdo sobre una reducción del 15 por 100 en los países de la OCDE, el objetivo de Kioto estaba más cerca de la posición de la UE que de la de Estados Unidos»[22]. Por tanto, la UE tuvo más éxito a la hora de presionar por la obligatoriedad de las reducciones de emisiones de GEI, logrando que los países industrializados aceptasen diferentes objetivos cuantitativos, mientras que Estados Unidos basó su éxito en el plazo establecido para el cumplimiento de los compromisos y en la adopción de los mecanismos de flexibilidad[23].

El 29 de abril de 1998 la UE firmó el Protocolo de Kioto y a finales de año el Consejo Europeo reconoció que «el cambio climático representa uno de los problemas de medio ambiente más arduos al que habrá que hacer frente en las próximas décadas», por lo que consideró necesario adoptar las medidas

---

[20] Naciones Unidas, *Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático*, Nueva York, FCCC/INFORMAL/83, 1998.

[21] Los objetivos de reducción de emisiones con respecto a 1990 fueron establecidos en el Anexo B del Protocolo de Kioto: UE-15, Bulgaria, Rep. Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Mónaco, Rumanía y Suiza, 8 por 100; Estados Unidos, 7 por 100; Canadá, Hungría, Japón y Polonia, 6 por 100; Croacia, 5 por 100; Nueva Zelanda, Rusia y Ucrania, 0 por 100; Noruega, Australia e Islandia podían tener un nivel de emisión superior al de 1990 (del 1, 8 y 10 por 100, respectivamente).

[22] Barreira López, A., *op. cit.,* p. 50.

[23] Oberthür, S., «The European Union's performance in the international climate change regime», *Journal of European Integration*, 2011, vol. 33, núm. 6, p. 669.

necesarias para cumplir con los compromisos de Kioto[24]. No obstante, no será hasta abril de 2002, poco antes de la celebración de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sostenible de Johannesburgo, cuando la UE aprobó el Protocolo de Kioto[25] y los Estados miembros determinaron los compromisos en materia de limitación y reducción de las emisiones establecidos para el primer periodo recogido en el Protocolo (2008-2012). La UE asumió un compromiso global de reducción para dicho periodo del 8 por 100 de las emisiones respecto de las de 1990, estableciéndose para cada Estado miembro un margen distinto en función de diversas variables económicas y medioambientales[26]. A partir de ahí la UE comenzó a adoptar una extensa normativa para cumplir con el objetivo, «lo que le permitió posicionarse como el único actor internacional con capacidad suficiente para impulsar las negociaciones internacionales sobre el calentamiento global»[27].

En la Cumbre de la Tierra de Johannesburgo (agosto y septiembre de 2002), la UE fue destacada protagonista, al realizar propuestas consideradas factibles y asumibles por todos los países en los diferentes temas específicos que se trataron en la reunión. Cabe subrayar que en el ámbito del fomento de las energías renovables —que constituye un importante instrumento de la lucha contra el cambio climático— la UE propuso que para 2010 el 10 por 100 de la producción energética lo fuese de energías renovables. A pesar de la frontal negativa de Estados Unidos, la UE consiguió unir a numerosos países en torno a un compromiso para impulsar las energías renovables, entre los que se encontraban los entonces candidatos a la adhesión, así como otros países europeos (Noruega, Suiza y Turquía), y economías emergentes (Brasil, México, Argentina, Sudáfrica)[28].

Mientras las reuniones tenían lugar se pudo constatar que el Protocolo de Kioto entraría en vigor. Tras anunciar Estados Unidos en marzo de 2001 que no lo ratificaría, la UE «se embarcó en una intensa actividad diplomática para evitar una cascada de renuncias por parte de otros países, que hubiera resultado fatal para la política internacional del clima»[29]. Como consecuencia, para el comienzo de la cumbre 89 países habían ratificado el Protocolo de

---

[24] Consejo Europeo de Viena de 11 y 12 de diciembre de 1998 - Conclusiones de la Presidencia, párr. 70. Recuperado de *consilium.europa.eu/es/european-council/conclusions/1993-2003/*.

[25] Consejo de la UE, Decisión 2002/358/CE, de 25 de abril, relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo. *DOCE* L 130, de 15 de mayo de 2002.

[26] En aplicación del principio de «reparto de la carga» algunos países podían incluso aumentar sus emisiones. Los porcentajes de reducción (o posible aumento) para la entonces UE-15 quedaron de la siguiente manera: Luxemburgo –28 por 100, Alemania –21 por 100, Dinamarca –21 por 100, Austria –13 por 100, Reino Unido –12,5 por 100, Bélgica –7,5 por 100, Italia –6,5 por 100, Países Bajos –6 por 100, Finlandia 0 por 100, Francia 0 por 100, Suecia +4 por 100, Irlanda +13 por 100, España +15 por 100, Grecia +25 por 100 y Portugal +27 por 100. La Comisión fijó las cantidades exactas en su Decisión 2006/944/CE, de 14 de diciembre, *DOCE* L 358, de 16 de diciembre de 2006.

[27] Contreras, D., «El papel de la Unión Europea en las negociaciones internacionales sobre cambio climático», *Observatorio Medioambiental*, 2013, vol. 16, p. 56.

[28] Naciones Unidas, *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible* (A/CONF.199/20), 2002.

[29] Costa, O., *op. cit.*, p. 28.

Kioto, entre los que se encontraban todos los miembros de la UE, algunos de los países candidatos a la adhesión y Japón. Los países industrializados de dicho grupo representaban el 37 por 100 de las emisiones contaminantes. Durante la cumbre, Polonia, Canadá y Rusia manifestaron su intención de ratificarlo, lo que suponía llegar al 57 por 100 de las emisiones. También importantes países emergentes mostraron su intención de ratificarlo, destacando el anuncio de China. La ratificación rusa, realizada en noviembre de 2004, posibilitó la entrada en vigor del Protocolo de Kioto el 16 de febrero de 2005. Precisamente, la COP11 celebrada en Montreal a finales de año instaba a seguir cooperando en la lucha contra el cambio climático a largo plazo, por tanto, más allá del vencimiento del propio Protocolo[30].

2.2. La configuración de la estrategia europea de lucha contra el cambio climático

Tras unos inicios esperanzadores en los primeros años de la década de 1990, a partir de 1994 las emisiones contaminantes de la UE y de los Estados miembros volvieron a aumentar, lo que requería la adopción de medidas que facilitasen una estrategia sostenida en el tiempo para iniciar una tendencia a la baja y que permitiese cumplir con el compromiso adquirido en Kioto[31].

La estrategia europea de lucha contra el cambio climático se fue determinando por medio de diferentes elementos a partir del año 2000. El primero que aborda directamente el fenómeno se presentó por la Comisión a comienzos del año 2000, cuando propuso poner en marcha una estructura destinada a identificar y preparar la ejecución de las medidas de lucha contra el cambio climático[32]. Se trataba del Programa Europeo sobre Cambio Climático (PECC) cuyo objetivo consiste en permitir a todas las partes interesadas (instituciones europeas, Estados miembros, industrias, empresas, ONG) participar en los trabajos preparatorios de las políticas y medidas destinadas a reducir las emisiones de GEI. El Primer PECC se puso en marcha en junio de 2000[33].

A partir del PECC, los diferentes instrumentos de los que la UE se fue dotando para el desarrollo y aplicación de la política de medio ambiente

---

[30] Naciones Unidas, «Decisión 1/CP.11 - Diálogo sobre la cooperación a largo plazo para hacer frente al cambio climático mediante una mejor aplicación de la Convención», contenido en el *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 11.º periodo de sesiones, celebrado en Montreal del 28 de noviembre al 10 de diciembre de 2005 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 11.º periodo de sesiones* (FCCC/CP/2005/5/Add.1), de 30 de marzo de 2006, pp. 3-5.

[31] López López, A., «La política medioambiental de la Unión Europea en materia de cambio climático», *Observatorio Medioambiental*, 2002, vol. 5, p. 177.

[32] Comisión Europea, Comunicación de 8 de marzo de 2000, sobre políticas y medidas de la UE para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, «Hacia un Programa Europeo sobre el Cambio Climático» (PECC), COM (2000) 88 final.

[33] En el seno del programa se crearon grupos de trabajo sobre problemas específicos vinculados al cambio climático Los primeros grupos de trabajo creados (primera fase del Primer PECC) se centraron en el transporte, la industria, el suministro de energía, el consumo de energía y los mecanismos de flexibilidad. Otros grupos (segunda fase del PECC) se refirieron a los desechos, la agricultura o la investigación.

han pasado a ocuparse, en mayor o menor medida, del cambio climático. Así, debe mencionarse en primer lugar la Estrategia Europea para el Desarrollo Sostenible adoptada por el Consejo Europeo en junio de 2001[34], que estableció entre los objetivos específicos para la consecución del desarrollo sostenible la lucha contra el cambio climático mediante el cumplimiento de los compromisos del Protocolo de Kioto. El Consejo Europeo subrayó que la consecución del objetivo del desarrollo sostenible exige soluciones mundiales, por lo que la UE se fijó como meta lograr que dicho objetivo fuese asumido en todas las organizaciones y organismos especializados internacionales, así como en los acuerdos para la cooperación al desarrollo. La UE se comprometía a trabajar a favor de la participación más amplia posible de los países industrializados en un esfuerzo para que el Protocolo entrase en vigor cuanto antes.

Por otro lado, tenemos el Sexto Programa de Acción sobre Medio Ambiente, aprobado por el Consejo y el Parlamento Europeo (PE) en julio de 2002 para el periodo 2002-2012[35], y que determinó como primer ámbito de acción el cambio climático, dado que lo consideró el principal reto para el periodo de vigencia del programa. La meta que se determinó a corto plazo fue alcanzar los objetivos del Protocolo de Kioto, es decir, reducir en un 8 por 100 las emisiones de GEI para el periodo 2008-2012 con respecto a los niveles de 1990. A más largo plazo, para 2020, sería necesario reducir dichas emisiones entre el 20 por 100 y el 40 por 100 mediante un acuerdo internacional eficaz.

Las autoridades europeas constataron que el impacto combinado de la aplicación del conjunto de medidas adoptadas en el seno del PECC, las acciones que a nivel interno habían ido adoptando los Estados miembros y la reestructuración de la industria europea —particularmente, en los nuevos países miembros provenientes del este del continente— habían supuesto un positivo impacto combinado en la lucha contra el cambio climático, por cuanto que las emisiones de GEI se estaban reduciendo. Ahora bien, los datos que se harían públicos en 2006[36] presentaban una diferente situación para los anteriores 15 Estados miembros (UE-15) y para el conjunto completo de la UE (entonces, UE-25). Así, mientras que para el año 2003 la UE-25 había reducido en conjunto sus niveles de emisiones en un 8 por 100 con respecto a 1990 y se esperaba que la reducción alcanzase el 9,3 por 100 para 2010 en caso de adoptar y aplicar medidas adicionales, la UE-15 solo había logrado reducir sus emisiones para 2003 en el 1,7 por 100 con respecto a 1990, si bien se entendía que con la aplicación de las medidas entonces ya adoptadas alcanzarían una reducción del 6,8 por 100 para 2010, que podría llegar también al 9,3 por 100 en caso de adoptar y aplicar medidas adicionales.

---

[34] Consejo Europeo de Gotemburgo de 15 y 16 de junio de 2001 - Conclusiones de la Presidencia, SN 2001/1/01 REV 1.

[35] Decisión núm. 1600/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio, *DOCE* L 242/1, de 10 de septiembre de 2002.

[36] Comisión Europea, *The European Climate Change Programme. EU Action against Climate Change*, Luxemburgo, OPOCE, 2006.

En febrero de 2005, pocos días antes de la entrada en vigor del Protocolo de Kioto, la Comisión presentó una comunicación en la que sentaba las bases de lo que sería la estrategia de la UE contra el cambio climático[37] y por medio de la que anunciaba la puesta en marcha en octubre del Segundo Programa Europeo sobre Cambio Climático (PECC II)[38]. En el marco del PECC se habían adoptado por parte de la UE numerosas normas y medidas para reducir las emisiones. Posiblemente, la acción más importante llevada a cabo en este ámbito sea el Régimen Europeo de Derechos de Emisión (RECDE), «primer y más importante sistema internacional de límites máximos de derechos de emisión» que «se ha transformado en el eje principal y en la seña de identidad de la estrategia europea contra el cambio climático»[39]. El RECDE se aplicó de manera experimental en el periodo 2005-2007 al objeto de desarrollar la infraestructura necesaria para aplicarlo de manera eficaz en el periodo 2008-2012, es decir, en el periodo de cumplimiento obligatorio del Protocolo de Kioto. Vistos los resultados de la fase experimental, la Comisión estableció una reducción más estricta del volumen de emisiones (el 6 por 100 con respecto a los niveles de 2006), con el fin de cumplir las correspondientes obligaciones internacionales. Lo cierto es que los datos mejoraban las previsiones realizadas por la Comisión en 2006, pues según lo publicado por el Eurostat en 2010, la UE-27 había reducido sus emisiones de GEI para 2008 en el 11,2 por 100 con respecto a los datos de 1990[40].

La estrategia de la UE contra el cambio climático fue concretada por la Comisión en enero de 2007[41], al tiempo que presentaba sus propuestas ante los retos energéticos, siendo el principal, precisamente, el cambio climático[42]. Siguiendo las recomendaciones de la Comisión, el Consejo Europeo adoptó la estrategia europea en la lucha contra el cambio climático[43] y fijó como objetivo unilateral de la UE la reducción de las emisiones de GEI en un 20 por 100 respecto de 1990 hasta el año 2020. El Consejo Europeo consideró que los países desarrollados deberían comprometerse, en el marco de un acuerdo internacional, a reducir colectivamente sus emisiones en un 30 por 100 hasta 2020, respecto de 1990, y entre un 60 y un 80 por 100 hasta 2050. El Consejo Europeo también se pronunció sobre la política energética, vista su relevancia en la lucha contra el cambio climático, y determinó como objetivos a lograr en el año 2020 el aumento de la eficiencia energética con el

---

[37] Comisión Europea, Comunicación de 9 de febrero de 2005, *Ganar la batalla contra el cambio climático mundial*, COM (2005) 35.

[38] Al margen de los grupos de trabajo ya creados en el primer programa, se establecieron otros en materia de emisiones de vehículos ligeros y aviación, así como fijación y almacenamiento del carbono.

[39] Pérez de las Heras, B., «La Unión Europea como actor de gobernanza climática», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2009, núm. 16, p. 130.

[40] Eurostat, *The EU in the World. A statistical portrait*, Luxemburgo, OPOCE, 2010, p. 22.

[41] Comisión Europea, Comunicación, de 10 de enero de 2007, *Limitar el calentamiento mundial a 2 ºC - Medidas necesarias hasta 2020 y después*, COM (2007) 2 final.

[42] Comisión Europea, Comunicación de 10 de enero de 2007, *Una política energética para Europa*, COM (2007) 1 final.

[43] Consejo Europeo de Bruselas de 8 y 9 de marzo de 2007 - Conclusiones de la Presidencia, 7224/1/07 REV1.

fin de ahorrar un 20 por 100 del consumo energético, así como lograr que el porcentaje representado por las energías renovables en el consumo energético total de la UE llegase al 20 por 100. Como se ve, las propuestas europeas presentaban un nuevo enfoque para lograr la acción conjunta de todos los países en la lucha contra el cambio climático, vinculando la batalla contra el calentamiento global con la seguridad de abastecimiento energético.

En la comunicación que presentó en enero de 2007, la Comisión también subrayó que la batalla contra el cambio climático solo puede ganarse a través de una acción a nivel mundial, de modo que las negociaciones internacionales deben superar la fase de la retórica y llegar a compromisos concretos. El mensaje europeo consistía en que no hay alternativa a la cooperación multilateral en la lucha contra el cambio climático y que dicha cooperación internacional debe ser liderada por la UE[44]. Además, desde la UE se asumía el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, pues si bien los países desarrollados han sido los productores de la mayor parte de las emisiones de GEI, comparativamente son los países en vías de desarrollo los que deben realizar mayores esfuerzos para limitar el aumento de sus emisiones[45].

El objetivo de ayudar a los países en desarrollo en el combate mundial contra el cambio climático ha supuesto que la UE haya «desplegado, a través de su propia política de cooperación al desarrollo, toda una serie de iniciativas, bilaterales o de carácter multilateral»[46]. El marco del que se servía la UE en este ámbito derivaba de la propuesta realizada por la Comisión en 2003, por el que se instauraba el Plan de Acción contra el cambio climático en el contexto de la cooperación al desarrollo[47]. La ayuda europea para que los países citados puedan adaptarse y hacer frente a las consecuencias del cambio climático consistía en colaborar en la preparación de los Programas Nacionales de Adaptación por medio de diversos instrumentos financieros.

Para llevar a cabo la propuesta de la UE, debía alcanzarse un acuerdo internacional lo más amplio posible, puesto que «Europa puede contribuir a ralentizar el cambio climático, pero no puede hacerlo sola»[48]. En este sentido, en la cumbre de junio de 2007 del G8 —a la que fueron invitados China, India, Brasil, México y Sudáfrica— y cuya presidencia anual correspondía a

---

[44] Jovanovic, M. N., *The Economics of European Integration*, Chelttenham (UK), Edward Elgar, 2005, p. 803.

[45] El principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas tiene su origen en la Conferencia de Río de 1992. Su formulación se fundamenta en tres argumentos principales: los países en vías de desarrollo desempeñan un papel muy importante en la consecución de los objetivos ambientales acordados en los tratados internacionales; los países industrializados tienen una «obligación moral» de proporcionar asistencia financiera y técnica a los países en vías de desarrollo; los intereses de los países en vías de desarrollo suelen ser distintos a los de los países industrializados, que son los que normalmente se imponen en la agenda internacional. Borrás Pentinant, S., «Análisis jurídico del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas», *Revista Seqüência*, 2004, núm. 49, p. 159.

[46] Pérez de las Heras, B., «La Unión Europea...», *op. cit.*, p. 133.

[47] Comisión Europea, Comunicación de 11 de marzo de 2003, *Cambio climático en el contexto de la cooperación al desarrollo*, COM (2003) 85 final.

[48] Enrique de Ayala, J., «¿Aniversario feliz? La construcción europea cumple 50 años», *Política Exterior*, 2007, vol. XXI, núm. 116, p. 13.

Alemania, la canciller Angela Merkel inició los contactos preparatorios para un tratado que debiera sustituir al Protocolo de Kioto cuando este expirase a finales de 2012. La propuesta presentada por Merkel no era otra que la estrategia de la UE para combatir el cambio climático. La idea central expuesta consistió en reducir globalmente las emisiones de GEI hasta el 50 por 100 en 2050, lo cual fue acogido favorablemente por Canadá, Japón y los países invitados, pero recibió el rechazo de Estados Unidos, partidarios de que cada país fijase sus propios límites[49].

En septiembre de 2007 la UE propuso lanzar una alianza mundial con los países en desarrollo más expuestos al cambio climático, con el fin de ayudarles a prepararse para este reto[50]. En concreto, la UE trata de ayudar a los países que resultarán más afectados por el cambio climático, en particular los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo, que no tienen recursos suficientes para prepararse y adaptarse a los cambios actuales. La UE coincidía en esta cuestión con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), cuyo informe de 2007 destacó que, si bien los países más pobres no tienen responsabilidad por la deuda ecológica que están acumulando los países desarrollados, son los que se enfrentan a los costos humanos más graves e inmediatos[51]. Como se ve, los países de la UE demostraban ser conscientes «de que son los países desarrollados los que deben realizar un mayor esfuerzo de reducción de GEI de forma que moralmente sea legítimo ejercer presión sobre el resto de países para que asuman también compromisos de reducción»[52].

A finales de año, el Consejo Europeo aprobaba la alianza mundial para hacer frente al cambio climático[53]. En esta misma reunión, el Consejo Europeo, tras recordar que el desarrollo sostenible es un objetivo fundamental de la UE, acogió favorablemente el primer informe de etapa elaborado por la Comisión sobre la Estrategia europea para un desarrollo sostenible renovada. En él, la Comisión hizo público que para 2010 la UE-15 habría reducido las emisiones de GEI en un 7,4 por 100 en comparación con 1990, cerca del objetivo de reducción del 8 por 100 para 2012. Esos buenos datos posibilitaban

---

[49] La postura estadounidense contrastaba claramente con la europea pues los norteamericanos se negaban a obligarse jurídicamente respecto de reducciones de emisiones a largo plazo. Además, desde Estados Unidos se temía que en caso de aceptar un compromiso internacional de ese tipo sus empresas perdiesen competitividad frente a las de los países emergentes. De ahí su afán por incluir en cualquier solución a países como China, India o Brasil. Fernández Egea, R. M. y Sindico, F., «El papel de la UE en la lucha contra el cambio climático: ¿Líder en la política climática global?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, núm. 14, p. 3.

[50] Comisión Europea, Comunicación de 18 de septiembre de 2007, *Creación de una alianza mundial para hacer frente al cambio climático entre la Unión Europea y los países en desarrollo pobres más vulnerables al cambio climático*, COM (2007) 540 final.

[51] En su propuesta de lucha contra el cambio climático, el PNUD insistió en que los países desarrollados reduzcan sus emisiones de GEI en al menos el 80 por 100 hasta el año 2050 respecto de los niveles de 1990. Véase PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2007/2008. La lucha contra el cambio climático*, Nueva York, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2007.

[52] Fernández Egea, R. M. y Sindico, F., *op. cit.*, p. 6.

[53] Consejo Europeo de Bruselas de 13 y 14 de diciembre de 2007 - Conclusiones de la Presidencia, 16616/1/07, REV 1, CONCL 3.

a la UE tratar de liderar la acción climática y especialmente las negociaciones que ese mismo año se iniciarían en la COP13 de Bali, con vistas a aprobar un acuerdo internacional vinculante que sustituyese al Protocolo de Kioto.

3. LAS NEGOCIACIONES PARA UN ACUERDO POST-KIOTO

3.1. Liderazgo europeo hasta Copenhague

Como ya se ha dicho, entre los impulsores de la adopción del Protocolo de Kioto se encontraban los Estados miembros de la UE, la cual ha sido desde su firma una de las principales defensoras del mismo. Además, finalmente Estados Unidos no ratificó el Protocolo de Kioto y pasó a protagonizar un papel secundario en las negociaciones internacionales, lo que dejó a la UE como la potencia que lideró en el comienzo del siglo XXI la lucha internacional contra el cambio climático. Lo ha demostrado con el desarrollo en este ámbito de la política medioambiental europea, y a través de diferentes programas, la adopción de normativa específica y de numerosos instrumentos dirigidos a reducir las emisiones contaminantes, incluyendo la política energética[54]. Del mismo modo, en el contexto internacional, la UE presentó las propuestas con mayor nivel de compromiso entre las economías más avanzadas a la hora de lograr un nuevo acuerdo vinculante que sustituyese al Protocolo de Kioto, tratando de agrupar en torno al mismo también a los países en vías de desarrollo.

Las negociaciones se iniciaron en la COP13, celebrada en diciembre de 2007 en Bali. Durante toda la Conferencia destacó la postura enfrentada entre la UE y Estados Unidos. Mientras que la UE sugirió establecer un objetivo consistente en limitar las emisiones en un margen de entre el 25 al 40 por 100 para 2020 respecto de los niveles registrados en 1990, los norteamericanos se oponían firmemente a la inclusión de ningún porcentaje de reducción. La presidencia de la Conferencia, siguiendo lo recogido en el Cuarto Informe del IPCC[55], propuso una reducción del 50 por 100 de las emisiones contaminantes para 2050, en la que quedaba implícita la propuesta europea.

La Conferencia de Bali finalizó con la adopción del Plan de Acción de Bali[56], un plan de trabajo para definir compromisos cuantitativos de reducción de emisiones de GEI más allá del año 2012, que se debían negociar a lo

[54] Desde la entrada en vigor del Protocolo de Kioto, la UE ha sabido aprovechar las oportunidades y atender sus obligaciones para aumentar su presencia en la lucha contra el cambio climático, liderando la actividad internacional en este ámbito por derecho propio y con la autoridad moral que le da ser la única región del mundo que ha adoptado disposiciones legales específicas para reducir sus emisiones y los mecanismos necesarios para aplicarlas. GUSEV, A. S., «Climate Change Issues in a Transatlantic Context», *L'Europe en formation*, 2011, núm. 360, p. 81.

[55] IPCC-Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático, *Cuarto informe de evaluación del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC)*, París, 2007.

[56] NACIONES UNIDAS, «Decisión 1/CP.13 - Plan de Acción de Bali», contenido en el *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 13.º periodo de sesiones, celebrado en Bali del 3 al 15 de diciembre de*

largo de 2009. Dado que no se especificó la reducción de emisiones a realizar, de modo que los países desarrollados deberían acometer reducciones con base en sus capacidades, el documento pareció beneficiar la actitud de Estados Unidos. Además, ante la queja norteamericana de la no inclusión de países emergentes como China e India en las obligaciones del Protocolo de Kioto, se exhortó a los países en vías de desarrollo a disminuir sus emisiones. En todo caso, el acuerdo «supone un hito histórico en la medida en que se alcanza por unanimidad: los países en desarrollo asumen la necesidad de realizar esfuerzos, vinculados a la transferencia de recursos y capacitación, mientras que Estados Unidos asume un proceso multilateral de adopción de acuerdos» [57].

En diciembre de 2008 tuvo lugar en Poznan (Polonia) la COP14, una conferencia donde primaron los debates y decisiones de carácter técnico para preparar las difíciles negociaciones que se esperaban en 2009, cuando se preveía la adopción de un nuevo acuerdo. Visto que sería un foro de debates preparatorios, la UE acudió aportando nuevamente las líneas estratégicas de su estrategia de 2007. Asimismo, la UE solicitó un acuerdo sobre un programa de trabajo claro que orientase las negociaciones en 2009; un estudio global sobre cómo mejorar y reforzar el Protocolo de Kioto; y una decisión firme sobre cómo hacer funcionar lo antes posible el Fondo de Adaptación de Kioto para los países en vías de desarrollo. Precisamente, la puesta en marcha del Fondo de Adaptación fue acordada en la COP14. No obstante, fueron los países en desarrollo los que más frustrados se mostraron al considerar que las deliberaciones se estaban desviando de algunos principios básicos, entre ellos la equidad y el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas, que establecía que todos los países debían actuar de manera acorde con sus circunstancias y recursos. Aun así, China, India, México y Brasil presentaron planes contra el cambio climático.

Durante 2009, la UE fue manifestando en cada reunión de las autoridades estatales su intención de liderar a los países industrializados en la búsqueda de dicho acuerdo mundial. Así, en marzo el Consejo Europeo hizo público «su empeño en desempeñar un papel de relieve para lograr en diciembre de 2009 en Copenhague un acuerdo mundial y completo en materia de cambio climático para limitar el calentamiento mundial por debajo de los 2 ºC» [58]. La institución consideró que dicho objetivo requería crear un mercado mundial del carbono, con un mecanismo para un desarrollo limpio reformado, para lo que debían adoptarse medidas de mitigación y adaptación, especialmente en los países en desarrollo más vulnerables. Ello exige contar con importantes fuentes de financiación internas y externas, tanto privadas como públi-

---

2007 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 13.º periodo de sesiones (FCCC/CP/2007/6/Add.1), de 14 de marzo de 2008, pp. 3-7.

[57] Camarero Rodríguez, F., «Bali y el largo camino del Protocolo de Kioto», *Seguridad y Medio Ambiente*, 2008, núm. 109, p. 56.

[58] Consejo Europeo de Bruselas de 19 y 20 de marzo de 2009 - Conclusiones de la Presidencia, 7880/09 REV1, p. 10.

cas, y en este sentido el Consejo Europeo manifestó que la UE asumiría la parte que le corresponda de la financiación de estas medidas en países en desarrollo.

En junio, el Consejo Europeo volvía «a hacer un llamamiento a todas las partes para que cooperen para llegar a un acuerdo ambicioso y completo en la Conferencia de Copenhague», recordando que la UE estaba «dispuesta a desempeñar un papel destacado en este proceso», sirviendo de ejemplo el hecho de que había «intensificado su diálogo bilateral sobre cambio climático con socios internacionales clave, por ejemplo en las recientes cumbres con Canadá, China, Estados Unidos, Japón, la República de Corea y Rusia»[59]. Poco después, en octubre de ese mismo 2009, la institución determinó la postura de la UE para la COP15[60] para contribuir a lograr un acuerdo jurídicamente vinculante sobre la base del Protocolo de Kioto y que rigiese a partir de enero de 2013. La UE mantenía como objetivo propio una reducción del 20 por 100 de sus emisiones de GEI para 2020 en comparación con los niveles de 1990, que podría ser del 30 por 100 siempre que los demás países desarrollados se comprometiesen a reducciones comparables y los países en desarrollo a una reducción acorde a sus responsabilidades y capacidades. Junto al mismo, recogía el objetivo a largo plazo ya propuesto por el IPCC de una reducción de las emisiones en todo el planeta del 50 por 100 para 2050, así como que a este respecto los países desarrollados llegasen en dicho plazo a una reducción conjunta de entre el 80 y el 95 por 100.

El Consejo Europeo insistía asimismo en la necesidad de lograr en Copenhague un acuerdo en materia de financiación, específicamente para permitir a los países en desarrollo aplicar estrategias de mitigación y adaptación ambiciosas. Dicha financiación pública debería ser asumida por todos los países, a excepción de los menos desarrollados, «siguiendo una clave de distribución mundial global basada en los niveles de emisión y en el PIB para reflejar tanto la responsabilidad por las emisiones mundiales como la capacidad de desembolso, atribuyendo un peso considerable a los niveles de emisión»[61]. La UE se mostraba como la primera gran economía en adoptar una ambiciosa reducción de emisiones contaminantes en un momento caracterizado por la grave crisis económica, al tiempo que hacía público la necesidad de un compromiso por parte de los países desarrollados a favor de ayudar a las economías emergentes y en vías de desarrollo. Ello podría servir para que dichos países optasen también por establecer objetivos concretos a alcanzar en 2020[62].

---

[59] Consejo Europeo de Bruselas de 18 y 19 de junio de 2009 - Conclusiones de la Presidencia, 11225/2/09 REV2, p. 11.

[60] Consejo Europeo de Bruselas de 29 y 30 de octubre de 2009 - Conclusiones de la Presidencia, 15265/1/09 REV1.

[61] *Ibid.*, p. 5. A destacar la adición que realiza el Consejo Europeo en la página 7 del texto citado, cuando exige que la financiación de la lucha contra el cambio climático «no socave ni ponga en peligro la lucha contra la pobreza ni la continuidad del avance hacia los Objetivos de Desarrollo del Milenio».

[62] Moussis, N., *EU Environment & Energy Policies: two interwoven legislative areas*, European Study Service, Rixensart (Bélgica), 2009, pp. 70-71.

Sin embargo, durante las semanas previas al inicio de la COP15 se comenzó a considerar poco probable que en Copenhague se adoptase un texto vinculante. La propia Comisión instó a los países desarrollados que habían presentado propuestas con objetivos modestos a que los mejorasen y retocó el objetivo de la UE de modo que este consistiría en «avanzar al máximo en la consecución de un tratado completo y lograr un acuerdo político ambicioso y global que incluya todos sus elementos esenciales (del Protocolo de Kioto)»[63]. En un contexto de crisis financiera, con un periodo previo de fuerte crecimiento de las emisiones de las economías emergentes, así como la coincidencia de sus intereses con los de Estados Unidos, «la propuesta de profundización en el modelo europeo con base en reducciones absolutas sobre la línea de 1990 se veía como incompatible con el mantenimiento de la competitividad de la economía»[64].

La COP15 se desarrolló en Copenhague entre el 7 y el 18 de diciembre de 2009 con el objetivo principal de lograr un acuerdo mundial para suceder al Protocolo de Kioto, es decir, un texto jurídicamente vinculante para la reducción de las emisiones de GEI que debiera de entrar en vigor a partir del 1 de enero de 2013. Desde Naciones Unidas se apostaba por seguir las recomendaciones del IPCC al objeto de frenar en 2 ºC la subida del calentamiento global, consistentes en reducir las emisiones entre un 25 por 100 y un 40 por 100 para 2020 con respecto a los niveles de 1990, llegando a una reducción de entre el 50 por 100 y el 80 por 100 para 2050. No obstante, ante las poco ambiciosas propuestas de buena parte de los países industrializados, con Estados Unidos a la cabeza, y de los todavía considerados en desarrollo y cada vez más contaminantes, como China e India, Naciones Unidas rebajó sus expectativas de éxito a la consecución de un acuerdo político que permitiese extender por un año más las negociaciones de cara a lograr un tratado vinculante que frene el calentamiento global[65].

Durante la reunión se volvieron a evidenciar las diferencias entre la UE y Estados Unidos, especialmente en lo que se refiere a la definición de las responsabilidades concretas de cada Estado. *A priori,* parecía que podrían darse positivos resultados ante el cambio de actitud de Estados Unidos tras la llegada de Barack Obama a la presidencia[66]. Sin embargo, la presión ejercida por agentes y actores internos contrarios a asumir compromisos inter-

---

[63] Comisión Europea, nota de prensa de 2 de diciembre de 2009, *Necesidad de un acuerdo mundial, ambicioso y completo en la Conferencia de Copenhague para evitar un cambio climático peligroso* (IP/09/1867), p. 2. Este texto se completó con el memorando presentado en la misma fecha, *The Copenhagen climate conference: key EU objectives*, MEMO/09/534.

[64] Corti Varela, J., *op. cit.,* p. 7.

[65] Lo cierto es que las únicas propuestas que aportaban vías para lograr una reducción global que posibilitase limitar a 2 ºC el aumento del calentamiento de la temperatura del planeta eran, además de la europea, la de Japón (reducción de emisiones del 25 por 100 con respecto a 1990) y la de Rusia (entre 22 y 25 por 100). Lázaro Touza, L., «Cambio climático: frenazo en Copenhague; próxima estación: México 2010 (COP16)», *ARI-Análisis del Real Instituto Elcano*, 2010, núm. 9, p. 10.

[66] Estados Unidos llevó a Copenhague una previsión de reducción progresiva de sus emisiones: 17 por 100 para 2020, 30 por 100 para 2025, 42 por 100 para 2030 y 83 por 100 para 2050. Ahora bien, el año de referencia era 2005, no 1990.

nacionales en la materia, supusieron que «si bien Obama procuró mostrarse cooperativo con la UE, el liderazgo entre ambos actores se volvió un juego de suma cero» [67]. Lo cierto es que las negociaciones pusieron de manifiesto las dificultades de Estados Unidos para comprometerse a una cifra específica en la reducción de emisiones, las reticencias de China e India a la limitación del ritmo en que aumentaban las suyas, así como la falta de consenso sobre la creación de un mecanismo para verificar el cumplimiento de los compromisos y la cuantía de la financiación para mitigación y adaptación en los países menos desarrollados.

La Conferencia finalizó con la adopción de un acuerdo de mínimos promovido conjuntamente por Estados Unidos y los países del entonces formado grupo BASIC (Brasil, Sudáfrica, India y China). La UE no estaba entre los promotores pues, como evidenciaban sus compromisos, pretendía un acuerdo mucho más ambicioso [68]. Desgraciadamente, el hecho de no estar en esa primera línea de negociación supuso «correr el riesgo de convertirse en un actor de segunda categoría» [69]. El de Copenhague fue un acuerdo no vinculante y no adoptado oficialmente del que «toman nota» las Partes en la Conferencia [70]. El Acuerdo de Copenhague mantuvo el objetivo de limitar a 2 ºC la subida del calentamiento global para 2050, para lo que reconoció la necesidad de reducir en profundidad las emisiones de GEI globales de acuerdo con lo establecido por el Cuarto Informe del IPCC; sin embargo, no se estableció ningún límite concreto de emisiones a los países. Cabe afirmar que «el Acuerdo de Copenhague suponía exactamente el tipo de acuerdo que la UE hubiera querido evitar» [71].

Llamativamente, habiendo sido uno de los mayores impulsores del acuerdo en Copenhague, tras el fracaso de la COP15 la UE sufrió cierta marginación en las negociaciones internacionales y no fue hasta 2012 que comenzó a recuperar su capacidad de influencia [72]. Como se verá a continuación, la opción europea consistió en acomodarse a la nueva realidad, asumir un papel secundario y tratar de lograr acuerdos de mínimos asumibles por el mayor número de países en el camino hacia un nuevo acuerdo jurídicamente vinculante.

---

[67] Bueno Rubial, M. P., «El Acuerdo de París: ¿una nueva idea sobre la arquitectura climática internacional?», *Relaciones Internacionales*, 2016, núm. 33, p. 86.

[68] Esta idea también puede expresarse de otra manera pues, aunque la UE acudió a la COP21 «con una propuesta innovadora y valiente contra el cambio climático, sufrió una fuerte humillación al ser relegada y aislada de las negociaciones lideradas por Estados Unidos y los países BRIC (menos Rusia) para redactar el Acuerdo de Copenhague». Ruiz Campillo, X., *op. cit.*, p. 108.

[69] Alvares García, A., «Nuevos desarrollos en materia de acción climática», en Giles Carnero, R. (coord.), *Desafíos de la Acción Jurídica Internacional y Europea frente al Cambio Climático*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 30.

[70] Naciones Unidas, «Decisión 2/CP.15 - Acuerdo de Copenhague», contenido en el *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 15.º periodo de sesiones, celebrado en Copenhague del 7 al 19 de diciembre de 2009 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 15.º periodo de sesiones* (FCCC/CP/2009/11/Add.1), de 30 de marzo de 2010, pp. 4-11. El acuerdo no se adoptó por consenso por la oposición de cinco de los 192 participantes (Venezuela, Nicaragua, Cuba, Bolivia y Sudán).

[71] Costa, O., *op. cit.*, p. 34.

[72] Oberthür, S., *op. cit.*, p. 679.

3.2. Perfil bajo de la UE en el camino hacia Kioto II

Siguiendo lo recogido en el Acuerdo de Copenhague, la Comisión notificó oficialmente a finales de enero de 2010 sus objetivos en materia de reducción de emisiones de GEI para 2020, que se correspondían con lo que la UE había propuesto en la Conferencia[73]: compromiso unilateral de reducir las emisiones globales en el 20 por 100 con respecto a los niveles de 1990 y oferta condicional de llevar esa reducción al 30 por 100, siempre que otros grandes países emisores asuman la parte que les corresponde en el esfuerzo global de reducción. Lo cierto es que la UE debería de haber adoptado como compromiso unilateral la reducción de emisiones del 30 por 100, sin vincularla a que los demás países realizasen propuestas similares, lo que hubiese reforzado el liderazgo de Europa en la lucha global contra el cambio climático.

Poco después, la Comisión hacía pública una estrategia para fortalecer los esfuerzos internacionales en la lucha contra el cambio climático y para el logro de un nuevo acuerdo jurídicamente vinculante[74]. La Comisión entendía que la UE debía presionar por medio de una proyección exterior activa que genere confianza para la consecución de un pacto mundial, concienciando a todos los países de la necesidad de adoptar medidas en función de sus posibilidades. Se trataba, en cierta manera, de mantener la relevancia del papel jugado por la UE en la gobernanza global del cambio climático, por medio de «un liderazgo direccional marcado por el ejemplo dado, los sacrificios hechos y los valores defendidos»[75]. La UE debía mostrarse como el referente en las medidas adoptadas contra el cambio climático y, específicamente, en la reducción de las emisiones contaminantes, y convencer así a los países industrializados todavía reacios, así como a los países emergentes, cada vez más contaminantes, y a los países en vías de desarrollo. Para ello, la Comisión animaba a aumentar el porcentaje de reducción de emisiones para 2020 del 20 al 30 por 100, comprometiéndose a realizar un análisis de las políticas concretas a desarrollar para lograrlo, así como a definir el camino a seguir para que la UE se convirtiese en una economía de baja emisión de carbono antes de 2050.

Para desarrollar dicha estrategia, la UE adoptó un nuevo punto de vista con el fin de impulsar una lucha eficaz contra el cambio climático y tratar de agrupar a la mayoría de países en torno a dicho objetivo, que consistía en vincular la batalla contra el calentamiento global con la seguridad de abastecimiento energético, materia que la mayoría de los países atiende en térmi-

---

[73] Comisión Europea, nota de prensa de 28 de enero de 2010, *Cambio climático: la Unión Europea notifica los objetivos de la UE en materia de reducción de las emisiones en respuesta al Acuerdo de Copenhague*, IP/10/97.

[74] Comisión Europea, Comunicación de 9 de marzo de 2010, *La política climática internacional posterior a Copenhague: una intervención inmediata para reactivar la lucha global contra el cambio climático*, COM (2010) 86 final.

[75] Lázaro Touza, L., «El papel de la Unión Europea en la gobernanza global en materia climática», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2011, núm. 45, p. 144.

nos exclusivamente nacionales[76]. Precisamente, la dependencia externa de la UE en materia energética le ha obligado a que la seguridad de abastecimiento se haya convertido en objetivo prioritario de la política europea de energía y, como consecuencia, «la eficiencia energética, el desarrollo de energías alternativas y la innovación tecnológica destacan como apuestas estratégicas esenciales»[77]. Como se ve, la apuesta por fortalecer y desarrollar las energías renovables tenía un doble objetivo, pues se pretendía mejorar la seguridad y fiabilidad del abastecimiento energético, al tiempo que quedaba claro, «más que nunca, que el desarrollo de los recursos energéticos renovables en Europa es un factor fundamental en la batalla contra el cambio climático»[78]. Tras el fracaso de Copenhague, la UE iba a tratar de reforzar su papel en las negociaciones climáticas con dicha nueva visión.

Desde la UE se admitía que la consecución del anhelado acuerdo vinculante que sustituyese al Protocolo de Kioto no se lograría en breve plazo. Cuando en octubre de 2010 el Consejo Europeo fijó la propuesta que llevaría la UE a la COP16 de Cancún[79], seguía apostando por un compromiso de reducción de emisiones GEI del 30 por 100, siempre como parte de un acuerdo global para el periodo posterior a 2012. No obstante, el Consejo Europeo asumía que el acuerdo no se lograría en la Conferencia de Cancún, por lo que mostraba su deseo de que la reunión constituyese un paso intermedio significativo que facilitase el logro de dicho acuerdo. Es más, el Consejo Europeo confirmó la voluntad de la UE de estudiar la posibilidad de un segundo periodo de compromiso en el contexto del Protocolo de Kioto. En cierta manera, Europa reconocía que los intereses conjuntos de Estados Unidos y China determinarían la dirección de las negociaciones en Cancún, con un resultado similar al de Copenhague, reconociendo al mismo tiempo que su capacidad de liderazgo en la acción climática había quedado un tanto debilitada.

La propuesta de un segundo periodo de compromisos en el marco del Protocolo de Kioto generó dos grupos enfrentados durante los debates de la COP16 celebrada en diciembre. Por un lado, aquellos que se mostraban a favor del mismo, liderados por la UE y entre los que se encontraban influyentes economías emergentes como Brasil y China. Por otro lado, los que se negaban a extender la vigencia del Protocolo, entre los que se encontraban

---

[76] Isbell, P. y Steinberg, F., «Key Strategic Decisions for Europe in Energy and Climate Change, *ARI-Análisis del Real Instituto Elcano,* 2010, núm. 76, p. 2.

[77] Pérez de las Heras, B., «Las políticas de seguridad energética en la Unión Europea y los Estados Unidos: desafíos globales y compromisos comunes en la transición hacia un modelo energético más sostenible», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2014, núm. 47, p. 15.

[78] Comisión Europea, Comunicación de 24 de abril de 2009, *Informe de avance sobre la energía procedente de fuentes renovables*, COM (2009) 192 final, p. 11. Aún más, desde entonces, «las energías renovables constituyen una pieza fundamental de las políticas energéticas más recientes aprobadas en el nivel europeo, posibilitando una orientación ambiental de las mismas, en el marco más amplio de una estrategia internacional de lucha contra el cambio climático». Mora Ruiz, M., «La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿Un sector en crisis?», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2014, núm. 32, p. 40.

[79] Consejo Europeo de Bruselas de 28 y 29 de octubre de 2010 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 25/10.

países que hasta entonces se habían mostrado favorables al acuerdo, como Japón, Canadá y Australia. Para estos el alcance del Protocolo era limitado, teniendo en cuenta que los países más contaminantes no lo habían ratificado o no estaban obligados por el mismo. Para tratar de acercar posturas, la UE presentó una propuesta elaborada con los pequeños países insulares por la que se pedía que en la siguiente COP se presentase un instrumento legalmente vinculante bajo la CMNUCC, de modo que todos los países de la Convención quedarían comprometidos, al margen de que no hubiesen ratificado o no estuviesen obligados por el Protocolo de Kioto.

La Conferencia finalizó con la aprobación de los Acuerdos de Cancún[80]. Por un lado, en cuanto a los países en desarrollo, se reforzaron los compromisos financieros presentados en Copenhague. Por otro, se atendieron las demandas de los países industrializados, como la de Estados Unidos, de lograr la transparencia en la reducción de las emisiones de las potencias emergentes —especialmente China—, o la de Japón de englobar en el acuerdo a los grandes países contaminantes que quedaban fuera de los compromisos de Kioto por diferentes razones, como era el caso de China, India o Estados Unidos. Finalmente, aunque sin concretarse, se asumió la prórroga de Kioto antes de 2012, cuando expiraba su periodo de cumplimiento. Desde la UE se consideró un paso importante hacia un marco global vinculante de acción climática para el periodo posterior a 2012, representando un compromiso equilibrado entre diferentes intereses dentro del sistema de Naciones Unidas[81]. Aunque lo acordado en Cancún supuso un refrendo de la estrategia europea a favor de una alianza mundial en la lucha contra el cambio climático en la que participen todos los países, seguían si ser adoptados compromisos de obligado cumplimiento como pretendía la UE.

Por ello, la UE modificó su estrategia en materia de diplomacia climática de cara a la siguiente COP, celebrada en la ciudad sudafricana de Durban, de modo que «dejó de insistir en llevar un modelo propio para sentarse a negociar, de forma proactiva, coaliciones y alianzas de un modo inverso al que había utilizado» con anterioridad[82]. Además, la UE logró que las negociaciones se centrasen en torno a un acuerdo para alargar la vigencia del Protocolo de Kioto hasta 2020. Junto a la UE, destacó China como defensora de dicho segundo periodo de vigencia para el Protocolo. El problema es que China, considerada aún como país en desarrollo, era ya el mayor contaminante del planeta, y junto a economías emergentes altamente industrializadas como Brasil e India (también grandes contaminantes) estaban excluidas de las obli-

---

[80] Naciones Unidas, «Decisión 1/CP.16 - Acuerdos de Cancún», contenido en el *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 16.º periodo de sesiones, celebrado en Cancún del 29 de noviembre al 10 de diciembre de 2010 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 16.º periodo de sesiones* (FCCC/CP/2010/7/Add.1), de 15 de marzo de 2011.

[81] Comisión Europea, nota de prensa de 11 de diciembre de 2010, *European Union welcomes Cancún Agreement as important step towards global framework for climate action*, IP/10/1699.

[82] En lugar de aspirar a un acuerdo al que se sumaran sin más los demás países, la UE «comenzó a tejer consensos primero con los emergentes, luego con los menos desarrollados y finalmente con los socios más cercanos». Corti Varela, J., *op. cit.*, p. 9.

gaciones de reducción de emisiones del Protocolo. No obstante, como inicio de su creciente protagonismo en la acción climática, China presentó notables compromisos de reducción de emisiones [83].

Por el contrario, Estados Unidos se posicionó en contra de un segundo periodo de vigencia del Protocolo de Kioto, acuerdo que seguía negándose a firmar aún tratándose del segundo mayor contaminante (había sido superado ya por China). Estados Unidos no se negaba a un nuevo acuerdo global, pero no deseaba iniciar negociaciones antes de 2015, y exigía que se tratase de un texto que vinculase también a los países en desarrollo y especialmente a las denominadas economías emergentes. Ante ello, la UE trató de mostrar una postura enérgica, vinculando su firma para la renovación del Protocolo de Kioto a la adopción de un plan que exigiese un mandato para comenzar las negociaciones de un acuerdo global y vinculante que incluyese a los países más contaminantes, fuesen desarrollados o emergentes. A favor de la propuesta europea se pronunciaron más de 120 países, entre ellos los africanos, los pequeños países insulares y los menos desarrollados.

La COP17 de Durban finalizó con la adopción de una serie de acuerdos que pueden englobarse en tres relevantes ámbitos [84]. En primer lugar, se aprobó iniciar el proceso para elaborar «un protocolo, otro instrumento jurídico o una conclusión acordada con fuerza legal», con el objetivo de limitar el aumento medio de las temperaturas a 2 ºC, que debería estar finalizado a más tardar en 2015 y debería entrar en vigor en 2020. En segundo lugar, se aprobó un segundo periodo de vigencia del Protocolo de Kioto (conocido como Kioto II), que debía iniciarse en enero de 2013 y cuyas concreciones quedaron pendientes para la siguiente Conferencia. Finalmente, se reforzó la ayuda financiera a los países en desarrollo más vulnerables al cambio climático al ponerse en marcha el Fondo Verde para el Clima, aprobado en Cancún. Como cabe apreciar, la UE logró influir notoriamente en los acuerdos finales de la reunión, si bien es cierto que las propuestas europeas ya habían tenido presente lo difícil de lograr objetivos más ambiciosos y sus contenidos eran asumibles por países reacios a profundizar en una lucha contra el cambio climático más activa. En cierta manera, la COP17 supuso «un espaldarazo a los esfuerzos diplomáticos europeos, aun siendo claramente insuficiente para frenar el cambio climático» [85].

---

[83] El objetivo presentado por China consistía en la reducción de entre el 40 y el 45 por 100 de sus emisiones de CO_2 por unidad de PIB para 2020 tomando como referencia los datos de 2005 (ya las había reducido el 20 por 100 hasta 2010). Ahora bien, al estar la propuesta ligada al progreso de su economía, y debido al rápido desarrollo del país, sus emisiones seguirían aumentando, aunque a menor ritmo. En todo caso, su propuesta incluía el objetivo de que el 15 por 100 de su energía provenga de fuentes renovables para 2020 y el incremento de su superficie forestal.

[84] Naciones Unidas, «Decisión 1/CP.17 - Plataforma de Durban para una acción reforzada», contenido en el *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 17.º periodo de sesiones, celebrado en Durban del 28 de noviembre al 11 de diciembre de 2011 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 17.º periodo de sesiones* (FCCC/CP/2011/9/Add.1), de 15 de marzo de 2012, pp. 2-4.

[85] Lázaro Touza, L., «Durban (COP17): resucitando el Protocolo de Kioto y retrasando la acción global hasta 2020», *ARI-Análisis del Real Instituto Elcano*, 2012, núm. 19, p. 2.

La siguiente Conferencia, que tuvo lugar en Doha (Qatar) entre noviembre y diciembre de 2012, se centró en asegurar la puesta en marcha de lo decidido en Durban. Así, se adoptó el acuerdo conocido como «Puerta Climática de Doha», que incorporó enmiendas al Protocolo de Kioto por las que quedaba establecido formalmente el comienzo de su segundo periodo de compromisos, a partir del 1 de enero de 2013, y que estaría vigente hasta el 31 de enero de 2020[86]. No obstante, tras la retirada del Protocolo de Japón, Canadá y Nueva Zelanda únicamente quedaban obligados durante el periodo de prórroga la UE, Australia, Noruega, Islandia, Croacia, Kazajistán, Liechtenstein y Mónaco, países que en conjunto solo suponían el 15 por 100 de las emisiones mundiales[87].

Como se ve, el objetivo establecido en Bali cinco años atrás de adoptar un acuerdo mundial jurídicamente vinculante que sustituyese al Protocolo de Kioto seguía sin cumplirse; no obstante, se estableció un compromiso por parte de todos los países para que en mayo de 2015 estuviese preparado un borrador de acuerdo climático vinculante —para su aprobación en diciembre de ese año en la COP de París—, si bien seguía sin determinarse si debería tratarse de «un protocolo, otro instrumento legal o un acuerdo con fuerza legal dentro de la Convención»[88]. En todo caso, en Doha se puso de manifiesto que «quince años después de la firma del protocolo (de Kioto), los países industrializados siguen manteniendo posturas irreconciliables en sus políticas climáticas»[89]. Ahora bien, la asunción por parte de todos de que sería ineludible aprobar en 2015 un acuerdo vinculante que los sustituyese, supuso que «en Doha se inició una nueva etapa de las negociaciones del clima»[90].

Vistos los debates y los acuerdos alcanzados, la consideración del papel de la UE en las negociaciones climáticas tras el fracaso de Copenhague lleva a dos conclusiones que podrían parecer contradictorias. Por un lado, es indudable que la UE mantenía un papel relevante en la batalla contra el cambio climático, hasta el punto de que presentaba argumentos para llevarle al liderazgo en la escena internacional: en primer lugar, el hecho de que la política climática, como elemento fundamental para el desarrollo sostenible, se hu-

---

[86] Naciones Unidas, «Decisión 1/CMP.18 - Enmienda al Protocolo de Kioto de conformidad con su art. 3, párr. 9 (Enmienda de Doha)», contenido en el *Informe de la Conferencia de las en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto sobre su 18.º periodo de sesiones, celebrado en Doha del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2012 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 18.º periodo de sesiones* (FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1), de 28 de febrero de 2013, pp. 2-14.

[87] Tras la Enmienda de Doha al Anexo B del Protocolo de Kioto, los objetivos de reducción de emisiones con respecto a 1990 quedaron como sigue: Ucrania, 24 por 100; Mónaco, 22 por 100; UE-28 e Islandia, 20 por 100; Noruega y Liechtenstein, 16 por 100; Suiza, 15,8 por 100; Bielorrusia, 12 por 100; Kazajistán, 5 por 100; Australia (año de referencia, 2000), 0,5 por 100.

[88] Naciones Unidas, «Decisión 2/CP.18 - Promoción de la Plataforma de Durban», contenido en el *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 18.º periodo de sesiones, celebrado en Doha del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2012 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 18.º periodo de sesiones* (FCCC/CP/2012/8/Add.1), de 15 de marzo de 2013, pp. 2-4.

[89] Contreras, D., *op. cit.*, p. 68.

[90] Fernández Egea, R. M. y Torres Camprubí, A., «Crónica de Derecho Internacional del Medio Ambiente (enero-diciembre 2012)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 2013, núm. 25, p. 5.

biese convertido en objetivo del proceso de integración europea en general; en segundo lugar, la postura de la UE de vincular la seguridad energética con el desarrollo sostenible, lo que había reforzado la relevancia de la agenda climática; en tercer lugar, la importancia otorgada por la UE al multilateralismo como requisito para lograr resultados eficaces en la lucha contra el cambio climático[91].

No obstante, tal y como ponía de relieve el propio Kioto II, hay que reconocer que el esfuerzo realizado por la UE, «predicando con el ejemplo, asumiendo obligaciones superiores a las pactadas colectivamente», no resultaba equiparable a la relevancia de los acuerdos logrados[92]. Es más, la UE había quedado prácticamente como la única valedora de la pervivencia del sistema de obligaciones climáticas que conllevaba el Protocolo de Kioto, lo que ponía de relieve que «el liderazgo climático había quedado desplazado hacia el eje conformado por China y Estados Unidos, de forma que la posición europea había perdido relevancia como motor de avance del régimen en materia de cambio climático» [93].

El impulso del multilateralismo promovido por la UE es de lo poco positivo que se logró en la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible que había tenido lugar con anterioridad, en junio de 2012, en Río de Janeiro. En efecto, el mayor resultado extraído de la reunión conocida como *Río+20* fue «el reforzamiento de la necesidad e idoneidad de la actuación multilateral a la hora de enfrentarse a retos ambientales globales» [94]. Al margen de ello, apenas hubo avances a pesar de interesantes propuestas debatidas, como la referida a la conversión del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) en una organización internacional. La propuesta, presentada por la UE y apoyada por los países africanos y numerosos asiáticos, fue frontalmente rechazada por países como Estados Unidos, China o Canadá.

4. EL ACUERDO DE PARÍS

4.1. Nuevo protagonismo de la UE en un liderazgo compartido

Tras el fracaso de Copenhague y la ausencia de resultados para lograr un acuerdo sobre un texto jurídico vinculante que sustituyese al Protocolo de Kioto en las Conferencias de Cancún, Durban y Doha, se determinó que las dos siguientes conferencias fueran preparatorias de la que tendría lugar en 2015 en París, al objeto de facilitar el acuerdo entonces. Precisamente, la

[91] Gusev, A. S., *op. cit.,* pp. 84-85.

[92] Alvares García, A., *op. cit.,* p. 31.

[93] 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, p. 197.

[94] Fernández Egea, R. M. y Torres Camprubí, A., *op. cit.,* p. 2.

decisión principal adoptada en la COP19 de Varsovia consistió en el acuerdo para intensificar los trabajos relativos a la Plataforma de Durban en torno a la elaboración de un nuevo protocolo con fuerza legal y que pudiese ser aprobado en la COP21 de 2015.

La propia UE era consciente de su pérdida de liderazgo en la acción climática mundial. Es cierto que la UE había realizado un gran esfuerzo para adoptar una política climática coherente y ambiciosa, la cual podía servir de referente para otros países, así como que había impulsado numerosas iniciativas de ayuda a los países emergentes y en vías de desarrollo, tanto para adaptarse a las consecuencias del cambio climático, como para tomar medidas efectivas para luchar contra dicho fenómeno. No obstante, también se había constatado que «cada vez son más los gobiernos de otras áreas geográficas que consideran que su contribución no es lo suficientemente importante como para merecer la categoría de líder mundial en este ámbito» [95].

Ante dicha situación, la UE optó por actualizar sus propuestas con respecto a las presentadas en anteriores Conferencias, tratando de mostrar una apuesta fortalecida por una acción eficaz en la lucha contra el cambio climático. Lo hizo partiendo de la adopción de estrategias y planes que desde entonces determinan la actuación europea para el logro del desarrollo sostenible. En primer lugar, la Estrategia de Adaptación al Cambio Climático, que tiene por objetivo «situar en un nuevo nivel la preparación de la UE para los efectos actuales y futuros del cambio climático» [96]. Esta estrategia supuso «la aceptación definitiva de la evidencia de que los efectos adversos del cambio climático están en marcha, y de la necesidad de una actuación a tiempo que permita enfrentar los desafíos que esta realidad presenta» [97]. Fundamentales serán también los objetivos fijados en el Séptimo Programa de Acción sobre Medio Ambiente [98], así como especialmente en el Marco de actuación en materia de energía y clima hasta 2030 [99]. A partir de los mismos, la UE presentaría en la reunión de Lima su contribución de cara a la Conferencia de

---

[95] Contreras, D., *op. cit.,* p. 56.

[96] Comisión Europea, Comunicación de 16 de abril de 2013, *Estrategia de Adaptación al Cambio Climático de la UE*, COM (2013) 216 final.

[97] Giles Carnero, R., «La Estrategia de Adaptación al Cambio Climático», en Giles Carnero, R. (coord.), *Desafíos de la Acción Jurídica Internacional y Europea frente al Cambio Climático*, Barcelona, Atelier, 2018, p. 238. La estrategia incluye una aproximación multinivel al tiempo que hace un llamamiento al tratamiento transversal del cambio climático. La autora plantea la duda que sobre la eficacia puede tener el enfoque elegido, pues «la adaptación europea no deja de ser en una parte importante un conjunto de actuaciones nacionales», si bien destaca positivamente la transversalidad, si ello supone que las medidas de adaptación se adopten de manera coherente «en los diferentes sectores y ámbitos implicados, tanto en los sistemas nacionales como en el de la UE». *Ibid.*, p. 239.

[98] Entre los objetivos prioritarios del programa se determinaba, precisamente, el reforzamiento de la eficacia de la UE a la hora de afrontar los desafíos medioambientales y climáticos a nivel internacional. 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», *DOUE* L 354, de 28 de diciembre de 2013.

[99] Comisión Europea, Comunicación de 22 de enero de 2014, *Un marco estratégico en materia de clima y energía para el periodo 2020-2030*, COM (2014) 15 final. Aprobado por el Consejo Europeo de Bruselas de 23 y 24 de octubre de 2014 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 169/14.

París[100]. Ello supondrá un relevante cambio en sus objetivos de reducción de emisiones de GEI, puesto que la UE se comprometió a reducirlas en al menos el 40 por 100 para 2030 en comparación con los niveles de 1990, y llegar a un nivel de reducción de entre el 80 y el 95 por 100 para 2050, y liderar de este modo una reducción global mundial del 50 por 100[101].

Como se ve, la UE daba un paso adelante para servir de ejemplo y liderar la acción climática. Una vez más, la posición de la UE en las negociaciones climáticas resultaba «coherente con una actuación interna que precedía al desarrollo normativo que se solicitaba en la negociación internacional, y al que podía servir de modelo»[102]. Sin embargo, Estados Unidos y China sorprendieron positivamente por sus propuestas. Con anterioridad a la Conferencia de Lima los dos países habían logrado un acuerdo en torno a la reducción de emisiones que fue dado a conocer públicamente de manera conjunta por los presidentes Obama y Xi Jinping, un acuerdo que «permitió desbloquear la diplomacia climática internacional tras dos décadas de desencuentros y sentar las bases para el éxito de la Cumbre del Clima de París»[103]. Por medio del mismo Estados Unidos propuso reducir sus emisiones de GEI en un 26-28 por 100 en 2025 respecto a sus niveles de 2005, mientras que China se fijó el objetivo de disminuir las suyas en cifras absolutas a partir de 2030, y si es posible antes.

Así las cosas, la COP20 celebrada en Lima en diciembre de 2014 finalizó con una decisión similar a la adoptada en Varsovia[104], confirmando que el Grupo de Trabajo sobre la Plataforma de Durban debería completar su labor a fin de que en la próxima conferencia pudiera aprobarse un nuevo protocolo con fuerza legal. De este modo, se acordó que para mayo de 2015 estuviese finalizado un texto de negociación al respecto y, vistas las propuestas europeas, estadounidenses y chinas, se esperaba un resultado positivo en la próxima cumbre de París.

La UE definió en septiembre de 2015 la postura que defendería en la COP21[105], proclamando la necesidad de adoptar en la misma «un acuerdo ju-

---

[100] Consejo de la Unión Europea, documento de 20 de octubre de 2014, *Preparativos del 20.º periodo de sesiones de la Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y del 10.º periodo de sesiones de la Reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto,* Documento 14196/14.

[101] Debe tenerse en cuenta que en el documento en el que se presentó el Marco sobre energía y clima para 2030, la Comisión daba a conocer el grado de cumplimiento del objetivos de reducción del 20 por 100 de las emisiones y las previsiones correspondientes: la UE las había reducido en 2012 en el 18 por 100 con respecto a 1990 y se preveían reducciones del 24 por 100 para 2020 y del 32 por 100 para 2030. Por tanto, la UE era consciente de la necesidad de superar esas previsiones para cumplir con el objetivo de limitar el calentamiento global y emitía una propuesta más acorde con ello.

[102] Giles Carnero, R., «La contribución de la Unión Europea...», *op. cit.,* p. 196.

[103] Olabe Egaña, A., «Tras el Acuerdo de París: elementos para una estrategia de salida de la crisis del clima», *Administración & Ciudadanía (A&C)*, 2016, vol. 1, núm. 2, p. 268.

[104] Naciones Unidas, «Decisión 1/CP.20 - Llamado de Lima para la Acción Climática», contenido en el *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 20.º periodo de sesiones, celebrado en Lima del 1 al 14 de diciembre de 2014 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 20.º periodo de sesiones* (FCCC/CP/2014/10/Add.1), de 2 de febrero de 2015.

[105] Consejo de la Unión Europea, documento de 14 de septiembre de 2015, *Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre los preparativos para la sesión núm. 21 de la Conferencia de las Partes de la Conven-*

rídicamente vinculante ambicioso [...] que sea aplicable a todas las partes [...] y que contenga ambiciosos compromisos de mitigación determinados a nivel nacional», así como que dicho acuerdo «establezca un objetivo de mitigación a largo plazo en consonancia con el objetivo de un aumento inferior a 2 ºC» (de la temperatura media anual). La aportación de la UE fue la ya presentada en Lima, es decir, su objetivo de reducir las emisiones de GEI en al menos el 40 por 100 para 2030.

En las negociaciones, la posición de la UE «se basó en mostrar su capacidad de asumir compromisos climáticos relevantes, como forma de crear confianza y promover la ambición general de las diferentes partes implicadas» en la acción climática[106]. No obstante, ante la postura de Estados Unidos, país que continuaba mostrando pegas a la firma de un nuevo acuerdo, la UE mantuvo su apuesta por un acuerdo sustitutivo del Protocolo de Kioto que fuese vinculante, si bien renunció a que se incluyesen sanciones, al considerar que ello podría disuadir a algunos países a firmarlo. De nuevo observamos aquí una de cal y otra de arena por parte de Europa, pues si hay que alabar la propuesta propia y vinculante de la UE de reducir las emisiones en el 40 por 100, puede parecer excesiva la cesión consistente en la no reclamación de sanciones para los países que no cumplan con los compromisos que ellos mismos presenten.

La COP21 se celebró en París entre el 30 de noviembre y el 11 de diciembre de 2015. Los 195 países participantes adoptaron por consenso el conocido como «Acuerdo de París»[107], un instrumento jurídicamente vinculante y universal. Establece el compromiso, adoptado por todos los países, para reducir las emisiones de GEI con el fin de mantener el aumento de la temperatura media anual por debajo de 2 ºC con respecto a los niveles preindustriales, e incluso a realizar esfuerzos para limitar dicho aumento a 1,5 ºC; así, todos los países firmantes deben presentar planes de mitigación de sus emisiones a partir de 2020 (a diferencia del Protocolo de Kioto, en el que solo los países desarrollados estaban obligados a reducir sus emisiones)[108].

Visto el apoyo que tuvo el Acuerdo de Paris, se subraya especialmente que países que hasta entonces se mostraban reacios en esta cuestión, como Estados Unidos o Rusia y últimamente Canadá o Japón, lo firmasen. En cierta

---

ción Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático y para la sesión núm. 11 de la Reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto - Adopción, Documento 11926/15.

[106] Giles Carnero, R., «Los desarrollos de los Acuerdos de París en la agenda exterior europea», *European Climate Law Papers*, 2021, núm. 3, p. 5.

[107] Naciones Unidas, «Decisión 1/CP.21 - Aprobación del Acuerdo de París», contenido en el *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 21.º periodo de sesiones, celebrado en París del 30 de noviembre al 13 de diciembre de 2015 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 21.º periodo de sesiones* (FCCC/CP/2015/10/Add.1), de 29 de enero de 2016.

[108] No obstante, cada país fija la meta de reducción de emisiones que considere oportuna para lograr el objetivo global de mantenimiento del aumento de la temperatura. Como se ve, las obligaciones se aplican a todos los países firmantes del acuerdo, «pero su ritmo y grado de implementación se enmarca en el contexto del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales». Pérez de las Heras, B. y Fernández Rojo, D., «La Unión Europea y el Acuerdo de París: liderando la acción global contra el cambio climático», *Unión Europea Aranzadi*, 2017, núm. 11, p. 50.

manera, las negociaciones y el resultado de París consolidaron una tendencia iniciada en Durban que refleja «la construcción de una nueva idea de la arquitectura climática mundial», en la que cabe destacar «el paso a un liderazgo triangular —Unión Europea, Estados Unidos, BASIC—» y en la que se busca «atomizar los compromisos, especialmente en el sentido de la mitigación, y en menor medida, respecto del financiamiento» [109].

A pesar de que no pueden obviarse «las oportunidades perdidas en la medida en que para facilitar el resultado final alcanzado se expurgaron todos aquellos aspectos que podrían obstaculizar su adopción» [110], cabe afirmar que el acuerdo «ha resultado ser un punto de inflexión en el régimen internacional de cambio climático ya que establece obligaciones de reducción tanto para los países desarrollados como países en desarrollo» [111]. No obstante, se deja un margen considerable a los países para determinar cómo y dónde llevan a cabo las reducciones de emisiones, debiendo informar de los esfuerzos realizados pero sin que se establezcan objetivos cuantificados específicos, como los que fijó el Protocolo de Kioto [112]. Esa doble vertiente permite afirmar que «la transición hacia un mundo hipocarbónico ha recibido un espaldarazo en París pero su velocidad y profundidad están aún por determinar» [113]. Desde luego, había que dar tiempo para concluir las positivas consecuencias que debía traer ese margen otorgado a los países, porque lo cierto es que los primeros compromisos dados a conocer por diferentes países no permitían cumplir con lo acordado en París, pues conllevaban un aumento de la temperatura global en 3 ºC [114].

La entrada en vigor del Acuerdo de París se preveía para cuando fuese ratificado por más de 55 países que sumen más del 55 por 100 de las emisiones globales de GEI. La ratificación del mismo por parte de la UE en su conjunto en octubre de 2016 supuso que entrase en vigor el 4 de noviembre de ese mis-

---

[109] Bueno Rubial, M. P., *op. cit.*, pp. 90 y 92.

[110] Fajardo del Castillo, T., «El Acuerdo de País sobre el cambio climático: sus aportaciones al desarrollo progresivo del Derecho internacional y las consecuencias de la retirada de los Estados Unidos», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2018, vol. 70, núm. 1, p. 25.

[111] Demares, M., «La importancia de la gobernanza climática global y de la vigésima primera Conferencia de las Partes en la lucha contra el Cambio Climático», *Observatorio Medioambiental*, 2016, vol. 19, p. 68.

[112] Precisamente, la flexibilidad y discrecionalidad dejada a los países a la hora de implementar sus obligaciones climáticas «es probablemente una de las claves del éxito del Acuerdo de París». Pérez de las Heras, B. y Fernández Rojo, D., *op. cit.*, 2017, p. 49. Por el contrario, hay quien las ve como la razón por las que el Acuerdo de París «sigue descansando en la voluntad unilateral, incluso más que antes si cabe, de los Estados a la hora de contribuir al esfuerzo de mitigación», lo que «conduce a calificar como decepcionante el Acuerdo de París». Salinas Alcega, S., «El acuerdo de París de diciembre de 2015: la sustitución del multilateralismo por la multipolaridad en la cooperación climática internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2018, vol. 70, núm. 1, p. 64.

[113] Escribano Francés, G. y Lázaro Touza, L., «Energía y clima en 2016: en busca de una gobernanza policéntrica», *ARI - Análisis del Real Instituto Elcano*, 2016, núm. 28, p. 10.

[114] Las primeras estimaciones sobre los compromisos anunciados por 185 países responsables del 94 por 100 de las emisiones suponían un aumento de temperaturas para final de siglo de entre 2,7 y 3,4 ºC. Climate Action Tracker, *2.7 ºC is not enough - we can get lower*, 8 de diciembre de 2015, *https://climateactiontracker.org*.

mo año. Además, al tiempo que hacía públicas las propuestas que llevaría a la COP22[115], la UE daba a conocer que cumpliría su objetivo para 2020, pues los niveles de emisión de 2014 confirmaban una reducción del 24 por 100 con respecto a los de 1990.

El Acuerdo de París evidenció una vez más que el avance en la lucha contra el cambio climático requería un liderazgo por parte de las economías que mayor responsabilidad tenían en las emisiones globales de GEI[116]. Ahora bien, entre los mayores contaminantes y que suponen las dos terceras partes de las emisiones, se encuentran países que siguen apostando por el carbón, como India, Indonesia o Japón, así como países cuyos gobiernos muestran cierta indiferencia ante el cambio climático y presentan planes nacionales que no se corresponden con los compromisos que debieran asumir para lograr los objetivos globales, como es el caso de Rusia o Brasil. Por ello, tras la COP21, las potencias económicas que podían encontrarse en condiciones de asumir el liderazgo en la transición energética hacia una descarbonización de la economía mundial eran, además de la propia UE, China y Estados Unidos. Sin embargo, este último optaría por abandonar el Acuerdo de París tras la victoria de Donald Trump en las elecciones presidenciales.

Precisamente, la victoria de Trump provocó que en la COP22, celebrada en noviembre de 2016 en Marrakech, los representantes de todos los países aprobasen una declaración de apoyo al Acuerdo de París[117]. Aunque no tenga efectos prácticos, se trata de una declaración política en la que se afirma que la lucha contra el cambio climático es irreversible, se aboga por actuar con mayor compromiso y se urge a incrementar la ayuda a los países en desarrollo para financiar proyectos climáticos. Por la misma razón, se logró fijar el calendario a seguir para desarrollar lo acordado en 2015[118]. A pesar de las reticencias de países con fuertes intereses petroleros, la presión ejercida por la UE a quien una vez más acompañó la mayoría de países en desarrollo, logró que se cerrara un calendario por el que todos los países se comprometieron a finalizar el desarrollo reglamentario del Acuerdo de París para 2018[119]. Al mismo tiempo, se decidió la continuación del Fondo de Adaptación (propio

---

[115] Consejo de la Unión Europea, documento de 30 de septiembre de 2016, *Preparativos de las reuniones de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático que se celebrarán en Marrakech - Conclusiones del Consejo,* Documento 12807/16.

[116] Seguimos los análisis que realizan Olabe Egaña, A., «Tras el Acuerdo de París...», *op. cit.*, pp. 268-277, y Ruiz Campillo, X., *op. cit.*, pp. 110-114.

[117] Naciones Unidas, *Marrakech action proclamation for our climate and sustainable development*, publicado el 18 de noviembre de 2016, en la web de la CMNUCC, *http://unfccc.int/files/meetings/marrakech_nov_2016/application/pdf/marrakech_action_proclamation.pdf*.

[118] Naciones Unidas, «Decisión 1/CP.22 - Preparativos para la entrada en vigor del Acuerdo de París y la celebración del primer periodo de sesiones de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Acuerdo de París», contenido en el *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 22.º periodo de sesiones, celebrado en Marrakech del 7 al 18 de noviembre de 2016 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 22.º periodo de sesiones* (FCCC/CP/2016/10/Add.1), de 31 de enero de 2017.

[119] En Marrakech se volvió a lanzar un mensaje de unidad de la comunidad internacional, al reafirmar «de manera unánime la voluntad de defender el mencionado acuerdo (de París), afirmando que

del Protocolo de Kioto) para la gestión de la financiación climática comprometida en París.

China cobraba especial protagonismo y se situaba como aliada de la UE en la acción climática, al menos, en lo que a cumplimiento de compromisos se refiere y ejemplo a seguir que ello puede suponer para otros países. En efecto, por un lado, a finales de 2016 aprobó su 13.º Plan Quinquenal (para el periodo 2016-2020), en el que se «ha reafirmado y reforzado la orientación de la economía china hacia un modelo económico progresivamente descarbonizado». Por otro, la Agencia Internacional de la Energía confirmaba que las emisiones mundiales de CO_2 procedentes del uso de la energía se habían estabilizado entre 2013 y 2016 «y la razón principal ha sido la progresiva disminución del uso del carbón por parte de China» [120].

A pesar del alejamiento de Estados Unidos del consenso climático, la comunidad internacional volvió a cerrar filas en defensa del Acuerdo de París en la COP23, celebrada en noviembre de 2017 en Bonn bajo presidencia de Fiyi. Así, quedó patente una alianza mundial por la que la UE y China, junto a países relevantes como India, Brasil, Japón, Canadá, Australia, México y Argentina, así como la gran mayoría de los países en desarrollo, apoyaron sin fisuras nuevamente el Acuerdo de París y los objetivos en él establecidos. Sin embargo, no parecía que China ocupase el espacio dejado por Estados Unidos en el liderazgo climático, pues seguía reivindicando la limitación de rendición de cuentas en materia de inversiones para la descarbonización [121]. En cambio, la UE reiteró su empeño «en aplicar sin demora y plenamente el Acuerdo de París y en seguir abanderando la lucha contra el cambio climático, entre otras cosas, adoptando las propuestas legislativas pendientes» [122].

Por lo demás, la de Bonn fue una cumbre de contenido técnico, con el fin de desarrollar y especificar los objetivos del Acuerdo de París, de modo que la siguiente reunión fijase las reglas para la aplicación del mismo. Así se hizo en la COP24, que tuvo lugar en diciembre de 2018 en Katowice (Polonia), donde se adoptó el conocido como Paquete de Katowice, por el que se ponen en marcha un conjunto de normas de funcionamiento del Acuerdo de París [123]. Aunque no se cerraron todas las reglas, la decisión «ha constituido un hito

---

la lucha contra el cambio climático es ya irreversible». Olabe Egaña, A., «Cambio climático en tiempos de incertidumbre», *Política Exterior*, 2017, vol. 31, núm. 175, p. 116.

[120] Olabe, A., González-Eguino, M. y Ribera, T., «Hacia un nuevo orden mundial de la energía», *Documento de Trabajo del Real Instituto Elcano,* 2017, núm. 12, p. 4.

[121] Lázaro Touza, L., «Retos y oportunidades de la gobernanza climática. Implementando el Acuerdo de París y aumentando la ambición», en Instituto Español de Estudios Estratégicos (ed.), *Energía y Geoestrategia 2018*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2018, p. 65.

[122] Consejo Europeo de Bruselas de 14 de diciembre de 2017 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 19/17.

[123] Naciones Unidas, «Decisión 1/CP.24 - Preparativos para la aplicación del Acuerdo de París y la celebración del primer periodo de sesiones de la Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las partes en el Acuerdo de París», contenido en el *Informe de la Conferencia de las Partes sobre su 24.º periodo de sesiones, celebrado en Katowice del 2 al 15 de diciembre de 2018 - Segunda parte: Medidas adoptadas por la Conferencia de las Partes en su 24.º periodo de sesiones* (FCCC/CP/2018/10/Add.1), de 19 de marzo de 2019.

político y técnico», al adoptarse en breve tiempo «reglas comunes de evaluación de esfuerzos y compromisos» que «proporcionarán (de aplicarse con rigor) una imagen fiel de la acción climática que se recoge en las contribuciones determinadas a nivel nacional» [124]. Sin embargo, no hubo unanimidad sobre cómo actuar ante la constatación de un nuevo aumento de las emisiones de GEI [125]. La UE, arrastrando a China y a la mayoría de los países, defendió tomar como base científica de actuación el informe que el IPCC había presentado previamente [126], en el que se insta a frenar con urgencia el aumento de la temperatura en 1,5 ºC, mientras que países como Estados Unidos, Rusia y Arabia Saudí se mostraron incrédulos ante dicho documento y bloquearon su reconocimiento.

4.2. Mayor ambición de la UE para el cumplimiento del Acuerdo de París

Teniendo en cuenta los preocupantes datos de emisiones globales previstas para 2018, así como las recomendaciones del IPCC para frenar el aumento de la temperatura en 1,5 ºC, la Comisión hizo pública su propuesta para desarrollar la transición a la energía limpia y para que las emisiones de GEI desaparezcan en Europa para 2050 [127]. Se trata de una visión que permita a la UE ir más allá de los objetivos de clima y energía previstos, desarrollando políticas que posibiliten dejar de lado los combustibles fósiles para 2050. La Comisión constataba que las medidas previstas por la UE en materia de energía y clima permitirán una reducción de emisiones de GEI del 45 por 100 para 2030 (por encima del 40 por 100 previsto como objetivo) y llegar al 60 por 100 en 2050. No obstante, subrayó que la UE puede ir más allá y adoptar las medidas para lograr reducir las emisiones entre el 80 y el 100 por 100 (en comparación con 1990) pudiendo, por tanto, llegar a una situación de cero emisiones para 2050. Por su parte, el Consejo Europeo reiteró el compromiso europeo con el Acuerdo de París a la luz de los datos hechos públicos por el informe del IPCC antes citado, subrayando la importancia de la estrategia europea encaminada a lograr la neutralidad climática [128].

---

[124] Lázaro Touza, L., «Cambio climático: ¿qué podemos esperar en 2019?», *ARI - Real Instituto Elcano*, 2019, núm. 15, p. 3.

[125] Si bien entre 2014 y 2016 las emisiones mundiales de GEI se estancaron mientras el PIB mundial crecía, en 2017 volvieron a crecer un 1,6 por 100 y se estimó un aumento en 2018 del 2,7 por 100. El 60 por 100 de las emisiones estaban en manos de cuatro potencias, para tres de las cuales se preveían nuevos aumentos de emisiones: China 4,7 por 100, Estados Unidos 2,5 por 100 e India 6,3 por 100. Por el contrario, la UE las reduciría el 0,7 por 100. Bruhwiler, L. *et al.*, «Overview of the global carbon cycle», en Cavallaro, N. *et al.* (eds.), *Second State of the Carbon Cycle Report (SOCCR2): A Sustained Assessment Report*, Washington, U.S. Global Change Research Program, 2018, p. 43.

[126] IPCC - Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (2018), *Global Warming of 1.5 ºC*, PNUMA. Recuperado de *https://www.ipcc.ch/*.

[127] Comisión Europea, Comunicación de 28 de noviembre de 2018, *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.

[128] Consejo Europeo de Bruselas de 22 de marzo de 2019 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 1/19.

Con un planteamiento así, y vista la experiencia habida hasta ahora, no es de extrañar que la Comisión, en su comunicación relativa a la Cumbre sobre Acción Climática de NNUU, que tendría lugar en septiembre de 2019 en Nueva York, situase a la UE como ejemplo a seguir[129]. El objetivo de la Cumbre consistía en establecer objetivos más ambiciosos en materia de cambio climático (principalmente mayores reducciones de emisiones de GEI) y acelerar la adopción de medidas para aplicar el Acuerdo de París. La Comisión subrayó que la UE era en ese momento «la única gran economía del mundo que ha incorporado plenamente a la legislación las medidas necesarias para cumplir los compromisos contraídos en el Acuerdo de París», al tiempo que animaba a los demás países a actuar como la propia UE, preparando y adoptando estrategias para lograr la neutralidad climática en 2050.

La propuesta de la UE para el logro de la neutralidad climática en 2050 cobraba relevancia plena ante la constatación, pocos días antes de la celebración de la COP25, del nuevo máximo histórico que marcaba la presencia de GEI en la atmósfera[130]. En línea con ello, la Agencia Europea del Medio Ambiente en su informe sobre el medio ambiente en Europa, hecho público a comienzos de diciembre[131], constataba que, al ritmo de actuación actual por parte de los Estados miembros, no será posible cumplir con los objetivos climáticos y energéticos para 2030 y 2050[132]. Aunque subrayaba la existencia de una voluntad política en torno al clima, con positivos resultados en la reducción de las emisiones GEI, la mejora de la eficiencia energética y la transición del carbón al gas, también recordaba que debía tenerse presente la influencia de factores exógenos como la menor actividad económica durante la crisis o el menor gasto energético en invierno por las temperaturas más cálidas.

El citado objetivo de la Cumbre sobre Acción Climática de Nueva York se trasladó a la COP25, celebrada en Madrid (bajo presidencia chilena) del 2 al 13 de diciembre de 2019, que estaba llamada a cerrar la fijación de las reglas de implementación del Acuerdo de París. Desde NNUU se pretendía concretar los mecanismos para que los países evaluasen sus esfuerzos climáticos y contabilizasen correctamente sus emisiones, de manera que los planes nacionales pudiesen revisarse a partir de 2020 con base en la realidad y los datos científicos y, así, comprobar objetivamente el cumplimiento del Acuerdo de París. Las negociaciones se estancaron, precisamente, por la falta

---

[129] Comisión Europea, Comunicación de 11 de septiembre de 2019, *Comunicación relativa a la Cumbre sobre la Acción Climática de 2019, organizada en Nueva York, bajo los auspicios del Secretario General de las Naciones Unidas*, COM (2019) 412 final.

[130] Organización Meteorológica Mundial, «The State of Greenhouse Gases in the Atmosphere Based on Global Observations trough 2018», *WMO Greenhouse Gas Bulletin*, núm. 15, 25 de noviembre de 2019.

[131] Agencia Europea del Medio Ambiente, *The European environment - state and Outlook 2020*, Luxemburgo, OPOUE, 2019.

[132] Sobre esta cuestión, véase Pérez de las Heras, B., «La Unión Europea en la transición hacia la neutralidad climática: retos y estrategias en la implementación del Acuerdo de París», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2020, vol. 72, núm. 2, pp. 117-141 (especialmente el apdo. 2, «El paquete 2030 Clima y Energía de la UE: una contribución insuficiente para cumplir los compromisos internacionales»).

de consenso en la exigencia a los países de planes de recorte de emisiones más estrictos, así como en torno a la articulación de los futuros mercados de intercambio de derechos de emisiones. A favor de endurecer los planes nacionales se mostraron la UE y varios países latinoamericanos, mientras que China, India y diferentes países africanos incidían en aumentar la ayuda por parte de los países desarrollados para la adaptación al cambio climático en los menos desarrollados.

Tras unas últimas jornadas en las que se asumió que no se cumpliría el objetivo de la Conferencia, se cerró un acuerdo en torno a una declaración genérica («Madrid-Chile, tiempo de actuar»), en la que se pidió que los países presentasen en 2020 planes con mayores recortes de emisiones. Sin embargo, no se pudo acordar la regulación de los mercados internacionales de carbono, objetivo recogido en el Acuerdo de París y que quedó aplazado. A pesar de este relevante revés, la presidencia chilena de la Conferencia destacó el hecho de que más de cien países (la mayoría de ellos países en desarrollo y economías emergentes) se mostrasen dispuestos a aumentar sus planes de acción climática, así como que otros 11 países desarrollados (9 de ellos miembros de la UE) hubiesen iniciado ya el proceso para incorporar en sus planes una mayor ambición climática, según lo establecido en el Acuerdo de París. Además, se anunció que 109 países parte del CMNUCC, entre los que se encuentra la UE en su conjunto, estaban ya trabajando para alcanzar la meta de cero emisiones en 2050[133]. Precisamente, el Consejo Europeo adoptó una decisión respaldando el objetivo de alcanzar una UE climáticamente neutra para 2050, instando al Consejo y a la Comisión a poner en marcha los trabajos y las medidas legislativas necesarias para su logro[134]. Ahora bien, todos esos países tan solo suponen algo más del 15 por 100 de las emisiones mundiales; «el problema es que ninguno de los grandes emisores (China, India, Rusia y Estados Unidos) han indicado que aumentarán su ambición en 2020»[135].

La UE se encontraba en un momento crucial. Tras el renovado protagonismo logrado en París, con el *Brexit* perdía, sin embargo, a «uno de sus más hábiles negociadores en materia climática, uno de los Estados miembros que ha apoyado las reducciones de emisiones más ambiciosas», mientras que «países menos ambiciosos en materia climática como Polonia ganan peso relativo en las decisiones de política climática futura»[136]. Además, debía dar

---

[133] Naciones Unidas, Presidencia de la COP25, Comunicado de prensa de 14 de diciembre de 2019, *Alianza de Ambición Climática: Los países dan un nuevo empuje a la ampliación del alcance de sus medidas para 2020 y a la meta de reducir a cero las emisiones netas de CO_2 para 2050.* Recuperado del sitio oficial de la COP25, *https://unfccc.int/es/cop25*.

[134] Consejo Europeo de Bruselas de 12 de diciembre de 2019 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 29/19. El punto 1 del texto, en el que el Consejo Europeo hace suyo el objetivo de la neutralidad climática para 2050, especifica que «un Estado miembro no puede comprometerse a aplicar este objetivo». Se trata de Polonia, país con una relevante industria del carbón, que exigía garantías financieras para abordar la transición. Por otro lado, Reino Unido no acudió a la reunión como consecuencia del *Brexit*.

[135] Lázaro Touza, L., «Cambio climático 2020: ciencia, tras el maratón COP25, el Pacto Verde Europeo y legislación climática en España», *ARI - Real Instituto Elcano*, 2020, núm. 14, p. 11.

[136] Lázaro Touza, L., «Retos y oportunidades de la gobernanza climática...», *op. cit.,* p. 64.

respuesta a la preocupación significativa y creciente de la ciudadanía por el cambio climático[137].

Así, antes de que finalizase la COP25, la UE dio a conocer una nueva estrategia de crecimiento basada en la sostenibilidad, el Pacto Verde Europeo (PVE)[138]. Además de lograr una UE climáticamente neutra en 2050, la puesta en marcha del mismo «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»[139], de modo que el PVE incide en mayor medida en los sectores más contaminantes como el transporte, la energía, la agricultura, la industria, la construcción, el sector textil y el químico[140]. A este respecto, el PVE estableció la propuesta de elevar, como mínimo, al 50 por 100 la reducción de las emisiones GEI (con respecto a 1990), a concretar por medio de una Ley del Clima, así como de intensificar la implantación de fuentes de energía renovable y de incrementar el nivel de eficiencia energética, para favorecer también así dicha reducción. La generalización de la pandemia provocada por el covid-19 a partir de marzo de 2020 «lejos de alterar la formulación del PVE, ha reforzado su relevancia como parte sustancial del proceso de recuperación lanzado desde las instituciones comunitarias»[141], generalizándose en la UE la idea de que las medidas a adoptar para superar la crisis derivada de la pandemia debían seguir la vía propuesta en el PVE[142].

Dicha visión amplia supondrá también profundizar la vía diplomática iniciada en Durban en lo que a la acción climática se refiere. Asumiendo un liderazgo compartido en la acción climática, la UE va a insistir en la necesidad de una actuación firme y coordinada, «con miras a unir fuerzas en la escena mundial para imprimir mayor impulso a la causa de la lucha contra el cambio climático»[143]. Por un lado, se intensificó el diálogo iniciado con China, animando al país asiático a «emprender una acción más ambiciosa por el

---

[137] Según el Eurobarómetro 490 sobre cambio climático publicado por las Comisión Europea en septiembre de 2019, el 79 por 100 de los ciudadanos encuestados en la UE piensan que el cambio climático es un problema muy grave y más del 90 por 100 apoyan el establecimiento de objetivos de reducción de emisiones encaminadas a alcanzar la neutralidad en carbono a mediados de siglo. Comisión Europea, comunicado de prensa de 11 de septiembre de 2019, *The European Union continues to lead the global fight against climate change*, IP/19/5534.

[138] Comisión Europea, Comunicación de 11 de diciembre de 2019, *El Pacto Verde Europeo,* COM (2019) 640 final.

[139] Pérez de las Heras, B., «La Unión Europea en la transición...», *op. cit.,* p. 127.

[140] Si bien en la última década las políticas climáticas europeas habían incidido en el ámbito de la energía, con el PVE la acción climática se amplía «a todo el mercado, incluso podemos decir a toda la economía, convirtiendo el objetivo de descarbonización en un verdadero caballo de troya para un cambio de modelo de desarrollo». Corti Varela, J., *op. cit.,* p. 12.

[141] Lasheras Merino, M. A., «Geopolítica del Pacto Verde: órdago de la UE», *Energía y Geoestrategia 2021*, 2021, p. 111.

[142] En este sentido, «alinear los esfuerzos de recuperación pospandemia con unos objetivos climáticos ambiciosos podría fomentar transformadoras soluciones a largo plazo, que apunten a la construcción de un nuevo modelo de sociedad justa, sostenible y descarbonizada». Villavicencio Calzadilla, P., «La pandemia de Covid-19 y la crisis climática: dos emergencias convergentes». *Revista catalana de Dret Ambiental*, 2020, vol. 11, núm. 2, p. 19.

[143] Consejo Europeo de Bruselas de 15 y 16 de octubre de 2020 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 15/20 párr. 13.

clima, de conformidad con los objetivos del Acuerdo de París», subrayando la relevancia del anuncio del presidente Xi Jinping del objetivo de neutralidad en carbono que China tratará de lograr antes de 2060[144]. Por otro, visto que Estados Unidos retomaba sus compromisos internacionales en materia climática tras la victoria de Joe Biden, la UE destacó la necesidad de una relación transatlántica estratégica ante desafíos mundiales como la pandemia, la recuperación económica y la lucha contra el cambio climático[145]. Además, con intención de promover una mayor ambición climática entre sus socios comerciales, la UE hizo público que «velará por que su política comercial y sus acuerdos comerciales sean coherentes con su ambición climática» [146].

Precisamente, la situación de pandemia conllevó la suspensión de la reunión de la CMNUCC que debía celebrarse en Glasgow a finales de 2020, de modo que la COP26 se celebraría al año siguiente, en 2021. En dicho plazo, la UE inició el desarrollo del PVE, proponiendo y aprobando diferentes instrumentos que inciden positivamente en la acción climática, al servir de ayuda para la reducción de emisiones de GEI. Al margen de la Ley del Clima, a la que nos referiremos a continuación, destacamos tres de ellos. En primer lugar, la propuesta para un nuevo modelo de industria más ecológica y circular, al objeto de brindar apoyo al proceso de transición industrial hacia la neutralidad climática[147]. En segundo lugar, la Estrategia sobre Biodiversidad para 2030[148] que, partiendo del hecho de que la pérdida de biodiversidad y la crisis climática son interdependientes, impulsa la recuperación de los bosques, los suelos y los humedales y la creación de espacios verdes en las ciudades. Finalmente, la Estrategia para la Integración del Sistema Energético[149], cuyo objetivo consiste en favorecer el logro de una economía climáticamente neutra que proteja la salud y el medio ambiente, para lo que determina un futuro energético de la UE basado en una cuota cada vez mayor de energías renovables, al tiempo que se mantiene un uso más eficiente de los recursos y se evita la contaminación y la pérdida de biodiversidad.

La propuesta de Ley del Clima Europea fue hecha pública por la Comisión en marzo de 2020[150], un acto legislativo en forma de reglamento con el fin de

---

[144] Consejo Europeo de Bruselas de 1 y 2 de octubre de 2020 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 13/20, párr. 24.

[145] Consejo Europeo de Bruselas de 10 y 11 de diciembre de 2020 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 22/20, párr. 29.

[146] *Ibid.*, párr. 21.

[147] Comisión Europea, Comunicación de 10 de marzo de 2020, *Un nuevo modelo de industria para Europa* COM (2020) 102 final.

[148] Comisión Europea, Comunicación de 20 de mayo de 2020, *Estrategia de la UE sobre la biodiversidad de aquí a 2030 «Reintegrar la naturaleza en nuestras vidas»*, COM (2020) 380 final.

[149] Comisión Europea, Comunicación de 8 de julio de 2020, *Impulsar una economía climáticamente neutra: Estrategia de la UE para la Integración del Sistema Energético*, COM (2020) 299 final.

[150] Comisión Europea, Documento de 4 de marzo de 2020, *Propuesta de Reglamento por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática («Ley del Clima Europea»),* COM (2020) 80 final. El Consejo Europeo hizo suya la propuesta, aprobando así el aumento de reducción de emisiones para 2050. Consejo Europeo de Bruselas de 10 y 11 de diciembre de 2020 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 22/20.

que la UE cambie su objetivo de reducción de emisiones GEI para 2030 y lo fije en un mínimo del 50 por 100, preferiblemente del 55 por 100. En el documento, la Comisión destacó que la UE ya había comenzado a transformar la economía para lograr en 2050 la neutralidad climática, subrayando que ello ha traído beneficios económicos: mientras que las emisiones cayeron un 23 por 100 entre 1990 y 2018, el PIB aumentó un 61 por 100. Sin embargo, reconocía la necesidad de aumentar el compromiso de reducción de emisiones, por lo que se proponía la elaboración de la norma en cuestión. A pesar de que la crisis económica derivada de la pandemia y las medidas adoptadas para frenarla habían reducido temporalmente las emisiones entre un 4 y un 7 por 100 en 2020[151], es necesario que los planes de recuperación para hacer frente a la pandemia impulsen la transformación hacia un modelo sostenible. Por ello, tras un año de negociación, el PE y el Consejo aprobaron el reglamento que fijó el compromiso de la UE de reducción de emisiones GEI para 2030 en el 55 por 100 con respecto a 1990[152].

Tras la citada llegada de Joe Biden a la presidencia de Estados Unidos y la vuelta del país a la acción climática, la UE mostraba una actitud mucho más ambiciosa y la Comisión convertía la lucha contra el cambio climático prácticamente en una bandera identitaria. En efecto, mientras se negociaba la Ley del Clima, presentó la nueva Estrategia de adaptación al cambio climático[153], al objeto de reforzar la resiliencia y aplicar soluciones basadas en la naturaleza que permitan hacer frente a los efectos inevitables provocados por el cambio climático. E inmediatamente después de la adopción de la Ley del Clima, la Comisión propuso el paquete legislativo conocido como Objetivo 55[154], que supone iniciar un proceso de revisión y endurecimiento de más de medio centenar de normas europeas con incidencia en sectores como el transporte, la energía, la construcción o el comercio[155]. Se trata de elementos que forman parte de la hoja de ruta fijada en el PVE y que posibilitan el cumplimiento de los compromisos internacionales que la UE ha asumido en materia climática.

---

[151] Lázaro Touza, L. y Escribano Francés, G., «Siete tendencias climáticas y energéticas a seguir en 2021», *Análisis del Real Instituto Elcano - ARI*, 2021, núm. 7, p. 2.

[152] Reglamento (UE) 2021/1119, del PE y del Consejo, de 30 de junio, por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos (CE) núm. 401/2009 y (UE) 2018/1999 («Legislación europea sobre el clima»), *DOUE* L 243, de 9 de julio de 2021.

[153] Comisión Europea, Comunicación del 24 de febrero de 2021, *Forjar una Europa resiliente al cambio climático - La nueva estrategia de adaptación al cambio climático de la UE*, COM (2021) 82 final.

[154] Comisión Europea, Comunicación de 14 de julio de 2021, «*Objetivo 55»: cumplimiento del objetivo climático de la UE para 2030 en el camino hacia la neutralidad climática*, COM (2021) 550 final.

[155] Por un lado, se recogen modificaciones en normas vigentes en materia de comercio de derechos de emisión o de emisiones de vehículos (todos los matriculados a partir de 2035 serán de cero emisiones), en las directivas sobre combustibles alternativos (generalización de puntos de recarga eléctrica y repostaje de hidrógeno) y sobre fiscalidad de la energía, así como en las directivas sobre energías renovables (ampliándose al 40 por 100 el objetivo de energía procedente de fuentes renovables) y sobre eficiencia energética (duplicando la obligación de ahorro energético anual para los Estados miembros). Por otro lado, se proponen nuevos actos sobre mecanismos de ajuste en frontera del carbono y sobre combustibles sostenibles en transporte aéreo y marítimo, así como una nueva estrategia forestal (para preservar la biodiversidad y ampliar la extensión de los bosques).

De este modo, una vez más, la UE se presentaría en la correspondiente reunión de la CMNUCC sirviendo de ejemplo, tanto por sus compromisos climáticos como por los instrumentos adoptados a nivel interno para su cumplimiento. La UE, «con su decisión legalmente vinculante de avanzar hacia un continente climáticamente neutro en 2050, completada con el PVE como nueva estrategia de desarrollo económico, ha abierto un camino en el que, en poco tiempo, se han ido adentrando el resto de grandes economías»[156], de manera que para el inicio de la COP26, además de la UE, 130 países habían presentado una actualización de sus compromisos y 65 de ellos se han comprometido a objetivos de cero emisiones netas en 2050[157]. La UE incidía en dicha idea e instó a todas las partes de la Convención, particularmente a las principales economías que aún no lo habían hecho, a que presentasen y aplicasen objetivos y políticas nacionales ambiciosas, así como que presentasen estrategias a largo plazo destinadas a alcanzar la neutralidad climática para 2050[158].

La COP26 tuvo lugar en Glasgow entre el 31 de octubre y el 12 de noviembre de 2021 y suponía también la tercera reunión de las partes del Acuerdo de París. Considerada la cita más importante desde la de 2015, también se preveía como la más compleja pues, en un contexto en que la pandemia había desplazado el cambio climático en la agenda internacional, la Conferencia debía dar respuesta a «la necesidad de aumentar de manera creíble los objetivos de reducción de emisiones y de adaptación, y la financiación climática internacional»[159].

Durante la Conferencia la UE negoció con Estados Unidos un pacto para reducir las emisiones de metano el 30 por 100 para 2030 (gas responsable por sí solo del 25 por 100 del calentamiento en la actualidad). Al acuerdo se adhirieron más de cien países, pero China se mostró reacia. Sin embargo, Estados Unidos se apuntó un tanto al realizar con China una declaración conjunta por la que el país asiático se comprometía a presentar en 2022 un plan de acción integral de reducción significativa de las emisiones de metano en la presente década. Por otro lado, la UE trató de lograr un acuerdo con Estados Unidos y otros países, desarrollados y en vías de desarrollo, en torno a la eliminación de los combustibles fósiles y de las ayudas a los mismos, pero no fue adoptado de tal modo por presión de India, que tuvo de su lado a China y Rusia.

La COP26 finalizó con un acuerdo que pide a los países que revisen y refuercen sus planes y objetivos de reducción de emisiones GEI para 2030, de manera que dichas emisiones se reduzcan el 45 por 100 respecto a 2010 como

---

[156] Olabe Egaña, A., «Respuesta climática: *eppur si muove*», *Política Exterior*, vol. 36, núm. 206, p. 141.

[157] El conjunto de dichas economías supone el 91 por 100 de las emisiones globales y entre los que han aumentado sus compromisos destacan Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Japón o Arabia Saudí. Climate Action Tracker, *CAT Climate Target Update Tracker*, *https://climateactiontracker.org*.

[158] Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de octubre de 2021 - Conclusiones de la Presidencia, EUCO 17/21.

[159] Lázaro Touza, L., «COP26: mantener viva la esperanza de 1,5 ºC en un contexto global endiablado», *ARI - Real Instituto Elcano*, 2021, núm. 93, p. 2.

única manera de cumplir con el Acuerdo de París[160]. En cuanto a los combustibles fósiles, el acuerdo recogió finalmente la apuesta por la reducción, que no supresión, del uso del petróleo, gas natural y carbón, dejando para la COP27 la posible decisión de una fecha límite para su consumo. Por otro lado, ante la constatación de que no se están materializando las ayudas a los países en desarrollo comprometidas en conferencias anteriores, se solicitó a los países más avanzados que doblen la ayuda financiera y tecnológica a los países más vulnerables. Sin esos compromisos financieros, los países en desarrollo no quisieron aceptar propuestas ambiciosas que consideran una limitación de sus soberanías. Por ello, ante la imposibilidad de lograr un acuerdo, la alternativa fue «adoptar un documento no vinculante que refleja el mínimo común denominador propuesto por China, India y Brasil»[161]. Como se ve, las negociaciones demostraban el creciente protagonismo de China, al frente del grupo que forman las economías emergentes que son ya el grupo de países más contaminantes.

5. CONCLUSIONES

Se entiende por liderazgo «la situación de superioridad en que se halla una organización dentro de su ámbito», así como «la condición de líder», que es «la persona que dirige una colectividad» o «la entidad que va a la cabeza entre los de su clase»[162]. En el primer caso, tal y como se deriva del análisis realizado, se concluye que a lo largo de las tres últimas décadas la UE se ha mostrado superior entre las economías desarrolladas a la hora de luchar contra el cambio climático, tanto en lo que se refiere a la adopción y cumplimiento de compromisos, como a la hora de impulsar acuerdos internacionales ambiciosos, lo que permite considerar a la UE como referente en la acción climática para todos los países del planeta. Sin embargo, el mismo análisis nos muestra que, aún estando a la cabeza de las economías desarrolladas, la UE no ha dirigido la acción climática en el sentido de convencer a los países desarrollados para adoptar dichos acuerdos internacionales más ambiciosos.

Ahora bien, sí cabe catalogar de líder de las negociaciones climáticas a la UE en los primeros años de funcionamiento de la CMNUCC, especialmente con la aprobación del Protocolo de Kioto, para lo que la UE fue promotor y actor principal. También en el inicio de las negociaciones para adoptar un texto que lo sustituyese, al ir adoptando compromisos ambiciosos, herramientas jurídicas internas avanzadas para su cumplimiento y corroborando avances

---

[160] Naciones Unidas, «Decision 1/CP.26 - Glasgow Climate Pact», contenido en el *Report of the Conference of the Parties on its twenty-sixth session, held in Glasgow from 31 October to 13 November 2021 - Part two: Action taken by the Conference of the Parties at its twenty sixth session* (FCCC/CP/2021/12/Add.1), de 8 de marzo de 2022.

[161] Fajardo del Castillo, T. y Campins Eritja, M., «La COP26 de Glasgow sobre cambio climático: ¿truco o trato?», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 2021, vol. 12, núm. 2, p. 5. Para las autoras, el Pacto de Glasgow «es un mal acuerdo, pero ha sido el único acuerdo posible» y subrayan que los detractores del mismo consideran «que pone en peligro la consecución de los objetivos más básicos del Acuerdo de París», pp. 4 y 24.

[162] *Diccionario de la lengua española, https://dle.rae.es*.

en las correspondientes evaluaciones parciales. Sin embargo, en la COP de Copenhague quedó patente que el modelo europeo no había sido adoptado por los países que mayores compromisos debieran adquirir en la lucha contra el cambio climático, especialmente mediante la reducción de emisiones de GEI.

Tras Copenhague la UE adoptó un papel secundario hasta la COP de Durban. A partir de ahí, la UE fue aprobando diferentes instrumentos jurídicos medioambientales y climáticos internos que aumentaron de nuevo su credibilidad internacional, reforzando su consideración de referente en la materia, lo que se vio ayudado por otros factores como el aumento de la preocupación por la seguridad energética y el apoyo al multilateralismo para promover la política climática internacional. A este respecto, la UE se mostró como mediador entre las economías más desarrolladas y los países en vías de desarrollo, así como entre Estados Unidos y China, países con los que compartió protagonismo para favorecer la adopción del Acuerdo de París.

Tras la COP21 quedó patente que la salida a la crisis climática debía ser liderada por las tres economías citadas, las únicas en condiciones de impulsar el proceso de descarbonización progresiva del sistema energético mundial a través de una colaboración estratégica que no es otra cosa que un liderazgo compartido en la acción climática. Sin embargo, el Gobierno de Estados Unidos optó por retirarse de la lucha contra el calentamiento global y China no acababa de dar el paso para asumir su parte del liderazgo. Se trataba de una situación similar a la vivida en 2001, cuando Estados Unidos no ratificó el Protocolo de Kioto y generó numerosas dudas sobre la acción climática, por lo que la UE asumió el liderazgo de las negociaciones internacionales que culminaron con la entrada en vigor de dicho protocolo en 2005. Como hizo entonces, la UE ha dado un paso al frente y de hecho se ha convertido en el principal impulsor de la implementación del Acuerdo de París, reflejando en su acción exterior la ambición climática asumida en su actuación normativa interna, siendo el PVE la mayor evidencia.

Sin embargo, la COP26 de Glasgow confirmaba la situación de liderazgo compartido con la vuelta de Estados Unidos a la senda de la acción climática y el aumento progresivo de la capacidad de influencia de China, dado su papel de representante de las economías emergentes. Ahora bien, de cara a futuro, el comienzo de 2022 ha traído dos relevantes circunstancias que pudieran influir, no ya en el liderazgo de la acción climática, sino en el devenir de las propias negociaciones.

Por un lado, en febrero de 2022 la Comisión hizo pública su propuesta de considerar sostenibles las inversiones realizadas en energía nuclear y gas natural, en el contexto de la transición energética hacia la neutralidad climática, recurriendo a las mismas mientras se logra consolidar las fuentes renovables como principales fuentes de abastecimiento energético[163]. Aunque no

[163] Comisión Europea, Comunicado de prensa de 2 de febrero de 2022, *Taxonomía de la UE: la Comisión presenta un acto delegado complementario sobre el clima a fin de acelerar la descarbonización*, IP/22/711.

afecta a la libertad de los Estados miembros para determinar sus combinaciones energéticas, sí incide en el debate sobre el rol que deben jugar estas dos fuentes de energía en el periodo de transición y que divide a los países de la UE, lo que podría debilitar la posición de la UE en el mencionado liderazgo compartido de la acción climática[164].

Por otro lado, la invasión de Ucrania por parte de Rusia el 24 de febrero de 2022. Al margen de la destrucción y devastación propias de la guerra, los mercados mundiales de materias primas y energía se encuentran tensionados, con un efecto considerable en la UE dado que el 40 por 100 del gas que importa es ruso[165]. La UE ha respondido de forma unitaria adoptando duras sanciones contra Rusia, si bien en el contexto de recuperación económica tras la pandemia las implicaciones para Europa son inciertas, por lo que el gas ha quedado inicialmente al margen del embargo, precisamente para evitar represalias energéticas por parte de Rusia. La situación evidencia la dependencia externa de la UE respecto de los combustibles fósiles y refuerza la necesidad de acelerar su sustitución por fuentes de energía renovables y sostenibles, idea principal en las propuestas europeas presentadas en las negociaciones climáticas internacionales.

La UE es un actor necesario y fundamental en dichas negociaciones, hasta el punto de que sin Europa no podrían haberse logrado los instrumentos más avanzados en el régimen climático internacional. Llamativamente, ejerce el liderazgo por cuanto que marca el camino y es ejemplo a seguir, pero no es líder, en el sentido de que no consigue que el resto de países se muevan al mismo ritmo y asuman compromisos más ambiciosos. Las últimas propuestas de la UE, que van más allá de la acción climática al promover la neutralidad climática en el contexto de un cambio sistémico hacia una economía y sociedad sostenibles, la refuerzan como referente y el miembro más proactivo del liderazgo compartido con Estados Unidos y China. No obstante, habrá que esperar para saber en qué medida el mencionado debate energético interno afecta a la posición de la UE en las negociaciones climáticas y si estas podrán seguir desarrollándose con cierta normalidad ante las incertidumbres que genera la situación en Ucrania.

---

[164] Francia lidera el grupo de países que quieren que la energía nuclear se considere sostenible y en el que se encuentran Finlandia y Polonia y, con menos entusiasmo, otros países del este. Entre los que abogan por el abandono de la energía nuclear se encuentran Alemania, España, Austria, Dinamarca y Luxemburgo, si bien Alemania es favorable a que las inversiones en gas natural reciban la etiqueta verde durante la transición hacia la neutralidad climática, mientras que España se opone a que las inversiones en cualquiera de las dos fuentes sean calificadas como inversiones sostenibles.

[165] «Ese porcentaje asciende al 100 por 100 para Bulgaria, el 80 por 100 para Polonia, alrededor del 60 por 100 para Austria y Hungría, el 50 por 100 para Alemania y el 40 por 100 para Italia. Pero, lógicamente, la subida de más de un 50 por 100 del precio del gas [...] afecta a todas las economías europeas». Otero-Iglesias, M. y Steinberg, F., «La guerra de Ucrania en el tablero económico», *Comentario Elcano*, 2022, núm. 7, p. 1.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Miscelánea/*Miscellany*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 221-243
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.04
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 16/05/2022. Aceptación: 22/06/2022

GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

Sonia Hernández Pradas*

RESUMEN

GRUPOS ARMADOS NO ESTATALES Y PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CIVILES EN LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

La transformación de la naturaleza de la guerra ha convertido a las personas civiles en las principales víctimas de los conflictos armados contemporáneos. Gran parte de estos conflictos son de carácter interno, y en ellos se enfrentan fuerzas armadas de los Estados y grupos armados no gubernamentales que son responsables de numerosos actos de extrema violencia cometidos contra las personas civiles, tales como ataques deliberados dirigidos contra estas y contra bienes de carácter civil, la denegación o bloqueo de la ayuda humanitaria, y de terribles atrocidades. Por otro lado, el marco normativo que regula los conflictos armados internos es mucho más reducido que el Derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados internacionales. Sin embargo, todas las personas civiles deben gozar del mismo grado de protección, con independencia de que se encuentren en un conflicto internacional o interno. Por ello, la determinación de las normas aplicables en los conflictos internos y el alcance jurídico de las obligaciones que se derivan para a los grupos armados no estatales, así como su implicación en el respeto de las mismas, constituyen grandes desafíos para mejorar la protección de las personas civiles en los conflictos armados.

Palabras clave: personas civiles, grupos armados no estatales, Derecho humanitario consuetudinario, conflictos armados asimétricos, principio de distinción, ayuda humanitaria, negociación, diplomacia humanitaria.

ABSTRACT

NON-STATE ARMED GROUPS AND THE PROTECTION OF CIVILIANS IN INTERNAL ARMED CONFLICTS

The changing nature of warfare has made civilians the main victims of contemporary armed conflicts. Most of these conflicts are non-international armed conflicts, in which the

* Profesora Doctora de Derecho Internacional Público en la Universidad Francisco de Vitoria y miembro del Centro de Estudios de DIH (CEDIH) de Cruz Roja Española (*sonia.hernandez@ufv.es*). Páginas web consultadas por última vez el 7 de junio de 2022.

state armed forces fight against non-state armed groups who are responsible for a range of extreme violent acts against civilians, such as deliberately targeting civilians and civilian property, the denial or blockage of humanitarian aid, and terrible atrocities. On the other hand, the legal framework regulating internal armed conflict is much weaker than the International Humanitarian Law applicable in international armed conflict. Nevertheless, all civilians in areas of armed conflict, whether international or internal, deserve the same level of protection. The determination of rules which are applicable in non armed conflicts and the legal scope of obligations arising for the non-state actors, as well as their will to respect them, are great challenges to improve the protection of civilians in armed conflict.

Keywords: civilians, non-state armed groups, Customary humanitarian law, asymmetric armed conflicts, distinction principle, humanitarian aid, negociation, humanitarian diplomacy.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DETERMINACIÓN DEL DIH APLICABLE A LOS GANES.—2.1. Aproximación al concepto de grupo armado no estatal.—2.2. Derecho convencional aplicable en los conflictos armados sin carácter internacional a los GANES.—2.3. ¿Están vinculados los miembros de los GANES por el Derecho consuetudinario y Principios Generales del Derecho? Luces y sombras.—3. GANES Y ALCANCE JURÍDICO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LA PROTECCIÓN GENERAL DE LAS PERSONAS CIVILES.—3.1. El art. 3 común a los Convenios de Ginebra y normas relativas al trato humano debido a las personas que no participan en las hostilidades. La importancia de los acuerdos especiales con los GANES.—3.2. Dificultades para la aplicación del principio de distinción en los conflictos asimétricos.—3.3. Acciones de socorro y ayuda humanitaria: limitaciones existentes para la exigencia de obligaciones positivas a los GANES.—4. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La población civil se enfrenta, en los conflictos armados actuales, a un aumento, sin precedentes, de las violaciones más graves del Derecho internacional humanitario (en adelante DIH). Afganistán, Iraq, Libia, República Árabe Siria, República Democrática del Congo, Somalia y Yemen, son algunos de los escenarios de los últimos años, en los que el ataque sistemático contra los más elementales principios del DIH ha disparado el incremento de víctimas civiles, convirtiendo a estas en el blanco de los actos de guerra. La mayor parte de estos conflictos son de carácter interno y asimétricos, caracterizados por la presencia de diversos tipos de actores armados, tanto estatales como no estatales.

Dentro de estos últimos, la participación de los Grupos Armados No Estatales (en adelante GANES) en los conflictos armados plantea varios dilemas en cuanto a la eficacia de las normas del DIH por lo que se refiere, sobre todo, a la protección de las personas civiles, si partimos del hecho de que tales actores generalmente no se sienten vinculados por las normas contenidas en tratados en cuya elaboración no participaron ni aceptaron formalmente.

Tengamos en cuenta, por otro lado, que, a diferencia de los soldados de las fuerzas armadas gubernamentales, los miembros de grupos armados pueden ser perseguidos por su sola participación en las hostilidades, puesto que no se les reconoce el estatuto de combatiente, lo que podría constituir un obstáculo para comprometerse a respetar el DIH. Este hecho, unido a que las normas

que protegen a las personas civiles en los conflictos armados no internacionales son mucho más escasas que las previstas para los conflictos armados de carácter internacional, plantea la necesidad de establecer un marco jurídico más amplio, el integrado por las normas del Derecho internacional consuetudinario aplicables en cualquier situación de conflicto armado, y garantizar su aplicación por parte de los GANES[1].

En efecto, la mayoría de las normas del DIH fueron elaboradas para situaciones de conflicto armado internacional, y están contenidas en los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos adicionales[2]. Sin embargo, hay que recordar que el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al enumerar las fuentes del Derecho internacional, hace referencia a la costumbre y a los principios generales del Derecho, lo que nos permite afirmar que, no solo los convenios mencionados, sino también las normas consuetudinarias y una serie de principios contenidos en ellas, son aplicables en situaciones de conflicto armado, con independencia del carácter internacional o interno que tengan.

La jurisprudencia internacional ha arrojado abundante luz sobre esta controvertida cuestión, pues, como se afirma en el fallo *Tadic* de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal para la ex Yugoslavia, lo que es inhumano y está prohibido en los conflictos armados internacionales, debe ser igualmente inadmisible en los conflictos armados no internacionales[3]. La problemática inmediata que se plantea es si de tales normas surgen obligaciones directas para los GANES.

---

[1] A este respecto, es importante destacar que el secretario general de las Naciones Unidas ha identificado, como uno de los grandes desafíos para la protección de las personas civiles en los conflictos armados, el de mejorar el cumplimiento de las normas por parte de los GANES y ha insistido en la necesidad de involucrar —y no solo condenar— a los grupos armados en el cumplimiento de tales normas. Véase Consejo de Seguridad, *La protección de los civiles en los conflictos armados. Informe del Secretario General*, S/2010/579, 2010, párrs. 52, 55-56, disponible en *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/617/67/PDF/N1061767.pdf; id., La protección de los civiles en los conflictos armados. Informe del Secretario General,* S/2015/453, 2015, párrs. 7, 37, 62, disponible en *https://daccess-ods.un.org/tmp/9886167.64545441.html; id., La protección de los civiles en los conflictos armados. Informe del Secretario General*, S/2016/447, 2016, párr. 29, disponible en *https://daccess-ods.un.org/tmp/9474187.49332428.html; id., Protección de los civiles en los conflictos armados. Informe del Secretario General,* S/2018/462, 2018, párrs. 62-64, disponible en *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N18/124/47/PDF/N1812447.pdf*.

[2] Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para mejorar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, *BOE* de 23 de agosto de 1952 (Convenio I); Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, *BOE* de 26 de agosto de 1952 (Convenio II); Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al trato de los prisioneros de guerra, *BOE* de 5 de septiembre de 1952 (Convenio III); Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra, *BOE* de 2 de septiembre de 1952 (Convenio IV), y Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II), *BOE* de 26 de julio de 1989.

[3] International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, *Prosecutor c. Tadic,* Jurisdiction, Case núm. IT-94-1-T, Trial Chamber, *Decision on the defence motion on jurisdiction*, 10 de agosto de 1995, párrs. 60 y 63, disponible en *https://www.icty.org/x/cases/tadic/tdec/en/100895.htm.*

Es importante, por todo ello, delimitar con claridad el marco jurídico aplicable a la protección de la población civil en los conflictos armados de carácter interno, y el alcance de las obligaciones contenidas en tales normas con respecto a los GANES, ya que de ello depende, en gran medida, la menor o mayor cobertura de las personas civiles frente a las violaciones del DIH.

2. DETERMINACIÓN DEL DIH APLICABLE A LOS GANES

2.1. Aproximación al concepto de grupo armado no estatal

La transformación de la naturaleza de los conflictos actuales y la globalización han multiplicado los actores que intervienen en estos, otorgando a los actores armados no estatales una importancia sin precedentes, siendo considerados como uno de los principales riesgos para la paz y la estabilidad globales[4]. Sin embargo, no es fácil encontrar una definición unánime de lo que se considera grupo armado no estatal, debido fundamentalmente a la gran variedad que hay y a los distintos matices que adquieren en cada conflicto[5].

El Protocolo adicional II, al determinar el ámbito de aplicación del mismo, hace referencia expresamente a las «fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo»[6]. Sin embargo, esta definición tan restrictiva no abarca la compleja variedad de este fenómeno que engloba diversos tipos de actores armados, tanto públicos como privados, de carácter nacional y transnacional, tales como insurgentes, guerrilleros, terroristas, contrainsurgentes y paramilitares, ejércitos de señores de la guerra, milicias, bandas criminales, mercenarios, empresas privadas de seguridad y grupos tribales que intervienen en los conflictos armados actuales[7].

---

[4] Laborie Iglesias, M. A., «Actores armados no estatales y modelo de estado», *Actores armados no estatales: retos a la seguridad global*, Cuadernos de Estrategia, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, junio de 2011, pp. 27-64.

[5] En 2020, el CICR identificó 614 grupos armados, de los cuales, 296 estaban en África y 132 en Oriente Medio. El tamaño, estructura, organización y capacidades de los mismos eran muy variados. Mientras que algunos tenían un mando definido y centralizado con estructuras y sistemas de control necesarios para su existencia, otros actuaban de manera fluida y descentralizada a través de alianzas. Las motivaciones también eran muy variadas, políticas, religiosas, económicas, etc. Véase ICRC, *Engagement with Non-State Armed Groups Why, how, for what purpose, and other salient issues,* ICRC Position Paper March 2021, pp. 2-4.

[6] Art. 1, párr. 1 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1977.

[7] Para una descripción detallada de la tipología de actores armados no estatales, véase Laborie Iglesias, M. A., *op. cit*., pp. 52-63; Sheehan, M., «The changing character of war», en Baylis, J., Smith, S. y Owens, P. (eds.), *The Globalization of World Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 4.ª ed; Gray, C. S., *War, Peace and International Relations*, Routledge, 2007; Buckley, O. M., «Unregulated Armed Conflict: Non-State Armed Groups, International Humanitarian Law, and Violence in

Podemos encontrar una descripción más amplia de grupo armado no estatal, en el ámbito de Naciones Unidas que define estos como aquellos que «tienen el potencial de emplear armas en el uso de la fuerza para alcanzar objetivos políticos, ideológicos o económicos; no están dentro de las estructuras militares formales de los Estados, alianzas entre Estados u organizaciones intergubernamentales; y no son controlados por el Estado o Estados en que operan» [8]. A la luz de esta definición podemos deducir que lo que caracteriza a estos grupos es la voluntad de usar la violencia como medio para lograr sus objetivos al margen de los mecanismos gubernamentales formales. Sin embargo, en orden a acotar el ámbito de aplicación del Protocolo II que se refiere expresamente a aquellos grupos armados organizados que ejerzan un control sobre una parte de dicho territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las normas contenidas en el mismo, nos vamos a ceñir a aquellos que entren dentro de tal definición, y ello porque es importante defender un cierto realismo en la práctica según el cual, para asumir las obligaciones contenidas en el Protocolo, los rebeldes deben ser capaces, por ejemplo, de detener a prisioneros, tratarlos humanamente y proporcionar cuidado a los heridos y a los enfermos [9].

Respecto al grado de organización, no es necesario que estén dotados de una estructura militar similar a la de las fuerzas armadas estatales, sino que sea tal que permita concebir y realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, así como imponer una disciplina en nombre de una autoridad de hecho [10]. El Protocolo también hace referencia al control del territorio, pero no se especifica qué se entiende por control ni qué parte del territorio debe estar bajo el mismo. El Comité Internacional de la Cruz Roja (en adelante CICR), señala a este respecto que es la palabra «tal» la que debe ser tenida en cuenta para interpretar dicha expresión, esto es, el control debe ser tal que permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas, así como aplicar el Protocolo, es decir, cuidar a los heridos y los enfermos, por ejemplo, o recluir a los prisioneros y tratarlos debidamente, como se dispone en los arts. 4 y 5, y tener una cierta estabilidad en el tiempo [11]. No obstante, dentro de esta definición habría un amplio espectro de grupos armados que iría, desde aquellos que ejercen un cierto control sobre un territorio y proveen de manera esporádica algunos servicios a la población que vive en el

---

Western Sahara», *North Carolina Journal of International Law*, 2011, vol. 37, pp. 794-844, disponible en *https://scholarship.law.unc.edu/ncilj/vol37/iss3/5*, pp. 796-799.

[8] United Nations, *Guidelines on Humanitarian Negotiations with Armed Groups*, 2006, p. 1, disponible en *https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/7E2010A3E7E580F385257109007C5BDD-un-ocha31jan.pdf*.

[9] Sassòli, M., «L'administration d'un territoire par un groupe armé, peut-elle être régie par le droit?», en Hottelier, M., Hertig Randall, M. y Flückiger, A. (eds.), *Études en l'honneur du Professeur Thierry Tanquerel,* Genova, Schulthess, 2019, p. 271.

[10] Junod, S. *et al.* (eds.), *Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) y del artículo 3 de estos Convenios*, Santa Fe de Bogotá, Comité Internacional de la Cruz Roja/Plaza y Janés, 1998, párr. 4463.

[11] *Ibid*., párrs. 4465 y 4466.

mismo, hasta aquellos que ejercen un control estable y actúan *de facto* como una autoridad estatal[12]. El problema radica en que, para aceptar la aplicación del Protocolo II, el gobierno reconozca que los rebeldes tienen cierto grado de control del territorio y han logrado algún tipo de autoridad, lo que equivale a reconocer paralelamente que el Estado ha perdido dicho control.

Finalmente, en la noción de GANES que se desprende del art. 1 del Protocolo II, se especifica que estos deben ser capaces de ejercer operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar las normas contenidas en el mismo. Las expresiones «sostenidas» y «concertadas» hacen referencia a operaciones militares concebidas y preparadas por grupos armados organizados que se mantienen en el tiempo, esto es, que no son «esporádicas». Se trata de criterios objetivos que, frente a otros, como la duración o la intensidad, podrían hacer depender la puesta en vigor del Protocolo de la apreciación subjetiva de las partes[13].

2.2. Derecho convencional aplicable en los conflictos armados sin carácter internacional a los GANES

El marco jurídico para la protección de las personas civiles en los conflictos armados sin carácter internacional está integrado por el art. 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977[14]. Y, aunque, en principio, las normas convencionales solo vinculan directamente a los Estados que son quienes tienen capacidad jurídica para obligarse a las mismas, las normas convencionales del DIH destinadas a regular los conflictos armados no internacionales están dirigidas, tanto a los Estados parte en dichos instrumentos, como a los grupos armados organizados[15].

---

[12] Rodenhäuser, T., «Non-State armed groups», *International Review of the Red Cross*, 2020, vol. 102, pp. 994-995.

[13] Junod, S. *et al.* (eds.), *op. cit*., párr. 4469.

[14] Aby-Saab, R., *Droit Humanitaire et conflits internes. Origines et évolution de la Règlementation Internationale*, Genova, Institut Henry Dunant, 1986; Calogeropoulos-Stratis, A., «Droit humanitaire - Droits de l'Homme et victimes des conflits armés», en Swinarski, C. (redactor), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix Rouge, en l'honneur de Jean Pictet*, Comité International de la Croix-Rouge, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 656-657.

[15] La jurisprudencia internacional ha reiterado la vinculación de estos actores no estatales a las normas convencionales con independencia de que hayan aceptado o no las mismas. Así, en el caso relativo a las *Actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua,* la Corte Internacional de Justicia afirmó el carácter no internacional del conflicto entre los contras y el Gobierno de Nicaragua y la aplicabilidad del Derecho aplicable a tales conflictos a las acciones de los contras contra el gobierno nicaragüense. CIJ, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America),* párr. 219. Asimismo, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial para Sierra Leona destacó que, aunque únicamente los Estados puedan ser parte en los tratados internacionales, todos los actores implicados en un conflicto armado —estatales y no estatales —, están vinculados por el DIH. Special Court of Sierra Leone, *Prosecutor v. Sam Hinga Norman, Decision on preliminary motion based on lack of jurisdiction, (child recruitment),* 31 de mayo de 2004, caso núm. SCSL-2004-

En efecto, la adopción del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, superó este reconocimiento de la vinculación jurídica exclusiva estatal, mediante la formulación de un mínimo de reglas automáticamente aplicables en todo conflicto armado no internacional y obligatorias, tanto para el gobierno, como para las fuerzas armadas no estatales[16].

Por su parte, el Protocolo adicional II, desarrolló una normativa complementaria al art. 3 común, aplicable de manera automática en aquellos conflictos armados entre Estados parte en dicho instrumento y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados, caracterizados por contar con un mando responsable y un territorio respecto del cual ejerzan un control suficiente para la realización de operaciones militares sostenidas y concertadas y para la aplicación del Protocolo adicional II.

El riesgo que plantea la exigibilidad del cumplimiento de estos convenios a particulares es la posibilidad de que encierre en sí misma una cierta legitimación o reconocimiento de la subjetividad internacional de los grupos armados que luchan contra el gobierno establecido, lo que conduce con frecuencia a que los gobiernos sean reticentes a admitir que se reúnen las condiciones para la aplicación del Derecho internacional, ya que, el hecho de aceptar tal situación, equivaldría a elevar el estatuto de los rebeldes y reconocer que el gobierno ha perdido cierto grado de control[17]. No obstante, el art. 3 común establece expresamente que la aplicación de las disposiciones que contiene no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto. Y el Protocolo II, a semejanza del art. 3 común, no establece ninguna categoría particular de personas protegidas ni crea estatutos jurídicos distintos. El Protocolo no impide, en particular, llevar ante los tribunales a un miembro de un grupo armado insurrecto por el hecho de haber empuñado las armas. No le reconoce ni la condición de combatiente ni el estatuto de prisionero de guerra.

14-AR72(E), párr. 22. Por su parte, el Instituto de Derecho Internacional, en su sesión de Berlín de 1999, afirmó que «todas las partes en conflictos armados, aunque algunas sean entidades no estatales, e independientemente de su condición jurídica, tienen la obligación de respetar el DIH, así como los derechos humanos fundamentales». Véase INSTITUTE OF INTERNATIONAL LAW, «The Application of International Humanitarian Law and Fundamental Human Rights, in Armed Conflicts in which Non-State Entities are Parties», Final Resolution Adopted by the Institute at Its Berlin Session, 25 de agosto de 1999, art. II.

[16] En este sentido, el art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, señala que la aplicación de sus disposiciones es obligatoria para «cada una de las Partes» en un conflicto armado que no sea de índole internacional. Dicha disposición supuso una innovación respecto del Derecho internacional existente hasta el momento de su adopción, ya que se consideraba como jurídicamente irrealizable la idea de obligar mediante un Convenio internacional a una parte no signataria, sin exigir siquiera que represente a una entidad jurídica capaz de comprometerse internacionalmente. Véase PICTET, J., «Comentario del art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional», en JUNOD, S. *et al.* (eds.), *op. cit.,* p. 338. Véase asimismo GOLDMAN, R. K., «DIH y actores no gubernamentales, Instituto Interamericano de Derechos Humanos», Serie *Estudios de Derechos Humanos*, t. 1, p. 93.

[17] CLAPHAM, A., «Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 2006, núm. 863 de la versión original, p. 3, disponible en *https://www.icrc.org/es/doc/assets/files/other/irr_863_clapham.pdf*.

Por otro lado, en el ámbito de la responsabilidad internacional de los GANES por la violación de normas convencionales, diferentes posiciones doctrinales han intentado dar respuesta a dicha cuestión apoyándose en la responsabilidad internacional exigible únicamente por las violaciones cometidas contra estas normas por parte de grupos armados que se transforman posteriormente en el gobierno del Estado, o bien en la consideración de que, una vez que los Estados se comprometen al cumplimiento de un tratado internacional, este pasa a formar parte de su Derecho interno, vinculando igualmente a los individuos y grupos de oposición a ese gobierno[18]. Sin embargo, estos dos argumentos de atribución de la responsabilidad evidencian la ausencia de un criterio unánime para determinar las consecuencias jurídicas de las acciones cometidas por los GANES, pues, el primero de ellos únicamente sería aplicable a las insurrecciones gubernamentales o estatales exitosas, mientras que el segundo, pretendería beneficiarse de un monismo absoluto en las relaciones entre el Derecho internacional y los Derechos internos, que no cuenta con el respaldo generalizado, ni en la doctrina, ni en los sistemas de recepción de las normas internacionales en los ordenamientos nacionales. Los movimientos insurreccionales que no triunfan quedan, por tanto, fuera de la aplicación de las normas de responsabilidad estatal y, aunque la Comisión de Derecho Internacional ha reflejado su interés por la necesidad de cubrir esta laguna jurídica en los comentarios al art. 10 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, ha constatado que la responsabilidad de estos grupos queda fuera del ámbito del Proyecto de artículos[19]. Cosa distinta sería la responsabilidad penal individual que se derive de las violaciones graves de las normas del DIH cometidas por los miembros de los grupos armados, cuya evidencia no parece necesario justificar aquí, al hilo de los progresos alcanzados en este ámbito, tanto en el ámbito internacional como en el nacional, para exigir la responsabilidad directa a los individuos por

[18] El texto del art. 10 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos establece lo siguiente: «Comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole: 1. Se considerará hecho del Estado según el Derecho internacional el comportamiento de un movimiento insurreccional que se convierta en el nuevo gobierno del Estado. 2. El comportamiento de un movimiento insurreccional o de otra índole que logre establecer un nuevo Estado en parte del territorio de un Estado preexistente o en un territorio sujeto a su administración se considerará hecho del nuevo Estado según el Derecho internacional». Véase *Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos*, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional, en su 53.º periodo de sesiones (2001), Informe de la CDI a la Asamblea General sobre la labor realizada en su 53.º periodo de sesiones, Asamblea General, Documentos Oficiales, 56.º periodo de sesiones, supl. núm. 10 (A/56/10), Naciones Unidas, N. Y., 2001. Véase asimismo a este respecto Hernández Pastor, J., «Ámbitos de aplicación del DIH», *Agenda Internacional*, año XVI, 2009, núm. 27, pp. 146-149; Sassòli, M., «State responsibility for violations of international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, 2002, vol. 84, núm. 846, p. 402; Íñigo Álvarez, L., «Los grupos armados ante el Derecho Internacional contemporáneo. Obligaciones y responsabilidad», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)*, 2016, núm. 31, pp. 16-22.

[19] En efecto, la Comisión no ha descartado la posibilidad de que pueda exigirse responsabilidad a los grupos armados que fracasan, pero al margen del Proyecto de artículos que se ocupa únicamente de la responsabilidad de los Estados. *Ibid.*, p. 58, párr. 16.

actos que puedan ser constitutivos de crímenes de guerra, en los conflictos armados internos[20].

2.3. ¿Están vinculados los miembros de los GANES por el Derecho consuetudinario y Principios Generales del Derecho? Luces y sombras

El DIH se inspira en un conjunto de principios fundamentales que establecen un mínimo de humanidad aplicable en todo tiempo[21], en todo lugar y en toda circunstancia y que son válidos incluso para los Estados que no sean partes en algunos tratados del DIH, puesto que están por encima de la voluntad de los Estados y han sido comúnmente aceptados por los pueblos y las naciones civilizadas, como expresa la letra del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Estos principios pueden encontrarse expresamente formulados en los tratados (como el referente a la distinción entre combatientes y población civil contenido en el art. 48 del Protocolo adicional I) o figurar de manera implícita (cuando el art. 3, partiendo de la obligación de distinción, protege a las personas que no participan directamente en las hostilidades) o encontrarse en la costumbre internacional (como la Cláusula Martens, presente también en el Preámbulo del Convenio de La Haya sobre medios y métodos de combate de 1907, en los arts. 63, 62, 142 y 158 de los cuatro Convenios de Ginebra, respectivamente y en el art. 1 del Protocolo adicional I)[22].

---

[20] A este respecto merece ser destacado el esfuerzo realizado en España para la adaptación del Código Penal a las normas del DIH. Véase Pérez González, M., «Un caso test en las relaciones entre el orden internacional y el orden interno: La adaptación de la legislación penal española a las exigencias del DIH», *El Derecho internacional en los albores del siglo xxi. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro Rial Canosa,* Madrid, 2002, pp. 533-544; Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «La modificación del Código Penal español por Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra», *Revista Española de Derecho Militar*, 2010, núms. 95-96, pp. 149-174. Por otro lado, la represión penal internacional de los crímenes de guerra cometidos por individuos en conflictos armados sin carácter internacional refleja el carácter obligatorio de las normas del DIH para los miembros de los GANES, tal como demuestra el número de procesos iniciados ante el Tribunal Penal Internacional para ex Yugoslavia, el Tribunal Especial para Sierra Leona y la Corte Penal Internacional. Sliedregt, E., *Individual Criminal Responsibility in International Law*, Oxford Scholarship Online, mayo de 2012; La Haye, E., «Individual criminal responsibility for war crimes committed in internal armed conflicts», *War Crimes in Internal Armed Conflicts*, Cambridge University Press, 2008, pp. 131-215; Pocar, F., Pedrazzi, M. y Frulli, M., *War crimes and the Conduct of Hostilities*, Edward Elgar, 2013; Zegveld, L., *Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; Graditzky, T., «La responsabilidad penal por violación del DIH en situación de conflicto armado no internacional», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, 1998, vol. 23, núm. 145, pp. 31-61.

[21] Véase Coupland, R., «Humanity: What is it and how does it influence international law?», *International Review of the Red Cross*, 2001, vol. 83, núm. 844.

[22] En su Opinión Consultiva sobre la Legalidad de la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares, la Corte Internacional de Justicia hizo referencia los principios generales de base contenidos en el art. 3 común, así como a otros principios igualmente básicos denominados «principios cardinales», que proceden del denominado Derecho de La Haya y que son el principio de distinción (entre personas y bienes de carácter civil y objetivos militares), la prohibición de usar armas de efectos indiscriminados, la prohibición de causar daños superfluos o sufrimientos innecesarios a los combatientes y, en un plano más general, la negación del carácter ilimitado del derecho de los Estados a elegir los medios de hacer

Por otro lado, las primeras normas que regulaban la guerra estaban conformadas, precisamente, por usos y costumbres que posteriormente se fueron codificando. Y, en la medida en que la mayoría de las normas del DIH se elaboraron, en principio, para conflictos armados internacionales, el carácter consuetudinario de algunas de ellas abriría la posibilidad de aplicarlas también en conflictos armados internos, si hay constancia de una práctica generalmente aceptada como Derecho[23]. De ahí la importancia de la costumbre como mecanismo alternativo para la generación de derechos y obligaciones del DIH[24].

La determinación de qué normas de DIH tienen carácter consuetudinario resulta fundamental, especialmente a la hora de identificar las normas que son aplicables en todos los conflictos armados, con independencia de la naturaleza internacional o interna de estos, y de que los Estados hayan ratificado o no los convenios correspondientes. A este respecto, es oportuno hacer referencia de nuevo a la jurisprudencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Tadic*, en el que la Cámara resolvió que, aunque el conflicto no fuera necesariamente un conflicto internacional, correspondía la aplicación, *in extenso*, de la normativa internacional relativa al DIH, en razón de que la costumbre internacional prescribía su aplicación a los conflictos armados internos. El Tribunal reconoció así la aplicación consuetudinaria del DIH a los conflictos sin carácter internacional, aunque aclaró que, aunque no todas las normas aplicables a los conflictos internacionales son aplicables a los conflictos sin carácter internacional, hay principios básicos del DIH cuya aplicación debe estar garantizada en cualquier situación de conflicto armado[25].

Cabe preguntarse, por tanto, cuáles son estos principios a la luz de la práctica de los Estados. A este respecto hay que destacar la labor desarrollada por el CICR para la determinación de las normas humanitarias consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internacionales e internos, basadas en la práctica interna de los Estados, que pretende, a través de su conocimiento, contribuir a reforzar el respeto y eficacia del DIH en general[26].

---

la guerra. Estos principios, como apunta la Corte, son tan fundamentales para el respeto de la persona humana y para las consideraciones elementales de humanidad, que han sido aceptados de forma amplia, y ello sin perjuicio de poder constatar, a su vez, que tales reglas fundamentales se imponen a todos los Estados, hayan o no ratificado los instrumentos convencionales que las expresan, porque constituyen «principios intransgredibles del Derecho internacional consuetudinario». Cour Internationale de Justice, *Licéité de la menace ou de l'emploi D'armes nucléaires,* párr. 79, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Recueil des Arrêts, Avis consultatifs et ordonnances, 1996.

[23] Meron, T., *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 263; Mangas Martín, A., *Conflictos armados internos y DIH*, Ediciones Universidad Salamanca, 1999, pp. 139 y ss.

[24] Vinuesa, R. E., «La formación de la costumbre en el DIH», *Revista Internacional de la Cruz Roja,* 30 de julio de 1998, disponible en *https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/misc/5tdlp2.htm*.

[25] International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Commited in the Territory of Former Yugoslavia since 1991, *op. cit.,* nota 4, párr. 60.

[26] Henckaerts, J. M., *Estudio sobre el DIH consuetudinario: una contribución a la comprensión y al respeto del derecho de los conflictos armados*, Ginebra, CICR, 2005.

En este estudio se citan 141 normas aplicables a los conflictos armados sin carácter internacional. Esta investigación confirma que forman parte del Derecho consuetudinario y, por tanto, obligan a todos los Estados: el principio de distinción, la definición de objetivos militares, la prohibición de ataques indiscriminados, el principio de proporcionalidad y el deber de tomar precauciones en los ataques, con independencia de la naturaleza del conflicto bélico. Asimismo, normas como las que establecen la obligación de respetar y proteger al personal y los bienes médicos y religiosos, así como al personal y los bienes de las organizaciones imparciales que prestan ayuda humanitaria pertenecen al Derecho internacional consuetudinario. A todo ello hay que añadir el deber de respetar los bienes culturales y el medio ambiente, así como con las normas que regulan el trato a las personas privadas de libertad y las garantías procesales de las que gozan las personas incriminadas. Es, sin duda, un estudio que contribuye a precisar las normas del Derecho consuetudinario que rigen en los conflictos no internacionales, ya que en cada norma se especifica si es aplicable a conflictos armados internacionales o indistintamente a todos; y muestra, por otro lado, hasta qué punto la práctica de los Estados ha ido más allá del Derecho convencional vigente y ha extendido algunas de las normas aplicables a los conflictos armados internacionales a los conflictos no internacionales, llenando así las lagunas existentes en el Protocolo adicional II y, en particular, las relativas a la regulación de la conducción de las hostilidades, lo que ha dado lugar a la creación de normas paralelas a las del Protocolo adicional I, pero aplicables, como Derecho consuetudinario, a los conflictos armados no internacionales.

Sin embargo, el estudio del CICR sobre el Derecho consuetudinario se basa solo en la práctica oficial de los Estados y no en la práctica de GANES. Y resulta lógico si se tiene en cuenta que los únicos sujetos capaces de crear costumbres internacionales son los Estados directamente y a través de su práctica en el seno de las organizaciones internacionales[27].

Cabe preguntarse entonces si los GANES están sujetos a las obligaciones dimanantes de tales normas consuetudinarias en la medida en que estos no han participado en su formación ni han podido negarse a las mismas, como ocurre en el caso de los Estados[28]. A este respecto, y sin ánimo de afirmar una aceptación generalizada ni unánime de la obligatoriedad directa del Derecho consuetudinario, sí es cierto que podemos encontrar, en el Derecho comparado, sistemas de recepción directa que proclaman la adopción automática del Derecho internacional general, vinculando, no solo a los gobiernos sino

[27] A la cuestión de si los GANES pueden contribuir a la formación de Derecho internacional consuetudinario, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) ha dado una respuesta negativa. Véase Asamblea General, Documentos Oficiales, 71.º periodo de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/71/10), *Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su 68.ª reunión*, (2016), A/71/10, pp. 83-84, Conclusión 4(3) y p. 98, párr. 9.

[28] Véase, a este respecto, Roberts, A. y Sivakumaran, S., «Law-Making by Non-State Actors: Engaging Armed Groups in the Creation of International Humanitarian Law», *The Yale Journal of International Law*, 2012, vol. 37, núm. 1, p. 149

también a los individuos y grupos de oposición a esos gobiernos[29]. Y la responsabilidad internacional por las violaciones graves de tales normas podría ser exigida igualmente en el caso de que tales grupos se transformaran en el gobierno legítimo de dicho Estado, o individualmente a los miembros de estos, a través de la justicia penal interna o internacional. Su violación generaría, por tanto, la responsabilidad del Estado, así como la de los individuos directamente involucrados[30].

Finalmente, cabe hacer un inciso en relación con las situaciones no cubiertas enteramente por las normas del DIH para plantear la aplicación complementaria del Derecho internacional de los derechos humanos por parte de los GANES[31]. A este respecto y basándonos en la práctica de los Estados, es difícil concluir que los GANES sean destinatarios directos de tales normas. No obstante, podemos apreciar que, en las últimas décadas, hay una clara tendencia en la doctrina y en las declaraciones de relatores especiales de la ONU, expertos en derechos humanos y organismos internacionales, a exigir a los grupos que ejercen un control sobre la población semejante al de los Estados, el respeto de las normas relativas a los derechos humanos, y más concretamente de aquellas que protegen el núcleo duro de derechos humanos que pueden considerarse *ius cogens* internacional y que, como ha afirmado la Comisión Internacional independiente para la República de Siria, obligan a Estados, entidades no estatales y particulares[32]. Esta idea ha sido reafir-

---

[29] A este respecto, cabe recordar que todo Estado, por el hecho de serlo, queda obligado a respetar y a hacer respetar las normas consuetudinarias del Derecho internacional general. Así, podemos encontrar en el Derecho comparado, referencias expresas a la recepción automática del Derecho general. La Constitución alemana, por ejemplo, establece que «las reglas generales del Derecho internacional público son parte del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y deberes para los habitantes del territorio federal» (art. 25). En este mismo sentido se pronuncian la Constitución francesa y la italiana. Véanse Mangas Martín, A., «Las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho español», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, núm. 11, p. 13; González Campos, J. D., «La interacción entre el Derecho internacional y el Derecho interno en materia de derechos humanos», *El Derecho internacional en los albores del siglo xxi*, 2002, pp. 333-350; Sorel, J. M., *Le destin des normes internationales dans le Droit interne: perspectives europeennes*, disponible en *http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXIV_curso_derecho_internacional_1997_Jean-Marc_Sorel.pdf*, p. 257; Grecescu, I., «Quelques aspects de l'interférence des normes du droit international avec les normes du droit constitutionnel», *Revue du Droit International de Sciencies Diplomatiques et Politiques*, 1997, núm. 1, pp. 95-115.

[30] Nótese que el art. 8.2 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, al enumerar los actos que constituyen crímenes de guerra en los conflictos armados sin carácter internacional, hace referencia, no solo a las violaciones graves del art. 3 común a los Convenios de Ginebra, sino también, y de forma expresa, a «otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional». Muchos de los actos enumerados constituyen violaciones graves a las normas del Derecho consuetudinario aplicables a los conflictos internos según el estudio elaborado por el CICR. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, art. 8.2.*e)*, United Nations, *Treaty Series*, vol. 2.187, núm. 3.8544.

[31] Tanto el art. 3 común a los Convenios de Ginebra, como el art. 1 del Protocolo II, excluyen la aplicación de estas normas a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados.

[32] A este respecto, la Comisión Internacional Independiente sobre la República Árabe Siria, afirmó que, como mínimo, las obligaciones de derechos humanos que constituyen normas imperativas de

mada recientemente en una declaración conjunta de relatores especiales que instan a los GANES a adoptar códigos de conducta en los que incluyan estas normas mínimas de respeto a los derechos humanos[33].

3. GANES Y ALCANCE JURÍDICO DE LAS NORMAS RELATIVAS A LA PROTECCIÓN GENERAL DE LAS PERSONAS CIVILES

3.1. El art. 3 común a los Convenios de Ginebra y normas relativas al trato humano debido a las personas que no participan en las hostilidades. La importancia de los acuerdos especiales con los GANES

El contenido de las garantías mínimas de humanidad que son debidas a toda persona fuera de combate se recoge, en primer lugar, en el art. 3 común a los Convenios de Ginebra. La trascendencia de este artículo es incuestionable y constituye uno de los más importantes avances en el desarrollo de las normas del DIH. Se trata de reglas que son aplicables a toda persona y, que, como ha afirmado el Tribunal Internacional de Justicia, se caracteriza por ser una norma de *ius cogens* de carácter consuetudinario. Estamos hablando, por decirlo de alguna forma, del núcleo duro de derechos que son inderogables en cualquier situación, de los mínimos que deben respetarse por parte de todas las partes involucradas en un conflicto, con independencia de que, como prevé el propio artículo, puedan concertarse acuerdos más favorables. El Protocolo II, por su parte, en el Título II relativo al trato humano, y en particular, en el art. 4, reconoce también una serie de garantías fundamentales en favor de las personas que no participan directamente en las hostilidades.

Es importante destacar aquí la importancia de los acuerdos que puedan concertarse entre las partes implicadas en un conflicto y que están específicamente previstos en el propio art. 3, como señalamos anteriormente. La

---

Derecho internacional (*ius cogens*) vinculan a los Estados, los particulares y las entidades colectivas no estatales, incluidos los grupos armados, y que actos como la tortura, por ejemplo, no pueden justificarse en ningún caso. Human Rights Council, *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Syrian Arab Republic*, UN Doc. A/ HRC/19/69, 22 de febrero de 2012, para. 106. Véase asimismo este respaldo doctrinal en Clapham, A., «Obligaciones dimanantes de los derechos humanos para los actores no estatales en situaciones de conflicto», *RICR*, 2006, núm. 863 de la versión original; Rodenhause, T., «The legal protection of persons living under the control of non-State armed groups», *International Review of the Red Cross*, 2020, vol. 102, pp. 91-1020. *Non-State armed groups;* Ronen, Y., «Human Rights Obligations of Territorial Non-State Actors», *Cornell International Law Journal*, 2013, vol. 46, núm. 1, p. 38; Hyeran, J., *Compliant rebels. Rebel Groups and International Law in World Politics*, Cambridge University Press, 2015, pp. 46-47; Fortin, K., *The Accountability of Armed Groups Under Human Rights Law*, Oxford University Press, 2017, p. 323; Murray, D., *Human Rights Obligations of Non-State Armed Groups*, Oregon, Oxford y Portland, 2016, p. 177.

[33] *Joint Statement by independent United Nations human rights experts on human rights responsibilities of armed non-State actors*, 25 de febrero de 2021, disponible en *https://www.ohchr.org/en/press-releases/2021/02/joint-statement-independent-unitednations-human-rights-experts-human-rights?LangID=E&News*.

posibilidad de obtener compromisos por parte de los GANES abre la puerta a la implicación de estos, no solo en el cumplimiento de las obligaciones que se derivan de lo dispuesto en el mismo, sino a la ampliación de las mismas. Estos compromisos han incluido, entre otros, liberar a los prisioneros de guerra o personas detenidas (p. ej., en Angola, Bosnia-Herzegovina, Camboya, Côte d'Ivoire, Liberia y Sierra Leona); obligaciones concernientes a las personas civiles evacuadas, desplazadas o internadas, y personas desaparecidas (como en Camboya, Ruanda, Bosnia-Herzegovina) y otros compromisos como el de informar acerca de la disposición y ubicación de las minas terrestres (como en Ruanda). Otros ejemplos de acuerdos celebrados entre Estados y GANES podemos encontrarlos en El Salvador y Sudán[34]. Asimismo, hay que destacar los logros obtenidos por el Llamamiento de Ginebra, a través del cual se han alcanzado compromisos por parte de los actores no estatales mediante la firma de una *Escritura de Compromiso*, que vincula a estos a observar normas como la prohibición del uso de las minas antipersonal, la protección de los niños frente a los efectos de los conflictos armados y la prohibición de la violencia sexual[35].

3.2. Dificultades para la aplicación del principio de distinción en los conflictos asimétricos

La norma fundamental para garantizar la protección de las personas civiles contra los efectos directos de las hostilidades es el *principio de distinción*, norma consuetudinaria ampliamente arraigada en el Derecho internacional general y en la práctica de los Estados antes de su reconocimiento en el Derecho internacional convencional[36].

Su formulación aparece recogida en el art. 13, párr. 2 del Protocolo adicional II, que prohíbe los ataques dirigidos tanto contra las personas civiles como contra la población civil[37]. Sin embargo, a diferencia del Protocolo

---

[34] Véase, a este respecto, Sivakumaran, S., «Lessons for the law of armed conflict from commitments of armed groups: identification of legitimate targets and prisoners of war», *International Review of the Red Cross*, 2011, vol. 93, núm. 882, pp. 463-482.

[35] Se trata de una organización humanitaria pionera en este ámbito de carácter neutral, imparcial e independiente, que tiene como misión mejorar la protección de las personas civiles en los conflictos armados fortaleciendo el respeto de las normas y principios humanitarios por parte de los actores armados no estatales. Véase *https://www.genevacall.org/*.

[36] Así ha sido también reconocido por el CICR en conflictos armados recientes, en los que ha hecho llamamientos a las partes contendientes para que respetaran este principio aun en el caso de que no fueran partes en los Protocolos adicionales de 1977, sobre la base de que se trata de un principio de Derecho consuetudinario, obligatorio para toda la comunidad internacional con independencia de que los Estados implicados en un conflicto armado hayan ratificado los Protocolos adicionales de 1977. Asimismo, la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Resolución 2444, adoptada por unanimidad el 19 de diciembre de 1968, reconoció expresamente, como uno de los principios básicos del DIH, el que obliga a las partes en un conflicto a distinguir, en todo momento, entre personas que participan en las hostilidades y población civil. Asamblea General, *Respeto de los derechos humanos en los conflictos armados*, A/RES/2444(XXIII), 19 de diciembre de 1968, párr. 1.*d)*.

[37] Esta prohibición, inseparablemente unida al principio de distinción, aparece también recogida en otros tratados internacionales aplicables en los conflictos internos. Véase Protocolo de la Con-

adicional I, el Protocolo adicional II no define de forma específica este principio, por lo que, basándonos en la naturaleza consuetudinaria del mismo y de otras normas relativas a la conducción de las hostilidades, nos basaremos en las normas contenidas en el Protocolo adicional I que definen y desarrollan dicho principio y cuya aplicación se ha extendido a los conflictos no internacionales como se desprende del estudio elaborado por el CICR[38]. El hecho de que, en 2001, se enmendara la Convención sobre ciertas armas convencionales para ampliar su ámbito de aplicación a los conflictos no internacionales es un indicio de que esta idea está ganando adeptos en la comunidad internacional[39]. La misma tendencia se refleja en la enmienda al art. 8 del Estatuto de Roma con objeto de incorporar a la jurisdicción de la Corte, como violaciones graves de las leyes y costumbres aplicables a los conflictos armados no internacionales, el empleo de ciertas armas envenenadas y balas que se ensanchan, gases asfixiantes o tóxicos o cualquier líquido, material o dispositivo análogos[40].

A esto hay que añadir que el Estatuto de la Corte Penal Internacional establece que «dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades» constituye un crimen de guerra en los conflictos armados no internacionales[41]. El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha condenado, asimismo, o instado a poner término a los presuntos ataques contra personas civiles en el marco de muchos conflictos armados internos, como los de Afganistán, Angola, Azerbaiyán, Burundi, Georgia, Líbano, Liberia, Ruanda, Sierra Leona, Somalia, Tayikistán, y la antigua Yugoslavia, entre otros[42]. En cualquier caso,

---

vención sobre prohibiciones o restricciones del empleo de ciertas armas convencionales que puedan considerarse excesivamente nocivas o de efectos indiscriminados, sobre prohibiciones o restricciones del empleo de minas, armas trampa y otros artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II), art. 3, párr. 7, y Protocolo sobre prohibiciones o restricciones del empleo de armas incendiarias, de 1980 (Protocolo III), art. 2, párr. 1, *Treaty Series*, vol. 1.342. Véase asimismo Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción, de 1997, preámbulo, párr. 3, *Treaty Series*, vol. 2.056.

[38] Véase *infra*, p. 12. Véase asimismo, sobre esta cuestión, Solf, W. A., «Protection of civilians against the effects of hostilities under customary international law and and under Protocol I», *The American University Journal of International Law and Policy*, 1986, vol. I, pp. 107-135.

[39] Henckaerts, J. M., *op. cit.*, Introducción, XXXIV.

[40] Resolución RC/Res.5, aprobada por consenso en la 12.ª sesión plenaria el 10 de junio de 2010, enmiendas al art. 8 del Estatuto de Roma.

[41] Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998), art. 8, párr. 2, apdo. *e)*, inciso i).

[42] Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, véanse, entre otras, las Resoluciones S/RES/564 (1985), de 31 de mayo, sobre la situación en Líbano; S/RES 771 (1992), de 13 de agosto, sobre la situación en la ex Yugoslavia, S/RES/794 (1992) de 3 de diciembre, sobre la situación en Somalia; S/RES/819 (1993), de 16 de abril, sobre la situación en Bosnia Herzegovina; S/RES/904 (1994), de 18 de marzo, sobre las medidas para garantizar la seguridad y la protección de los civiles Palestinos en territorios ocupados por Israel; S/RES/913 (1994), de 22 de abril, sobre la situación en la República de Bosnia y Herzegovina, particularmente en la zona segura de Gorazde y la necesidad de una solución política general acordada por todas las partes en la ex Yugoslavia; S/RES/929 (1994), de 22 de junio, sobre el establecimiento de una operación temporaria multinacional con fines humanitarios en Ruanda hasta que se aporten a la UNAMIR los efectivos necesarios; S/RES/1073 (1996), de 28 de septiembre, sobre la situación en Jerusalén, Naplusa, Ramallah, Belén y la Faja de Gaza, S/RES/1089 (1996), de 13 de diciembre, sobre la situación en Tayikistán; S/RES/1161 (1998), de 9 de abril, sobre la situación en

el Protocolo adicional II, ratifica la inmunidad jurídica de las personas civiles y prohíbe expresamente los ataques directos y actos de terror dirigidos contra la población civil[43].

La primera cuestión que plantea el principio de distinción es la necesidad de determinar quiénes son personas civiles y quiénes no, pues de tal determinación depende la aplicación correcta de esta norma. Y lo cierto es que cada vez resulta más difícil identificar uno y otro caso en los conflictos asimétricos en los que participan actores estatales y no estatales, y en los que no se reconoce el estatuto de combatiente a estos últimos. Y todas estas situaciones se producen con mayor frecuencia en los conflictos armados de carácter interno en los que la población civil se ve más envuelta en los combates y los miembros de los grupos armados se introducen en áreas en las que se concentran personas civiles, dando lugar a que los ataques se dirijan indistintamente contra todos. Este hecho ha llevado incluso a justificar tales ataques y el bloqueo de la ayuda humanitaria en conflictos como el de Siria[44]. Por otro lado, también es frecuente encontrar resistencia por parte de los Estados a aplicar este principio en los conflictos armados internos, toda vez que el mismo puede llegar a legitimar la condición jurídica de combatientes de los grupos armados opositores.

El Protocolo adicional II no contiene una definición de persona civil ni de población civil similares a las previstas en el Protocolo adicional I (arts. 50 y 52), a pesar de que esta expresión se usa en varias disposiciones. Sin embargo, puede deducirse por exclusión, si tenemos en cuenta la expresión contenida en el art. 13, cuando establece que «las personas civiles gozarán de la protección que confiere este Título, salvo si participan directamente en las hostilidades y mientras dure tal participación». Es decir, son personas civiles todas las que no participan directamente en las hostilidades, como los miembros de las fuerzas armadas del Estado, y los miembros de grupos armados organizados por una parte en el conflicto. Las personas que no participan directamente en las hostilidades se benefician, por tanto, de la protección prevista para las personas civiles[45].

Con respecto a los combatientes, el art. 3 común a los Convenios de Ginebra y el art. 1 del Protocolo adicional II se refieren a «fuerzas armadas», y este último también a «fuerzas armadas disidentes o grupos armados organi-

---

Ruanda; S/RES/1180 (1998), de 29 de junio, sobre la situación de Angola, y S/RES/1181 (1998), de 13 de julio, sobre la situación en Sierra Leona; Security Council Resolution 2286 (2016) (*on protection of the wounded and sick, medical personnel and humanitarian personnel in armed conflict*).

[43] Art. 13 del Protocolo adicional I, párrs. 1 y 2.

[44] Parlamento Europeo, *Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación en Siria* [2018/2626(RSP)], disponible en *https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2018-0144_ES.html*.

[45] Véanse, a este respecto, Durham, H. E. M., «Who is protected under international humanitarian law?: Finding a definition for direct participation in hostilities», *Protecting civilians during violent conflict: theorical and practical issues for the 21 st century*, Farnham, Burlington Ashgate, 2012, pp. 103-117; Rodríguez Villasante y Prieto, J. L., «Participación directa de las personas civiles en las hostilidades», en Rodríguez Villasante y Prieto, J. L. y López Suárez, J. (coords.), *DIH*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 779-801.

zados [...] bajo la dirección de un mando responsable». Estos últimos constituyen los GANES y están integrados únicamente por los individuos cuya función continua consiste en tomar parte directa en las hostilidades como partes en el conflicto armado. Puede deducirse que tal expresión reconoce las condiciones esenciales que deben reunir las fuerzas armadas, tal y como se aplican en los conflictos armados internacionales. Sin embargo, según el estudio realizado por el CICR en relación con el Derecho internacional consuetudinario, estos conceptos no se definen con más precisión en la práctica de los Estados relacionada con los conflictos armados no internacionales. Mientras que los miembros de las fuerzas armadas estatales pueden ser considerados combatientes a los efectos del principio de distinción, no es así con respecto a los miembros de grupos armados de oposición[46]. Ya que, tanto la aplicación del art. 3, como la del Protocolo II, no implica ni reconocer ni modificar el estatuto jurídico de los rebeldes, y los miembros de las fuerzas o grupos armados que son capturados por la parte adversaria no tienen derecho a la condición de prisioneros de guerra, pero sí se les deben conceder las garantías fundamentales de tratamiento humano y las garantías judiciales consagradas en los arts. 3 común a los Convenios de Ginebra, y 4 y 6 del Protocolo II[47].

El CICR ha señalado a este respecto que «los grupos armados organizados constituyen las fuerzas armadas de una parte no estatal en conflicto y están integradas solo por personas cuya función continua es participar directamente en las hostilidades». Y afirma que el criterio decisivo para que exista la calidad de miembro de un grupo armado organizado es que la persona asuma una función continua para este que comprenda una participación directa en las hostilidades, lo que en términos expresados por el CICR constituye la «función continua de combate», que exige una integración duradera en un grupo que actúe como las fuerzas armadas de una parte no estatal en un conflicto armado. Sin embargo, esta función continua de combate no otorga *de jure* la condición de combatiente, sino que sirve de criterio para distinguir a los miembros de las fuerzas combatientes no estatales, de las personas civiles que, de manera esporádica o indirecta, toman parte en las hostilidades[48].

Por otro lado, muchos Estados ven con reticencia la aplicación del principio de distinción en los conflictos internos cuando va dirigido a reconocer como combatientes a los miembros de grupos armados, ya que ello implicaría el que estos puedan atacar a miembros de las fuerzas armadas estatales[49].

---

[46] Henckaerts, J. M., *op. cit.*, vol. I, *Normas*, p. 14.

[47] Cfr. Cassese, A., «The Status of Rebels under the 1977 Geneva Protocol on Non-International Armed Conflicts», *The International and Comparative Law Quarterly*, 1981, vol. 30, núm. 2, pp. 416-439.

[48] Véase Melzer, N., *Guía para interpretar la noción de participación directa en las hostilidades según el DIH*, CICR 2010, pp. 28-37, disponible en *https://www.icrc.org/es/publication/guia-participacion-directa-hostilidades-derecho-internacional-humanitario-dih*.

[49] Sassoli, M., «El DIH aplicable a los conflictos armados no internacionales y su respeto: la importancia de tomar en cuenta a los grupos armados», *Anuario Iberoamericano sobre DIH*, CICR, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de la Sabana, *doi: 10.5294/aidih.2020.1.1.9,* disponible en *https://www.unisabana.edu.co/programas/unidades-academicas/facultad-de-derecho-y-ciencias-politicas/*

Por lo que se refiere a la distinción entre bienes de carácter civil y objetivos militares, tampoco encontramos una definición precisa en el Protocolo adicional II. Ni siquiera una previsión que proteja de manera general los bienes de carácter civil. Más bien, se protege determinados bienes que, por su naturaleza o función, contribuyen a la salvaguardia de la población civil, concretamente: los bienes indispensables para la supervivencia de esta, tales como artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego; las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, como embalses, diques y centrales nucleares, y los bienes culturales y lugares de culto[50]. A estos bienes, habría que añadir los bienes vinculados a la asistencia sanitaria y religiosa, ya que, tanto el Protocolo adicional II como el Derecho internacional consuetudinario prohíben los ataques a unidades y transportes sanitarios, quedando incluidos dentro de esta categoría, entre otros, los establecimientos o centros sanitarios como hospitales generales, maternidades, y hospitales o clínicas infantiles. La misma protección reciben las unidades y los transportes sanitarios, ya sean estos efectuados por tierra, mar o aire, siempre que sean utilizados exclusivamente para fines sanitarios y no para cometer actos perjudiciales para el adversario[51].

Hay ciertas categorías de bienes cuya protección específica no aparece recogida en el Protocolo II, pero que, sin embargo, han sido recogidos en las normas del Derecho consuetudinario basado en la práctica de los Estados. Nos referimos al medio ambiente como tal y a los bienes utilizados por los periodistas y profesionales de la información[52]. Hay que insistir que tales bienes gozan de protección salvo si se convierten en objetivos militares y mientras lo sean[53].

Respecto al concepto de objetivo militar, tal definición entra dentro del Derecho consuetudinario relativo al principio de distinción, y es aplicable, por tanto, tanto en conflictos armados internacionales como no internacionales. La norma mencionada establece: «En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida»[54].

---

anuariodih/articulos/el-derecho-internacional-humanitario-aplicable-a-los-conflictos-armados-no-internacionales/.

[50] Arts. 14, 15 y 16 del Protocolo adicional II, y HENCKAERTS, J. M., *op.cit*., normas 42 y 54.

[51] Arts. 11 y 12 del Protocolo adicional II. Véase asimismo HENCKAERTS, J. M., *op. cit*, normas 28, 29 y 30.

[52] *Ibid*., normas 43 a 45 inclusive y norma 9.

[53] Véanse arts. 6, 12 y 13 del Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, de 1999. Y, en relación con los medios de información, véase TPIY, *Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia*, párr. 55, disponible en *https://www.icty.org/x/file/Press/nato061300.pdf*.

[54] HENCKAERTS, J. M., *op. cit*., norma 8.

De esta definición podemos deducir que, para la determinación del objetivo militar, debemos acudir a dos criterios. El primero es que el objeto contribuya eficazmente a la acción militar. El segundo criterio se basa en que el resultado del ataque —bien sea la captura, la destrucción o la neutralización del objeto—, produzca al atacante una ventaja militar definida. La ventaja debe ser sustancial y relativamente inmediata, ya que una ventaja que apenas sea perceptible o que solo aparezca en el largo plazo debería descartarse.

Este concepto puede poner en duda, en los conflictos armados internos, la necesaria adecuación de los criterios señalados con el principio de distinción, cuando precisamente sea más efectivo el ataque deliberado a objetivos civiles que, por su naturaleza o finalidad, contribuyan a doblegar la voluntad del enemigo, que obtener una ventaja militar definida. Esto es particularmente característico cuando los grupos rebeldes o disidentes tienen como objetivo la capitulación del gobierno establecido y creen que su única oportunidad para vencer a las fuerzas gubernamentales, incomparablemente mejor dotadas, tanto en lo militar como en lo tecnológico, sea atacar «objetivos blandos», como las personas civiles o los bienes de carácter civil, para, de ese modo, desgastar la moral de la población civil, y así lograr que retire su apoyo al gobierno[55].

3.3. Acciones de socorro y ayuda humanitaria: limitaciones existentes para la exigencia de obligaciones positivas a los GANES

En situación de conflicto armado, las condiciones de supervivencia de la población se tornan casi siempre extremadamente difíciles, siendo muchas veces intencionadamente provocadas por los grupos armados para desmoralizar a la población civil y obligarla a huir de determinadas zonas, o para que esta retire su apoyo al gobierno establecido. La presencia de estos grupos armados en núcleos urbanos y entre la población civil, también ha servido de pretexto a las fuerzas armadas gubernamentales para impedir el abastecimiento de dichas zonas llegando a situaciones en las que el acceso de la ayuda humanitaria en conflictos como el de Yemen o Siria ha sido constantemente denegado y se ha generalizado el uso de la violencia contra las acciones humanitarias, provocando hambruna y condiciones extremas e inhumanas para la población civil. Por todo ello, la denegación del acceso de la ayuda humanitaria, la utilización de la hambruna como arma de guerra y el aumento de la violencia contra las operaciones humanitarias, son algunos

[55] Véase Sassoli, M., «Legitimate targets of attacks under International Humanitarian Law», *Background Paper prepared for the Informal High-Level Expert Meeting on the Reaffirmation and Development of International Humanitarian Law,* Cambridge, 27-29 de enero de 2003, *Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University*, pp. 3-4, disponible en *https://hhi.harvard.edu/files/humanitarianinitiative/files/session1_legitimate_targets_ihl.pdf?m=1615827575.*

de los retos de la ayuda humanitaria en la actualidad, especialmente en los conflictos armados prolongados[56].

Y, sin embargo, la supervivencia de esta depende, definitivamente, de la ayuda humanitaria que se constituye como un derecho ligado a las garantías mínimas del trato humano debido a las personas civiles y a la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil. Esta prohibición alcanza tanto a las acciones positivas encaminadas intencionadamente a hacer padecer hambre a las personas civiles, privándolas de los alimentos y bienes indispensables para la supervivencia, como a las omisiones que impliquen violaciones manifiestas e intencionadas de las obligaciones establecidas en el DIH, y va dirigida a todas las partes implicadas en un conflicto[57]. Respecto a las primeras, los GANES tienen la obligación de permitir el acceso de la ayuda humanitaria a los territorios controlados por estos[58]. Cosa diferente es que, para que se emprendan las acciones de socorro mencionadas, se requiera el consentimiento de las autoridades legítimas del Estado en cuyo territorio se vayan a desarrollar. Se trata de una previsión que tiene por objeto la salvaguardia de la soberanía del Estado y los principios de integridad territorial y no intervención[59]. Pero, la negativa injustificada, tanto por parte de las autoridades gubernamentales como por parte de los GANES, que tiene como consecuencia la hambruna de la población civil, sería una violación de la prohibición de hacer padecer hambre a la población civil como método de guerra, contenida en el art. 14 del Protocolo adicional II y respaldada ampliamente por el Derecho consuetudinario. A este respecto, cabe destacar las graves violaciones de estas normas en el conflicto de Siria, en el que la Comisión Internacional Independiente de Investigación en Siria establecida por las Naciones Unidas, ha denunciado la utilización sistemática de los asedios y la denegación de la ayuda humanitaria por parte de las fuerzas gubernamentales, los grupos armados de la oposición y los grupos terroristas como métodos de guerra para forzar la rendición o extraer concesiones políticas[60].

---

[56] Cálvez Martínez, E., «Retos de la ayuda humanitaria en conflictos armados prolongados: el rol creciente de los agentes locales», *REDI*, 2017, vol. 69, núm. 1, pp. 245-270.

[57] Arts. 14 y 18.2 del Protocolo adicional II. La prohibición de hacer padecer hambre a la población civil está igualmente reconocida en el Derecho consuetudinario. Véase Henckaerts, J. M., *op. cit.*, normas 53 a 56.

[58] En la Primera Cumbre Humanitaria Mundial, convocada bajo los auspicios de las Naciones Unidas en 2016, se destacó la necesidad de garantizar el respeto de las normas del DIH por parte de los actores no estatales. Se destacaron, a este respecto, los acuerdos alcanzados en conflictos como el de Siria, en mayo de 2014, y Yemen, en mayo de 2015. World Humanitarian Summit Secretariat, *Restoring Humanity: Synthesis of the Consultation Process for the World Humanitarian Summit,* Nueva York, United Nations, 2015, p. 048.

[59] En todo caso, la denegación del acceso a la ayuda humanitaria no puede ser arbitraria, y, si provoca hambruna en la población civil, no existe una razón válida para denegar dicho acceso cuando se cumplen las condiciones enumeradas en el art. 18.2, a saber, que las acciones de socorro tengan carácter humanitario, imparcial y no discriminatorio, caracteres reconocidos en los principios que rigen las acciones de ayuda humanitaria. Véase Junod, S. *et al.* (eds.), *Comentario…*, *op. cit.,* nota 11, párr. 4885.

[60] Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria*, p. 5, párr. 18, A/HRC/36/558, de agosto de 2017, disponible en *file:///C:/Users/Gen%C3%A9rica_Provisional/Downloads/A_HRC_36_55-ES.pdf*.

Por lo que se refiere a las acciones de socorro dirigidas a la población civil, no cabe duda de que el cumplimiento de esta obligación va a depender del grado de control de territorio, recursos y capacidad de los GANES, siendo por ello tanto más exigible cuanto mayor sea esta capacidad. Sin embargo, no es menos cierto que, frente a las normas previstas a este respecto en las situaciones de ocupación para los conflictos armados internacionales, existe una laguna jurídica en los casos en los que esta ocupación se lleva a cabo por parte de un GANE. Esta falta de previsión en las normas convencionales se debe a la negativa de los Estados a reconocer la autoridad de los grupos rebeldes sobre parte de su territorio y legislar en consecuencia. Hay que apelar, de nuevo, a la importancia de concertar acuerdos y obtener compromisos que permitan a los acores humanitarios acceder a la población civil de estos territorios.

4. REFLEXIONES FINALES

Hay dos factores que van a influir decisivamente en el grado de cumplimiento de las normas del DIH por parte de los GANES. El primero es la capacidad del grupo armado no estatal de asumir las obligaciones que emanan de las mismas aun cuando no haya duda de que van dirigidas a todas las partes involucradas[61]. En este sentido, el grado de organización, recursos y control del territorio va a determinar la capacidad de un grupo armado no estatal de asumir, no solo obligaciones negativas, como la de no atacar a personas civiles o no utilizar determinados medios y métodos de combate, sino también obligaciones positivas, como por ejemplo la de proporcionar o facilitar la asistencia humanitaria o la de observar las normas relativas a los detenidos, pues, ciertamente, algunos cuentan con mayores recursos humanos, como secciones civiles o de administración, o materiales, como infraestructura o bienes, y, en este último caso, hay mayores expectativas de que puedan prestar asistencia directa a la población bajo su control, en ámbitos como atención básica de salud y educación[62].

El segundo factor es, sin duda, la voluntad de aplicar dichas normas. Y, a pesar de que van dirigidas a todas las partes involucradas, los GANES

---

[61] A este respecto, otro ejemplo de aplicación directa de las normas a los grupos armados sería con respecto a la protección de los desplazados internos. Véase Comisión de Derechos Humanos, *Intensificación de la promoción y el fomento de los derechos humanos y las libertades fundamentales, en particular la cuestión del programa y los métodos de trabajo de la Comisión, Derechos humanos, éxodos en masa y personas desplazadas, Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos, Adición: Principios Rectores de los desplazamientos internos,* Principio 2, párr. 1, E/CN.4/1998/53/Add.2*, 11 de febrero de 1998, disponible en *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022.pdf*.

[62] En este sentido, recordemos que es precisamente ese grado de control y organización el que el art. 1 del Protocolo II señala como necesario para que los GANES puedan aplicar las normas contenidas en el mismo. Véase *infra*, pp. 5-7. Véase asimismo Ruta, C., Ruaudel, H. y Bongard, P., «Los Principios Rectores y los GANES», *Veinte años de los Principios Rectores,* octubre de 2018, pp. 38-39.

pueden sentir que no están vinculados por las normas del DIH o estar poco motivados para respetarlas, si se tiene en cuenta, además, que estas normas imponen obligaciones a todas las partes implicadas en el conflicto, pero no protegen por igual a estas, ya que, al no existir el estatuto de «combatiente» como en los conflictos armados internacionales, nada impide que un Estado castigue a miembros de un grupo armado no estatal por su simple participación en hostilidades, aun cuando estos hubieran cumplido el DIH[63]. Urge, por ello, involucrar a los GANES en compromisos en los que hagan suyas estas normas. La realidad muestra ejemplos recientes en los que el grado de cumplimiento alcanzado se ha incrementado cuando se han obtenido acuerdos en los que los grupos armados han mostrado su voluntad de respetar ciertas normas. En este sentido, la capacitación en materia de DIH y la elaboración de códigos de conducta, declaraciones unilaterales y acuerdos especiales, por medio de los cuales los grupos se comprometan expresamente a cumplir sus obligaciones o a asumir compromisos, pueden desempeñar un papel fundamental para mejorar el respeto del DIH y la protección de las personas civiles. Y esto exige que los agentes humanitarios y otros agentes competentes mantengan con ellos una interacción sostenida, estratégica y con arreglo a principios, sin que ello pueda ser interpretado como un reconocimiento de legitimidad a tales grupos, sino como reflejo de una realidad en la que la interacción con los GANES resulta indispensable para lograr el respeto de las normas del DIH y, en consecuencia, garantizar la protección de las personas civiles en los conflictos armados internos. La elaboración de Declaraciones de principios que recojan estándares mínimos fácilmente asumibles y a las que puedan adherirse los GANES como parte de su programa político puede resultar asimismo eficaz cuando se trata de grupos que buscan legitimidad internacional o apoyo de la población civil[64]. Pero es necesario entablar también un diálogo paralelo con los gobiernos para que no vean en estas negociaciones con los actores humanitarios, ni en los acuerdos entre el gobierno y los grupos rebeldes, una legitimación de estos ni una amenaza contra su soberanía territorial, sino un medio para garantizar ayuda humanitaria y la protección de las personas civiles[65]. Los acuerdos alcanzados, pueden incluir la posibilidad de conceder amnistías a las personas que hayan tomado parte en el conflicto armado, al finalizar las hostilidades, basadas en el respeto a las normas del DIH, lo que podría motivar a los GANES a asumirlas y aplicarlas[66]. Es inevitable, por ello, que se desarrolle la diplomacia

[63] De esta manera, los miembros de los GANES que luchan en contra las fuerzas armadas del gobierno establecido quedan sujetos a dos órdenes jurídicos: el Derecho penal interno y el DIH. Véase GOLDMAN, R. K., *op. cit*., p. 94.

[64] Véanse, como ejemplo, BOURDONNAYE, T., «¿Greener insurgencies? Engaging non-State armed groups for the protection of the natural environment during non-international armed conflicts», *International Review of the Red Cross*, Cambridge University Press, 2021; HYERAN, J., *op. cit*., pp. 64-65.

[65] GREENWOOD, C., «International Humanitarian Law (Laws of War)», en KALSHOVEN, F. (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference*, La Haya, Kluwer Law International, 2000, pp. 161-259, esp. p. 231.

[66] Medida prevista en el art. 6.5 del Protocolo II.

humanitaria, ejercida por los actores humanitarios a través de estrategias de diálogo y negociación que obtengan compromisos, por parte de los GANES y de los gobiernos, de respetar y aplicar las normas del DIH que protegen a las personas civiles en los conflictos armados[67].

[67] Véanse, a este respecto, Turunen, S., *Humanitarian negotiations with armed groups: the front lines of diplomacy*, Londres-Nueva York, Routledge, 1.ª ed., 2020; McHugh, G. Mc. y Bessler, M., *Humanitarian Negotiations with Armed Groups A Manual for Practitioners,* U.N., enero de 2006, en *https://www.unocha.org/sites/unocha/files/HumanitarianNegotiationswArmedGroupsManual.pdf*.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Miscelánea/*Miscellany*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 245-270
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.05
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 06/06/2022. Aceptación: 18/06/2022

LA DESNATURALIZACIÓN DE LA ZONA SAR EN EL MEDITERRÁNEO CENTRAL: DE PIEZA CLAVE PARA SALVAR VIDAS A INSTRUMENTO CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS

Claudia Jiménez Cortés*

RESUMEN

LA DESNATURALIZACIÓN DE LA ZONA SAR EN EL MEDITERRÁNEO CENTRAL: DE PIEZA CLAVE PARA SALVAR VIDAS A INSTRUMENTO CONTRA LOS DERECHOS HUMANOS

En diciembre de 2017 Libia registró en la Organización Marítima Internacional una zona de salvamento y rescate (zona SAR), pensada, diseñada y financiada por la Unión Europea y sus Estados miembros. A partir de entonces, los guardacostas libios han pasado a coordinar casi en exclusiva todas las operaciones de salvamento de la ruta migratoria del Mediterráneo central, hoy por hoy una de las más letales del mundo. El presente trabajo cuestiona la validez de dicha zona tanto por la incapacidad material de la guardia costera libia para desarrollar la función de salvamento en su zona SAR, como por la imposibilidad de poder considerar a aquel Estado como «puerto seguro». Su creación y funcionamiento, de hecho, no son sino un reflejo más de la política de externalización de fronteras de la UE que, en este caso, tiene como consecuencia añadida la desvirtuación de un principio tan esencial y antiguo como es el deber de socorro en el mar, cuya única finalidad debería ser «salvar vidas».

Palabras clave: zona SAR, naufragio, salvamento, rescate, lugar seguro, inmigración, Libia, Unión Europea.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Barcelona (*claudia.jimenez@uab.es*). La presente contribución se inscribe en el marco del Proyecto europeo *ITFLOWS*, que ha recibido financiación del programa de investigación e innovación Horizonte 2020 de la UE en virtud del acuerdo de subvención núm. 882986. Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 24 de mayo de 2022.

ABSTRACT

THE DENATURALIZATION OF THE SAR ZONE IN THE CENTRAL MEDITERRANEAN: FROM A KEY PIECE FOR SAVING LIVES TO AN INSTRUMENT AGAINST HUMAN RIGHTS

In December 2017, Libya registered a search and rescue zone (SAR zone) with the International Maritime Organization conceived, designed and financed by the European Union and its member states. Since then, the Libyan coastguard has almost exclusively coordinated all rescue operations on the Central Mediterranean migratory route, today one of the deadliest in the world. The present article questions the validity of this zone due to the material inability of the Libyan coastguard to carry out the rescue function in its SAR zone as well as the impossibility of being able to consider that state as a «safe port». Its creation and workings are in fact one more reflection of the EUs border externalization policy which, in this case, has as an added consequence the distortion of a principle as essential as that of providing help at sea and whose sole purpose should be to «save lives».

Keywords: SAR Zone, shipwreck, search, rescue, safe port, immigration, Libya, European Union.

SUMARIO: 1. MARCO CONTEXTUAL.—1.1. Algunos datos para la reflexión...—1.2. La necesaria distinción entre el ejercicio soberano de control de fronteras libio (inmigración y tráfico de personas) y el deber de socorro en el Mediterráneo.— 2. LA VERDADERA FINALIDAD DE LA ZONA SAR LIBIA: EVITAR QUE LOS MIGRANTES LLEGUEN A EUROPA.—2.1. ¿Por qué una zona de salvamento y rescate libia? El «descontrol» de la ruta central del Mediterráneo.—2.2. La determinante implicación de Italia y la UE en la puesta en marcha de una zona SAR libia.—2.3. Los resultados del reconocimiento de la zona SAR libia: prueba irrefutable de su finalidad no humanitaria.—3. CONCLUSIONES.

1. MARCO CONTEXTUAL

1.1 Algunos datos para la reflexión...

La celeridad con que la Unión Europea (en adelante UE) y sus Estados miembros han respondido a la dramática crisis humanitaria de Ucrania como consecuencia de la agresión rusa, contrasta sobremanera con la deriva securitaria de su política en las fronteras del sur.

Sin ir más lejos, hasta el pasado mes de abril de 2022, todos los medios se hacían eco de la rápida acogida de millones de personas que han tenido que huir de los ataques rusos contra la población civil con un balance de casi 1.900 muertos, un crimen de guerra sin paliativos[1]. Al mismo tiempo, en la frontera sur, España tuvo que hacer frente a más de 2.500 personas que intentaron saltar la valla de Melilla[2] y acto seguido, mercadeó con su posición respecto del Sáhara occidental a fin de congraciarse con el reino

[1] Cifra ofrecida por la OACDH a fecha de 11 de abril de 2022. Disponible en *https://www.ohchr.org/en/news/2022/04/ukraine-civilian-casualty-update-11-april-2022*.

[2] Según la prensa, solo el 2 de marzo unas 2.500 personas intentaron saltar la valla, de las cuales 491 lo consiguieron, lo que implica la devolución de unas 2.000. Cifras publicadas en *El País, https://*

alauita a cambio de una mayor «diligencia» en el control de sus fronteras[3]. Por su parte, según el informe monográfico de mayo de 2021 de la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante OACDH), la ruta del Mediterráneo central continúa ostentando el triste honor de ser una de las más letales en el mundo[4]. En el caso concreto del trayecto que va de Libia a Malta o Italia, en los tres primeros meses del 2022, son ya 476 las personas que en su intento por alcanzar las costas europeas han perdido la vida[5].

Centrando ya el análisis en esta ruta, la primera cuestión que salta a la vista es el espectacular descenso en la llegada de migrantes a Italia, destino casi exclusivo en los últimos años[6]: si en el momento álgido de 2016 llegaron por mar más de 181.000 personas, en el 2018 fueron algo más de 23.000 y en el 2019 —último año prepandemia— no llegaron a 12.000. Y aunque las estadísticas ahora señalan un repunte —en el 2021, 31.714 personas procedentes de Libia alcanzaron las costas italianas y en enero del 2022 ya iban más de 3.000—[7], estas cifras siguen siendo sustancialmente menores a las de 2016.

El espectacular descenso de llegadas a Europa se debe a múltiples factores, entre los que cabe destacar el papel desempeñado por quienes ostentan el control en Libia: las milicias, la guardia encargada de la seguridad de las costas dependiente del Ministerio del Interior (GACS) y los guardacostas, dependientes del Ministerio de Defensa (LCGPS). Estos dos últimos, a partir de finales del 2017, pasaron de colaborar con los traficantes —cuando no a

---

elpais.com/espana/2022-03-02/unas-2000-personas-intentan-acceder-a-melilla-en-un-salto-masivo-a-la-valla.html.

[3] Sobre la nueva posición del gobierno español respecto al Sáhara occidental véase la Declaración de miembros de la AEPDIRI suscrita por la autora. Disponible en *https://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/declaracion-sahara.*

[4] OACDH, *Lethal disregard. Search and rescue and the protection of migrants in the central Mediterranean Sea*, OHCHR Migration Unit (coord.), UN, mayo de 2021, p. 3. Disponible en *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Migration/OHCHR-thematic-report-SAR-protection-at-sea.pdf.*

[5] Datos de ACNUR para el total de migrantes que llegaron a las costas europeas por la ruta del Mediterráneo central y de la OIM («*Missing Migrant Project*») para los fallecidos en el intento. Disponible en *https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean?region_incident=All&route=3861&year%5B%5D=10121&month=All&incident_date%5Bmin%5D=&incident_date%5Bmax%5D=.*

[6] El otro potencial destino de la ruta central, Malta, ofrece cifras poco relevantes en comparación, razón por la cual no se han incluido en la estadística general. Así, por ejemplo, en 2015 y 2016 eran por debajo de 1.000, en 2018 fueron 1.445 y en el 2019 alcanzaron la cifra máxima de 2.738. Datos extraídos del portal de ACNUR. Disponible en *https://data.unhcr.org/en/documents/details/72519*. En cuanto a los datos de Italia estos provienen del Ministerio del Interior italiano, reflejados en Comisión Europea, *Action document. The European Union Emergency Trust Fund for stability and addressing the root causes of irregular migration and displaced persons in Africa*. Support to integrated border and migration management in Libya - Second phase, T05-EUTF-NOA-LY-07. Disponible en *https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/default/files/t05-eutf-noa-ly-07.pdf*.

[7] El total de migrantes llegados a Italia en el 2021 se cifra en 67.477, de los cuales casi la mitad (un 47 por 100) habían salido de las costas libias. El resto provenía mayoritariamente de Túnez (30 por 100), seguido en un porcentaje mucho menor de Turquía (19 por 100) y residualmente (el 4 por 100) de Argelia, Grecia, Egipto, Albania y Montenegro. En cuanto a Malta, la cifra fue apenas de 838. Datos de OIM, Q4 2021, *Quarterly regional report. DTM Europe (October-December 2021)*, pp. 5 y 8. Disponible en *https://displacement.iom.int/sites/default/files/public/reports/Q4%202021%20Narrative%20Overview_0.pdf*.

actuar como tales—[8] a interceptar las naves dentro y fuera de las 12 millas territoriales. Las cifras no dejan lugar a dudas: en 2016 sus labores de interceptación y rescate se cifraban en 7 personas por cada 100, en el 2018 subió a 37 de cada 100, en el 2019 a 39 de cada 100, y en el 2021 eran casi un 50 por 100 los embarcados con destino a Europa que primero fueron interceptados o rescatados, y luego arrestados y devueltos a Libia por su servicio costero[9]. Otros 1.553 perecieron en el intento[10]. Y en el primer mes del 2022 estas estadísticas parecen mantenerse: 3.035 personas que salieron de Libia consiguieron llegar a Italia, pero otras 1.476 fueron retornadas a su punto de partida y 119 han muerto o desaparecido en el mar[11].

Este giro por parte de las autoridades libias tiene su origen en la política de externalización de fronteras de la UE y sus Estados miembros como principal estrategia para conseguir frenar la migración no europea por la frontera sur[12]. Al igual que se hizo en 2016 con Turquía[13], o que España intenta hacer ahora con Marruecos, en el caso de Libia, la UE y sus Estados miembros han hecho abiertamente una apuesta tanto financiera como material y de recursos humanos por las desacreditadas autoridades libias a fin de asegurar que no lleguen más personas desde sus costas a las puertas del viejo continente[14]. Y vistas las cifras antes citadas, se puede afirmar que, si ese era el único objetivo, lo han conseguido.

Ahora bien, este relativo «éxito» de freno migratorio ha sido y debe ser objeto de severas críticas, tanto desde el punto de vista estratégico —por la total dependencia de terceros—, como sobre todo por el alto precio en relación con

---

[8] Véase Pi Llorens, M., «La Unión Europea y la lucha contra los traficantes y tratantes de migrantes en Libia: balance tras el fin de la operación *Sophia*», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, diciembre de 2020, núm. 40, pp. 1-35, esp. p. 8, *doi:10.17103/reei.40.07*.

[9] Cálculos efectuados a partir de la información que figura en el *Action document* T05-EUTF-NOA-LY-07, *op. cit.*, nota 6, excepto para el año 2016 que se ha utilizado la base de datos de la OIM. Disponible en *https://migration.iom.int/europe/missing*.

[10] Datos extraídos del informe de la OIM, Q4 2021, *Quarterly regional report…*, *op. cit.*, nota 7, p. 5.

[11] Cifras extraídas de IOM, *Libya Migrant Report. Round 40, DTM Dec.2021-Jan.2022*, p. 42, *https://displacement.iom.int/sites/default/files/public/reports/DTM_Libya_R40_Migrant_Report_FINAL.pdf*.

[12] En este sentido, con el término externalización se hace referencia a un control de flujos migratorios en los que no hay presencia ni ejercicio directo de actividades de control por agentes públicos de los Estados miembros. Sobre una conceptualización de la externalización de fronteras en el marco de la UE, véanse del Valle Gálvez, A., «Inmigración, Derechos Humanos y Modelo Europeo de Fronteras: Propuestas Conceptuales sobre "extraterritorialidad", "desterritorialidad" y "externalización" de controles y flujos migratorios», *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, diciembre de 2020, núm. 2, pp. 145-210, *https://revistas.uca.es/index.php/rejucrim/article/view/6877*; Sánchez Legido, Á., «Externalización de controles migratorios *versus* derechos humanos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2019, núm. 37, *doi:10.17103/reei.37.03*.

[13] Sobre el acuerdo de ayuda financiera y su evolución, véase, por ejemplo, Urbaneja Cillán, J., «The European Union-Turkey Cooperation on Migration Matters: towards a Review of the Migratory Statement of 18 March 2016», *Paix et Sécurité Internationales*, 2020, núm. 8, pp. 211-250.

[14] En este mismo sentido se expresa Carolina Soler en su reciente artículo dedicado a las operaciones *Sophia* e *Irini*. Soler García, C., «La Unión Europea, ¿un gendarme en el Mediterráneo central?: Las operaciones *Eunavfor Med Sophia* e *Irini*», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2022, vol. 74, núm. 1, pp. 47-63, esp. p. 63. En el mismo sentido Pi Llorens, M., «La Unión Europea...», *op. cit.*, nota 8, p. 33.

la protección de los derechos humanos e incluso vidas que lleva aparejado. Según el informe de 2021 de la OACDH antes citado:

> «*In 2017 119,310 migrants reached Europe via Libya using the central Mediterranean route, the mortality rate was one in every 51 migrants (1.98 %). However, by 2018, 1 in every 35 migrants (2.86 %) attempting the crossing would perish, and by the end of 2019, even as the overall number of migrant arrivals to Europe decreased significantly to 14,560, at least one in every 21 migrants (4.78 %) would die attempting the crossing. As the Secretary-General has noted, these figures also do not account for the unknown number of migrants who have died or gone missing after being returned to Libya*» [15].

Con estos datos, no cabe duda que esta externalización y en general la visión securitaria de la frontera sur tal y como se está desarrollando, entre otras muchas nefastas consecuencias, está significando más riesgo de perder la vida en el intento y un mayor deterioro si cabe de marcos normativos tan esenciales desde el punto de vista humanitario como el régimen de los refugiados o el de los derechos humanos, cuyo único objeto es proteger a las personas. Y por si ello fuera poco, a estos ya de por si inasumibles costos, en el caso concreto de la ruta central del Mediterráneo cabe añadir uno más: la grave desnaturalización del marco estrictamente pensado y diseñado para garantizar algo tan básico y antiguo como es el deber de socorro en el mar.

1.2. La necesaria distinción entre el ejercicio soberano de control de fronteras libio (inmigración y tráfico de personas) y el deber de socorro en el Mediterráneo

Si bien es cierto que las funciones de control de fronteras y las de salvamento comparten la obligación del respeto de los derechos humanos y el trato a las personas con humanidad, son competencias distintas con finalidades y marcos reguladores propios.

La gestión de los flujos migratorios, aunque es una cuestión que preocupa a toda la comunidad internacional y en esa medida se entiende que se puedan buscar respuestas conjuntas o al menos coordinadas [16], es indiscutiblemente una competencia exclusiva de cada Estado, derivada directamente de su soberanía [17]. En esa medida, es cada país el que determina el régimen jurídico aplicable a los migrantes —a través de su ordenamiento interno o de la adquisición de compromisos internacionales— y el que debería velar

---

[15] OACDH, *Lethal Disregard. Search and Rescue..., op. cit.,* nota 4, p. 8.

[16] En esta línea cabe señalar, por ejemplo, los dos pactos mundiales surgidos de la Conferencia internacional de Marraquech de diciembre de 2018: el Pacto Global para los Refugiados (PGR) y el Pacto Global para una Migración Segura, Ordenada y Regular (PGMSOR). UN General Assembly, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: Interngovernmentally Negotiated and Agreed Outcome*, 13 de julio de 2018. Disponible en *https://tinyurl.com/C-Global-compact-2018*.

[17] Así se desprende incluso del articulado de la *Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares*, adoptada por la Asamblea General en la Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, UN Treaty, series, 2004, vol. 2.220, núm. 39.481.

también por su cumplimiento, siempre eso sí, desde el respeto de los derechos humanos.

Es en virtud de esa soberanía que, en el caso de Libia, desde el 2010 se decidió criminalizar toda entrada, estancia o salida sin la documentación apropiada o a través de puestos fronterizos no oficiales de cualquier persona extranjera, sin distinguir entre migrantes, refugiados o víctimas de trata[18]. Esta infracción, considerada allí delito, se castiga con una pena de prisión con «trabajos forzados» o una multa de alrededor de 1.000 dinares libios (720 dólares estadounidenses), además de la expulsión, una vez cumplida la pena[19]. Y lo que es aún más grave, permite la detención de migrantes en cárceles y centros específicos por tiempo indefinido, sin necesidad de una decisión judicial, práctica que según los informes del secretario general de Naciones Unidas de 2021 y de la Misión Independiente de Investigación sobre Libia de marzo de 2022, sigue siendo habitual[20], al igual que lo son a fecha de hoy los abusos y violaciones masivas de derechos humanos en dichos centros[21].

Es este marco jurídico y fáctico contrario a la normativa internacional de los derechos humanos el que aplican los responsables del control de fronteras libios. En ese sentido, es sabido que todas las personas interceptadas por los guardacostas en el mejor de los casos serán enviadas a esos desafortunadamente famosos centros de detención, de donde muchas de ellas habían huido[22]. En consecuencia, la cooperación, ayuda material y capacitación que Italia y la UE brindan a los cuerpos de seguridad y guardacostas libios redunda finalmente en dicha aplicación. Esta cuestión ya de por si ha sido objeto de duras críticas e incluso ha abierto un interesante debate jurídico sobre su posible responsabilidad internacional por violación de derechos humanos

---

[18] Ley 19 del año 1378 PD (2010) para controlar la inmigración ilegal y que complementa la Ley 6 (1987) dedicada a la entrada, la residencia y la salida de nacionales extranjeros a/de Libia, modificada posteriormente por la Ley 2 (2004). La Ley 19 de 2010 se desarrolló posteriormente en el Decreto de Gabinete (386) de 2014, que establece el mandato de la Dirección de Lucha contra la migración Ilegal (DCIM). Al respecto cabe señalar que Libia no forma parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, ni de su protocolo. Sí que ha ratificado el Protocolo contra la trata de personas de 2000 pero no ha sido desarrollado a nivel interno por lo que no existe un delito de «trata de personas» y por ende tampoco la de víctima de trata.

[19] Art. 6 de la Ley 19 del año 1378 PD y Decreto de Gabinete (386) de 2014.

[20] Informe del secretario general de las Naciones Unidas al Consejo de Seguridad sobre la Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Libia, de 25 de agosto de 2021, doc. S/2021/752, p. 9, párr. 51. Disponible en *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/220/84/PDF/N2122084.pdf?OpenElement,* y Consejo de Derechos Humanos, *Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, doc. A/HRC/49/4, 23 de marzo de 2022, párrs. 46 y 47. Disponible en *https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-03/A_HRC_49_4_AUV.pdf*.

[21] Desgraciadamente esta práctica sistemática y generalizada de violaciones graves de derechos humanos contra los migrantes que implican malos tratos, torturas, trabajos forzosos o violencia sexual, está tan extensamente demostrada y son de tal grado que la Misión Independiente de Investigación sobre Libia continúa hablando de crímenes de lesa humanidad. *Ibid*., párr. 46.

[22] El informe de la OACDH de mayo de 2021 y que cubre los años 2019 y 2020 incluye testimonios según los cuales, personas rescatadas luego «desaparecían» o eran enviadas a granjas gestionadas por traficantes. OHCHR, *Lethal Disregard..., op. cit.,* pp. 15 y 21.

como consecuencia de dicha cooperación[23]. Sin entrar en ello por no ser ese el objeto de este artículo, en todo caso cabe recordar la importante distinción entre la posible responsabilidad política y la estrictamente jurídica derivada de un ilícito internacional que, como tal, requerirá demostrar la violación de una obligación internacional y su atribución al sujeto potencialmente responsable. A partir de aquí, se debería valorar caso por caso hasta qué punto determinada cooperación, ayuda material y capacitación concreta brindada a las autoridades libias —responsables directas de las violaciones de derechos humanos e incluso de posibles crímenes de lesa humanidad— tiene un nexo de causalidad suficiente como para ser de aplicación el art. 16 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos y su homónimo art. 14 del Proyecto de artículos sobre responsabilidad de las organizaciones internacionales[24].

Ahora bien, independientemente de esta cooperación —y su calificación jurídica— o de la situación legal de quienes suben o son subidas a bordo de embarcaciones rumbo a Europa, cuando hablamos de riesgo de naufragio, tanto dentro de las aguas territoriales libias como una vez superadas las 12 millas, existe la obligación primera y primordial de salvar las vidas en peligro. Eso significa que en caso de conflicto y precisamente por motivos hu-

---

[23] Al respecto, el relator especial sobre la tortura en su informe de 2018 parece tenerlo claro cuando señala que: «En resumen, los Estados de destino no pueden eludir sus propias obligaciones internacionales externalizando o delegando sus prácticas de control de las migraciones a otros Estados o agentes no estatales que escapan a su control jurisdiccional; por el contrario, con su instigación, apoyo o participación pueden incurrir en complicidad o responsabilidad conjunta en las operaciones de retención ilegal y en las consiguientes violaciones de los derechos humanos, incluidos la tortura y los malos tratos». Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nils Melzer, 23 de noviembre de 2018, A/HRC/37/50, pp. 6 y 18. Véase también DE VITTOR, F., «Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di "accordi" per il controllo extraterritoriale della migrazione», *Diritti umani e diritto internazionale*, 2018, vol. 12, núm. 1, pp. 5-28, *doi:10.12829/89679*.

[24] Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, CDI, Informe de la Comisión a la Asamblea general sobre la labor realizada en su 53.º periodo de sesiones, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 2001,* vol. II, segunda parte, Nueva York, 2007, Doc A/CN.4/SER.A/2001/Add.1 (parte 2) y Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales aprobado en segunda lectura. Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 63.º periodo de sesiones (26 de abril a 3 de junio y 4 de julio a 12 de agosto de 2011), *ILC Report,* 2011, doc. A/66/10. En este sentido, cabe cuestionarse cuando menos la estrecha relación de la asistencia prestada y la violación de derechos humanos derivada de la detención por tiempo indefinido sin autorización judicial, que está así prevista por ley y, por tanto, resulta imposible alegar el «desconocimiento» al que se hace referencia en el artículo de Santos Vara y Pascual Matellán. SANTOS VARA, J. y PASCUAL MATELLÁN, L., «The Externalisation of EU Migration Policies: The Implications Arising from the Transfer of Responsibilities to Third Countries», en DOUMA, W. T., ECKES, C., VAN ELSUWEGE, P., KASSOTI, E., OTT, A. y WESSEL, R. A. (eds.), *The Evolving Nature of EU External Relations Law*, La Haya, Springer, Asser Press, 2021, pp. 315-331, esp. pp. 315 y 325 y ss., *https://doi.org/10.1007/978-94-6265-423-5_14*. Sobre este debate, véanse, entre muchos otros, MORENO-LAX, V. y GIUFFRÉ, M., «The Raise of Consensual Containment: From "Contactless Control" to "Contactless Responsability" for Forced Migration Flows», en JUSS, S. (ed.), *Research Handbook on International Refugee Law*, 2017, pp. 7 y ss.; PI LLORENS, M., «La Unión Europea...», *op. cit.*, pp. 29-30; CALVO MARISCAL, L., «Cooperación entre la UE y Libia en materia de inmigración y asilo: la posible creación de plataformas de desembarco», *Revista General de Derecho Europeo*, 2020, núm. 50, pp. 162-204, esp. pp. 197 y ss. En relación a los artículos citados véase *supra*, pp. 21-22.

manitarios en todo momento se debe garantizar la prevalencia del inmediato deber de socorro, por encima de controles migratorios[25].

De todos es sabido que esta indiscutida e inmemorial obligación consuetudinaria *erga omnes*, fue luego recogida en el art. 98 de Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (en adelante CNUDM)[26]. En él, de hecho, no solo se recuerda la obligación de auxilio, sino que se añade que este se deberá prestar «a toda velocidad [...] en cuanto se sepa que necesitan socorro».

Pero más allá de este reconocimiento en la CNUDM, ha sido en el seno de la Organización Marítima Internacional (en adelante OMI) en donde, ya en los años setenta, se adoptó una normativa internacional específica en materia de salvamento marítimo para armonizar el procedimiento de rescate y garantizar así su máxima efectividad, los conocidos acuerdos SOLAS[27] y SAR[28], enmendados sustancialmente en el 2004. Es en dichos convenios donde se diseñaron las zonas SAR y se establecieron las normas que rigen el deber de socorro, con obligaciones dirigidas no solo a los Estados sino también a los capitanes de los buques y a los Centros Marítimos de Coordinación y Salvamento, conocidos por sus siglas en inglés MRCC[29].

La zona SAR, por tanto, es una delimitación de vigilancia marítima diferente e independiente de los espacios marinos previstos en la CNUDM, que tiene como único objetivo el garantizar el efectivo cumplimiento de una norma tan antigua como la navegación: el deber de socorro. Su acotación, tal y como señala el propio acuerdo SAR, «no guarda relación con la determinación de límites entre los Estados ni prejuzgará esta»[30].

---

[25] OMI, Resolución MSC.167(78), de 20 de abril de 2004, incluida como Anexo 34 del doc. MSC 78/26/Add.2, punto 6.20. Para una opinión matizada sobre la aplicación práctica de este límite humanitario al ejercicio soberano de las políticas migratorias en el caso de situaciones de rescate y salvamento véase González Vega, J., «In the Name of Solidarity and Human Values: Rescue Operations at High Seas by NGOs vs. the International Legal Order», *Spanish Yearbook of Internatinal Law,* 2019, vol. 23, pp. 248-260, esp. p. 259, actualizado en González Vega, J., «Los rescates en el mar y el papel de las ONG: ¿solidaridad *vs.* Orden jurídico internacional?», en Abrisketa Uriarte, J. (dir.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones internas y externas*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 275-301, esp. p. 300.

[26] Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Montego Bay, 10 de diciembre de 1982, UNTS 1994, núm. 31.363.

[27] *International Convention for the Safety of Life at Sea*, en su versión en español: Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar, adoptado por la Conferencia internacional convocada por la Organización Marítima Internacional el 1 de noviembre de 1974, enmendado el 20 de mayo de 2004, Resolución MSC.155(78), de 20 de mayo de 2004.

[28] *International Convention on Maritime Search and Rescue*, en su versión en español: Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento Marítimos, adoptado por la Conferencia Internacional convocada por la Organización Marítima Internacional el 27 de abril de 1979, enmendado en lo relativo a las personas en peligro en el mar el 20 de mayo de 2004, Resolución MSC.153(78), de 20 de mayo de 2004, en vigor desde 1 de junio de 2006.

[29] Sección 2.1 del acuerdo SAR. Sobre la zona SAR, véase Jiménez García-Carriazo, Á., «Small Island, Big Issue: Malta and its Search and Rescue Region - SAR», *Paix et Sécurité Internationales*, 2019, núm. 7, pp. 299-321, *doi:http://dx.doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2019.i7.10.*

[30] Regla 2.1.7 del Capítulo 2 del acuerdo SAR.

Cada zona SAR requerirá un MRCC del Estado costero responsable de la misma que debe ser capaz de proporcionar asistencia rápida y eficaz las veinticuatro horas del día, esto es, un centro de rescate y coordinación con facilidades de comunicación, atendido por personal especializado en salvamento y con amplio dominio del inglés. Su labor será coordinar en cada caso concreto el plan internacional de búsqueda y salvamento que también viene diseñado en los acuerdos SOLAS y SAR antes mencionados y que incluye cinco funciones: vigilancia, comunicación, búsqueda, coordinación y el salvamento en sí[31].

El salvamento es, por tanto, solo una de las cinco funciones que los MRCC deben ser capaces de desempeñar en la zona SAR a su cargo a fin de garantizar la seguridad de navegación en los mares. Así, la regla 1.3-2 del convenio SAR señala que el salvamento que debe coordinar el MRCCC es estrictamente la acción directa del barco más cercano sobre las personas en peligro[32] e incluye:

— La asistencia previa al rescate (ayuda de flotación, detección, supervivencia, comunicación a las personas en peligro a fin de que puedan sobrevivir hasta que sean rescatadas)[33].

— El recate propiamente dicho (acercarlas, subirlas y ocuparse de ellas una vez están a bordo)[34].

— La prestación de primeros auxilios que se hará a bordo de la nave.

— El traslado y desembarco al «lugar seguro»[35] que le deberá indicar el MRCC coordinador del rescate, entendiendo por tal el lugar en donde termina la operación de salvamento por cuanto la vida de los supervivientes no está amenazada y sus necesidades básicas, tales como alimentación, abrigo y atención médica, se verán satisfechas. Los convenios, enmendados, indican que la entrega en un lugar seguro debe tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso[36], las cuales, deberían incluir una valoración del respeto por los derechos humanos de quienes son rescatados a la hora de determinarlo, siendo un límite infranqueable para quien tiene la responsabilidad de la operación de salvamento el *non refoulement*[37] al lugar de procedencia si este, aun siendo el más cercano, no es seguro.

---

[31] V/regla 1.5 SOLAS + Anexo, 1.3-3 SAR.

[32] Anexo, regla 1.3-2 del acuerdo SAR.

[33] MSC.1/Circ.1182/Rev.1, de 24 de noviembre de 2014, «Guía sobre técnicas de rescate» OMI, punto 5.2.

[34] *Ibid.*, punto 6 (7 a 12 lo detallan).

[35] Resolución MSC.167(78), *op. cit.,* nota 25, punto 6.12-15.

[36] Resolución MSC.155(78), Adopción de enmiendas al Convenio Internacional sobre Búsqueda y Salvamento, 1979, enmendado, Anexo 5, 20 de mayo de 2004. Sobre el concepto de lugar seguro, Cataldi, G., «Búsqueda y rescate: la necesidad de equilibrar el control de fronteras con las obligaciones en materia de derecho del mar y de los derechos humanos», *Revista Española de Derecho Internacional,* Madrid, enero-junio de 2020, vol. 72, núm. 1, pp. 197-204, esp. pp. 202-203. Disponible en *http://dx.doi.org/10.17103/redi.72.1.2020.2a.02.*

[37] Al respecto ACNUR en su opinión consultiva de 2007, en línea con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Comité Haitiano de DD.HH. c. Estados Unidos,* de 13 de marzo de 1997, y el TEDH en su famosa sentencia *Hirsi Jamaa c. Italia,* de 23 de febrero de 2012, ha reiterado que

Es a partir del desembarco en lugar seguro, por tanto, que las autoridades nacionales que acogen a dichas personas proceden a efectuar las tareas propias de la competencia en materia de control migratorio: asistencia y registro o identificación [38].

Delimitada así la normativa que rige el deber de socorro en el mar y la lógica detrás de la misma ¿es posible sostener que Libia en la actualidad es un Estado apto para gestionar con garantías una zona SAR? ¿O serán otras prioridades distintas a las del deber de socorro las que han motivado a la UE y sus Estados miembros a crear y apadrinar la zona SAR libia?

2. LA VERDADERA FINALIDAD DE LA ZONA SAR LIBIA: EVITAR QUE LOS MIGRANTES LLEGUEN A EUROPA

2.1. ¿Por qué una zona de salvamento y rescate libia? El «descontrol» de la ruta central del Mediterráneo

Sin entrar en detalles por no ser este el objeto de estudio, cabe recordar que desde el vacío de poder que dejó la caída del régimen de Gadaffi, en el 2011, Libia vive inmersa en la inestabilidad y el desmembramiento, con presencia de múltiples grupos armados en permanente confrontación que controlan diversas partes de sus fronteras [39]. Y si algo tienen en común todos ellos —tal y como ponen de relieve los múltiples informes de Naciones Unidas, el último de marzo de 2022— [40] es que ninguno se caracteriza por el respeto a los derechos humanos.

A ese vacío de poder que se produjo en 2011 hay que añadir por la misma época el creciente éxodo de Siria que, al igual que ahora la población ucraniana, huía de su propia guerra. Este incremento de la inmigración, unido a la desestructuración del Estado Libio y el carácter altamente lucrativo y nada arriesgado del negocio de cosificación de las personas que soñaban

---

el principio de no devolución no solo es aplicable allá donde un Estado ejerza su jurisdicción sino también allá donde ejerza el control efectivo en un contexto de operaciones de búsqueda y rescate fuera de su territorio. Véase ACNUR, *Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967*, párr. 24, p. 14. Disponible en *https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7123.pdf?view=1*.

[38] OMI, «Principios relacionados con los procedimientos administrativos para el desembarco de personas rescatadas en el mar», doc. Ref. T3/2.02, FAL3/Circ.194, de 22 de enero de 2009, puntos 2.2 y 5. Al respecto véase también la propuesta de la OIM y ACNUR, *Proposal for a regional cooperative arrangement ensuring predictable disembarkation and subsequent processing of persons rescued-at-sea*, 27 de junio de 2018. Disponible en *https://www.unhcr.org/partners/eu/5b35e60f4/proposal-regional-cooperative-arrangement-ensuring-predictable-disembarkation.html.*

[39] Véase Consejo de Seguridad, *Informe final del Grupo de Expertos sobre Libia establecido en virtud de la Resolución 1973 (2011) del Consejo de Seguridad,* doc. S/2021/229, de 8 de marzo de 2021. Disponible en *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N21/037/75/PDF/N2103775.pdf?OpenElementç.*

[40] Human Rights Council, *Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, HRC, 49th session, doc. A/HR/49/4, de 23 de marzo de 2022 (*advance unedited version*). Disponible en *https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-03/A_HRC_49_4_AUV.pdf*.

alcanzar Europa desde las costas libias[41], hizo que los grupos armados y la corrupta Administración pública, policías y guardia costera, vieran en el tráfico y la trata de personas un negocio fácil[42]. De hecho, está ampliamente documentado que muchas de las milicias que pasaron a «gestionar» diversas partes del territorio y centros de hacinamiento en donde encerraban a los inmigrantes[43] controlaban también las salidas de embarcaciones desde sus costas, con la connivencia cuando no participación directa de la guardia costera[44].

Es así como a partir de 2011 y hasta el 2017 la ruta central del Mediterráneo y el número de naufragios, experimentaron el aumento exponencial ya señalado[45], dejando imágenes dantescas ahora guardadas en las hemerotecas. La puerta de entrada eran básicamente los puertos italianos, por lo que el control migratorio recayó sobre este país. Y también lo fue el auxilio

---

[41] Según algunos cálculos, los ingresos anuales generados por el tráfico de migrantes en ciudades costeras alcanzan entre los 275 y 325 millones de euros. *AP News*, «EU: Libya's cities making $346M a year from people smuggling», citado en el trabajo de las coordinadoras de ONG, CONCORD y CINI, *¿Asociación o condicionalidad? Supervisión de los Pactos sobre Migración y el Fondo Fiduciario de la UE para África,* ed. Bruselas, CONCORD, 2018, p. 21. Disponible en *https://coordinadoraongd.org/wp-content/uploads/2018/04/EUTFReport2018_-espa%C3%B1ol.pdf*.

[42] En Libia se dan ambas situaciones si bien, incluso en situaciones de tráfico, esa población migrante de paso que ha pagado para llegar a Europa se ve finalmente cosificada. Jiménez Cortés, C., «Cuando las personas se vuelven "mercancías": respuestas jurídicas para luchar a favor de las víctimas y contra las mafias que trafican en el Mediterráneo», *Oñati socio-legal series,* 2020, vol. 10, núm. 4, pp. 834-849. Para los datos, véase, por todos, el Informe del secretario general de Naciones Unidas, *Misión de Apoyo de las Naciones Unidas en Libia*, 26 de agosto de 2019, doc. S/2019/682, p. 4. Sobre la influencia de la corrupción institucional en el tráfico de migrantes véase UNODC, *The Role Of Corruption in the Smuggling of Migrants Issue,* Paper UNODC 2013. Disponible en *https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2013/The_Role_Of_Corruption_in_the_Smuggling_of_Migrants_Issue_Paper_UNODC_2013.pdf*. Y sobre el papel de las misiones de la UE en la lucha contra esta lacra véase Pi Llorens, M., «La Unión Europea...», *op. cit.,* nota 8.

[43] Según el informe de UNSMIL y la OACDH de 2018, en sus visitas a los centros de detención observaron que los migrantes estaban en situación de hacinamiento severo, falta de ventilación y luz apropiada, acceso inadecuado a las instalaciones de agua y baños, situación de confinamiento constantemente y negación de contacto con el mundo exterior, además de sufrir de malnutrición. También documentó tener conocimiento de situaciones de tortura y maltrato, trabajo forzoso, violación, y otras formas de violencia sexual por los guardas de los centros de detención, que operaban con total impunidad. UNISMIL & OHCHR, *Desperate and Dangerous: Report on the human rights situation of migrants and refugees in Libya*, 20 de diciembre de 2018. Disponible en *https://www.ohchr.org/Documents/Countries/LY/LibyaMigrationReport.pdf*.

[44] Consejo de Seguridad de NU, *Informe final del Grupo de Expertos sobre Libia establecido en virtud de la Resolución 1973 (2011),* doc. S/2017/466, 1 de junio de 2017, párrs. 52, 59, 105, 152, 242 y 258. Disponible en *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/116/28/PDF/N1711628.pdf?OpenElement*. Véase también, UNSMIL y ACNUR, *Detained and dehumanised. Report of Human Rights abuses against migrants in Libya*, 13 de diciembre de 2016. Disponible en *https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/LY/DetainedAndDehumanised_en.pdf,* o el informe de la periodista Porsia, N., *Human Smuggling from Libya Across the Sea over 2015-2016*, mayo de 2017. Disponible en *https://blamingtherescuers.org/assets/annexes/Porsia_Human_Smuggling_in_the_Central_Mediterranean.pdf*.

[45] Se calcula que entre 2014-2017 llegaron por el Mediterráneo central alrededor del 75 por 100 de migrantes en comparación con los llegados en los últimos veintiséis años (1990-2013), con el consiguiente aumento de decesos y desaparecidos de un 23 por 100. Datos extraídos del Comando Generale del Corpo delle Capitaneire di Porto - Guarda Costiera, Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso in Mare. *Activita' SAR nel Mediterraneo Centrale,* 2017, pp. 6 y 17. Disponible en *https://www.guardiacostiera.gov.it/attivita/Documents/attivita-sar-immigrazione-2017/Rapporto_annuale_2017_ITA.pdf*.

de aquellas embarcaciones —muchas— que quedaban a la deriva o naufragaban en el trayecto, gran parte del cual se hallaba bajo la zona SAR italiana o inmediaciones. Precisamente para dar respuesta a esta situación, tras los tristemente famosos naufragios cerca de las costas de Lampedusa[46], el 18 de octubre de 2013 el gobierno italiano lanzó la operación *Mare Nostrum*[47].

Esta operación —que costó 9.500.000 euros al mes— en un año rescató a poco más de 150.000 personas[48], lo cual provocó el inicio de un debate en el seno de la UE en torno a su posible «efecto llamada» y el cambio que estaba originando en el *modus operandi* de los traficantes quienes, sabedores que los migrantes serían rescatados, cada vez utilizaban embarcaciones más precarias, elevando así el riesgo de naufragios[49]. A esta costosísima y cuestionada operación italiana le siguió —ya en el marco de la UE— la operación *Tritón*, acordada entre Italia y Frontex en otoño de 2014[50]. Las diferencias entre ambas eran notables[51]. *Tritón*, amén de cubrir una zona geográfica mucho más reducida[52], contar con menos efectivos y con menor presupuesto[53], tenía sobre todo un mandato distinto: su objetivo central era básicamente el control de fronteras, no el salvamento. Este, obviamente, en caso de necesidad se realizaría, pero en aplicación del deber general de socorro, no por el mandato de la operación en sí. Por ello, siempre se haría a petición de las autoridades costeras italianas que eran quienes se encargaban de la vigilancia y posibles emergencias por ser el MRCC con capacidad operativa más próximo. En aquel entonces era pacíficamente aceptado que Libia no ofrecía las mínimas garantías para llevar a cabo este tipo de actuaciones, ni siquiera en las zonas adyacentes a sus costas[54]. Malta, por su parte, había notificado en el 2005 que no estaba en condiciones de aceptar las enmiendas de 2004 a los tratados

---

[46] Se hace referencia al hundimiento en octubre de 2013 de una barcaza ante las costas de Lampedusa, con un saldo de 366 muertes y un número indeterminado de desaparecidos, y el también trágico naufragio de un pesquero con más de 700 personas a bordo que sucedió al de 18 de abril del mismo año a 130 millas al sur de Lampedusa, ambos procedentes de Libia.

[47] La operación *Mare Nostrum* cubría unos 70.000 kilómetros cuadrados. Para más información práctica sobre la misión véase *https://www.marina.difesa.it/Pagine/Search.aspx?k=mare%20nostrum.*

[48] Ministero della Difensa, marina militare. Disponible en *https://www.marina.difesa.it/cosa-facciamo/per-la-difesa-sicurezza/operazioni-in-corso/Documents/Dati%20statistici%20Mare%20Nostrum.pdf*.

[49] Pi Llorens, M., «La Unión Europea...», *op. cit.,* nota 8, p. 12.

[50] Frontex, *Concept of reinforced joint operation tackling the migratory flows towards Italy: JO EPN-Triton: to better control irregular migration and contribute to SAR in the Mediterranean Sea*. Disponible en *https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2014/12/JOU_Concept_on_EPN-TRITON__2_.pdf*. La operación *Tritón* funcionó bajo las órdenes del Ministerio del Interior italiano y participaron en ella 28 Estados europeos, mediante el despliegue de equipos técnicos o de guardias de fronteras.

[51] Sobre las diferencias entre *Tritón* y *Mare Nostrum* véanse Marinai, S., «The interception and rescue at sea of asylum seeekers in the light of the new EU legal framework», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, núm. 55, pp. 901-939; Vacas Fernández, F., «The European Operations in the Mediterranean Sea to deal with migration as a syptom. From the Italia operation Mare Nostrum to Frontex operations Triton and Posseidon, EUNAVFOR-MED and NATO's assistance in the Aegean Sea», *Spanish Yearbook of International Law*, 2016, núm. 20, pp. 93-117.

[52] Su zona cubría unas 30 millas náuticas desde la línea de la costa de Lampedusa, dejando fuera unas 40 millas de zona próxima a Libia.

[53] Marinai, S., «The interception...», *op. cit.,* nota 51, p. 906.

[54] Véase Cataldi, G., «Búsqueda y rescate:...», *op. cit.,* nota 36, p. 198.

SOLAS y SAR que exigían «la prestación de ayuda al capitán para conducir a las personas rescatadas en el mar a un lugar seguro» [55].

La reducción del radio de acción y el cambio de mandato de la operación *Tritón* tuvo como consecuencia la disminución de vigilancia en la ruta [56], con el consiguiente aumento de naufragios [57] y la multiplicación exponencial de salvamentos a cargo de barcos mercantes bajo la dirección de la RCC italiana [58]. La *International Chamber of Shipping* publicó que en el periodo 2014/2015 más de 1.000 barcos mercantes se habían visto envueltos en operaciones de rescate en el Mediterráneo, asistiendo a más de 50.000 personas [59], lo que según Frontex supuso un aumento del 30 por 100 [60]. Es entonces cuando diversas ONG entraron en juego. A partir del 2015, además de la revisión de los planes operacionales de *Tritón* para ampliar sus poderes [61], más de 12 ONG con cerca de 20 barcos de rescate llevaron a cabo actividades de salvamento en la ruta central de manera muy activa hasta 2017 [62].

---

[55] El 22 de diciembre de 2005 Malta notificó a la OMI que: «*In accordance with article III(2)(f) of this Convention, the Government of Malta, as a Contracting Party, declares that it is not yet in a position to accept these amendments*», refiriéndose con ello a las enmiendas que implicaron la incorporación en el Capítulo 2 (Organización y cooperación) de un párrafo nuevo relativo a la definición de «persona en peligro»; la incorporación de párrafos nuevos en el Capítulo 3 (Cooperación entre los Estados), sobre la prestación de ayuda al capitán para conducir a las personas rescatadas en el mar a un lugar seguro; y otro en el Capítulo 4 (Procedimientos operacionales), relativo al papel de RCC en el proceso de determinar los lugares más idóneos para desembarcar a las personas encontradas en peligro en el mar. Sobre la problemática de la zona SAR maltesa, véase Jiménez García-Carriazo, Á., «Small Island, Big Issue...», *op. cit.,* nota 29, pp. 314 y ss.

[56] Los propios oficiales de Frontex insistieron sobre los riesgos de ello y en especial sobre las consecuencias en materia de rescates generadas por la imposibilidad de Frontex de actuar fuera de la zona cubierta por su mandato. Diversas declaraciones y documentos en este sentido se encuentran recogidos en el sumario del informe elaborado para la ONG Oceanography/Forensic Architecture por Heller, Ch. y Pezzani, L., *Death by Rescue: The lethal effects of the EU's policies of non assistance,* Forensic Oceanography, 2016, pp. 14 y ss. Disponible en *https://www.statewatch.org/media/documents/news/2016/apr/eu-death-by-rescue-summary-for-%20press-final.pdf*.

[57] *Ibid.,* pp. 8 y 14. Según cifras de Amnistía Internacional en los tres primeros meses de 2015, 900 personas murieron o desaparecieron en el mar, mientras que el número para el periodo equivalente mientras existía la operación *Mare Nostrum* había sido de 17. Amnistía Internacional, *La vergüenza de Europa, a pique: omisión de socorro a refugiados y migrantes en el mar,* 2015, p. 17. Disponible en *https://www.amnesty.org/es/documents/eur03/1434/2015/es/*.

[58] En el 39.º periodo de sesiones del Comité de Facilitación (FAL) de la OMI de 2014 se agradeció expresamente la «invalorable ayuda» prestada por estos barcos a los buques guardacostas que en esos momentos estaban desbordados. Informe del Comité de Facilitación en su 39.º periodo de sesiones, FAL 39/16, de 2 de octubre de 2014, punto 6.30.3-2. En el mismo sentido, véase la carta enviada por la European Community Shipowners' Associations, *Letter to the Heads of State/Heads of Government of EU/EEA Member States. Humanitarian Crisis in the Mediterranean Sea*, 2015. Disponible en *https://www.itfseafarers.org/es/node/674*.

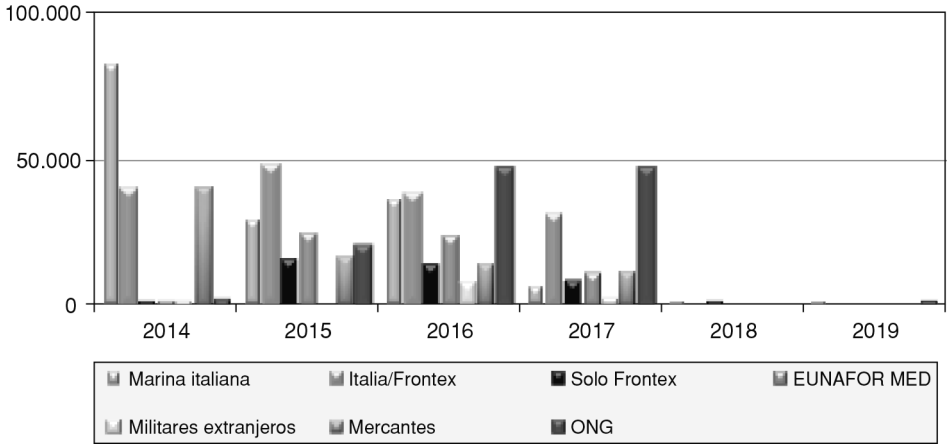
[59] International Chamber of Shipping, *Large Scale rescue operation at sea*. *Guidance on ensuring the safety and security of seafarers and rescued persons*, 2.ª ed., 2015, Introduction. Disponible en *https://www.readkong.com/page/large-scale-rescue-operations-at-sea-2891112*.

[60] Frontex, *Annual Risk Analysis 2015.* Disponible en *https://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2015.pdf*.

[61] Frontex, *Frontex expands its Joint Operation Triton.* Disponible en *https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/frontex-expands-its-joint-operation-triton-udpbHP*.

[62] Las ONG son Judend Rettet (barco *Iuventa*); Mediterranea (barco *Mare Jonio)* MSF Francia (barcos *Prudence, Argos, Dignity I* y *Aquarius*); MOAS (barco *Phoenix*); Mission Lifeline (barco *Lifeli-*

Personas rescatadas en la ruta del Mediterráneo central



Elaboración propia a partir de datos del *Comando Generale del Corpo delle Capitaneire di porto-Guarda Costiera, Centro Nazionale di Coordinamento del Soccorso in mare*[63].

2.2. La determinante implicación de Italia y la UE en la puesta en marcha de una zona SAR libia

Con miras a frenar la hemorragia de migrantes que llegaban por la ruta central y hacer frente a la crisis humanitaria que se ha descrito, tanto Italia como la UE hicieron una apuesta decidida por mejorar la operatividad de los cuerpos libios responsables de controlar las fronteras. Entre 2016 y 2019 las acciones y proyectos con tal finalidad supusieron más de 226.000.000 euros, sobre los 467.000.00 euros que, según la Comisión, la UE invirtió en programas de cooperación en Libia a través del Fondo Fiduciario de la UE para África (EUTF)[64], a lo que se debe sumar, además, algunos fondos extraídos de la Operación *Sophia*[65] —y ahora de su sucesora *Irini* renovada hasta el

ne); ProActiva Open Arms (barcos *Astral, Golfo Azzurro* y *Open Arms*); PROEMAID (barco *Aita Mari* y *Alan Kurdi*); Refugee Rescue (barco *Mo Chara*); Save the Children (barco *Vos Hestia*); Sea-Eye (barcos *The Sea-Eye* y *The Seefuchs*); Sea Watch (barcos *Sea-Watch 3* y *Moonbird*) y SOS Méditerranée (barco *Aquarius*). *Fuente*: FRA, *Fundamental rights considerations: NGO ships involved in search and rescue in the Mediterranean and criminal investigations,* 2018 y el *Update* de 2019. Disponible en *https://fra.europa.eu/en/publication/2019/fundamental-rights-considerations-ngo-ships-involved-search-and-rescue#related.*

[63] Comando Generale del Corpo delle Capitaneire di Porto. Guarda Costiera, *op. cit.*, 2017, nota 45, p. 14, e informes de diciembre de 2018 y diciembre de 2019 para las cifras de esos respectivos años.

[64] Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración,* 16 de octubre de 2019, COM(2019) 481 final, p. 10. Disponible en *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019DC0481&from=EN.*

[65] Un balance de dicha operación se puede encontrar en Pi Llorens, M., «La Unión Europea...», *op. cit.*, nota 8.

2023—[66], el Fondo de Seguridad Interior, el Instrumento de Vecindad o la red *Seahorse*[67], entre otros[68].

Dichos proyectos y acciones se dedicaron básicamente a:

a) La creación y posterior declaración de una zona SAR libia, con un teórico Centro de Rescate y Salvamento al que luego pudiesen reconocer como único órgano responsable de todas las operaciones de rescate en gran parte de la ruta central.

b) La formación y capacitación de la guardia costera para que se hiciera responsable de los salvamentos.

c) La dotación y mantenimiento del equipamiento e instalaciones básicas para llevar a cabo las acciones de salvamento.

d) La «ayuda» material en las diversas operaciones de rescate que desde el reconocimiento de la zona SAR libia, han efectuado sus guardacostas.

A principios de 2017 Italia firmó un *Memorandum of Understanding* con Libia —renovado tácitamente el 2 de febrero de 2020—[69] en virtud del cual intensificó su relación y ayuda material, financiera y humana con la guardia costera de aquel país[70]. Por su parte, la UE no se quedó atrás. Ya en ese mismo año había indicado a Italia que asumiera la responsabilidad de liderar un

---

[66] La operación *Irini* fue decidida por el Consejo de Asuntos Exteriores de la UE el 17 de febrero de 2020 en el marco de la política común de seguridad y defensa. Su misión es implementar el embargo de armas a Libia decretado por el Consejo de Seguridad en su Resolución 2292 de 2016, para lo cual, incluye como cometido secundario la capacitación de la guardia costera. Al respecto véase *https://www.operationirini.eu/*. Sobre la operación *Irini*, véase Soler García, C., «La Unión Europea, ¿un gendarme...», *op. cit.*, nota 14.

[67] Comisión Europea, comunicado disponible en *https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_17_402*.

[68] Sobre las acciones de la UE en Libia en el ámbito del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, véase Acosta Sánchez, M. A., «La formación de guardacostas libios: hacia un modelo de sinergia de políticas en la gestión integrada de fronteras marítimas europeas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, núm. 64, pp. 859-895, esp. pp. 880 y ss., *doi:https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.64.03*.

[69] Información de ambos memorándums extraída de la base de datos Migration Policies in the Arab Region, de la Economic and Social Commission for Western Asia de Naciones Unidas, *https://migrationpolicy.unescwa.org/node/3704.* Ambos memorándums, son la continuación de una larga zaga de declaraciones y acuerdos bilaterales relacionados con temas migratorios que pueden remontarse a la era Gadafi, y la famosa decisión del TEDH *Hisri Jamaa* por violación del principio de *non refoulement*. En el caso del memorándum de 2017 al que se hace referencia, más allá del interesante debate sobre su naturaleza jurídica que dio lugar incluso a diversas demandas tanto en Italia como en Libia, del documento llama la atención su brevedad (tres artículos) y la total ausencia a cualquier referencia a los derechos humanos, a pesar de abordar los temas de cooperación al desarrollo, lucha contra la inmigración ilegal, tráfico de seres humanos y refuerzo de la seguridad en las fronteras que incluye la capacitación. En cuanto a su renovación de 2020, baste mencionar lo señalado por la comisaria de los Derechos Humanos del Consejo de Europa que en su declaración de 30 de enero de 2020 señaló: «*I regret that the Italian authorities have not scrapped that agreement or —as a minimum— changed its terms*». Declaración disponible en *https://www.coe.int/fr/web/commissioner/-/ommissioner-calls-on-the-italian-government-to-suspend-the-co-operation-activities-in-place-with-the-libyan-coast-guard-that-impact-on-the-return-of-p*.

[70] Al respecto, véase Moreno-Lax, V. y Giuffré, M., «The Raise of Consensual Containment...», *op. cit.*, nota 24, pp. 7 y ss.

proyecto para crear un MRCC libio[71]. El momento clave de esta estrategia vino con la Declaración de Malta emanada del Consejo Europeo en 2017[72]. En ella se mencionaba de manera expresa la necesidad de formar y equipar a la guardia costera libia. Ese mismo año se aprobó la acción T05-EUTF-NOA-LY-04 dotada con 46.300.000 euros para llevar a cabo la primera fase del refuerzo a la gestión integrada de fronteras e inmigración (en adelante SIBMIL por sus siglas en inglés) que tenía dos objetivos: mejorar la capacidad de las autoridades libias en el control de sus fronteras y «brindar un rescate que salve vidas en el mar, de una manera totalmente compatible con las obligaciones y los estándares internacionales de derechos humanos»[73]. Estos a su vez se materializaban en cuatro objetivos específicos, de los cuales los tres primeros hacían referencia a la capacitación, financiación, dotación de equipo y elaboración de estudios y proyectos relacionados con los guardacostas, sus instalaciones y equipamiento, así como la creación de una zona SAR. El cuarto en cambio —dedicado a las entradas a Libia por el desierto— tenía una «naturaleza piloto» y condicionada[74].

Los resultados de estas colaboraciones pronto se dejaron ver pues las primeras intervenciones coordinadas por las autoridades libias en aguas internacionales datan precisamente de septiembre de 2017, cuando acababa de iniciarse el proyecto financiado por la UE y ejecutado por Italia para la creación de una zona SAR aún no diseñada[75]. Seguramente por ello, según Paolo Cuttitta, estas acciones fueron *de facto* coordinadas por un barco de guerra italiano que se hallaba en el puerto de Tripoli[76]. Finalmente, y tras un primer intento fallido en julio de 2017, en diciembre del mismo año Italia se apresuró a respaldar la «declaración unilateral» de zona SAR que Libia presentó a la OMI el día 14 y que luego se incorporó al *Global Integrated Shipping Information System* (GISIS) de la OMI, siendo de dominio público el 27 de junio de 2018.

---

[71] Calvo Mariscal, L., «Cooperación entre la UE y Libia...», *op. cit.,* nota 24, p. 169.

[72] *Declaración de Malta de los miembros del Consejo Europeo sobre los aspectos exteriores de la migración: abordar la ruta del Mediterráneo Central*, 3 de febrero de 2017. Disponible en *http://www.consilium.europa.eu/en/press/pressreleases/2017/01/03-malta-declaration*.

[73] Comisión Europea, *Action fiche of the EU Trust Fund to be used for the decisions of the Operational Committee,* Support to integrated border and migration management in Libya - First phase, T05-EUTF-NOA-LY-04. Disponible en *https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/default/files/t05-eutf-noa-ly-04_modified.pdf*.

[74] Dos fueron las condiciones para este cuarto objetivo: 1) acceso progresivo de los actores humanitarios para la protección de los migrantes en la región, y 2) la apertura progresiva de espacios seguros en las negociaciones con las autoridades nacionales. *Ibid*., p. 11.

[75] Sobre esta colaboración, véanse, por ejemplo, las cifras ofrecidas por Moreno-Lax, V. y Giuffré, M., «The rise of consensual Containment:...», *op. cit.,* nota 24, p. 8, y sobre la formación de los guardacostas en particular, Acosta Sánchez, M., «La formación de guardacostas libios...», *op. cit.,* nota 68, pp. 875 y ss. Por otro lado, las imágenes del nefasto papel de los guardacostas libios grabadas por *Sea Watch* en el rescate del 6 de noviembre de 2017 no admiten discusión: *https://www.youtube.com/watch?time_continue=2&v=_phI-f_yFXQ&feature=emb_logo*.

[76] Cuttitta, P., *Pushing Migrants back to Libya, Persecuting Rescue NGOs: The end of the humanitarian turn (part I),* blog del Centre for Criminology, grupo de investigación «Border Criminologies» de la Universidad de Oxford, publicado el 18 de abril de 2018. Disponible en *https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2018/04/pushing-migrants*.

La acción T05-EUTF-NOA-LY-04 fue seguida de otra de diciembre de 2018 (T05-EUTF-NOA-LY-07) dotada con 45.000.000 de euros y posteriormente en 2020 con 15.000.000 de euros más para cubrir la segunda fase que mantiene los objetivos de la primera[77], aunque ahora, en lugar de la delimitación de una zona SAR se trataba de establecer y posteriormente «mejorar» el Centro de Coordinación de Salvamento libio y sus protocolos, requisitos que curiosamente, a pesar de haber registrado en la OMI la zona SAR, no se cumplían. De esta acción, llama la atención que la propia ficha que desarrollaba la segunda fase señalase que la situación de los migrantes «rescatados» en los centros de detención donde eran devueltos era muy preocupante y que la implementación debía ser mejorada, como también lo tenían que ser los mecanismos de seguimiento, particularmente en lo concerniente a los estándares de derechos humanos[78].

Por lo demás y ya respecto a la zona SAR y el MRCC que figura en el plan global SAR publicado en el GISIS de la OMI, varias son las cuestiones que plantean dudas. Si la finalidad de una zona SAR es que el Estado que la declara se comprometa con ello al ejercicio de las cinco funciones de socorro (vigilancia, comunicación, búsqueda, coordinación y el salvamento) para lo cual debe contar con una organización y unos protocolos de actuación las veinticuatro horas del día, ¿se puede afirmar que en aquel entonces y aún hoy Libia, suponiendo su voluntad, es capaz de hacerlo?, ¿cuenta con la tecnología y el personal cualificado como para cumplir cabalmente con el objetivo último de los MRCC? Porque de no ser así, la zona SAR libia, además de no tener sentido, estaría de hecho frustrando la única razón de ser de la misma. Y por lo que la propia UE señala en sus documentos, la respuesta parece ser negativa[79].

---

[77] Comisión Europea, *Action fiche of the EU*, T05-EUTF-NOA-LY-07, *op. cit.,* nota 6. Disponible en *https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/default/files/t05-eutf-noa-ly-07.pdf*. Esta ficha de 2020 vino a sustituir la de 2018 relativa a los 45.000.000 de euros, hoy no disponible *online*.

[78] Al respecto, véase Santos Vara, J. y Pascual Matellán, L., «The Externalisation of EU Migration Policies:...», *op. cit.,* nota 24, pp. 319-320. Precisamente su constante y flagrante violación por parte de los guardacostas libios fue el argumento utilizado en 2019 por ONG en Francia para intentar suspender la entrega a Libia de seis embarcaciones rápidas cuya compra Francia había anunciado como medida para hacer frente al «problema de la inmigración irregular», si bien, por cuestiones procesales de competencia la demanda acabó no prosperando. TA Paris, 10 mai 2019, CAA, 28 août 2019, *https://www.gisti.org/spip.php?article6224*.

[79] En palabras de la Comisión Europea en respuesta a una pregunta de la europarlamentaria Özlem Demirel, a 27 de mayo de 2021 Libia tenía «*a very basic MRCC based in Tripoli*» por lo que la UE *tenía previsto* subvencionar «*a container unit, a mobile unit and accompanying capacity development (i. e. training and coaching of MRCC staff)*», para luego añadir que «*the Commission considers a functional MRCC, initially hosted in containers, an essential tool to improve SAR operations at sea*». Parlamento Europeo, respuesta escrita a la pregunta E-001268/2021. Por su parte, el documento oficial restringido del Servicio de Acción Exterior de EUNAVFOR de 4 de enero de 2022, *Libyan Coast Guard and Navy monitoring/Four months report August-november 2021*, señala que en el desarrollo de la fase II del proyecto SIBMMIL aún está en desarrollo y entre las tareas pendientes figura que la UE «tiene planeado entregar como equipamiento [...] a containerized MRCC» [p. 3, punto *b)*], para luego añadir que el plan, elaborado para ser implementado «gradualmente», debería en última instancia, «permitir la autosostenibilidad *a mediano plazo* del SAR y otras funciones de responsabilidad» (punto 2.a, p.6, traducción propia y cursiva añadida). Por último, en el punto 3.*a)* señala que la actividad de la guardia costera libia se limita solo a la zona oeste de la zona SAR libia, no a todo su territorio [punto 3.*a)*, p. 6].

En este sentido, tal y como se ha visto al inicio y como más de 60 ONG le han hecho saber al secretario general de la OMI[80], desde su puesta en marcha, tanto las estadísticas de fallecidos —cuya *ratio* a pesar de la drástica disminución de salidas desgraciadamente no decrece— como la mera descripción de acciones concretas en el marco de rescates que se han conocido demuestran, en palabras de la comisaria de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, «su incapacidad bien documentada para responder a las llamadas de socorro, para llevar a cabo rescates y proporcionar un lugar seguro para el desembarco»[81].

Y por si ello no fuera suficiente, junto a los motivos de incapacidad material para desarrollar la función de salvamento en su zona SAR no puede obviarse tampoco la vertiente humanitaria que fundamenta este marco normativo y que la guardia costera libia —al igual que el resto de cuerpos armados— dan muestras sistemáticamente de despreciar. El reciente informe de ACNUR de abril de 2022 pone de relieve cómo, últimamente, se ha producido un cambio en el *modus operandi* de los desembarcos pero no en la dirección de mayor humanidad y respeto hacia las personas, sino en mayor presteza en el envío a centros de detención «u otros lugares no especificados» sin aviso previo, obstaculizando así la asistencia de emergencia, examen médico y examen de protección informal y seguimiento que el ACNUR y sus socios quieren llevan a cabo[82]. Al respecto, se echa en falta por parte de la UE y sus Estados miembros como mínimo la inclusión de alguna cláusula de condicionalidad en la financiación de las ayudas a fin de corregir la inhumana situación de las personas una vez «rescatadas». Ni las importantes aportaciones económicas, ni los cursos de capacitación o la dotación de material se han condicionado a un mayor respeto de los derechos humanos u otro tipo de exigencia como la

---

Documento restringido EEAS, *Libyan Coast Guard and Navy monitoring /Four months report August-november 2021*, reference EEAS(2022) 1, de 4 de enero de 2022. Disponible en *https://www.avvenire.it/c/attualita/Documents/libia27012022.pdf*.

[80] Véase la Carta abierta firmada por 68 entidades amén de las firmas individuales que Statewatch envió al secretario general de la OMI el 20 de junio de 2020. Disponible en *https://migreurop.org/IMG/pdf/lettre_ouverte_omi_-_en_-_2020.pdf*.

[81] Comisaria de los Derechos Humanos del Consejo de Europa, *A distress call for human rights. The widening gap in migrant protection in the Mediterranean. Follow-up report to the 2019 Recommendation*, marzo de 2021, p. 1, *https://rm.coe.int/a-distress-call-for-human-rights-the-widening-gap-in-migrant-protectio/1680a1abcd*. Por su parte, el secretario general de Naciones Unidas un año antes, en su informe de 6 de abril de 2020, señalaba cómo la guardia costera libia, para las operaciones de salvamento se basaba en informaciones de otros mecanismos de cooperación porque su Centro de Coordinación no funcionaba a plena capacidad (párr. 21) para luego requerir a los Estados que no abandonen esta función (párr. 42). *Informe del Secretario General al Consejo de Seguridad en aplicación de la resolución 2491 (2019)*, doc. S/2020/275, 6 de abril de 2020, párr. 42. Disponible en *https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N20/077/48/PDF/N2007748.pdf?OpenElement*. Por su parte, la tercera actividad, que se titula «Development of the MRCC communication network along the coast through a step by step approach» prevé ya en su letra *a)*: «*The design of a master plan for the MRCC communication network with different phases*». Véase *Action fiche of the EU Trust Fund (07), op. cit.*, nota 6, p. 12.

[82] ACNUR, *Protection, saving lifes & solutions for refugees in dangerous journeys. Routes towards the central & west Mediterranean Sea and the Atlàntic*, UNHCR's 2022-2023 Updated, abril de 2022, p. 77. Disponible en *https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/UNHCR%202022-2023%20Updated%20Risk%20Mitigation%20strategy%20and%202022%20appeal.pdf*.

constatación de una mejora en el trato a los migrantes o la eliminación de la ley que criminaliza su situación irregular[83].

Y si ello ya de por sí es criticable, aún lo es más cuando la ayuda económica y material se destina a la creación y articulación de un servicio de salvamento y rescate que, en teoría, debería ser para operaciones de socorro y que en la práctica ha tenido como único logro el freno del flujo migratorio a Europa, prescindiendo del elevado costo humano que ello continúa teniendo[84]. En esta línea, es especialmente llamativo el informe de la OACDH de 2021 en donde, tras aportar evidencias inequívocas de la sistemática y generalizada violación de derechos humanos en Libia sobre la población migrante, señala que:

> «*The evidence further suggests that this is not a tragic anomaly, but rather a consequence of concrete policy decisions and practices by the Libyan authorities, European Union (EU) Member States and institutions, and other actors that have combined to create an environment where the dignity and human rights of migrants are at risk*»[85].

Quizá por ello, en el borrador del nuevo plan de acción para Libia que la Comisión presentó al Consejo en octubre de 2021 se ha intentado hacer un lavado de cara con mucho más énfasis declarativo en la protección de la población migrante y la cohesión social que en la gestión de fronteras aunque, por lo que se desprende, el SIBMIL, incluido el equipamiento y capacitación de la guardia costera libia continuará igual que hasta ahora, sin añadir políticas de diligencia debida en materia de derechos humanos que eviten actuaciones como las detenciones arbitrarias, respecto a las cuales, seguirá «alentando a Libia a poner fin»[86].

En este sentido y ya estrictamente relacionado con la guardia costera y la vigilancia de su zona SAR, cabe cuestionarse si esta asistencia, que en definitiva le ha facilitado materialmente asumir la responsabilidad del salvamento en dicha zona —incluido el desembarco de las personas rescatadas en Libia—, no implica una violación de la obligación de desembarco en lugar seguro e incluso el principio de *non refoulement*. Y ello tanto en las operaciones de salvamento dirigidas por los guardacostas libios como, especialmente, en los casos probados en que dicha guardia costera ha contado para llevar a cabo la operación con la inestimable ayuda de la MRCC de Roma o aviones que operan bajo mandato de la UE[87].

---

[83] Pi Llorens, M., «La Unión Europea...», *op. cit.,* nota 8, p. 34.

[84] Calvo Mariscal, L., «Cooperación entre...», *op. cit.,* nota 24, p. 174.

[85] OACDH, *Lethal disregard. Search and rescue..., op. cit.,* nota 4, p. v.

[86] Comisión Europea, *Draft Migration Action Plan: Libya*, doc. 11946/21, de 7 de octubre de 2021. De hecho, el Action document T05-EUTF-NOA-LY-11 de 2020 en relación con la mejora de las capacidades de búsqueda y salvamento prevé como necesidad de resultado inmediato, la dotación de más equipamiento y trabajos de mejora en los centros de detención y los lugares de desembarco, así como la fumigación, esterilización y limpieza de estos si es necesario. UE, Action document, *Managing mixed migration flows: protection, Health assistance, resilience and community engagement*, referencia T05-EUTF-NOA-LY-11, Immediate outcome 6, p. 26. Disponible en *https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/default/files/t05-eutf-noa-ly-11.pdf*.

[87] Sobre la violación al principio de *non refoulement* que esta transferencia de responsabilidades implica, véase Santos Vara, J. y Pascual Matellán, L., «The Externalisation of EU Migration

Al respecto cabe recordar que, amén de la posible responsabilidad directa en aquellos casos en que sea posible demostrar el control efectivo por parte de la UE o sus Estados miembros respecto a la operación de rescate (art. 17 del proyecto de responsabilidad de los Estados por hecho ilícitos), también cabe una responsabilidad por asistencia o ayuda. En efecto, el art. 16, tal y como señala la Corte Internacional de Justicia en el caso del *genocidio bosnio*[88], refleja una norma consuetudinaria según la cual existirá también responsabilidad internacional de un Estado si este, a sabiendas, facilita a otro Estado una asistencia o ayuda concreta en la comisión de un hecho que viola una obligación internacional. En este caso, a diferencia de lo previsto en el art. 17, no se requiere un control o dominio del hecho sino que, siguiendo a Crawford en sus comentarios al articulado, basta que dicha asistencia sea una contribución *significativa* de la actividad que da lugar al ilícito y consiguiente responsabilidad del Estado que viola la obligación[89]. Aplicado al supuesto aquí analizado, sería el incumplimiento de la obligación del desembarco en puerto seguro, por no decir también el de la violación generalizada y sistemática de los derechos humanos de las personas rescatadas por parte de los guardacostas que se ha comentado. De hecho, la violación de derechos humanos es uno de los dos ejemplos citados en el comentario, si bien al respecto se señala también la necesidad de examinar cuidadosamente el conocimiento de que su ayuda sería utilizada para la comisión de aquel hecho internacionalmente ilícito. En definitiva, este modo de responsabilidad pretende asegurar que un Estado (u organización internacional)[90] no pueda hacer a través de otro lo que no puede hacer por sí mismo y evitar así lo que Patrick Müller y Peter Slominski denuncian: que la dejación de las operaciones de rescate en manos de las autoridades libias tenga por objeto precisamente eludir la responsabilidad que en su día le atribuyó el TEDH a Italia en la sentencia *Hirsi Jamaa* en relación con el principio de *non refoulement,* dado su control efectivo sobre las personas interceptadas dentro de su zona SAR[91].

Policies:...», *op. cit.,* nota 24, p. 320. Sobre este debate respecto a la operación *Sophia*, véase Pi Llorens, M., «La Unión Europea...», *op. cit.,* nota 8, p. 30, y respecto a *Irisi,* véase Soler García, C., «La Unión europea, ¿un gendarme...», *op. cit.,* nota 14, p. 59.

[88] Corte Internacional de Justicia, asunto relativo a la aplicación de la convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro), 27 de febrero de 2007, Recueil 2007, p. 43, párrs. 420 y 421. Disponible en *https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf*.

[89] CDI, Informe de la Comisión..., *op. cit.,* nota 24, p. 70, punto 5. En dichos comentarios Crawford señala tres requisitos limitativos para poder apreciar esta responsabilidad accesoria: «En primer lugar, el órgano u organismo pertinente del Estado que presta ayuda o asistencia debe conocer las circunstancias en virtud de las cuales el comportamiento del Estado que recibe la asistencia es internacionalmente ilícito; en segundo lugar, la ayuda o asistencia se deben prestar para facilitar la comisión de ese hecho y han de facilitarla efectivamente; y, en tercer lugar, el hecho cometido debe ser tal que hubiera sido ilícito si lo hubiera cometido el propio Estado que presta la asistencia». *Ibid.,* p. 69, punto 3.

[90] Art. 14 del proyecto de responsabilidad de las organizaciones internacionales, *op. cit.,* nota 24.

[91] Müller, P. y Slominski, P., «Breaking the legal link but not the law? The externalization of U migration control through orchestration in the Central Mediterranean», *Journal of European Public Policy*, 2021, vol. 28, núm. 6, pp. 801-820, esp. p. 808, *doi:10.1080/13501763.2020.1751243*. Al respecto, véase también Santos Vara, J. y Pascual Matellán, L., «The Externalisation of EU Migration Policies:...», *op. cit.,* nota 24, pp. 325-327.

Ahora bien, aun siendo cierto que tal y como la CIJ ha señalado en el plano teórico la posibilidad de una responsabilidad internacional accesoria existe, no lo es menos que su reclamación de manera directa por parte de las víctimas hoy por hoy resulta quimérica. Y ello tanto por cuestiones probatorias como también procesales, por cuanto la ausencia del requisito de control efectivo pone en jaque la posibilidad de considerar que las víctimas se encuentran bajo la jurisdicción del Estado u organización internacional que ha ayudado o asistido a la comisión del ilícito [92].

2.3. Los resultados del reconocimiento de la zona SAR libia: prueba irrefutable de su finalidad no humanitaria

Como se ha visto, el muy llamativo descenso en las personas rescatadas en la ruta central no solo no ha supuesto una disminución del porcentaje de víctimas mortales o desaparecidas en naufragios, sino que este ha aumentado. De hecho, en relación con años anteriores, los datos de 2021 y lo que va de 2022 demuestran que se ha más que doblado, pasando de un 2 a un 5 por 100. Y lo que es peor, en opinión de la OACDH, «gran parte de ello es prevenible» [93].

Solo en un incidente frente a las costas libias en julio de 2019, según ACNUR, fallecieron unas 150 personas —el peor naufragio desde mayo de 2017— [94] al que se debe sumar el naufragio de otras 80 personas el mes anterior. Y en el 2021 y 2022 se ha sabido de más naufragios, como los tristemente ocurridos el 2 y el 11 de abril de este año. En el primero solo 4 de las 100 personas que iban en una embarcación que se hallaba ya fuera de la zona SAR libia consiguieron ser rescatadas por un barco mercante. Las otras 96 fueron reportadas como «desaparecidas» [95]. En el segundo, la ONG alemana Seawatch consiguió rescatar 210 personas, pero otras varias decenas perecieron [96].

---

[92] En la actualidad, tal y como lo analiza Silvia Morgades de manera extensa, el alcance extraterritorial de la jurisdicción de los Estados en el ámbito de los derechos humanos ha sido delimitado por las instancias internacionales en dos tipos de casos: «Los que comportan un control personal y los casos de control territorial efectivo sobre un espacio físico». Ahora bien, empiezan a aparecer referencias que están haciendo un salto del *control efectivo* a *ser afectado* en la medida en que sus actos sean la causa inmediata de la violación. Sobre la extraterritorialidad véase Morgades Gil, S., «Entre *visado* y *humanitario*: a vueltas con los conceptos de competencia y jurisdicción en el Derecho de la Unión europea y europeo de los derechos humanos», en Abrisketa Uriarte, J. (dir.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones internas y externas*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 251-274, esp. p. 265. Y respecto al paso de control efectivo a afectación cuando el acto es la causa inmediata de la violación, véase Nagore Casas, M., «Impact on rights' as a form of extraterritorial jurisdiction: a new legal restriction on border controls through international cooperation», *Spanish Yearbook of Internatinal Law,* 2019, vol. 23, pp. 235-246, esp. pp. 241 y ss.

[93] OACDH, *Lethal disregard..., op. cit.,* nota 4, p. vi.

[94] Noticia publicada por ACNUR España, 26 de julio de 2019. Disponible en *https://www.acnur.org/noticias/briefing/2019/7/5d3b0f5a4/acnur-la-peor-tragedia-del-ano-de-una-embarcacion-en-el-mediterraneo.html.*

[95] Información ofrecida por la OIM. Disponible en *https://missingmigrants.iom.int/migrant-incident-report?main_id=2022.MMP0318.*

[96] *https://cadenaser.com/2022/04/11/la-ong-sea-watch-rescata-a-210-migrantes-y-denuncia-otro-naufragio-en-el-mediterraneo/.*

Este incremento porcentual de pérdida de vidas humanas en el mar coincide en el tiempo con la declaración de la zona de salvamento y rescate por parte de Libia con base en la cual asumió la competencia sobre un espacio marítimo que hasta entonces custodiaba el MRCC de Roma, sin estar preparada para ello[97]. Tal delegación de funciones ha llevado aparejado que los diferentes cuerpos marítimos italianos a título propio o en colaboración o como partícipe de las operaciones diseñadas por Frontex o la EUNAVFOR MED desaparecieran prácticamente de la primera línea de las operaciones de salvamento[98].

Por las mismas fechas, menguó significativamente también la presencia de ONG como consecuencia de una campaña de hostigamiento por parte del gobierno italiano. Tal política se llevó a cabo, primero, mediante la obligatoriedad de firmar un código de conducta para operar y luego con la apertura de investigaciones penales. Se les acusó de estar llevando a cabo acciones calificables de tráfico de personas, llegando a aplicarles el agravante incluso de «grupo organizado»[99]. Y si bien es cierto que con la caída de Mateo Salvini en el 2019 las ONG han dejado de ser criminalizadas, ello no ha supuesto el final del hostigamiento sino simplemente un cambio de estrategia: como se desprende del informe de la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA) de 2021, ahora en lugar de criminalizarlas se obstruye su labor con trabas administrativas, algunas tan esperpénticas como llevar demasiados chalecos salvavidas a bordo[100]. Todo ello, sin olvidar tampoco la animadversión de la guardia cos-

---

[97] La menor vigilancia y profesionalidad de los nuevos responsables en ocasiones ha implicado que en lugar de coordinar o ayudar al rescate, de hecho, lo han obstaculizado. Así lo han venido denunciando diversas ONG en operaciones de rescate, las últimas de abril de 2022, tanto por parte del *SeaWatch-3* el 11 de abril, *ibid.,* como el *Ocean Viking* de SOS Mediterranée el 25 de abril (*https://www.dw.com/es/ocean-viking-rescata-a-casi-100-migrantes-en-el-mediterr%C3%A1neo/a-61589969*). En este sentido, la propia EUNAVFOR en su informe de monitoreo de enero de 2022 en el marco de la operación *Irini* reconoce a la guardia costera libia como no suficientemente capacitada. Véase punto 4, letras *f)* y *g)* del documento oficial restringido EEAS, «Libyan Coast Guard...», *op. cit.,* nota 79, p. 9.

[98] En el caso de la operación *Sophia* cabe recodar que en 2019 se suspendió el empleo de buques, opción que se ha mantenido en la actual operación *Irini*. En el caso de Frontex, la operación *Themis* cuenta con un mandato más securitario, un ámbito geográfico distinto y en caso de salvamento, subordinado a un acuerdo de redistribución de migrantes a bordo. Pi Llorens, M., «La Unión europea...», *op. cit.,* nota 8, p. 18 y punto 6 de las conclusiones del Consejo Europeo de 28 y 29 de junio de 2018. Disponible en *https://www.concilium.europa.eu/media/35940/28-euco-final-conclusions-es.pdf*. Respecto a Italia, véase Vassallo Paleologo, F., «SOS dal Mediterraneo centrale. Perqué la Guardia costiera italiana debe intervenire», 2 de agosto de 2021, *ADIF* (Associazione Diritti e Frontiere). Disponible en *https://www.a-dif.org/2021/08/02/sos-dal-mediterraneo-centrale-perche-la-guardia-costiera-italiana-deve-intervenire/*.

[99] Las acusaciones a cinco ONG y en muchos casos también al capitán y/o la tripulación eran por violación del art. 12.3 [apdos. *a)* y *b)*] y 3 bis de la Ley 286 que prevé penas entre cinco y quince años de prisión más multas de 15.000 euros por cada migrante sin contar agravantes como la de «grupo organizado». Ejemplo paradigmático de esto último fue el rescate efectuado por *Open Arms* fuera de las aguas territoriales de Libia que le supuso la apertura en 2017 de una investigación criminal por tráfico de migrantes. Sobre la criminalización de las ONG por su labor humanitaria de rescate véase Janer Torrens, J., «Migrant Search and Rescue Operations in the Mediterranean by Humanitarian Organizations: Migrant Smuggling or Humanitarian Assistance?», *Paix et Securité Internationales*, 2020, núm. 8, pp. 381-401. Sobre el caso particular de *Open Arms,* véase Sánchez Legido, Á., «¿Héroes o villanos?...», *op. cit.,* nota 12, pp. 10 y ss.

[100] FRA, *June 2021 Update - Search and Rescue (SAR) operations in the Mediterranean and fundamental rights*, 18 de junio de 2021. Disponible en *https://fra.europa.eu/en/publication/2021/june-2021-up-*

tera libia que en el desempeño de sus funciones de coordinación ha llegado a excluir barcos de ONG en rescates a pesar de su mayor proximidad [101].

Las razones detrás de este rechazo a la labor humanitaria de las ONG que venían actuando en la zona son obvias y plantean otro aspecto muy controvertido que forma parte intrínseca de las operaciones de salvamento, pero que aún no se ha abordado: el requisito de desembarcar a las personas rescatadas en un «puerto seguro» [102].

En efecto, los motivos que llevaron al Consejo de Seguridad en 2017 a incluir a la guardia costera entre los órganos corruptos, una vez activada la zona SAR, por lo visto siguen existiendo. Ya en junio de 2018, el enviado especial de Naciones Unidas para Libia, Martín Kobler, denunció los abusos cometidos por guardacostas entrenados por la UE llegando a instar a esta institución que los acompañase en las patrullas para evitarlos [103]. Un año más tarde, en el 2019, el portavoz de la OACDH, Rupert Colville, en pleno funcionamiento de la zona SAR diseñada, promovida y reconocida por Italia, la UE y sus Estados miembros, reiteró la denuncia de desaparición de migrantes que habían sido interceptados por la guardia costera libia, respecto a los cuales se temía que hubieran sido vendidos a traficantes [104], dato que el informe de la misión independiente de determinación de los hechos en Libia presentado en octubre de 2021 al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su párr. 66, reitera:

> «*On board, there are reports that LCGs confiscate belongings from migrants. Once disembarked, migrants are either transferred to detention centres or go missing, with reports that people are sold to traffickers*».

Para, comentar en nota que:

> «*The discrepancy between the number of migrants intercepted at sea since the beginning of 2021 (close to 23,000 as of August 2021) and the number of migrants*

---

date-ngo-ships-sar-activities. En el mismo sentido se expresó Rupert Colville, portavoz de la OACDH el 8 de mayo de 2020. Disponible en *https://www.ohchr.org/en/press-briefing-notes/2020/05/press-briefing-note-migrant-rescues-mediterranean?LangID=E&NewsID=25875*. De hecho, el Decreto Ley 130/2020 que prevé multas por la obligación de seguir las instrucciones de las autoridades de las zonas SAR para el desembarco, aunque sean las libias, no ha sido derogado.

[101] Comisaria de Derechos Humanos del Consejo de Europa, *Follow-up..., op. cit.,* nota 81, p. 15. En el mismo sentido, véase también OACDH, *Lethal disregard..., op. cit.,* nota 4, p. 12.

[102] Sobre este concepto, véase Jiménez García-Carriazo, Á., «Small Island...», *op. cit.,* nota 29, pp. 306 y ss.

[103] Información extraída del *Med.Cronos* del IEMED, 20 de junio, p. 142. Disponible en *https://www.iemed.org/dossiers-es/dossiers-iemed/mon-arab-i-mediterrani/onada-de-canvis-al-mon-arab/pdfs-es/libia1807.pdf*.

[104] Declaraciones de Rupert Colville, portavoz de la OACDH, 7 de junio de 2019, nota informativa de prensa. Disponible en *https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=24681&LangID=E*. Quizá por ello la propia Alta Representante de la UE en julio de 2019 no pudo sino reconocer que el sistema de detección de migrantes no cumplía los estándares internacionales a pesar de lo cual, acto seguido, confirmó que seguía apostando por reforzar su capacitación. Unión Europea, «Statement by the High Representative/Vice-President Federica Mogherini, Commissioners Johannes Hahn and Dimitris Avramopoulos on the shipwreck off the coast of Libya», Bruselas, 26 de julio de 2019. Disponible en *https://www.eeas.europa.eu/node/65910_en*.

currently detained in DCIM run centres (about 7,000) raises serious concerns that significant numbers of migrants may have been returned to smugglers and traffickers or are in the hands of armed groups who further abuse them» [105].

Con todo ello, no es de extrañar que las autoridades judiciales italianas, en el caso *Open Arms* [106], y posteriormente en el caso de Sudán de 2019 [107] señalasen expresamente que Libia no podía considerarse «lugar seguro» de desembarco por el serio riesgo de graves abusos y violaciones de derechos humanos. Este mismo parecer ha sido también expresado por otras autoridades como la OACDH en el informe monográfico de 2021 [108] o ACNUR en 2022 [109]. Según la OACDH, durante la pandemia el riesgo de violencia, explotación y abuso de las personas interceptadas en el mar y forzosamente retornadas a Libia no solo no ha disminuido, sino que se ha intensificado, por lo que vuelve a reiterar que, en su opinión, Libia no puede considerarse un «lugar seguro» [110].

De aquí que se deba criticar sin paliativos, primero, la rapidez con que Italia, la UE y sus Estados miembros, por activa o por pasiva impulsaron la «zona SAR» libia, y segundo, que a fecha de hoy sigan impulsando e incluso asistiendo con ayuda material e incluso funciones de vigilancia a los guardacostas libios en labores de vigilancia y salvamento, a pesar de ser plenamente conocedores de los déficits tanto técnicos como humanos de la misma [111], lo cual, como ya se ha comentado, como mínimo, abre la posibilidad a una responsabilidad internacional por asistencia a un Estado en su conducta contraria a las obligaciones internacionales.

---

[105] Consejo de Derechos Humanos, 48.º periodo de sesiones, *Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, doc. A/HRC/48/83, publicado el 1 de octubre de 2021, párr. 66.

[106] Corte de Assize de Milán, Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, Torture in Libia: sentenza storica della Corte d'Assise di Milano, octubre de 2017, *https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/torture-libia-migranti-asilo-sentenza-storica-tribunale-corte-assise-milano/,* citada en CONCORD y CINI, *¿Asociación o condicionalidad?..., op. cit.,* nota 41, p. 20, y Decisión del Tribunal de Catania sobre el caso *Open Arms*, 27 de marzo de 2018, pp. 21-22.

[107] Tribunal de Trapani, juicio abreviado, investigación preliminar del juez Piero Grillo, decisión del 23 de mayo de 2019. Disponible en *https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/aldfiles/GIP-Trapani%20%281%29_0.pdf*.

[108] OACDH, *Lethal disregard..., op. cit.,* nota 4, pp. 2-3, y expresamente entre las recomendaciones, p. 18.

[109] ACNUR, *Protection, saving lifes & solutions for refugees..., op. cit.,* nota 82, p. 75.

[110] OACDH, *Lethal disregard..., op. cit.,* nota 4, pp. 2-3.

[111] Documento oficial restringido del Servicio de Acción Exterior, EEAS, *op. cit.,* nota 78. Al respecto la Misión Independiente de investigación sobre Libia nombrada por la Alta Comisionada para los derechos humanos, Michelle Bachelet, en su informe de marzo de 2022, tras constatar que las violaciones de derechos humanos en las interceptaciones y posterior detención de las personas a bordo de embarcaciones con dirección a Europa no eran ni hechos ni aislados ni aleatorios, recuerda que los Estados europeos continúan colaborando con esas autoridades y por ello hace un llamamiento a que dicha cooperación permanezca en «el ámbito de las obligaciones del Derecho internacional de los derechos humanos y la responsabilidad de cada Estado de proteger a las personas migrantes en sus aguas territoriales y zona de búsqueda y rescate». Human Rights Council, *Report of the Independent Fact-Finding Mission on Libya*, HRC, 49th session, doc. A/HR/49/4, de 23 de marzo de 2022 (*advance unedited version*), p. 9, párr. 46. Disponible en *https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-03/A_HRC_49_4_AUV.pdf*.

3. CONCLUSIÓN

El recorrido que en estas páginas se ha hecho del comportamiento de la UE, Italia y sus Estados miembros en relación con las operaciones de rescate y salvamento en el Mediterráneo central en los últimos cinco años lleva inexorablemente a la necesidad de alertar y criticar la peligrosa deriva que está teniendo la interpretación y aplicación de una normativa pacíficamente arraigada de salvamento, en contra de los dos principios básicos sobre los que se asienta: *a)* la obligación de prestar auxilio a cualquier persona en peligro en el mar, y *b)* la obligación de, una vez auxiliada, llevarla a «puerto seguro».

La delegación de las operaciones de rescate en la guardia costera libia y la consiguiente consideración de su Estado como «puerto seguro», a pesar de las incuestionables evidencias en sentido contrario; la negativa a aceptar a las personas rescatadas a pesar de la desesperada situación en la que se puedan encontrar[112]; y peor aún, las acusaciones de devoluciones en caliente por parte de Malta[113] o la preferencia a que la gente no sea socorrida antes que facilitar la colaboración de las ONG para auxiliarlas, es un más que grave precedente en contra del deber de asistencia y en definitiva de la seguridad marítima.

La alerta de este peligro no se fundamenta en la actuación de un solo Estado —Italia— sino en la connivencia y complicidad que este ha encontrado en otros gobiernos e instituciones que ante esta política guardan silencio, cuando no colaboran con ella[114]. Y es que, como se ha demostrado a lo largo de estas páginas, más allá de las declaraciones de principios, las actuaciones de Italia, la UE y sus Estados miembros en cuestiones de salvamento y rescate en el Mediterráneo central se han centrado básicamente en asegurar que las personas embarcadas en Libia no lleguen a Europa dando prioridad, una vez más, a la externalización de las fronteras —cuando no extraterritorialidad—[115] como principal instrumento para conseguir frenar la migración

---

[112] Véase el Informe del secretario general de Naciones Unidas al Consejo de Seguridad de 6 de abril de 2020*, op. cit.,* nota 80, párr. 8, o la nota de prensa del Parlamento Europeo, *The situation in Libya and on the migration route to Europe*, de 24 de abril de 2020, a la que le ha seguido el *Briefing* elaborado por el European Parliamentary Research Service (EPRS) en enero de 2021, PE 659.442, p. 5, o la tabla elaborada por FRA con los retrasos en los desembarcos, poniendo en riesgo la seguridad e integridad de las personas rescatadas. FRA, *June 2021 Update..., op. cit.,* nota 95. Respecto al caso concreto de Malta, véase Jiménez García-Carriazo, A., «Small Island...», *op. cit.,* nota 29, pp. 317 y ss.

[113] En los últimos dos años ONG han denunciado diversas devoluciones en caliente a Libia protagonizadas por Malta incluso dentro de su zona SAR, coincidiendo con la firma en 2020 de un *Memorandum of understanding* con las autoridades libias para «combatir la inmigración ilegal». El portavoz de OACDH Rupert Colville, se hizo eco de estos hechos en su rueda de prensa de 8 de mayo de 2020, *op. cit.,* nota 95.

[114] Véase sino el párr. 9 de la Declaración de Valeta del 23 de septiembre de 2019, firmada por los ministros de Malta, Italia, Francia y Alemania citada en Calvo Mariscal, L., «Cooperación entre...», *op. cit.,* nota 24, p. 175.

[115] Al respecto, siguiendo la distinción efectuada por Alejandro del Valle, respecto a la externalización como se ha visto no hay duda. Y quizá cabría también plantearse en algunas ocasiones incluso la extraterritorialidad si se demuestra un nexo de causalidad suficiente como para justificar una colaboración que permita hablar de control efectivo sobre el rescate. Del Valle Gálvez, A., «Sobre la invia-

y el tráfico de personas. Y para ello en esta ocasión han acudido a la figura de la zona SAR y su MRCC correspondiente. Esta torticera utilización de los mecanismos de salvamento marítimo para controlar la inmigración no solo es contraria a los valores asentados en los derechos humanos tan comúnmente enarbolados por los líderes europeos, sino que, además, está poniendo en jaque un régimen sólida y pacíficamente asentado en el sistema internacional y esencial para la seguridad de los mares: el relativo al deber de socorro.

Por suerte, como nunca todo es gris oscuro, queda la esperanza de que alguna justicia —en este caso la italiana—, empiece a dar muestras de la naturaleza prioritaria del deber de socorro entendido como tal y el carácter de puerto no seguro de Libia. Y lo está haciendo. No solo al negarse a ser cómplice del intento del gobierno italiano de criminalización de las ONG que han rescatado a gente de morir ahogadas en el Mediterráneo, sino incluso al decidir procesar al principal instigador de esa actuación criminal, el ex ministro del Interior Mateo Salvini, que hoy se sienta en el banquillo de los acusados[116], o emitir la primera condena al capitán del barco mercante *Asso Ventotto* en octubre del pasado año por desembarcar a las personas por él rescatadas en Libia[117]. Y queda por ver, también, la línea que seguirá el Tribunal de Cuentas de la UE en relación con la reclamación presentada por las ONG por mala gestión de los fondos SIBMMIL por falta de monitoreo de los derechos humanos[118] o el TEDH en el caso *S. S. y otros c. Italia* por la actuación de la MRCC de Roma en el incidente del *Sea Watch 3* con los guardacostas libios de 6 de noviembre de 2017, cuya decisión debe estar próxima[119].

Esperemos que todas estas decisiones sirvan para corregir el rumbo hacia la primacía de los derechos humanos y una concepción del régimen SAR ligada hacia lo que es y debe ser su única finalidad: el salvamento y rescate.

---

bilidad del modelo de fronteras exteriores europeas en el Mediterráneo», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2020, vol. 72, núm. 1, pp. 187-196, esp. p. 193.

[116] Dos procesos fueron abiertos contra el ex ministro del Interior por secuestro de personas al no permitir desembarcar a 150 migrantes rescatados por el barco *Open Arms* en agosto de 2019 y a 131 rescatados por el barco *Gregoretti* en julio del mismo año, si bien esta última ya ha sido archivada, al igual que lo fue la solicitud del Tribunal de Catania de enero de 2019 por la prohibición de desembarco de las personas rescatadas por la guardia costera italiana que tripulaba el *Diciotti*. Al respecto, véase Cataldi, G., «Búsqueda y rescate...», *op. cit.,* nota 36, p. 202. La causa relativa a *Open Arms,* en cambio, a 6 de abril de 2022, fecha en que ha tenido lugar la vista, sigue abierta en el Tribunal de Palermo. Véase *https://www.efe.com/efe/espana/mundo/salvini-alega-en-juicio-que-el-open-arms-podia-desembarcar-espana/10001-4780149*.

[117] El Tribunal de Nápoles condenó al representante de la compañía naviera y al capitán del barco con bandera italiana a un año de prisión por abuso de autoridad puesto que no se pusieron en contacto con la MRCC italiana y en su lugar entregaron a las 101 personas rescatadas a la guardia costera libia. Ambos acataron la decisión. Noticia publicada en *Avvenire*. Disponible en *https://www.avvenire.it/attualita/pagine/migranti-consegnati-ai-libici-prima-condanna-in-italia*.

[118] Reclamación presentada por GLAN, ASGI y ARCI. Disponible en *https://sciabacaoruka.asgi.it/wp-content/uploads/2020/04/GLAN-ASGI-ARCI-ECA-Libya-complaint-expert-opinion.pdf*.

[119] *TEDH, S. S. y otros c. Italia,* application number 21660/18, presentada el 3 de mayo de 2018. Información sobre el caso disponible en *https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-194748*.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Miscelánea/*Miscellany*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 271-298
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.06
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 05/05/2022. Aceptación: 10/06/2022

REPARACIONES DE GUERRA: LA HUMANIZACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RECLAMACIÓN. ALGUNAS APROXIMACIONES JUDICIALES ALTERNATIVAS

Francisco Jiménez García*

> «Al reconocer a las víctimas el derecho a interponer recursos y obtener reparaciones, la comunidad internacional hace honor a su palabra y demuestra solidaridad humana con las víctimas, los supervivientes y las generaciones futuras, y reafirma los principios jurídicos internacionales de responsabilidad, justicia e imperio del Derecho».
>
> Cherif Bassiouni, *Informe final sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales* (E/CN.4/2000/62).

RESUMEN

REPARACIONES DE GUERRA: LA HUMANIZACIÓN E INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RECLAMACIÓN. ALGUNAS APROXIMACIONES JUDICIALES ALTERNATIVAS

El derecho a la reparación de las víctimas de crímenes de guerra está consolidado como norma primaria del Derecho internacional general. Sin embargo, las normas secundarias confluentes al concepto de «reclamación» y el papel del Estado en su reconocimiento y distribución han neutralizado o inactivado tal derecho primario que ha conducido a calificarlo como *lex ferenda*. No obstante, se está observando un proceso y una práctica judicial alternativa (una *opinio iuris* en evolución) que supone la inversión de tal relación al situar al individuo en el eje central de tal derecho a la reparación. Sin embargo, la reciente sentencia sobre las *Actividades armadas en territorio del Congo (RDC c. Uganda), reparaciones*, ha supuesto una oportunidad perdida para cristalizar tal progreso.

Palabras clave: derecho de reparación individual, cláusulas de renuncia, inmunidad estatal, protección diplomática, derechos humanos.

* Catedrático de Derecho Internacional Público en la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid (*francisco.jimenez@urjc.es*). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 5 de mayo de 2022.

ABSTRACT

WAR REPARATIONS: THE HUMANIZATION AND INDIVIDUALIZATION OF THE CLAIM. SOME ALTERNATIVE JUDICIAL APPROACHES

The right to reparation for victims of war crimes is consolidated as a primary rule of general international law. However, secondary rules, which are confluent to the concept of «claim», and the role of the State in its recognition and implementation, have undermined or inactivated such a primary right leading to its consideration as *lex ferenda*. On the other hand, an alternative judicial proceeding and practice (an evolving *opinio iuris*) has been noticed which reverses this relationship by placing the individual at the central axis of this right to reparation. Nevertheless, the recent judgment on *Armed activities on the territory of the Congo (DRC v. Uganda)*, *reparations*, has been a missed opportunity to crystallize such progress.

Keywords: right to individual reparation for war crimes, waiver clauses, state immunity, diplomatic protection, human rights.

SUMARIO: 1. LA REPARACIÓN COMO DERECHO HUMANO Y SU RELACIÓN CON LOS MECANISMOS DE RECLAMACIÓN.—2. LA DIMENSIÓN MULTISISTÉMICA DEL DERECHO INDIVIDUAL A LA REPARACIÓN.—2.1. Desde el Derecho internacional al Derecho internacional de los derechos humanos.—2.2. Desde el Derecho internacional penal al Derecho internacional humanitario.—3. LA MEDIATIZACIÓN DEL ESTADO Y LA INCIDENCIA INHIBIDORA DE LAS NORMAS SECUNDARIAS SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS.—4. ALGUNAS APROXIMACIONES JUDICIALES ALTERNATIVAS.—4.1. La protección diplomática como derecho individual ante crímenes de guerra.—4.2. La «rebeldía» restaurativa del Tribunal Constitucional italiano ante la sentencia de la CIJ en el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*.—4.3. Las cláusulas de renuncia e indemnizaciones globales frente a los derechos humanos de las víctimas: el caso de Corea del Sur.—5. REFLEXIÓN FINAL: LA SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2022 SOBRE EL ASUNTO DE LAS *ACTIVIDADES ARMADAS SOBRE EL TERRITORIO DEL CONGO (RDC C. UGANDA), REPARACIONES*: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA.

1. LA REPARACIÓN COMO DERECHO HUMANO Y SU RELACIÓN CON LOS MECANISMOS DE RECLAMACIÓN

Toda responsabilidad internacional por hechos internacionalmente ilícitos genera la obligación de reparar el daño causado y en el caso que de que se trate de una violación grave de los derechos humanos (DIDH) o del Derecho internacional humanitario (DIH), en la actualidad, tal obligación de reparación no puede quedar exclusivamente en el marco interestatal de actuación, sino que se ha de complementar con el derecho de las víctimas a la reclamación, bien de forma individual o colectiva y tanto desde la perspectiva material como procesal. La Sentencia de 9 de febrero de 2022 sobre las *Actividades armadas en el territorio del Congo (República Democrática del Congo - RDC c. Ruanda)*, *reparaciones*, reiterando su jurisprudencia, indicó que la reparación, en la medida en que sea posible, debe beneficiar a todos aquellos que hayan sufrido daños y perjuicios por el hecho internacionalmente ilícito, tanto los causados al Estado como *a las personas presentes en su territorio*[1]. Aun

[1] *ICJ Reports 2022*, párrs. 69 y 100-102.

cuando se mantenga estrictamente la relación jurídica entre los titulares del derecho (las víctimas) y la titularidad del deber (los Estados responsables y en su caso los grupos), resulta imprescindible la creación de instituciones o procedimientos nacionales o internacionales (o en su caso, la modificación de ciertas excepciones jurídicas) que hagan efectiva y operativa esa relación. Cualquier derecho basado en el Derecho internacional sin tales instituciones, procedimientos o modificaciones harán que la reparación individual siga siendo un derecho virtual, una propuesta de *lex ferenda*, un «*pie in the sky*» [2].

En el presente trabajo, con la expresión «humanización e individualización de las reclamaciones de guerra» no se trata de cuestionar los acuerdos o cláusulas internacionales de reparación y reclamación [3], sino cómo en la actualidad se persigue colmar las lagunas que impiden a las víctimas, o a ciertas víctimas, obtener una reparación íntegra por todos los daños sufridos (materiales y morales) tras un conflicto armado internacional como consecuencia del predominio de la dimensión interestatal de la reparación y la reclamación. El dominio del Estado sobre su existencia, alcance y distribución (discrecionalidad gubernamental de la política exterior, incluida la protección diplomática), así como sobre el establecimiento de cláusulas convencionales de exclusión de reclamación, excepciones procesales que impiden conocer del fondo de la reclamación (inmunidades jurisdiccionales) u otro tipo de limitaciones estatutarias nacionales o internacionales (como el *statute of limitations the «wall of time»*)[4] otorgan cierta invulnerabilidad al Estado infractor, e incluso a las empresas o corporaciones privadas cuando

---

[2] Véase Furuya, S., «The right to reparation for victims of armed conflict: The intertwined development of substantive and procedural aspects», en Correa, C., Furuya, S. y Sandoval, C., *Reparation for Victims of Armed Conflict* (Max Planck Trialogues), Cambridge, Cambridge University Press, 2020, p. 19. Sobre el carácter fluctuante entre *lex ferenda* y *lex lata* de este derecho, pp. 16-19: doi:10.1017/9781108628877.002; Hill-Cawthorne, L., «Rights under International Humanitarian Law», *EJIL* 2017-4, vol. 28, pp. 1187-1215, en particular pp. 1203-1215, doi:10.1093/ejil/chx073.

[3] Acerca de estos acuerdos y cláusulas véanse d'Argent, P., *Les Réparations de Guerre en Droit International Public. La Responsabilité Internationale des États à l'Epreuve de la Guerre*, Bruselas, Bruylant, 2002; Gattini, A., *Le Riparazioni di Guerra nel Diritto Internazionale*, Padova, CEDAM, 2003; Sullo, P. y Wyatt, J., «War Reparations», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2014: Buxbaum, R. M., «A legal history of international reparations», *Berkeley JIL,* 2005-2, vol. 23, pp. 314-346; *Issues in Legal Scholarship*, 2006-2, vol. 6, pp. 314-346: *doi.org/10.2202/1539-8323.1079*; Dolzer, R., «The settlement of war-related claims: Does international law recognize a victim's private right of action - Lessons after 1945», *Berkeley J. Int'l L.*, 2002, vol. 20, núm. 1, pp. 296-341; Domb, F., «Human rights and war reparation», *Israel Yearbook on Human Rights*, 1993, vol. 23, pp. 82-110.

[4] Webster, T., «Disaggregating corporate liability: Japanese multinationals and World War II», *Stanford Journal of International Law,* 2020, vol. 56, núm. 175, p. 200. Ciertas limitaciones a las reclamaciones de los civiles, como las denominadas «excepción de actividades de combatientes» previstas en determinadas legislaciones estatales (Israel, Estados Unidos, Canadá, etc.) se entienden contrarias tanto al DIH, incluso cuando se trate de conductas beligerantes lícitas con respecto al DIDH. Véanse Abraham, H., «The War on compensation: Troubling signs for civilian casualties in the Gaza Strip», *EJIL:TALK!,* 14 de junio de 2021; *id.,* «Tort liability for belligerent wrongs», *Oxford Journal of Legal Studies*, 2019-4, vol. 39, pp. 808-833, *doi.org/10.1093/ojls/gqz025*; Gillard, E. Ch., «Reparation for violations of international humanitarian law», *International Review of the Red Cross,* 2003, vol. 85, pp. 529-553, *doi:10.1017/S0035336100185259*.

prestan servicios al Estado, ante las demandas judiciales presentadas por las víctimas de crímenes de guerra.

No obstante lo anterior, existe una tendencia normativa (una «*opinio iuris en evolución*») tendente a desplazar (que no eliminar) el protagonismo del Estado haciendo de las víctimas el eje central del régimen jurídico de la reparación[5]. Como indicara el juez Cançado Trindade en su Opinión separada a la orden de la CIJ de 8 de septiembre de 2020 en el asunto de las *Actividades armadas en territorio del Congo*, cuando se producen daños resultantes de violaciones graves del DIDH y del DIH, los beneficiarios finales de las reparaciones debidas son las víctimas, los seres humanos como sujetos de Derecho internacional. El deber de reparar pronto no es solo una «obligación secundaria», sino una obligación verdaderamente fundamental conformando un todo indisoluble. Hacer del individuo el titular de la reparación contribuye al proceso histórico de humanización del Derecho internacional contemporáneo[6].

No solo se ha de acotar la reparación al daño material sufrido sino también a los daños morales, incluidos los derechos sociales, económicos y culturales[7]. En tal sentido, la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Memoria Democrática[8], reiterando la perspectiva del DIDH, dedica su art. 6 a la Declaración de reconocimiento y reparación personal en sus distintas dimensiones, y su Capítulo III a las diferentes modalidades de reparación de las víctimas. En su Exposición de Motivos se indica que:

> «El gran valor de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre [Ley de Memoria Histórica], reside en haber situado la memoria personal y familiar en el ámbito de la ciudadanía democrática, mediante el reconocimiento general de las víctimas, su derecho individual y colectivo a la reparación y declarando *ex lege* la ilegitimidad de los órganos represores del franquismo. De hecho, la ley de memoria democrática propuesta se estructura 'en torno al protagonismo y la reparación integral de las víctimas de la Guerra y la Dictadura, así como a las políticas de

[5] Según Koundy, M. M. A., la reparación de las víctimas, sin embargo, es uno de los requisitos previos para la resolución duradera de conflictos. El enfoque requerido es uno que reconozca la primacía de los derechos de las víctimas y que coloque los intereses de las víctimas en el centro de las preocupaciones y acciones de los Estados. Este enfoque no solo garantizará que se traten las heridas físicas y psicológicas de quienes las han sufrido, sino que también ayudará a prevenir nuevas violaciones gracias en parte a la aplicación de sanciones apropiadas a los perpetradores. Además, concluye que los Estados deben cumplir con sus obligaciones internacionales de reparación. Esto significa crear las condiciones legales, institucionales y prácticas bajo las cuales las víctimas pueden beneficiarse de las reparaciones, fuera del marco legal del Derecho consuetudinario, si es posible, en vista de sus limitaciones conocidas. En «Reparations for victims of terrorist acts in Sahel conflicts: The case of Niger», *International Review of the Red Cross*, 2021, vol. 103, pp. 885 y 889: *doi:10.1017/S1816383122000200*. IRRC núm. 918, mayo de 2022.

[6] *ICJ Reports* 2020, párrs. 17 y 20 de la Opinión.

[7] Domb, F., *op. cit.*, pp. 93-105.

[8] *Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, XIV Legislatura, Serie A, 30 de agosto de 2021. Asimismo pueden consultarse los informes del Consejo del Poder Judicial de 7 de junio de 2021 sobre el Anteproyecto de ley: *https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_25/pdfs/3.pdf* y del Consejo Fiscal de 22 de julio de 2021: *https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_25/pdfs/4.pdf*.

> verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición que han sido objeto de las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos al Estado» [9].

Además, y como concluye el Voto particular que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón al auto dictado rechazando el recurso de amparo núm. 5781-2018 (sobre los delitos de lesa humanidad y tortura durante la Guerra Civil y el franquismo), al que se adhiere el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos:

> «La verdad, la justicia y la reparación no pasan necesariamente por la obtención de una condena penal, que nada de lo sacrificado —salvo la dignidad y el reconocimiento— puede devolver a las víctimas. Pero que los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, atiendan al menos a la petición de reflexionar y escuchar a las víctimas, dándoles una respuesta completa, profunda y adecuada, también es una forma de reparación y de hacer justicia, independientemente del resultado final, estimatorio o desestimatorio, de las pretensiones deducidas. Y solo de eso se estaba hablando en esta fase de tramitación del recurso de amparo, de admitir a trámite la demanda para escuchar, construyendo de ese modo, al mismo tiempo, nuestra memoria colectiva, la de todos» [10].

Del presente estudio se excluye el análisis de la reparación de las víctimas en los conflictos armados no internacionales o de violaciones sistemáticas que presentan otras dimensiones (causas penales, comisiones de investigación y la verdad, así como otros procesos de justicia transicional) [11]. Tampoco se pretende realizar un análisis exhaustivo de la práctica internacional sobre la materia, pues resultaría imposible dadas las dimensiones del presente estudio. La estructura de este se centra en tres apartados: en el reconocimiento jurídico internacional y debate doctrinal sobre el alcance del derecho de las víctimas de la guerra a la reparación cuando este no ha sido satisfecho en virtud de ciertas limitaciones; en la selección particular de tres asuntos judiciales de ámbito nacional con dimensión internacional —aun cuando la práctica sea más amplia y podrían haberse tratado otros casos—, que apuestan por significativas soluciones alternativas que consagran tal derecho alterando ciertas instituciones o principios interestatales; y finalmente y a modo de reflexión final, un breve comentario acerca de los claroscuros que supone la Sentencia de 9 de febrero de 2022 sobre reparaciones en el asunto de las *Actividades militares en el territorio del Congo* acerca de la evolución del derecho, individual o colectivo, de las víctimas y los mecanismos elegidos para concretar el alcance de tal derecho a la reparación.

---

[9] Véanse pp. 5 y 6 del Proyecto.

[10] Pleno, Auto 80/2021, de 15 de septiembre. Recurso de amparo 5781-2018 (ECLI:ES:TC:2021:80A).

[11] Véanse *Principios para la lucha contra la impunidad - Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, UN. Doc. E/CN.4/2005/102/Add.1 y el Informe del Secretario General sobre *El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos* S/2004/616. Sobre una revisión de la naturaleza actual de la justicia transicional, véase Loyo Cabezudo, J., «Transitional justice: some reflections around a misunderstood notion», *SYbIL,* 2021, vol. 25, pp. 70-92.

2. LA DIMENSIÓN MULTISISTÉMICA DEL DERECHO INDIVIDUAL A LA REPARACIÓN

2.1. Desde el Derecho internacional al Derecho internacional de los derechos humanos

El derecho a la reparación por violaciones graves está ampliamente reconocido por las normas primarias del sistema internacional tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra. Además, presenta un reconocimiento de carácter multisistémico pues no solo encuentra su fundamento en el Derecho internacional general y en el DIH, sino que resulta reforzado por el DIDH y por el Derecho penal internacional (DPI). Como ya indicara la CIJ en el asunto de las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*[12], reiterado en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo (RDC c. Uganda)*[13], los derechos humanos (DDHH) persisten en tiempo de conflictos armados y los Estados están obligados a la reparación de las violaciones de los derechos previstos en ambos sistemas. Asimismo, Christine Evans mantiene que existe un valor reconocido en la fusión de los derechos de las víctimas a través de estos diferentes sistemas jurídicos, aun cuando no se haya adoptado con alcance internacional y general un instrumento jurídicamente vinculante que consolide claramente tales derechos y establezca mecanismos operativos y efectivos de reparación[14]. La sinergia e interconexión existentes entre estos sistemas ha supuesto un impulso clave hacia tal reconocimiento como a su implementación gradual. No obstante, esta evolución presenta ciertos altibajos que hacen que este derecho individual como derecho humano reconocido fluctúe entre la armonía y el conflicto[15].

Se considera como un principio de Derecho internacional general el art. 31 de Proyecto de artículos sobre responsabilidad internacional de los Estados de 2001 (ARSIWA, en sus siglas en inglés) cuando declara la obligación de reparar íntegramente el perjuicio, tanto material como moral, causado por el hecho ilícito internacional[16]. El derecho individual queda reafirmado en su párr. 2 cuando precisa que «la presente parte se entiende sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado». En el citado asunto de las *Consecuencias jurídicas de la construcción del muro*, la CIJ reiteraba como norma de Derecho consuetudinario la obli-

[12] *ICJ Report 2004*, párr. 106.

[13] *ICJ Report 2005*, párr. 259.

[14] Evans, Ch., *The Right to Reparation in International Law for Victims of Armed Conflict,* Cambridge University Press, 2012, p. 10, y sus conclusiones, pp. 231-238.

[15] Hill-Cawthorne, L., *op. cit.*, pp. 1187-1215.

[16] A/RES/56/83, de 12 de diciembre de 2001. Principio ya declarado en el asunto *Fábrica de Chorzow P. C. I. J., 1928,* Serie A, núm. 17, p. 29.

gación del Estado de la reparación del daño causado a toda persona natural o jurídica afectada[17].

En segundo lugar, el sistema normativo y jurisprudencial del DIDH también reconoce tal derecho aun cuando se vincule en ocasiones con la efectividad del *derecho al recurso efecto y al acceso a la justicia*[18]. En el Comentario General núm. 31 del Comité de Derechos Humanos, que concreta el alcance del derecho del art. 3.2 (*effective remedy* en inglés), se indica que, sin reparación de los derechos infringidos del Pacto, queda sin cumplir la obligación de facilitar recursos efectivos, que es el elemento central para cumplir las disposiciones de tal disposición[19]. En el asunto *Georgia c. Rusia I (satisfacción equitativa)* de 13 de enero de 2019, la Gran Sala, con referencia al asunto *Chipre c. Turquía* (2014) y a la jurisprudencia de la CIJ, reiteraba que el principio más importante del Derecho internacional relativo al incumplimiento por un Estado de una obligación derivada de un tratado es que tal incumplimiento conlleva la obligación de reparar en forma adecuada. Asimismo, destaca que nunca debe olvidarse que, por la propia naturaleza de la Convención, es el individuo y no el Estado el que directa o indirectamente resulta afectado y principalmente «perjudicado» por la violación de uno o varios de los derechos garantizados por la Convención. Por tanto, si se otorga una satisfacción justa en un caso interestatal, siempre debe otorgarse en beneficio de las víctimas individuales. Al respecto, la Corte observa que el art. 19 del Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática recomienda transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables[20]. Por su parte, el Comité de Ministros, órgano supervisor de la ejecución de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en su Resolución CM/ResDH(2022)55 adoptada el 9 de marzo de 2022 sobre la sentencia *Georgia c. Rusia (I)* de 31 de enero de 2019, recordó en primer lugar que Georgia debía establecer un mecanismo eficaz para la distribución de las sumas otorgadas como satisfacción equitativa a las víctimas. En segundo lugar y tras deplorar que Rusia (tras la agresión contra Ucrania, fuera del Consejo de Europa)[21] no hubiera efectuado el pago, reiteró firmemente la

---

[17] *ICJ Reports 2004*, párrs. 152-153; *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría c. Eslovaquia)*, *ICJ Reports 1997*, párr. 152; *Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América) ICJ Reports 2004*, párr. 119.

[18] Véanse: art. 8 DUDH; art. 2.3 PIDCP; arts. 6, 13 y 41 CEDH; art, 7 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y 27 de su Protocolo (que prevé expresamente que el tribunal o juez decida el pago de una justa compensación o reparación); arts. 25 y 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el art. 47 CDFUE. El derecho de reparación sí aparece reconocido expresamente en art. 6 ICERD; el art. 14 UNCAT; el art. 39 CDN; arts. 24.4 y 5 CPPED. Véanse Evans, Ch., *op. cit.*, pp. 33-36. Asimismo, Pérez-León Acevedo, J. P., «Las reparaciones en el Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho internacional humanitario y Derecho penal internacional», *American University International Law Review*, 2008, vol. 23, núm. 1, pp. 8-49; Gómez Isa, F, «El derecho de las víctimas a la reparación por violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos», *El Otro Derecho*, Bogotá, ILSA, 2007, núm. 37.

[19] CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, párr. 16.

[20] *Georgia c. Rusia*, *satisfacción equitativa* (GS), núm. 13255/07, párrs. 19-28, TEDH 2019.

[21] *CM/Del/Dic(2022)1428ter/2.3*, de 16 de marzo. No obstante la expulsión de Rusia del Consejo de Europa por Decisión de su Comité de Ministros de 16 de marzo de 2022, el 4 de abril de 2022, el TEDH

obligación incondicional de pagar, de conformidad con el art. 46.1 del Convenio, la justa satisfacción reconocida y que la demora en el cumplimiento de tal obligación priva a las víctimas de recibir una indemnización por los daños sufridos[22]. Por otra parte, no hemos de olvidar que en el asunto *Georgia c. Rusia II*, la Gran Sala del TEDH negó que tuviera competencia en virtud del art. 1 del Convenio y el principio de control efectivo sobre el área de hostilidades activas privando a miles de personas de un recurso efectivo ante una corte internacional independiente[23], conclusión que pudiera extenderse al asunto de *Ucrania c. Rusia*.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), desde su primigenia jurisprudencia ha reiterado que el derecho de reparación consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral conforme a los principios de la equidad[24]. Asimismo, declaraba que el derecho de reclamación, así como su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc., constituyen «obligaciones de Derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su Derecho interno»[25]. Asume el derecho a la reparación como derecho individual, reconocimiento que no resulta incompatible en caso de violaciones masivas y, en el escenario de justicia transicional, con programas administrativos de reparación y de transformación del marco jurídico y relaciones sociales del Estado, siempre que se cumplan una serie de requisitos relacionados, entre otros, con su legitimidad[26].

---

amplió las medidas cautelares solicitadas por *Ucrania c. Rusia*, el 1 y el 4 de marzo, para que se abstuviera de ataques militares contra civiles y bienes de carácter civil, incluidas viviendas, vehículos de emergencia y otros bienes civiles especialmente protegidos, como escuelas y hospitales, y garantizar de inmediato la seguridad de los establecimientos médicos, el personal y los vehículos de emergencia dentro del territorio atacado o sitiado por las tropas rusas. Véase nota de prensa ECHR 116 (2022), de 1 de abril.

[22] Resolución CM/ResDH(2022)55, de 9 de marzo. Véase también *Al Jedda c. Reino Unido,* núm. 27021/08), párrs. 112-114, TEDH, 2011.

[23] *Georgia c. Rusia II* (GS), núm. 38263/08, párrs. 113-144, TEDH 2021. Véase Moiseieva, A., «The ECtHR in Georgia c. Russia - a farewell to arms? The effects of the Court's judgment on the conflict in eastern Ukraine», *EJIL:Talk*, 24 de febrero de 2021.

[24] Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras,* Sentencia de 21 de julio de 1989 (Reparaciones y Costas), párrs. 25-27. Para un examen de la jurisprudencia de la Corte IDH, Sandoval, C., «International human rights adjudication, subsidiarity, and reparation for victims of armed conflict» en Correa, C., Furuya, S. y Sandoval, C., *Reparation for Victims of Armed Conflict, op. cit.*, pp. 187-222; Nash Rojas, C., *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Chile, 2009.

[25] Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras* (Reparaciones y constas), p. 30; caso *Myrna Mack Chang c. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C, núm. 101, párrs. 234-237; caso *Masacre de Pueblo Bello c. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C, núm. 140, párr. 254.

[26] Caso *de las Comunidades afrodescendientes desplazadas de la cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) c. Colombia*, Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrs. 470-471, y caso *González y otras («Campo Algodonero») c. México*, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), párrs. 449-

2.2. Desde el Derecho internacional penal al Derecho internacional humanitario

En el marco del DPI, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) ha venido a subsanar, aun cuando pueda resultar insuficiente, el protagonismo de las víctimas y de su derecho a la reparación dotando a la Corte de una función restaurativa. No solo su art. 68.3 garantiza en toda fase del juicio la participación de las víctimas en defensa de sus intereses[27], sino que el art. 8.2.*b)* xiv prevé como violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de Derecho internacional declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga. Además, el art. 75 se refiere específicamente a la reparación de las víctimas, tanto a título individual como colectivo[28]. Respecto a la situación en la RDC en el caso del *Fiscal c. Bosco Ntaganda*, al igual que en los casos *Thomas Lubanga Dyilo* y *Germain Katanga*, la Sala de Primera Instancia VI reiteraba en 2021 que la etapa de reparaciones marcaba un momento crítico en la administración de justicia, pues, en cierta medida, «el éxito de la Corte está ligado al éxito de su sistema de reparaciones», dado que los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación forman parte del derecho de estas a un recurso, en particular el derecho de las víctimas a una pronta reparación[29].

En el marco del DIH tal derecho aparece declarado en los arts. 51, 52, 131 y 148 de los respectivos Convenios de Ginebra de 1949 en consonancia con el derecho ya reconocido en el art. 3 del IV Convenio de La Haya de 1907[30]. Se ha interpretado que este art. 3 confiere derechos directamente a los individuos en lugar de a los Estados[31]. Asimismo, ciertos autores entienden que

---

601. En el mismo sentido, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, respecto a la *Reparación por casos de tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*, ha indicado que el objetivo final de la reparación es la transformación de las estructuras y relaciones sociales, económicas y políticas que impidan esta práctica. *Esta transformación requiere una interpretación amplia de las obligaciones de los Estados parte de brindar reparación*, incluida la creación de marcos legales, administrativos e institucionales para hacer efectivo el derecho a la reparación. Cfr. ACHPR, Observación General núm. 4 sobre la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: *El derecho a la reparación de las víctimas de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, marzo 2017, párr. 8.

[27] Furuya, S., *op. cit.*, pp. 34-37; Orihuela Calatayud, E., *Las víctimas y la Corte Penal Internacional. Análisis de la Participación de las Víctimas ante la Corte*, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

[28] Véanse también reglas 94 a 99 de las Reglas de Procedimiento y Prueba, y Capítulo 5, arts. 86-88, del Reglamento de la Corte.

[29] Párr. 1 de la orden de reparaciones de 8 de marzo de 2021, núm. ICC-01/04-02/06, párrs. 75-79. Véanse *Fiscal c. Thomas Lubanga Dyilo*, Sala de Apelación, orden de reparación modificada, Anexo A, 3 de marzo de 2015 (ICC-01/04-01/06-3129-AnxA), párr. 22, y *Fiscal c. Germain Katanga*, asunto ICC-01/04-01/07, Sala de Primera Instancia II, orden de reparación en virtud del art. 75 del Estatuto, 24 marzo de 2017, párr. 47.

[30] *https://www.icrc.org/es/tratados-sobre-dih*. Acerca del derecho de reparación en los conflictos armados internacionales, véase David, E., *Principles de Droit des Conflicts Armés*, Bruylan, 6.ª ed., 2019, pp. 875-895.

[31] Véanse Opinión disidente del juez Cançado Trindade a la Sentencia de 3 de febrero de 2012 en el asunto de las *Inmunidades Jurisdiccionales*, párr. 116; Rondeau, S., «La réparation individuelle en

la obligación de indemnización prevista en el art. 91 del Protocolo I de 1977 no puede interpretarse exclusivamente con carácter interestatal, sino que, en virtud de los trabajos preparatorios del IV Convenio de La Haya, supone el reconocimiento de un derecho directo de compensación de los individuos[32]. Por su parte, el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), en sus comentarios, si bien no ha negado la capacidad de negociación estatal de las reparaciones y ha presentado ciertas dudas acerca del destinatario último del derecho de reparación e indemnización[33], respecto al art. 91 (que reproduce y dota de carácter consuetudinario al referido art. 3)[34], ha precisado que los Estados no son libres de negar la compensación a la que tienen derecho las víctimas de violaciones de la normativa de Ginebra y del Protocolo[35]. En su comentario de 2020 del art. 131 del III Convenio de Ginebra pone de relieve cómo en la práctica de los últimos cincuenta años se ha acentuado el carácter individual de la reparación y cómo los Estados han establecido medios o mecanismos de reparaciones individuales, bien se trate de comisiones mixtas u órganos cuasijudiciales. Entre otros[36], destaca dos comisiones. En primer lugar, la Comisión de Indemnizaciones de las Naciones Unidas (UNCC) encargada de adjudicar las reclamaciones contra Irak por cualquier pérdida, daño directo, incluido el daño ambiental, o lesión a gobiernos extranjeros, nacionales y corporaciones como resultado de la invasión y ocupación de Kuwait por Iraq[37]. En segundo lugar, la Comisión de Reclamaciones estable-

---

application des mécanismes prévus par le droit international humanitaire», 27, *Windsor Y. B. Access Just*., 2009, pp. 431-446; David, E., «The direct effect of article 3 of the Fourth Hague Convention of 18 October 1907 respecting the laws and customs of war on land», en Fujita, H., Suzuki, I. y Nagano, K. (eds.), *War and the Rights of Individuals-Renaissance of Individual Compensation,* Tokyo, 1999, pp. 50-53; Shelton, D., *Remedies in International Human Rights Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2006, p. 400.

[32] Evans, Ch., *op. cit.,* p. 32; Greenwood, C, «International Humanitarian Law», en Kalshoven, F. (ed.), *The Centennial of the First International Peace Conference*, La Haya, Kluwer Law, 2000, p. 250; Kalshoven, F. «State responsibility for warlike acts of the armed forces», *ICLQ*, 1991-4, núm. 40, pp. 827-833; Zegveld, L., «Remedies for victims of violations of international humanitarian law», *International Review of the Red Cross*, 2003, núm. 85, pp. 497-526; Gillard, *op. cit.*, pp. 532-535.

[33] Véase párr. 5297 del Comentario de 2020 realizado al art. 133 del III Convenio (*https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=23DB9D5490C5E7BFC125858500435187#24*).

[34] Véanse párrs. 3645 y 3646 del Comentario de 1987: *https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1066AF25ED669409C12563CD00438071*.

[35] *Ibid*., párrs. 3651-3652.

[36] Asimismo, se han constituido, entre otros, el Tribunal de Resolución de Reclamaciones de Cuentas Inactivas en Suiza (CRT-1), la Comisión sobre las Reclamaciones de Bienes Inmuebles de las Personas Desplazadas y Refugiados en Bosnia y Herzegovina, Tribunal de Reclamaciones Nucleares de las Islas Marshall, Procesos de reclamaciones colectivas relacionadas con el Holocausto, etc. Sobre los mismos véase *https://pca-cpa.org/en/services/arbitration-services/mass-claims-processes/*. Véase también Holtzmann, H. M. y Kristjánsdóttir, E., *International Mass Claims Processes: Legal and Practical Perspectives,* Oxford, Oxford University Press, 2007; Giroud, S. y Moss, S., *Mass claims processes under Public International Law,* 2019, *https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2019/10/Collective_Redress_Press_Giroud_Moss.pdf*.

[37] Véanse párrs. 5296-5297 del Comentario de 2020 del III Convenio, y párrs. 3019-3024 del Comentario de 2016 del art. 51 del I Convenio de Ginebra. La UNCC (*https://uncc.ch/home*) no constituye estrictamente órgano jurisdiccional sino un órgano subsidiario del *hegemón* Consejo de Seguridad Social establecida por la Resolución 687 (1991). Estrictamente hablando, las personas o entidades no

cida en el Tratado de paz de 2000 entre Etiopía y Eritrea (EECC)[38], cuyas sentencias arbitrales han desempeñado un papel fundamental para la CIJ en el asunto *Actividades militares en el territorio del Congo, reparaciones* (2022). La EECC, desde la perspectiva de las reparaciones, ha constituido todo un éxito al abordar desde la normativa del Derecho internacional general y mediante un esquema integral de reparación una gran cantidad de reclamaciones en un corto lapso de tiempo. Ha supuesto no solo la consolidación, sino un importante desarrollo de la normativa del DIH consuetudinario, en particular respecto a las reclamaciones colectivas, así como respecto a los procedimientos y estándares probatorios de adjudicación en los procesos de reclamaciones masivas, demostrando que la determinación de la responsabilidad civil es una alternativa realista y complementaria a la persecución penal como mecanismo de aplicación de las violaciones del DIH[39].

Asumiendo su carácter codificador[40], el Principio IX de los *Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del Derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*[41], declara que:

---

presentan sus reclamos directamente ante la UNCC, sino que deben presentarlos ante su Estado de nacionalidad, que luego los presenta ante la Comisión. Sin embargo, a diferencia de los casos de protección diplomática, los Estados no defienden las reivindicaciones de sus nacionales. En este caso, el papel del Estado es puramente administrativo, al igual que el procedimiento ante la UNCC. Se celebró una sesión especial del Consejo de Gobierno el 9 de febrero de 2022 para marcar el cumplimiento del mandato de la Comisión después de casi treinta y un años. Aunque excluyentes, sigue en vigor el *Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos*. Véanse D'ARGENT, *op. cit*., pp. 376-378; VAN HOUTTE, H., DAS, H. y BART, D., «The United Nations Compensation Commission», *The Handbook of Reparations,* Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 321-389; CARON, D. D. y MORRIS, B., «The UN Compensation Commission: Practical justice, no retribution», *EJIL,* 2002-1, pp. 183-199; CROOK, J. R., «The United Nations Compensation Commission--A new structure to enforce state responsibility», *AJIL*, 1993, vol. 87, núm. 1, pp. 144-157.

[38] *https://pca-cpa.org/en/cases/71/* y *https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXVI/505-630.pdf*. Véanse MURPHY, S. D., KIDANE, W. y SNIDER, T. R., *Litigating War: Mass Civil Injury and the Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Oxford, Oxford University Press, 2013; TADESSE GOSHU, W., «Ethiopia-Eritrea claims for "loss, damage or injury' and the claims" Commission: Lessons for future bilateral relations», *International Law Series*, Addis Ababa University-School of Law, 2019, vol. III, pp. 7-45; SZPAK, A., «The Eritrea-Ethiopia Claims Commission and customary international humanitarian law», *Journal of International Humanitarian Legal Studies,* 2013-2, vol. 4, pp. 296-314, *doi:10.1163/18781527-00402004*; DYBNIS, A., «Was the Eritrea - Ethiopia Claims Commission merely a zero-sum game?: Exposing the limits of arbitration in resolving violent transnational conflict», *Loyola Law and Int'l & Comp. L. Rev.*, 2011, vol. 33, pp. 255-285; WEERAMANTRY, R. J, «Eritrea's Damages Claims (Eritrea c. Ethiopia), Ethiopia's damages claims (Ethiopia c. Eritrea)», *AJIL*, 2010-3, vol. 104, pp. 480-488; MATHESON, M. J., «The damage Awards of the Eritrea - Ethiopia Claims Commission», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals: A Practitioners' Journal,* 2010, vol. 9 núm. 1, pp. 1-15; KIDANE, W., «Civil liability for violations of international humanitarian law: The Jurisprudence of The Ethiopia-Eritrea Claims Tribunal in The Hague», *Wisconsin ILJ*, 2007, vol. 25, núm. 1, pp. 23-87.

[39] MURPHY, S. D., KIDANE, W. y SNIDER T. R., *op. cit.,* p. 397; DYBNIS, A., *op. cit.*, pp. 284-285.

[40] EVANS, Ch., *op. cit.*, p. 43; SHELTON, D., *op. cit.*, p. 238; BASSIOUNI, M. Ch., «International recognition of victims' Rights», *Human Rights Law Review,* 2006, vol. 6, pp. 203-279. En el Preámbulo de los Principios y Directrices básicos se destaca que estos no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes.

[41] Resolución 60/47 (16 de diciembre de 2005) de la Asamblea General.

> «Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del Derecho internacional humanitario. La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido [...]. Conforme al Derecho interno y al Derecho internacional, y teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso, se debería dar a las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho internacional humanitario, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva [...] en las formas siguientes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición».

En resumen y como ha destacado el juez Salam en su Declaración a la Sentencia de 9 de febrero de 2022 sobre *reparaciones* en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo*, en caso de violaciones graves del DIDH y del DIH, se impone necesariamente un «enfoque centrado» en la víctima. Por este motivo, lamenta que la Corte, al optar por el criterio de «suma global» y no distinguir ni individualizar los distintos tipos de daños en atención a las diferentes categorías de violaciones, no haya facilitado la distribución adecuada para reparar los daños y perjuicios sufridos por las víctimas y las comunidades afectadas[42].

3. LA MEDIATIZACIÓN DEL ESTADO Y LA INCIDENCIA INHIBIDORA DE LAS NORMAS SECUNDARIAS SOBRE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS

Ahora bien, tal derecho reconocido plenamente por las normas primarias puede resultar limitado o inactivado en virtud de la aplicación de normas secundarias de responsabilidad o terciarias sobre los modos de hacer efectiva tal responsabilidad[43]. Los propios tribunales, internacionales o nacionales, han llegado a resultados diferentes en la medida en que algunos de ellos han interpretado el alcance del término «reclamación» previsto en distintos tratados distinguiendo entre su dimensión sustantiva y procesal, mientras que otros han entendido que ambas dimensiones estaban indisolublemente unidas[44]. Entendemos que en el estado actual del sistema internacional hemos de concebir el derecho a la reparación como un derecho pleno no como un apéndice del derecho procesal a la reclamación[45]. Por otra parte, y dada la

---

[42] Véanse párrs. 20-21 de su Declaración.

[43] Sobre la distinción entre normas primarias, secundarias y terciarias, véase Jiménez Piernas, C., «La codificación del Derecho de la responsabilidad internacional: un balance provisional (1988)», *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, XIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Alicante, 1990, pp. 24-27.

[44] Véase Yamashita, T., «Do jus cogens norms invalidate State immunity? International restorative justice and Japanese War compensation cases», *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, 2013, vol. 31, p. 190.

[45] *Ibid.*, p. 183.

naturaleza cada vez más transnacional tanto de los litigios como de los abusos de los DDHH, desde una teoría de justicia discursiva, se ha invocado la necesidad de que los jueces y tribunales coadyuven a universalizar estándares jurídicos alternativos que permiten juzgar y reparar las violaciones de los DDHH apoyándose en principios generales o en la adopción de determinadas normas o leyes que potencien el reconocimiento de la sanción ante tales violaciones, de tal forma que se pueda demostrar el poder de la norma en introducir cierto orden en un espacio vacío de sentido legal y moral[46].

Algún autor ha indicado que los esquemas de reparación de guerra tienen más que ver con el futuro de las relaciones internacionales que con el derecho de las víctimas pues se persigue más la paz y estabilidad ulteriores entre los Estados implicados que no una satisfacción justa y equitativa de los daños infligidos[47].La identificación de un mecanismo adecuado para abordar las violaciones masivas durante los conflictos armados es un desafío apremiante para la comunidad internacional que deberá tener en cuenta las distintas soluciones, positivas y negativas, ofrecidas hasta el momento por los distintos sistemas que ofrezca respuestas adecuadas al derecho de reparación de todas las víctimas de la guerra[48]. En este sentido, varios jueces hicieron observar en el asunto de las *Actividades militares en el territorio del Congo (RDC c. Uganda), reparaciones* (2022), que la Corte, cuya fundamentación jurídica descansó en el historial jurisprudencial y práctico, incluido el de la propia CIJ, existente respecto a las distintas metodologías de reparación en atención a la naturaleza de los derechos violados, perdiera en esta fase la oportunidad única del desarrollo sustancial de este derecho, pues dispuso de una amplia gama de formas de reparación (reparaciones individuales y colectivas, indemnizaciones, rehabilitaciones y satisfacciones no pecuniarias) dependiendo del tipo de daño alegado, que podría haber utilizado sin alterar necesariamente la naturaleza interestatal del procedimiento[49].

Se parte de la premisa de que el Estado ejerce un derecho propio que puede privar o alterar los derechos de los ciudadanos correspondiendo al Derecho constitucional o interno determinar las consecuencias jurídicas y económicas de tales renuncias. El Tribunal Supremo de Japón precisó en su Sentencia de 2007 en los asuntos *Nishimatsu Construction Ltd.* y *Minshu*

---

[46] Sobre el concepto de justicia discursiva véase Webster, T., «Discursive Justice: Interpreting World War II Litigation in Japan», *Virginia Journal of International Law,* 2018, vol. 58, pp. 167-170 y 193.

[47] Alford, R. P., «On War as Hell», *Chicago J. Int'l L.*, 2002, pp. 207, 209 y 218; Yamashita, T., *op. cit.*, p. 161.

[48] Correa, C., «Operationalising the right of victims of war to reparation», en Correa, C., Furuya, S. y Sandoval, C., *Reparation for Victims of Armed Conflict*, *op. cit.*, pp. 177-178.

[49] Entre otras, véase la Opinión separada del juez Yussuf, párrs. 2 y 43. Todo lo anterior no impide asumir que las reparaciones puedan resultar tan excesivas que imposibiliten la obtención de una reparación justa y equitativa ni anular los derechos más esenciales de la población del Estado sancionado, a pesar de las sumas desorbitadas que se producen en los arbitrajes comerciales. Acerca de las denominadas compensaciones paralizantes, véase Paparinskis, M., «A case against crippling compensation in international law of State responsibility», *The Modern Law Review*, 2020-6, vol. 83, pp. 1246-1286, *doi.org/10.1111/1468-2230.12562.*

que la cláusula de renuncia no significaba extinguir sustancialmente las reclamaciones sino solo *inactivar* la acción que tendrían las víctimas ante los tribunales[50]. Incluso se ha justificado el reconocimiento de la inmunidad estatal, no como un derecho del Estado, sino como la renuncia de los derechos individuales en favor de un interés público general o beneficio colectivo[51]. No obstante, en el presente se ofrecen otras soluciones alternativas que no pueden resultar ajenas al desarrollo del Derecho internacional. A tal efecto se ha mantenido que, con las cláusulas de renuncia en los tratados celebrados tras la guerra, el Estado solo renuncia a sus propios derechos o, en su caso, al ejercicio de la protección diplomática de sus ciudadanos y no a los derechos individuales de estos[52]; mientras que la inmunidad jurisdiccional se encuentra en un estado de evolución tendente a su flexibilización en virtud de los DDHH de las víctimas[53]. Asimismo, el ejercicio de la protección diplomática está experimentado significativas transformaciones respecto a las violaciones más graves del DIDH y del DIH.

4. ALGUNAS APROXIMACIONES JUDICIALES ALTERNATIVAS

4.1. La protección diplomática como derecho individual ante crímenes de guerra

Para el juez Cançado Trindade, el titular del derecho a la reparación es la persona física que sufrió el daño, y la acción del Estado en la protección diplomática es para asegurar la reparación debida a la persona afectada. Tal acción en la protección diplomática tiene por objeto la reparación de un daño, gene-

---

[50] Yamashita, T., *op. cit.,* p. 177.

[51] Caplan, L. M., «State immunity, human rights and *jus Cogens*: A critique of the normative hierarchy theory», *AJIL*, 2003, vol. 97, pp. 741-781; d'Argent, P., *op. cit.,* p. 847. En el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia),* la CIJ también indicó que en el contexto de un siglo de práctica en el que casi todos los tratados de paz o acuerdos de posguerra han implicado ya sea una decisión de no exigir el pago de reparaciones o el uso de acuerdos de suma global y compensaciones, es difícil ver que el Derecho internacional contiene una regla que imponga el pago de una indemnización total a todas y cada una de las víctimas individuales como una regla aceptada por la comunidad internacional de Estados en su conjunto que no admite derogación. Asimismo, declaraba que cuando el Estado, que recibe fondos como parte de un arreglo integral después de un conflicto armado, opta por utilizar esos fondos para reconstruir su economía e infraestructura nacionales en lugar de distribuirlos entre las víctimas individuales, es difícil determinar en qué medida el hecho de que tales personas no hayan recibido la correspondiente indemnización les generaría el derecho a reclamar contra el Estado que había transferido el dinero al Estado de su nacionalidad (véanse pars. 94 y 102 de la Sentencia).

[52] Véase d'Argent, P., *op. cit.,* p. 759. Sobre este tipo de cláusulas que se refieren a los Estados y sus nacionales véanse: el art. 19 del Tratado de Paz con Japón de 8 de septiembre de 1951 *(https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20136/volume-136-i-1832-english.pdf*) o el art. 3 del *Argentina-United Kingdom: joint statement on relations and a formula on sovereignty with regard to Falkland islands, South Georgia and South Sandwich islands*, ILM, vol. 29, núm. 5, p. 1294, *https://www.jstor.org/stable/20693486*.

[53] Flaus, J. F., «Droit des immunités et protection internationale des droits de l'homme», *RSDIE*, 2000, pp. 299-324; Espósito Massicci, C., *Inmunidad del Estado y Derechos Humanos,* Cuadernos Civitas, 2007.

ralmente ya consumado, en perjuicio de la persona[54]. Una de las alternativas que se proponen es transformar en derecho individual la protección diplomática respecto a este tipo de crímenes cuando, una vez agotados los presupuestos requeridos, no se obtenga reparación por el daño sufrido. Se ha de recordar que en el comentario al art. 19 (práctica recomendada) del Proyecto de artículos sobre protección diplomática[55], si bien se reitera el carácter discrecional del derecho del Estado a su ejercicio, a pesar de ello, se sostiene que «la tesis según la cual los Estados tienen alguna obligación, por imperfecta que sea, en virtud del Derecho internacional o del Derecho interno de proteger a sus nacionales en el extranjero cuando son víctimas de violaciones graves de los derechos humanos encuentra cada vez mayor apoyo». Tal conclusión se basa en las previsiones constitucionales estatales, así como en cierta jurisprudencia nacional[56]. Si se entiende que el Derecho internacional consuetudinario no ha llegado todavía a esta fase de desarrollo, el apartado *a)* del proyecto de art. 19 debe considerarse como un producto de la labor de desarrollo progresivo del derecho[57].

Por parte de la jurisprudencia española, en su Sentencia de 9 de septiembre de 2021[58], acerca del crimen de guerra atribuido a Estados Unidos en la persona del periodista español José Couso[59], confirmando en gran medida la Sentencia 4391/2019 de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo asumía la ausencia de mecanismos efectivos para declarar la responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos y, consecuentemente, para exigir la reparación efectiva del ilícito cometido. Además, plantea que tal situación se agrava cuando el ilícito internacional no solo afecta a la soberanía del Estado u otro derecho reconocido a un sujeto internacional, sino que vulnera las obligaciones derivadas del DIDH o el DIH. «La ausencia de una declaración internacional o la asunción por el propio sujeto de la comisión de un ilícito internacional crea en numerosas ocasiones el vaciamiento de los derechos de los particulares a exigir el reconocimiento y la reparación del daño sufrido como consecuencia de un ilícito internacional». Para

---

[54] Párr. 206 de su Opinión Separada en el asunto *Ahmadou Sadio Diallo (Guinea c. República Democrática del Congo)*, Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 30 de noviembre de 2010.

[55] UN. Doc. A/RES/62/67.

[56] Se citan las siguientes decisiones judiciales: asuntos *Rudolf Hess, International Law Reports*, 1992, vol. 90, p. 387; *Abbasi c. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2002] EWCA Civ. 1598 (decisión reproducida en *International Legal Materials*, marzo de 2003, vol. 42, p. 358), y *Samuel Kaunda and Others c. President of the Republic of South Africa and Others, The South African Law Reports*, 2005 (4), p. 235 (decisión reproducida en *International Legal Materials*, enero de 2005, vol. 44, p. 173). En este último asunto, el Tribunal Constitucional de Sudáfrica dijo lo siguiente: «El Estado, de conformidad con las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho internacional, puede estar obligado a tomar medidas para proteger a uno de sus ciudadanos contra una violación manifiesta de las normas internacionales relativas a los derechos humanos. Sería difícil, y en casos extremos hasta imposible, rechazar una petición de ayuda al gobierno en circunstancias en que los hechos fueran indisputables. No es probable que una petición de esa naturaleza fuera nunca rechazada por el gobierno, pero si lo fuese, la decisión sería justiciable y un tribunal ordenaría al gobierno tomar las medidas apropiadas».

[57] *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, A/CN.4/SER.A/2006/Add.1 (Part 2), p. 59.

[58] Roj: STS 3026/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3026.

[59] Sobre el caso *José Couso*, véase Fernández Liesa, C. R., «El asunto *Couso* en los tribunales nacionales y en las relaciones internacionales», *REDI*, 2011, vol. 52, núm. 2, pp. 145-160,

el Tribunal, la dimensión alcanzada en la actualidad en la protección de la persona humana (el principio *pro homine*) no puede dejar intacta la naturaleza interestatal y discrecional de la institución de la protección diplomática, sino que necesariamente tiene que dar lugar a ciertas consecuencias ante las cuales los tribunales no pueden quedar indiferentes. Si bien tales derivadas en el ámbito internacional deben provenir primordialmente de las instancias jurisdiccionales internacionales, nada impide que los tribunales nacionales deduzcan tales conclusiones para impedir el inmovilismo absoluto contrario a las obligaciones internacionales y constitucionalmente asumidas [60].

A tal efecto, nuestro Alto Tribunal reconoce como derecho subjetivo del ciudadano y como servicio público del Estado dicha protección (a efectos del Derecho nacional español), rompiendo además con el aparente nexo causal hasta entonces mantenido con la actuación española [61]. Para apuntalar tal argumentación, entre otras consideraciones indica que, en efecto:

> «Como se cuida de señalar los Comentarios al Proyecto de articulado, en la protección diplomática lo relevante es, como típica institución de Derecho internacional, la antes reseñada relación jurídica entre Estados. Pero resulta evidente que la persona física, el perjudicado, no es tomado en consideración por el Derecho internacional, pero resulta también evidente que sí ha de ser relevante, no solo frente al Estado que ocasiona el daño —al que podrá reclamar la reparación conforme a su propio Derecho interno—, sino sobre todo en lo que ahora interesa, frente al propio Estado del que es nacional, habida cuenta de que, a la postre, lo que este hace es amparar, o pretender amparar, la reparación del perjuicio que se le ha ocasionado por hecho ilícito» [62].

Pero es que carecería de todo fundamento que, en las constituciones actuales y la interpretación de estas en el siglo XXI, pudiera sostenerse que la función tuitiva de los poderes públicos no alcance a los daños ocasionados a un sujeto bajo su protección por una actuación ilícita de otro Estado y no estuviera obligado a ejercer esta protección, que se define como el único «medio de solución pacífica» jurídicamente establecido. Se necesitarían poderosos argumentos para justificar que, concurriendo los presupuestos del derecho a la protección diplomática, el Estado no lo ejerciera, y grandes razones de motivación serían necesarios frente a sus ciudadanos para hacer dejación de tal mecanismo jurídico [63].

4.2. La «rebeldía» restaurativa del Tribunal Constitucional italiano ante la Sentencia de la CIJ en el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*

Desde la perspectiva internacional, la Sentencia de 2012 de la CIJ sobre las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado (Alemania c. Italia; Grecia inter-*

[60] Véase STS 3026/2021, *cit. supra*, FJ 4.
[61] *Ibid.*, FJ 1.
[62] *Ibid.*, FJ 4.
[63] *Ibid.*, FJ 6.

viniente) reconocía que la situación generada por la consuetudinaria inmunidad estatal impedía a los nacionales italianos afectados reclamar una reparación judicial[64] y que el reconocimiento de tal inmunidad no prejuzga reconocer como lícita una situación creada en violación del *jus cogens*, ni la obligación de prestar ayuda y asistencia para mantener tal situación[65]. Previamente, la sentencia hacía referencia a los acuerdos de reparación celebrados por Alemania (Tratado de Paz de 1947, que contenía una renuncia respecto de Italia y en nombre de sus nacionales italianos[66], y los Acuerdos de 1961 sobre «solución de ciertas cuestiones de orden patrimonial, económico y financiero» e «indemnización de los nacionales italianos que hayan sido objeto de persecuciones bajo el régimen nacional-socialista»), así como a la distinta legislación alemana adoptada, constatando el carácter interestatal de este régimen[67] y la insuficiencia de tal normativa pues dejaba fuera a un número importante de víctimas, incluidos los militares italianos afectados alegando que se trataba de prisioneros de guerra cuando en ningún momento fueron tratados como tales[68]. Previamente, el Tribunal Constitucional alemán en su jurisprudencia dictada en 2004 había reconocido que la obligación de reparar los daños ocasionados por violación del DIH genera obligaciones secundarias de responsabilidad y reparación exclusivamente entre Estados sin que afecten a las «*primary law*» de las personas perjudicadas ni supongan una violación de las obligaciones de reparación impuestas por el DIH[69].

La constatación de que las víctimas carecían de todo recurso judicial (la demanda ante la CIJ se justificó como *último recurso*)[70] y la confirmación de que la CIJ no resolvió sobre la existencia del derecho individual a la reparación, tuvieron cierto efecto en la Sentencia 238/2014, de 22 de octubre, del

---

[64] *ICJ Reports 2012*, párr. 104.

[65] *Ibid.*, párr. 93.

[66] Véanse art. 77.4, del Tratado de Paz, y art. 2, del Acuerdo de 1961, mientras que el art. 3 del acuerdo de 1963 establece que el pago previsto en el art. 1 soluciona de forma definitiva entre los Estados parte todas las cuestiones que constituyen el objeto del presente tratado, sin perjuicio de los derechos eventuales de nacionales italianos fundados en la legislación alemana en materia de indemnización. Esta normativa aparece reproducida en los párrs. 22-26 de la sentencia. Respecto a la normativa alemana: Ley federal de indemnización de 1953, modificada en 1965, Ley federal de 2000 que crea la fundación «Memoria, responsabilidad y futuro». Además, en 1990, inmediatamente antes de la reunificación alemana, Alemania Occidental y Alemania Oriental firmaron el Acuerdo 2+4 con los antiguos países aliados dando lugar a acuerdos de compensación bilaterales entre 1991 y 1998 con Polonia, Rusia, Ucrania, Bielorrusia, Estonia, Letonia y Lituania.

[67] Véase párr. 102 de la sentencia.

[68] Véanse párrs. 23-26 y 99.

[69] Asunto *East German Expropriation*, como hiciera en el asunto *Italian Military Internees,* de 2004(*https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v2_cou_de_rule150*). Asimismo, el caso *Varvarin Bridge* de 2013. Por su parte, el Tribunal Federal alemán, tras reconocer los avances constantes en el ámbito de la protección del DIH, que han conducido al reconocimiento del individuo como sujeto parcial del Derecho internacional, así como al establecimiento de procedimientos de denuncia individuales basados en tratados, concluye que un desarrollo comparable en el campo de las reglas secundarias no puede demostrarse, pues tales reclamaciones siguen siendo, en principio, debidas («*zukommen*») únicamente al Estado de origen. *BGH, Kunduz case, Judgment*, 6 de octubre de 2016, III ZR 140/15, párr. 16. Véase Starski, P., «The Kunduz affair and the German State liability regime: The Federal Court of Justice's turn to anachronism», *EJIL: TALK!,* 5 de diciembre de 2016.

[70] Véanse párrs. 98-104 de la Sentencia de la CIJ de 2012.

Tribunal Constitucional italiano (TCI)[71], que estimó los derechos proclamados en su Constitución, el derecho de defensa (art. 24) en relación con el reconocimiento y garantía de los derechos inviolables de la persona (art. 2), como principios intangibles fundamentales de la estructura constitucional italiana que constituían un límite inexcusable a la recepción o entrada de normas de Derecho internacional generalmente reconocidas al ordenamiento jurídico italiano según el art. 10.1 de su Constitución. El TCI verificó que la regla consuetudinaria sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, tal como es interpretada en el orden internacional, no puede integrarse en su orden constitucional sin contravenir o vaciar de contenido tales derechos constitucionales, declarando la ilegitimidad de las normas previstas para la ejecución de la sentencia de la CIJ[72].

Tal situación de crisis se mantiene en la actualidad, habiendo incoado el 29 de abril de 2022 Alemania procedimiento c. Italia ante la CIJ[73]. Si bien es verdad que la sentencia italiana no constituye una *rara avis* en el panorama internacional sobre el duelo de la supremacía[74] que ha facilitado importantes desarrollos en el sistema internacional (desde la sentencia constitucional alemana *Solange,* que impulsó la protección de los DDHH en el marco jurisprudencial y jurídico comunitario[75], hasta la crisis generada en la UE tras los asuntos *Kadi*, que incrementó las garantías de tutela y judiciales en la lucha contra el terrorismo tanto a nivel europeo como de la ONU[76]). A tal efecto, baste recor-

---

[71] *https://www.diritticomparati.it/sentenza-n-238-anno-2014-repubblica-italiana-in-nome-del-popolo-italiano-la-corte-costituzionale-composta-dai-signori/*.

[72] Esto es, el art. 3 de la Ley italiana de adhesión a la Convención de la ONU de 2004 sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, así como el art. 1 de la Ley del 17 de agosto de 1957 sobre la Carta de la ONU que ex art. 94, obliga al juez nacional a cumplir la sentencia de la CIJ y renunciar a su jurisdicción. Véanse Schilling, T., «The dust has not yet settled: The Italian Constitutional Court disagrees with the International Court of Justice, sort of», *EJIL: TALK!,* 12 de noviembre de 2014; Pavoni, R. «Simoncioni c. Germany», *AJIL*, 2015-2, vol. 109, pp. 400-406, *doi.org/10.5305/amerjintelaw.109.2.0400*.

[73] *Cuestiones de las inmunidades jurisdiccionales del Estado y medidas de coerción contra los bienes de propiedad estatal (Alemania c. Italia)*. Si bien, en un primer momento Alemania solicitó medidas provisionales, las retiró después de que Italia aprobara un día después a la incoación del procedimiento, el 30 de abril de 2022, un decreto ley que, entre otras cosas, prevé la creación de un Fondo para la reparación de las víctimas por los crímenes de guerra y lesa humanidad cometidas por Alemania en Italia durante la Segunda Guerra Mundial. Respecto a la tensión entre el TCI y la CIJ se han propuesto por parte de algunos autores distintas soluciones que permitan conciliar los derechos en juego aun cuando tal solución requerirá la celebración de un acuerdo donde se concrete el alcance de las renuncias que ambos Estados estarían dispuestos a afrontar salvaguardando la dignidad de su soberanía. Véanse Gradoni, L., «Is the dispute between Germany and Italy over state immunities coming to an end (despite being back at the ICJ)?», *EJIL:TALK!*, 10 de mayo de 2022; Weiler J. H. H., «Germany v Italy: Jurisdictional immunities - Redux (and redux and redux)», *International Journal of Constitutional Law*, 2022, pp. 1-4, *https://doi.org/10.1093/icon/moab139*; Schilling, Th., *op. cit*.

[74] Véase Palombino, F. M. (ed.), *Duelling for Supremacy International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.

[75] Mangas Martín, A., «Introducción. El compromiso con los derechos fundamentales», *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 29-76.

[76] Garrido González, A., *Garantías Judiciales y Sanciones Antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas: de la Técnica Jurídica a los Valores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

dar las conclusiones del abogado general presentadas el 14 de enero de 2020 en el asunto *LG c. Rina SpA y Ente Registro Italiano Navale*[77] cuando diferenciaba entre dos obligaciones: la de respetar el Derecho internacional y la de garantizar la autonomía del ordenamiento jurídico de la Unión, cuya tensión la UE debe resolver. Así ocurre, en particular, cuando el Derecho internacional obliga a un órgano jurisdiccional nacional a reconocer la inmunidad de jurisdicción mientras que el Derecho de la Unión obliga a ese órgano jurisdiccional a ejercer la competencia conforme a la normativa comunitaria:

> «En este contexto, en segundo lugar, para que una obligación de Derecho internacional convencional o consuetudinario pueda formar parte del ordenamiento jurídico de la Unión no debe poner en cuestión la estructura constitucional y los valores en los que está basada la Unión [...]. Por otra parte, la Sentencia *Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión,* en la que el Tribunal de Justicia declaró, en esencia, que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar el principio constitucional de la Unión según el cual todos los actos de la Unión deben respetar los derechos fundamentales. Estas dos interpretaciones de la relación entre el Derecho de la Unión y el Derecho internacional, aparentemente contradictorias, reflejan la importancia del mantenimiento del equilibrio entre la salvaguardia de la identidad constitucional de la Unión y la garantía de que el Derecho de la Unión no resulte hostil para la comunidad internacional, sino que sea un elemento activo de la misma...
>
> Según las interpretaciones de los órganos jurisdiccionales internacionales, el derecho de inmunidad de jurisdicción no depende de la existencia de otras vías efectivas que permitan obtener reparación y, por tanto, de la existencia de otro foro disponible para un demandante. Me parece razonable argumentar que, por lo que se refiere a situaciones sometidas a priori a la jurisdicción de los tribunales de un Estado miembro, una norma de Derecho internacional consuetudinario que surta tales efectos no debería integrarse indiscriminadamente en el ordenamiento jurídico de la Unión»[78].

En materias que se encuentran en un proceso de evolución no resulta sorprendente tales fricciones. Quizá sea una cuestión de tiempo que nos permita, parafraseando a Koskenniemi, solventar la «disociación cognitiva» entre el marco conceptual habitual y la nueva información. Para el Relator Especial sobre la fragmentación del Derecho internacional:

> «La fragmentación cuestiona la coherencia del Derecho internacional. La coherencia recibe una valoración positiva por su relación con la previsibilidad y la seguridad jurídica [...]. Ahora bien, la coherencia es una virtud formal y abstracta. Cuando un sistema jurídico se considera injusto o impracticable en algunos aspectos no aporta ningún valor el hecho de que lo haga de forma coherente. Por tanto, junto con la coherencia, el pluralismo debe considerarse un valor constitutivo del sistema. En efecto, en un mundo de múltiples soberanías, esto siempre ha sido así. El Derecho internacional tendrá que operar en un ámbito en que las exigencias de coherencia y de pluralismo razonable apuntarán en

[77] Conclusiones del abogado general Sr. Maciej Szpunar, presentadas el 14 de enero de 2020, asunto C641/18, ECLI:EU:C:2020:3.

[78] Párrs. 137 y 142 de las Conclusiones.

direcciones diferentes. Para que pueda hacerlo con éxito, habrá que prestar cada vez más atención a la colisión de normas y regímenes y a las reglas, métodos y técnicas para tratar esas colisiones» [79].

4.3. Las cláusulas de renuncia e indemnizaciones globales frente a los derechos humanos de las víctimas: el caso de Corea del Sur

Las reparaciones sobre la práctica de la esclavitud sexual de las mujeres y los trabajos forzados que sufrieron ciudadanos coreanos por las autoridades japonesas siguen constituyendo un importante escollo en las relaciones diplomáticas entre ambos Estados. En el Informe presentado por la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, con inclusión de sus causas y consecuencias, Sra. Radhika Coomaraswamy, se declara que ni el Tratado de Paz de San Francisco ni los tratados bilaterales que contienen cláusulas de renuncia de reclamaciones se referían a las violaciones de los DDHH en general, ni a la esclavitud sexual por parte de los militares en particular. Por consiguiente, llega a la conclusión de que los tratados no abarcaban las reclamaciones planteadas por las ex esclavas sexuales de los militares y que, conforme al Derecho internacional, el gobierno de Japón sigue siendo responsable de tales violaciones del DIH. Por su parte, Japón ha mantenido no estar obligado a pagar indemnizaciones a las víctimas a título individual, pues este asunto había quedado *resuelto total y definitivamente* entre los partes contratantes, ha invocado el carácter irretroactivo de los crímenes atribuidos y que las leyes de la guerra (el IV Convenio de La Haya de 1907 y su Reglamento) solo se aplicarían, en cualquier caso, a la conducta cometida por militares japoneses contra nacionales de un Estado beligerante, por lo que no cubrirían las acciones de los militares japoneses con respecto a japoneses o nacionales coreanos [80].

Si bien Corea fue una de las naciones más afectadas por las acciones bélicas japonesas, no participó en las negociaciones del Tratado de Paz con Japón de 1951, pues había sido ocupada antes del comienzo de la Segunda

---

[79] A/CN.4/L.682, de 13 de abril de 2006, párrs. 491 y 493.

[80] E/CN.4/1996/53/Add.1, párrs. 108-124. Japón ha reiterado la validez de las cláusulas de renuncia (arts. 14 y 19 del Acuerdo de Paz de 1951) incluso respecto a sus propios nacionales afectados por las bombas atómicas lanzadas por Estados Unidos pues entiende que el Estado tiene, en función de su soberanía, la facultad de crear, modificar y extinguir derechos y deberes de sus nacionales de conformidad con el debido proceso de su Derecho interno. Tal posición fue confirmada en el asunto *Shimoda* de 1963, cuando el Tribunal de Distrito de Tokio rechazó las reclamaciones de las víctimas frente a la conducta omisiva y de renuncia de Japón en virtud en tres argumentos: la falta de subjetividad internacional de los individuos (salvo para aquellos casos que se le reconociera de forma específica); la discrecionalidad en el ejercicio del Derecho estatal a la protección diplomática; la aplicación de las reglas relativas a las inmunidades estatales y la capacidad que tienen los Estados para disponer de los derechos de sus ciudadanos. Por otra parte, según la jurisprudencia nipona en relación con los hechos ocurridos en 1945, no existía ninguna constatación de la existencia de una práctica general ni de una *opinio iuris* que obligara internacionalmente a los Estados a indemnizar por daños y perjuicios a las víctimas. La sentencia puede consultarse en *https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl-nat.nsf/0/AA559087DBCF1AF5C1256A1C0029F14D*. Sobre esta jurisprudencia, véanse los estudios de Webster, T., «Discursive Justice...», *op. cit.,* pp. 161-225; *id.,* «Disaggregating corporate liability...», *op. cit.,* pp. 175-217.

Guerra Mundial (ocupación militar denominada *Periodo imperial japonés* o *periodo colonial,* de 22 de agosto de 1910 al 15 de agosto de 1945) y no recobró su independencia hasta después de la rendición de Japón, por lo que, estrictamente, Corea no fue Estado beligerante. No obstante, ambos Estados han celebrado distintos acuerdos que además de restablecer las relaciones diplomáticas y facilitar el entendimiento económico, contienen cláusulas sobre reclamaciones de reparación por los daños ocasionados. El 22 de junio de 1965 tuvieron lugar las firmas del Tratado de relaciones básicas entre Corea y Japón y el Acuerdo para la solución de los problemas relacionados con la propiedad y con las reclamaciones y para la cooperación económica entre Japón y la República de Corea[81]. Conforme al art. I de este último Acuerdo, Japón se comprometió al pago de 300 millones de dólares a través de productos o servicios y a otorgar un préstamo a bajo interés de 200 millones de dólares, sin referencia alguna a las víctimas. Además, en su art. II se confirmó que los problemas relativos a los bienes, derechos e intereses de las partes contratantes y sus nacionales (incluidas las personas jurídicas), así como los relativos a las reclamaciones de estos, quedaba *resuelto total y definitivamente*, renunciando a toda reclamación[82].

Respecto a los trabajos forzados[83], los tribunales coreanos no solo han reconocido el derecho de reparación, sino que también han aprobado, ante la negativa japonesa a la ejecución de tales sentencias, la incautación de bienes, acciones, marcas y patentes de las empresas demandadas[84]. En su Decisión de 2012, el Tribunal Supremo coreano sobre el caso *Mitsubishi*[85], al igual que

---

[81] *https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20583/volume-583-I-8473-English.pdf.*

[82] *https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20136/volume-136-i-1832-english.pdf.*

[83] Hay que precisar que la Ley de Movilización de Japón de 1938 se aplicó a los súbditos del Imperio japonés, por lo que la movilización forzosa de trabajadores coreanos fue para Japón «legal». Durante los últimos años de la guerra los trabajadores coreanos llegaron a suponer el 50 por 100 de la mano de obra industrial japonesa. Al igual que con las cifras de reclutamiento, es difícil establecer un número exacto de coreanos muertos como consecuencia de tales trabajos. Cifras oficiales sitúan las bajas en 2.300 personas, mientras que algunos historiadores elevan esa cifra hasta los 60.000-64.000 fallecidos. Los trabajadores coreanos y sus descendientes han solicitado indemnizaciones al gobierno japonés y a las empresas responsables de los trabajos forzados. Incluso se han planteado reclamaciones ante los tribunales de Estados Unidos sin éxito. Es el caso resuelto por la Corte de Apelación de California en el asunto *Mitsubishi Materials Corporation c. Frank H. Dillman et al., real parties in interest* (*https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1330782.html*). Véase Tokudome, K. y Tokudome, A. K., «Individual claims: Are the positions of the U.S. and Japanese Governments in Agreement in the American POW Forced Labor Cases», *UCLA Pacific Basin Law Journal,* 2003, vol. 21, núm. 1, *doi:10.5070/P8211022164.*

[84] Véase Kim, D., «State practice notes on Korea. The procedure for the compulsory execution of the ruling on Nippon Steel to the victims of forced mobilization during the Japanese colonial period» *Asian Yearbook of International Law*, 2019, vol. 25, *doi.org/10.1163/9789004501249_020*.

[85] Supreme Court Decision 2009Da22549 Decided May 24, 2012 [Damages, etc.] *https://library.scourt.go.kr/SCLIB_data/decision/9-24ohkh2012.5.24.2009Da22549.htm*. Véase Nam, S. S, «From individual to collective restitution: Recasting corporate accountability for Korean forced labor in the Second World War», *Journal of International Law and Policy*, 2015-1, vol. 22, *https://jilp.law.ucdavis.edu/issues/Volume-22-1/Nam.pdf.*. Según la noticia de prensa publicada el 1 de enero de 2022 en el *Korea JoongAng Daily*, «Supreme Court dismisses appeal by Mitsubishi over forced labor compensation», *https://koreajoongangdaily.joins.com/2022/01/11/national/diplomacy/korea-forced-labor-mitsubishi/20220111192146330.html.*

en su Sentencia de 2018 relativo a la empresa *Nippon Steel & Sumitomo Metal Corporation*[86], concluyó que no se puede deducir que el Acuerdo de Reclamaciones haya anulado los derechos de los demandantes a exigir responsabilidad por daños de los trabajos forzados pues al calificarlos como crímenes de lesa humanidad cometidos durante el régimen colonial por el gobierno y el ejército japoneses no fueron afectados por tal Acuerdo. Para el Tribunal Supremo, un Estado no puede anular el derecho individual a la reclamación sin el consentimiento de la víctima, más cuando se renuncia al ejercicio de la protección diplomática ya que el Estado y el individuo son entidades jurídicas separadas.

El otro asunto que enturbia las relaciones diplomáticas es el referido al secuestro de miles de niñas y mujeres esclavizadas y violadas por los militares japoneses durante la Segunda Guerra Mundial (denominadas «mujeres de confort o solaz»)[87]. A pesar del reconocimiento de los hechos, solicitar disculpas y compromiso de no repetición, Japón ha negado reiteradamente su responsabilidad internacional en virtud del principio de irretroactividad del delito de esclavitud, ni siquiera como norma consuetudinaria[88], negando además cualquier responsabilidad por no proceder a dictar leyes de compensación por tales crímenes[89].

---

[86] El texto de la sentencia en apelación puede consultarse en la siguiente dirección: *https://eng.scourt.go.kr/eng/supreme/decisions/NewDecisionsView.work?seq=1306&mode=6*. Véanse Fan, K., «The judicial remedy's unfulfilled potential: Curing the pain of historical atrocities in the South Korean-Japanese context», *Georgetown Journal of Legal Ethics*, 2020-3, vol. 33, pp. 461-483; Lee, K. J., «The Supreme Court decision on the liability of Japanese company for forced labor during the Japanese colonial era and its implications», *Journal of Korean Law*, 2019, vol. 18, pp. 335-363.

[87] Según distintos informes, hasta 200.000 mujeres de distintas nacionalidades fueron esclavizadas. Las mujeres procedían en su mayoría de Corea y solían ser jóvenes entre catorce y dieciocho años, o incluso de menor edad. Sobre esta realidad y posturas de las partes, véase el citado Informe de la Sra. Radhika Coomaraswamy, E/CN.4/1996/53/Add.1, de 4 de enero de 1996, y el Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gay J. McDougall, *La violación sistemática, la esclavitud sexual y las prácticas análogas a la esclavitud en tiempo de conflicto armado* E/CN.4/Sub.2/1998/13. Véanse Gluck, C., «What the world owes the comfort women», en Jie-Hyun, L. y Rosenhaft, E. (eds.), *Entangled Memories in the Global South*, Londres, Palgrave, 2021, pp. 73-104, *https://doi.org/10.1007/978-3-030-57669-1*; Braig, K., *The individual right to reparation for victims of sexual violence during armed conflict in international law-theory and practice,* 2014, *http://www.publiclaw.uct.ac.za/usr/public_law/LLMPapers/braig.pdf*; Jonsson, G., «Can the Japan-Korea dispute on "comfort Women" be resolved?», *Korea Observer*, 2015-3, vol. 46, pp. 492-493; el Informe de 1994 elaborado por la Comisión Internacional de Juristas en 1994, *Japan-Comfort Women*, *https://www.icj.org/confort-women-an-unfinished-ordeal-report-of-a-mission/*.

[88] Véase, en sentido contrario, el citado Informe de la Relatora Especial, Sra. Gay J. McDougall (E/CN.4/Sub.2/1998/13) que defiende la existencia en esa época de la prohibición de la esclavitud como norma consuetudinaria considerando la Convención sobre la esclavitud de 1926 como declarativa de tal prohibición al menos en el momento de la Segunda Guerra Mundial. En diciembre de 2000 se constituyó un Tribunal Internacional de Mujeres para Crímenes de Guerra —con sede en Tokio, no reconocido por Japón y cuyas decisiones no resultaban jurídicamente vinculantes—, que declaró la responsabilidad de Japón por tales actos calificándolos como crímenes de lesa humanidad. Véase Chinkin, C., «Women's International Tribunal on Japanese Military Sexual Slavery», 95 *AJIL,* 2001, pp. 335-355.

[89] En marzo de 2001, el Tribunal Superior de Hiroshima revocó la Sentencia de 1998 (*https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v2_cou_jp_rule150*) manteniendo que la Constitución japonesa no obligaba al Estado a disculparse ni a dictar leyes relativas a la compensación pues se trataba de una decisión de política legislativa discrecional, *https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/spa/docs/v2_cou_jp_rule150*.

Además del Tratado y Acuerdo de 1965 ya referidos, el 28 de diciembre de 2015 se adoptó por los dirigentes internacionales de ambos Estados el que se ha denominado *Acuerdo sobre las mujeres de confort entre Japón-Corea del Sur*[90]. Mediante este Acuerdo, además de reconocer el daño infligido por las autoridades militares «al honor y a la dignidad» de muchas mujeres, el primer ministro de Japón expresó el reconocimiento de tales hechos y manifestó de nuevo sus excusas a las víctimas, comprometiéndose al pago único de mil millones de yenes a un fondo creado por Corea del Sur. Asimismo, ambos gobiernos acordaron abstenerse de toda reprobación y crítica mutuas con respecto a este tema en foros internacionales, incluida la ONU, concluyendo que una vez que se cumplieran las medidas acordadas «*this issue is resolved finally and irreversibly with this announcement*». Se reiteraba el esquema interestatal pues Japón no se hacía responsable directo de las reparaciones personales, sino que tal responsabilidad correspondía a Corea mediante la constitución del fondo de indemnización a las víctimas. Además de la impopularidad del Acuerdo y las críticas recibidas por ciertos organismos internacionales[91], mediante Sentencia de 27 de diciembre de 2019 el Tribunal Constitucional coreano declaró no vinculante el acuerdo de 2015[92].

En 2011 la Corte Constitucional coreana, atendiendo a los informes de las Relatoras Especiales citados y al alcance del art. 19 del Proyecto de artículos sobre protección diplomática, concluyó en su fallo que a pesar de la diferencia en la interpretación del Acuerdo de Resolución de Reclamaciones que existía entre Japón y Corea del Sur, el hecho de que el gobierno no cumpliera con los procedimientos establecidos para la resolución de disputas constituía una omisión de acción por parte del gobierno de Corea del Sur y que esto, a su vez, violó los derechos básicos de los ciudadanos garantizados por la Constitución[93]. Por su parte, el 8 de enero de 2021, el Tribunal Central del Distrito de Seúl[94] condenó, por primera vez en la historia, al gobierno de Ja-

---

[90] Véase Ramaj, K., «The 2015 South Korean-Japanese Agreement on "Confort Women": A Critical Analysis», *International Criminal Law Review*, Online Publication, 4 de febrero de 2022, *doi:https://doi.org/10.1163/15718123-bja10127*. El texto del acuerdo en inglés y la polémica acerca de si se trata de un tratado o un mero acuerdo político pueden consultarse en Tamada, D., «The Japan-South Korea confort women agreement: Unfortunate fate of a non-legally binding agreement», *International Community Law Review*, 2018, vol. 20, núm. 2, pp. 220-251. Según este autor, para Japón la denominación sería «Announcement by Foreign Ministers of Japan and the Republic of Korea at the Joint Press Occasion», *https://www.mofa.go.jp/a_o/na/kr/page4e_000364.html,* y para Corea, «Remarks at the Joint Press Availability», *https://www.mofa.go.kr/eng/brd/m_5674/down.do?brd_id=15745&seq=319622&data_tp=A&file_seq=1*.

[91] CEDAW/C/JPN/CO/7-8, pp. 9-10. Véase también las Observaciones finales de 2018 sobre Japón por parte del CERD: Documento CERD/C/JPN/CO/10.º 11.º, párrs. 27-28, y Japón (Ratificación: 1932), Observación (CEACR) - Adopción: 2018, Publicación: 108.ª reunión CIT (2019), párr. 2.

[92] *https://english.ccourt.go.kr/site/eng/decisions/casesearch/caseSearchPop.do. http://search.ccourt.go.kr/xmlFile/0/010400/2019/pdf/e2016m253_1.pdf*.

[93] *Challenge against the Act of Omission Involving Article 3 of «Agreement on the Settlement of Problem concerning Property and Claims and the Economic Cooperation between the Republic of Korea and Japan* [23-2(A) KCCR 366, 2006Hun-Ma788, 30 de agosto de 2011, *e2006m788_1.pdf (ccourt.go.kr)*. Véase Eppinger, M. E., Knop, K. y Riles Cornell, A., «Diplomacy and its others: The case of comfort women», 18 de abril de 2014, p. 12, *https://scholarship.law.slu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=faculty.*

[94] Sobre esta sentencia, Branca, E., «"Yet, it moves...": The Dynamic Evolution of State immunity in the "Confort Women" case», *EJIL TALK*, 7 de abril de 2021.

pón al pago de 91.800 dólares a cada una de las demandantes por los abusos sexuales sufridos durante la Segunda Guerra Mundial. Además de incidir en la relevancia del *ius cogens* y del art. 40 ARSIWA, sobre el hecho de que Japón estaba obligado por el Acuerdo internacional para la supresión de la trata de blancas de 1910; la Convención para la represión de la trata de mujeres y niños de 1921; la Convención sobre la esclavitud de 1926 y el Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29) de la OIT, precisó que la doctrina de la inmunidad del Estado no es permanente ni estática y que en todo caso no puede privar a las víctimas de estos crímenes del derecho al recurso a los tribunales y a la reparación efectiva, tanto en virtud del *ius cogens* existente como de los derechos reconocidos en la Constitución. El fallo del Tribunal del Distrito Central de Seúl difícilmente será la última palabra en la larga disputa entre Corea y Japón sobre las reparaciones por los crímenes cometidos durante la era colonial[95]. Por el momento, los defensores de una excepción de DDHH a la inmunidad estatal tendrán un nuevo ejemplo que señalar en apoyo de su posición aun cuando el establecimiento de una excepción consuetudinaria a la inmunidad estatal aún está lejos de llegar[96].

5. REFLEXIÓN FINAL: LA SENTENCIA DE 9 DE FEBRERO DE 2022 SOBRE EL ASUNTO DE LAS *ACTIVIDADES ARMADAS SOBRE EL TERRITORIO DEL CONGO (RDC C. UGANDA), REPARACIONES*: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

Podemos concluir con el dilema que supone el reconocimiento internacional del derecho de la víctima a la reparación y la inaplicación de tal derecho vía jurisdiccional como consecuencia de los efectos inhibidores de las normas secundarias. A tal efecto con este artículo se pretende acudir a ciertas, aunque limitadas y excepcionales, decisiones jurisdiccionales que están proponiendo cambios a esta situación dando acceso a las víctimas a su derecho a ser escuchadas y tuteladas judicialmente (¿una *opinio iuris* en

[95] El 21 de abril de 2021 otro tribunal surcoreano desestimó una similar demanda al entender que toda condena contra Japón vulneraría la inmunidad de jurisdicción. Véase *https://www.japantimes.co.jp/news/2021/04/21/national/confort-women-lawsuit-dismissed/*; Yadav, M., *https://www.jurist.org/news/2021/04/south-korea-court-dismisses-suit-for-compensation-by-victims-of-japanese-occupation-sexual-slavery/*. En el mismo sentido, la Sentencia de 3 de febrero de 2021 dictada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el asunto *Federal Republic of Germany et al. v. Philip et al.*, núm. 19-351 (*https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-351_o7jp.pdf*).

[96] Véase Franchini, D., «South Korea's denial of Japan's immunity for international crimes: Restricting or by passing the law of state immunity?», *Völkerrechtsblog,* 18 de enero de 2021, p. 4, *doi:10.17176/20210118-144257-0*. Otro ejemplo relevante a tener en cuenta sería la Sentencia de 23 de agosto de 2021 del Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el asunto *Changri-la c. Alemania* que, en virtud de la Constitución de Brasil, el DIDH y el DIH, dictaminó que los actos ilícitos cometidos por Estados extranjeros en violación de los derechos humanos no gozan de inmunidad de jurisdicción (*https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1287108823/inteiro-teor-1287108837*). Igualmente, las decisiones del Tribunal Supremo de Ucrania de 14 de abril y 18 de mayo de 2022 sobre indemnización por daños y perjuicios como consecuencia de la agresión armada de la Federación Rusa contra Ucrania (véase el comentario de 8 de septiembre de 2022 de Badanova, I., «Jurisdictional Immunities v. Grave Crimes: Reflections on New Developments from Ukraine», *EJIL: Talk!*).

evolución?). Tal labor no solo corresponde al Derecho internacional, sino también a los sistemas nacionales [la *Alien Tort Claims Act* (ATCA) de EEUU, así como las recientes decisiones en los asuntos *Kiobell III* en Holanda[97] y *Nevsun c. Araya* en Canadá[98], respecto a la responsabilidad de las empresas por violación del DIH], podrían constituir un ejemplo de esta lenta evolución. Es claro que, a la fecha, la voz de las víctimas de violaciones del DIH no se escucha con claridad y que su acceso a la sala de audiencias está sembrado de trampas que muchas veces son fatales para ellas[99]. Por esta razón, estimo que resulta de sumo interés la sentencia sobre reparaciones en el asunto de las *Actividades armadas en el territorio del Congo* que vuelve a declarar el derecho de las víctimas a la reparación, pero a través de los clásicos mecanismos de carácter interestatal, en particular mediante el recurso a la indemnización global.

La Sentencia de 2005 sobre las *Actividades armadas en territorio del Congo (RDC c. Uganda)*[100], que hizo frente a lo que se ha denominado la Guerra Mundial Africana (1998-2002) que generó más de 3,3 millones de muertes, además de dirimir sobre el uso ilícito de la fuerza armada y el principio de no intervención, reconoció graves violaciones del DIH (incluido el tema de los niños soldados), del DIDH, del uso sistemático de las violaciones y agresiones sexuales durante la guerra, además de daños medioambientales (deforestación) y el expolio de recursos naturales y minerales de especial relevancia para la economía del pueblo congoleño. También dictaminó que en un momento posterior decidiría sobre las reparaciones en el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo[101], tal y como sucedió.

En parte debido al largo tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos así como desde el pronunciamiento de la Sentencia de 2005 (más de veintidós años o diecisiete, respectivamente)[102], la Sentencia de 2022 (*Justitia longa, vita brevis,* en palabras de Cançado Trindade), estuvo lastrada por el tema de la carga de la prueba, el establecimiento del nexo causal suficiente y directo entre la infracción y la reparación (aun cuando determinados factores y la naturaleza de la infracción cometida pudieran flexibilizar tal suficiencia), así como por la determinación del montante o suma global. La sentencia, ante la ausencia de pruebas directas, acudió a distintos informes de las Na-

---

[97] Marullo, M. Ch., «Recientes desarrollos en los litigios transnacionales empresas y Derechos Humanos: el caso *Kiobel III*», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2020, *doi:http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020pp57-80*.

[98] Hurtado Cola, J. M., «Responsabilidad civil corporativa por violaciones del Derecho internacional consuetudinario. nota sobre la sentencia del Tribunal Supremo de Canadá en el caso *Nevsun*», *REEI*, 2020, núm. 40, *doi:10.17103/reei.40.14*.

[99] Rondeau, S., *op. cit.*, p. 463.

[100] Esta guerra involucró a distintos Estados africanos (RDC, Uganda, Ruanda, Angola, Chad, Libia, Zimbabue y Namibia), así como a distintos grupos guerrilleros y armados no estatales. También la RDC presentó demandas contra Ruanda (*https://www.icj-cij.org/en/case/117* y *https://www.icj-cij.org/en/case/126*) y Burundi (*https://www.icj-cij.org/en/case/115*).

[101] *ICJ Reports 2005*, párrs. 259-261.

[102] *ICJ Reports 2022*, párrs. 66-67 y 93-98.

ciones Unidas[103], así como a los dictámenes emitidos por la Comisión de Expertos constituida por el propio Tribunal[104]. De ahí la relevancia del establecimiento de comisiones de investigación y de recopilación de pruebas que se desplieguen en el momento o inmediatamente después del inicio del conflicto, práctica que debería institucionalizarse en el marco de las organizaciones internacionales competentes[105].

La sentencia supuso una oportunidad perdida a la hora de establecer mecanismos de reparación que tuvieran como eje central a las víctimas. La Corte optó por el sistema clásico del otorgamiento al Estado de una suma global de indemnización[106] que comprendía las compensaciones debidas por las diferentes violaciones integradas en distintas categorías generales[107]. La no individualización de la compensación por violaciones y daños concretos que presentaban singularidades y naturalezas diferentes, así como la confusa metodología en la determinación de la prueba, fueron el objeto principal de las declaraciones y opiniones de los jueces que se adjuntaron al fallo[108].

---

[103] Entre otros, tuvo especialmente en cuenta el *Informe de las Naciones Unidas, de agosto de 2010, sobre el ejercicio de mapeo que documenta las violaciones más graves de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la RDC entre marzo de 1993 y junio de 2003* (*https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/CD/DRC_MAPPING_REPORT_FINALEN.pdf*). Asimismo, la jurisprudencia de la CPI, en particular el asunto *Fiscal c. Bosco Ntaganda,* y el Informe de la Comisión Porter.

[104] *ICJ Reports*, Orden de 12 de octubre de 2020.

[105] Véase, por ejemplo, el supuesto del Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde marzo de 2011 establecido por la Resolución de 2016 (A/RES/71/248); la Misión de Observación de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Ucrania del Alto Comisionado de Derechos humanos creada en 2014; la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre Ucrania creada por la Resolución 49/1, de 4 de marzo de 2022, del Consejo de Derechos Humanos; Mecanismo de Moscú sobre la dimensión humana de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) creado en 1991-1993 y que el 3 de marzo de 2022 fue invocado por Ucrania para la investigación de violaciones de Derecho internacional humanitario, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, y cuyo primer Informe fue presentado el 13 de abril de 2022 (ODIHR. GAL/26/22/Rev.1). Respecto a la situación de Ucrania tras la agresión de Rusia, la UE, para colaborar con las jurisdicciones nacionales e internacionales (incluida la CPI), ha adoptado el Reglamento 2022/838, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1727 en lo que respecta a la preservación, análisis y almacenamiento en Eurojust de pruebas relativas al genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y las infracciones penales conexas.

[106] A tal efecto reconoció que, en el contexto de procedimientos destinados a indemnizar daños que afectan a un gran número de víctimas, las instituciones pertinentes han adoptado estándares de prueba menos rigurosos y, en consecuencia, han reducido los niveles de compensación otorgados para tener en cuenta las incertidumbres que se derivan de la aplicación de este tipo de estándares (párrs. 106-107 y 114). Según la Declaración del juez Tomka, el monto de la compensación otorgada, en particular por lesiones personales (daños a personas) y daños a la propiedad, no refleja la magnitud de los daños que Uganda infligió a la RDC del Congo y a su pueblo durante los casi cinco años de ocupación ilegal por las violaciones del *ius ad bellum*, el DIH y el DIDH, párr. 7 de su Declaración.

[107] *Daños a las personas*: pérdida de vidas humanas, atentados a las personas, violaciones y agresiones sexuales, reclutamiento y despliegue de niños soldados, desplazamiento de la población; *daños a la propiedad; y daños relativos a los recursos naturales*: recursos minerales —oro, diamantes, coltán, estaño y tungsteno—, flora —café, madera y deforestación— y fauna.

[108] Véanse Declaración del juez Tomka, párrs. 7-9; Opinión separada del juez Jussuf, párrs. 22-39; Opinión separada del juez Robinson, párrs. 5-15; Declaración del juez Salam, párr. 20; Opinión disidente del juez *ad hoc* Daudet, párr. 27.

La opción por la suma global en parte contradice la premisa de la que parte la sentencia. En sus primeros párrafos declara indiscutiblemente la naturaleza consuetudinaria y de principio general, codificado en el art. 31 ARSIWA[109], de la norma internacional de que toda violación entraña la obligación de reparar íntegramente los daños, materiales y morales, ocasionados por el hecho internacional, así como la naturaleza compensatoria y no punitiva de la reparación. Asimismo, proclama que la reparación, en la medida en que sea posible, debe beneficiar a todos aquellos que han sufrido daños y perjuicios por el hecho internacionalmente ilícito, precisando que el daño a reparar ha sido causado tanto al Estado como a las personas presentes en su territorio[110] pues tales ilícitos derivan de las infracciones del DIH y DIDH[111]. Frente a la negativa de Uganda, la Corte incluyó la indemnización de las violaciones sexuales que inicialmente no fueron previstas en la Sentencia de 2005 al entender que, en virtud de la jurisprudencia internacional, tanto penal como de derechos humanos, la violación y otros actos de violencia sexual cometidos en el contexto de un conflicto armado pueden constituir infracciones graves de los Convenios de Ginebra o violaciones de las leyes y usos de la guerra, incluso pueden ser calificados como una forma de tortura y trato inhumano, ilícitos que sí fueron incluidos en el fallo de 2005[112]. También, y respecto a las violaciones del *ius ad bellum,* estimó la obligación de reparar el desplazamiento de civiles causado de manera suficientemente directa y segura por estos actos, incluso si tales desplazamientos no estuvieron acompañados de violaciones del DIH y del DIDH[113]. Sin embargo, se desestimó la pretensión congoleña de incluir los daños morales y colaterales generados a las víctimas no directas de la guerra al estimar la complejidad de tal labor probatoria en situaciones que involucran a un número significativo de víctimas no identificadas e hipotéticas sin poder establecer una distinción entre lesiones graves y leves[114]. Asimismo, y ante la ausencia de un nexo causal suficientemente directo y seguro,[115] la Corte se negó a reconocer, en virtud del art. 36 ARSIWA, una indemnización por daños macroeconómicos derivados de la guerra y de una cadena ininterrumpida de eventos vinculados a la conducta ilícita de Uganda[116]. Finalmente entendió que la sentencia dictada constituía una satisfacción suficiente re-

---

[109] *ICJ Reports 2022*, párr. 70.

[110] *Ibid.,* párrs. 69 y 100-102. Se reitera la jurisprudencia sentada en las asuntos *Fábrica de Chorzów*, 1927; *Ciertas actividades armadas desarrolladas por Nicaragua en la región fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)*, *Indemnización*, 2018; *Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea c. República Democrática del Congo,* 2010*; Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (Bosnia y Herzegovina c. Serbia y Montenegro),* 2007*; Avena y otros nacionales mexicanos (México c. Estados Unidos de América)*, 2004, y *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungria/Eslovaquia),* 1997.

[111] *ICJ Reports 2022*, párrs. 348-349.

[112] *Ibid.,* párr. 188.

[113] *Ibid.,* párr. 214.

[114] *Ibid.,* párrs. 164 y 180.

[115] *Ibid.,* párrs. 382-384.

[116] *Ibid.,* párrs. 381-382. En sentido contrario, la Opinión individual del juez Robinson, párrs. 45-47.

chazando las medidas de compensación complementarias requeridas por la RDC en tal sentido[117].

A pesar de la referencia sobre la reparación a todas las personas víctimas afectadas y como señala el juez Yussuf en su Opinión separada, la sentencia parece estar atrapada en un túnel del tiempo, ya que refleja el enfoque de reparación centrado en el Estado que recuerda al de la protección diplomática. Los recientes avances en materia de DIDH y DIH han dado lugar a un amplio reconocimiento de que la reparación debe corresponder a la persona o a la comunidad lesionadas adoptando distintas formas de reparación indicando claramente que son ellos los destinatarios directos. Con este fin, la Corte disponía de una amplia gama de formas de reparación (reparaciones e indemnizaciones individuales y colectivas, rehabilitaciones y satisfacciones no pecuniarias) dependiendo del tipo específico de daño alegado que podría haber utilizado sin alterar necesariamente la naturaleza interestatal del procedimiento[118].

[117] *Ibid.,* párrs. 385-392.

[118] Véanse párrs. 37 y 43 de su Opinión separada. Véase también en el mismo sentido la Declaración del juez Salam, párrs. 20-22.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Miscelánea/*Miscellany*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 299-321
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.07
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 31/05/2022. Aceptación: 10/06/2022

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN CONTROVERSIAS RELATIVAS A TOKENS NO FUNGIBLES (NFT)

Ana Mercedes López Rodríguez*

RESUMEN

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN CONTROVERSIAS RELATIVAS A TOKENS NO FUNGIBLES (NFT)

Los NFT están superando a la cadena de bloques y a las criptomonedas en popularidad. Se trata de certificados de propiedad almacenados en una cadena de bloques y respaldados por la tecnología *blockchain* (p. ej., *Ethereum*) que suelen estar asociados a un activo digital, como las artes visuales, los vídeos, la música o los objetos de colección. Los NFT parecen estar llamados a jugar un papel clave en el denominado *metaverso*, un entorno digital que opera en la cadena de bloques, donde tecnologías como la realidad virtual y la realidad aumentada actúan como proveedores de componentes visuales, y que ofrece oportunidades de negocio e interacción social ilimitadas. El arte es solo una parte del mundo virtual basado en *blockchain* donde los avatares, la tierra, los edificios, los nombres, etc., se pueden vender y comprar como NFT. Este fenómeno crea obviamente una serie de implicaciones legales novedosas. La creación, la distribución, la propiedad y el comercio de los NFT son fenómenos nuevos que plantean multitud de cuestiones jurídicas, muchas de las cuales son ambiguas o no están resueltas. En este contexto, el presente trabajo analiza la competencia judicial internacional en controversias relativas a tokens no fungibles, con especial atención al Derecho europeo, haciendo asimismo referencia a la jurisprudencia reciente de terceros Estados en materia de criptoactivos.

Palabras clave: NFT, metaverso, competencia judicial internacional, Reglamento de Bruselas I bis.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad Loyola Andalucía (*amlopez@uloyola.es*).

ABSTRACT

INTERNATIONAL JURISDICTION IN CLAIMS RELATING TO NON-FUNGIBLE TOKENS (NFT)

NFT are overtaking blockchain and cryptocurrencies in popularity. These are ownership certificates stored on a blockchain and backed by blockchain technology (for example, Ethereum). NFT are often associated with a digital asset, such as visual art, video, music, or collectibles. They seem to be called to play a key role in the so-called *metaverse*, a digital environment that operates on the blockchain, where technologies such as virtual reality and augmented reality act as providers of visual components, and that offer business opportunities and unlimited social interaction. Art is just a part of the blockchain-based virtual world where avatars, plots of land, buildings, names, etc., can be bought and sold as NFT. This phenomenon creates a number of interesting legal implications. The creation, distribution, ownership and trade of NFT are new phenomena that raise a multitude of legal questions, many of which are ambiguous or unresolved. In this context, the present paper analyzes international jurisdiction issues in disputes relating to non-fungible tokens, with special attention to European law. Recent case law from third States in the field of crypto assets is also assessed.

Keywords: NFT, metaverse, international jurisdiction, Brussels I Regulation (Recast).

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. QUÉ SON LOS TOKENS NO FUNGIBLES.—2. FOROS DE COMPETENCIA PREVISTOS EN EL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS.—3. FOROS DE COMPETENCIA APLICABLES A LOS NFT BAJO EL RÉGIMEN DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS.—3.1. Controversias en materia contractual.—3.1.1. ¿Contrato de compraventa o licencia?—3.1.2. ¿Cuál es el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda?—3.2. Pactos de sumisión.—3.3. Foros de competencia en operaciones de NFT con consumidores.—3.4. Foros de competencia en reclamaciones por responsabilidad civil extracontractual relacionadas con NFT.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN. QUÉ SON LOS TOKENS NO FUNGIBLES

Estamos asistiendo al *boom* de los denominados NFT (*non-fungible tokens*). Hay quien ha desembolsado 2,5 millones de dólares por el primer tuit o 600.000 dólares por el meme del Nyan Cat. ¿Por qué se invierten sumas cuantiosas de dinero por ser dueño de un vídeo, fotografía u obra de arte digital que todos pueden ver *online* e incluso descargar de forma gratuita y legal? El videoclip del mate de LeBron James a Sacramento Kings durante el encuentro del 15 de noviembre de 2019 fue vendido al usuario «Kyloren» como NFT por más de 208.000 dólares (180.055,22 euros), a pesar de que el propio vídeo se puede ver en la plataforma *TopShot* gratuitamente[1].

Los Tokens No Fungibles (NFT) son certificados de propiedad almacenados en una cadena de bloques y respaldados por la tecnología *blockchain* (p. ej., *Ethereum*) que suelen estar asociados a un activo digital, como las artes visuales, los vídeos, la música o los objetos de colección.

[1] *https://nbatopshot.com/moment/kyloren+5408a71c-50f1-4588-86e3-354b40519ce3.*

A diferencia del dinero fiduciario o las criptomonedas, que pueden ser fácilmente reemplazables y sustituibles, cada NFT es único o «no fungible» y no puede eliminarse ni falsificarse. Haciendo un símil, un euro en mi bolsillo vale lo mismo que un euro en el bolsillo de mi vecino, mientras que el cuadro «El Jardín de las Delicias» que cuelga en el salón de mi casa y el cuadro «El Jardín de las Delicias» que se exhibe en el Museo Nacional del Prado no son intercambiables. Esta es la esencia del concepto de NFT.

El proceso de creación de un NFT se conoce como *minting* o «acuñado» y, a priori, no es muy complicado. El primer paso es elegir una plataforma donde crear y comercializar una obra como NFT, tener un wallet o «billetera» de *Ethereum* que admita NFT como pueden ser *Metamask*, *Trust Wallet* o *Coinbase*, conectarse a la cuenta de la plataforma, seleccionar los contenidos que se quieren convertir en NFT y abonar la tasa que se exige por la plataforma para su creación o *gas*. Una de las plataformas más populares en el comercio de NFT es *OpenSea*, que ha llegado a registrar un volumen de operaciones mensuales de tres billones de dólares. Otros *marketplaces* en los que podemos encontrar NFT son *Rarible*, *Decentraland*, *SuperRare,* etc.

Los NFT parecen estar superando a la cadena de bloques y a las criptomonedas en popularidad. La tecnología *blockchain* autentifica la propiedad de las obras, elimina intermediarios y abarata, consecuentemente, el coste de la operación. Ello crea oportunidades para nuevos modelos de negocio que antes no existían. Presentan una nueva forma de pensar sobre la propiedad artística, lo que en parte explica que los NFT han puesto patas arriba el mundo del arte.

Las obras digitales, por su propia naturaleza, pueden ser copiadas y replicadas infinitamente. Los NFT no eliminan ese riesgo, pero generan un registro digital único que autentifica la propiedad de una versión concreta de una obra digital. La casa de subastas Christie's vendió el año pasado como NFT por más de 69 millones de dólares una obra de arte digital, «Everydays: The First 5,000 Days», de Beeple, situándose junto a pinturas hechas por Picasso, Rothko, van Gogh y Monet como una de las piezas de arte más caras vendidas mediante subasta. Cualquiera puede ver la obra gratuitamente[2] y existen varias copias de la obra, pero solo el comprador puede reclamar la propiedad de la versión autentificada por el propio artista.

Los NFT ofrecen nuevas posibilidades de ingresos para los artistas, cada vez sometidos a mayores restricciones, reproducciones ilegales, productos falsificados o pirateados, precios elevados, cadenas de distribución saturadas, necesidad de interacción física, etc. En el mundo del arte tradicional, todo creador necesita de una galería para exponer y captar a posibles compradores. Para el artista la creación del NFT sobre su obra es muy interesante, ya que está eliminando barreras de entrada, suprimiendo costes, globalizando su obra a través de internet sin necesidad de espacios físicos, y aumentando

[2] *https://onlineonly.christies.com/s/beeple-first-5000-days/beeple-b-1981-1/112924.*

su beneficio al recortar intermediarios. De otro lado, las ventas de NFT se llevan a cabo a través de contratos inteligentes que permiten al artista configurar los términos del acuerdo de tal forma que la obra llegue a tener unos rendimientos constantes a lo largo del tiempo. Sin olvidar que los usuarios de la era digital pasan ya como media más tiempo *online* que durmiendo[3], por lo que los *marketplaces* de NFT son estupendos escaparates donde poder mostrar el talento artístico a un público más numeroso. A ello se añade otra disrupción artística asociada a los NFT como es el arte generativo: artistas que programan algoritmos de forma que sea el azar el que decida los trazos exactos de cada obra. Al acuñarlos como NFT en plataformas como *Art Blocks* o *fxhash* estas obras se convierten en objetos digitales escasos, susceptibles de ser guardados, exhibidos y revendidos[4].

Más allá del mercado del arte, la industria musical también se ha adentrado en el mundo de los NFT buscando expandir las bases de fans, conectar con los existentes y generar nuevas fuentes de ingresos. Y no solamente para proporcionar acceso a la música: también se están creando NFT asociados a bienes tangibles y experiencias en vivo[5]. De la misma forma, en la industria del juego existen distintos tipos de NFT destinados a que los usuarios puedan comprar terrenos y propiedades de mundos virtuales o juegos de simulación. Cada juego tiene coleccionables únicos, lo cual hace atractivo jugar para cualquier *gamer* a nivel global, quien ahora puede administrar o transferir sus artículos digitales a través de una plataforma segura y venderlos en mercados en línea.

Por su parte, en el sector editorial la tecnología *blockchain* permite a los escritores vender directamente sus obras en internet y aporta más trazabilidad a sus trabajos y al uso que se hace de ellos. Además, los NFT están llenos de posibilidades de cara a involucrar y fidelizar a los lectores con el mundo creativo del autor. Un libro firmado por su autor y tokenizado siempre tendrá más valor que un ejemplar idéntico del libro sin firmar. De otro lado, en el caso de que el autor decida formalizar un contrato de edición, la comercialización de ejemplares a través de tiradas de NFT permite una mejor trazabilidad de la obra, agilización y transparencia respecto a los beneficios obtenidos por autor y editorial, recogiéndose todas estas cuestiones en los *smart contracts* que respaldan las transacciones de NFT.

Se prevé que el próximo ámbito de expansión de la tokenización sea la vinculación de los NFT con objetos del mundo físico, propiedades inmobilia-

---

[3] Foro Económico Mundial, *https://www.elmundo.es/tecnologia/2016/01/20/569f8a1522601df9308b4622.html*.

[4] *https://elpais.com/tecnologia/2022-01-09/la-artista-digital-anna-carreras-y-el-pelotazo-de-los-nft-flipo-jamas-pense-que-podria-ganar-millones-con-esto.html*.

[5] Por ejemplo, el grupo *Kings of Leon* ha subastado un NFT que incluye cuatro entradas de primera fila para un show de su gira en cualquier lugar en el mundo, un encuentro con la banda, *merchandising* de la gira, y uso de una limusina, *https://www.rollingstone.com/pro/news/kings-of-leon-when-you-see-yourself-album-nft-crypto-1135192/*. De forma análoga, el productor de música electrónica 3LAU ha acuñado un NFT que se puede canjear por una canción personalizada, además de música inédita y un disco de vinilo firmado, *https://nft.3lau.com/#/auction*.

rias incluidas[6]. Pero, sobre todo, los NFT parecen estar llamados a jugar un papel clave en el denominado *metaverso*, un entorno digital que opera en la cadena de bloques, donde tecnologías como la realidad virtual y la realidad aumentada actúan como proveedores de componentes visuales, y que ofrece oportunidades de negocio e interacción social ilimitadas. El arte es solo una parte del mundo virtual basado en *blockchain* donde los avatares, la tierra, los edificios, los nombres, etc., se pueden vender y comprar como NFT. En estos entornos digitales se pueden visitar edificios y se puede asistir a eventos. El metaverso tiene como objetivo llevar casi todas las experiencias humanas al mundo virtual. Tras la reciente pandemia global de la covid-19, ¿es descabellado pensar que en un futuro los conciertos o reuniones de trabajo se realicen de manera puramente virtual? ¿Y si el metaverso se convierte en el escenario virtual para determinados ámbitos de nuestra vida en paralelo a nuestra realidad física? Poseer NFT de avatar permite ser miembro virtual de una infinidad de experiencias exclusivas en el metaverso y en el mundo físico, mejorando así las experiencias sociales y en la comunidad. Con los NFT, por ejemplo, los usuarios pueden tener la plena propiedad de sus tierras y espacios en el metaverso. La cadena de bloques subyacente permite a los usuarios demostrar la propiedad del activo y desarrollar sus bienes inmuebles virtuales como quieran[7]. De tal forma no nos ha de extrañar el creciente interés de grandes empresas como *Facebook* (ahora *Meta*), *Ferrari*, *Adidas*, *H&M*, *Nike* o *Warner Bros*. por el metaverso y los NFT. *Adidas* o *H&M*, por ejemplo, ya han realizado exposiciones virtuales de moda, donde los diseños han sido subastados como NFT. En definitiva, el metaverso, el *blockchain* y los NFT están relacionados entre sí y están llamados a configurar un nuevo modelo de economía imparable.

Este fenómeno crea obviamente una serie de implicaciones legales novedosas. La creación, la distribución, la propiedad y el comercio de los NFT son fenómenos nuevos que plantean multitud de cuestiones jurídicas, muchas de las cuales son ambiguas o no están resueltas.

Ningún país ha regulado todavía de manera específica los NFT. La UE lanzó en septiembre de 2020 una propuesta legislativa integral sobre criptoactivos, denominada Mercados de Criptoactivos (MiCA), destinada a optimizar la tecnología de contabilidad distribuida (DLT) y la regulación de activos virtuales en la Unión Europea (UE) para proteger a usuarios e inversores[8]. Sin embargo, los NFT parecen estar excluidos de su ámbito de aplicación[9]. En

[6] En 2021 se vendió la primera propiedad del mundo, sita en Kiev, como NFT a través de la plataforma Propy (*https://observatorioblockchain.com/nft/el-creador-de-techcrunch-subasta-el-primer-apartamento-como-nft-en-kiev/*).

[7] *https://www.binance.com/es/blog/nft/por-qu%C3%A9-los-nft-son-la-clave-para-acceder-al-metaverso-421499824684903085*.

[8] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, COM(2020) 593 final.

[9] El art. 4.2.*c)* de la Propuesta menciona expresamente los tokens no fungibles estableciendo algunas dispensas en relación con otros tipos de fichas de servicios en cuanto a las normas que deben tenerse en cuenta para la emisión de los mismos. No obstante, la Unión Europea podría estar considerando

España, la CNMV publicó en enero del 2022 una circular sobre el control de publicidad de los criptoactivos y ha dejado fuera los NFT al excluir «determinados activos únicos no fungibles» [10]. Por ello, se habrá de estar a la aplicación de la legislación existente en cada Estado por analogía.

Es especialmente importante tener en cuenta la normativa en materia de propiedad intelectual, particularmente sobre derechos de autor, tanto morales como patrimoniales. Cuando se adquiere un NFT, no se compra la obra digital como tal. El comprador solo obtiene una colección de códigos o metadatos que enlazan con la versión «verdadera» de la obra en cuestión. Estos metadatos se escriben en la cadena de bloques y contienen información sobre la ubicación del trabajo original y el propietario de esa versión particular del trabajo. Por tanto, no se adquieren los derechos de autor de la obra de arte digital, sino generalmente el derecho a poseer, vender, prestar o transferir el propio NFT, según las condiciones específicas del mercado digital en el que se realiza la transacción. Además de lo anterior, también deberemos tener presente la normativa sobre prevención de blanqueo de capitales, tributación, protección de datos, de defensa de la competencia o de protección al consumidor a la hora de obtener una publicidad e información clara y accesible del token en cuestión.

La tarea que tiene el legislador ante sí es altamente compleja, entre otras cosas, porque la normativa aplicable depende normalmente de cada país, mientras que los NFT pueden cambiar de manos sin límite de jurisdicción a través de los mercados digitales. El anonimato proporcionado por la tecnología *blockchain* también dificulta que las partes de una transacción con NFT puedan iniciar acciones legales en caso de una posible infracción. Ante este complejo contexto, el presente artículo analiza la competencia judicial internacional en controversias relativas a tokens no fungibles, con especial atención al Derecho europeo, haciendo asimismo referencia la jurisprudencia reciente de terceros Estados en materia de criptoactivos.

2. FOROS DE COMPETENCIA PREVISTOS EN EL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS

El Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (bis), conocido como Reglamento de Bruselas I bis, regula la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales entre los Estados miembros de la UE. El Reglamento contiene una regulación detallada de la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil, que se complementa con las disposi-

---

obligar a los emisores de NFT a centralizarse y registrarse antes de operar, ampliando significativamente el alcance actual de MiCA, *https://www.pymnts.com/es/cryptocurrency/2022/eu-crypto-regulation-is-aging-before-it-is-even-implemented/*.

[10] Circular 1/2022, de 10 de enero, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, relativa a la publicidad sobre criptoactivos, *BOE* núm. 14, de 17 de enero de 2022.

ciones contenidas en el Capítulo III (arts. 36-57), relativas al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

En virtud del Reglamento, los foros de competencia judicial internacional se pueden agrupar de la siguiente manera[11]: *a)* foros de competencia exclusiva, art. 24; *b)* foros de la sumisión expresa, art. 25; *c)* foros de la sumisión tácita, art. 26; *d)* foro general del domicilio del demandado, art. 4; *e)* foros de competencia especial, arts. 7-9, y *f)* foros de protección de la «parte más débil», arts. 10-23.

Los foros potencialmente más relevantes en relación con los NFT son el foro de la sumisión, el foro general del domicilio del demandado y los foros de competencia especial, en particular los relativos a la materia contractual y a la responsabilidad civil extracontractual. También podrán ser de aplicación las normas sobre competencia judicial en contratos con parte débil.

Salvo que la materia objeto de litigio sea objeto de una competencia exclusiva (art. 24) o el acuerdo sea contrario a lo dispuesto en los foros de protección de los arts. 15, 19 o 23, referidos a los contratos de seguro, de consumo o de trabajo (art. 25.4), las partes, independientemente de su domicilio, pueden acordar someterse a los tribunales de un determinado Estado miembro. Para ser válidos, los pactos de sumisión deben cumplir ciertos requisitos y respetar las exigencias formales previstas en el apdo. 1 del art. 25.

De esta forma, los acuerdos atributivos de competencia deben celebrarse: *a)* por escrito o acreditado por escrito; *b)* en forma acorde con los usos que las partes hayan establecido entre sí, o *c)* en el tráfico o comercio internacional, en una forma que concuerde con un uso del que las partes sean o deban haber tenido conocimiento y que en dicho tráfico o comercio sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del tipo involucrados en el comercio particular o el comercio en cuestión.

A falta de un pacto de sumisión válido, si la controversia es en materia contractual la demanda puede presentarse, en líneas generales, ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado (art. 4.1) o, alternativamente, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda (art. 7.1).

De conformidad con el art. 7.1 del Reglamento:

> «Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro:
>
> *a)* En asuntos relativos a un contrato, en los tribunales del lugar de cumplimiento de la obligación en cuestión.
>
> *b)* A los efectos de esta disposición y salvo pacto en contrario, el lugar de cumplimiento de la obligación de que se trate será:
>
> — En el caso de la venta de bienes, el lugar en un Estado miembro donde, en virtud del contrato, los bienes fueron entregados o podrían haber sido entregados.

[11] Van Calster, G., *European Private International Law*, 2.ª ed., Oxford, 2016, p. 71.

— En el caso de la prestación de servicios, el lugar en un Estado miembro donde, en virtud del contrato, se prestaron o se obligaron a prestar los servicios.

c) si no se aplica la letra *b)*, entonces se aplica la letra *a)*».

De esta forma, un demandado domiciliado en un Estado miembro puede ser demandado en otro Estado miembro si ese es el lugar de cumplimiento de la obligación contractual en cuestión (*forum solutionis*). Esta disposición tiene una estructura compleja donde el párr. 1.*a)* contiene una regla general, mientras que el párr. 1.*b)* presenta una regla específica para los contratos de compraventa de bienes y los contratos de prestación de servicios. Finalmente, si estamos ante otro tipo de contrato; cuando el lugar de cumplimiento al que remite el art. 1.*b)* se encuentre en un Estado no miembro de la UE o las partes acuerden lo contrario, se aplicará el párr. *c)*, en relación con el art. 1.*a)* [12].

Otros foros especiales de competencia que pueden entrar en juego en relación con controversias en materia de NFT son el foro en materia de responsabilidad civil extracontractual (art. 7, párr. 2), las normas sobre operaciones de una sucursal, agencia u otro establecimiento (art. 7, párr. 5) y las normas relacionadas con disputas que involucran a múltiples demandados, reconvención, la acción de tercero, materias contractuales combinadas con las relativas a los derechos reales (art. 8).

Finalmente, se aplicarán los foros de competencia específicos en contratos que involucran a «partes débiles»: consumidores, empleados y titulares, asegurados y beneficiarios de pólizas de seguros. Básicamente, las disposiciones contenidas en los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento se pueden resumir de la siguiente manera:

a) La parte más débil (el tomador de la póliza, el asegurado o el beneficiario, consumidor o empleado) puede iniciar acciones contra la otra parte en el tribunal del Estado miembro del domicilio de la otra parte o ante el tribunal del Estado miembro de su domicilio (o el lugar de trabajo habitual en el caso de contratos individuales de trabajo o un Estado miembro que de otro modo esté estrechamente relacionado con una disputa en el caso de los contratos individuales de trabajo).

b) A la inversa, los procedimientos contra una parte más débil del contrato solo pueden iniciarse en los tribunales del Estado miembro en el que esté domiciliada dicha parte.

c) Las cláusulas de atribución de competencia en este tipo de controversias solo pueden invocarse con éxito contra la parte más débil si se cumplen las condiciones previstas en el Reglamento.

d) Por último, la infracción de las normas sobre competencia en contratos con parte débil constituye un motivo de denegación del reconocimiento y ejecución de la resolución que se dicte en otros Estados miembros (art. 45).

---

[12] Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2020, pp. 2833 y ss.; Magnus, U. *et al.*, *Brussels Ibis Regulation - Commentary*, Munich, 2016, pp. 121 y ss.; van Calster, G., *European Private International Law*, *op. cit.*, p. 136.

3. FOROS DE COMPETENCIA APLICABLES A LOS NFT BAJO EL RÉGIMEN DEL REGLAMENTO DE BRUSELAS I BIS

Los NFT pueden plantear varios desafíos al sistema de foros de competencia judicial internacional arriba descrito. Para empezar, no está claro si las reclamaciones derivadas de los NFT se incluyen dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. Además, las principales características de esta tecnología, a saber, la descentralización, el anonimato/opacidad, la inmutabilidad, la interconectividad y la automatización no encajan bien con las reglas jurisdiccionales basadas en factores de conexión territorial, como el domicilio, el lugar de ejecución, etc. ¿Se pueden presentar reclamaciones en asuntos relacionados con NFT ante los tribunales de los Estados miembros sobre la base de los foros de competencia previstos en el Reglamento?

3.1. Controversias en materia contractual

Las transacciones con NFT se materializan a través de *smart contracts*. Se trata de contratos digitales en los que los términos del acuerdo están escritos en el código y están incrustados dentro de los tokens [13]. Los contratos inteligentes suelen estar programados para funcionar de forma automática cuando se cumplen una serie de condiciones predefinidas. Por ejemplo, el código del *smart contract* podría realizar automáticamente el pago de derechos al creador al revender el NFT.

En la mayoría de ordenamientos jurídicos no existe una regulación específica para los *smart contracts* [14]. A este respecto, es importante establecer una diferencia entre un contrato inteligente como un programa de computadora codificado para lograr un resultado al ocurrir un evento desencadenante y

[13] Unsworth, R., «Smart Contract This! An Assessment of the Contractual Landscape and the Herculean Challenges it Currently Presents for "Self-executing" Contracts», en Corrales, M., Fenwick, M. y Haapio, H. (eds.), *Legal Tech, Smart Contracts and Blockchain*, Singapur, Springer, 2019, pp. 17-61, esp. p. 21; Ortega Giménez, A., «*Smart Contracts» y Derecho Internacional Privado,* Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 30-31; Vilalta Nicuesa, A. E., Smart legal contracts *y* blockchain*: la contratación inteligente a través de la tecnología* blockchain, Madrid, Wolters Kluwer España, 2019, Cap. 4; Legerén-Molina, A., *Revista de Derecho Civil*, abril-junio de 2018, vol. V, núm. 2, pp. 193-241, esp. pp. 205 y ss.; Argelich Comelles, C., «*Smart contracts* o *Code is Law*: soluciones legales para la robotización contractual», *InDret*, 2020, vol. 2, pp. 1-41, *doi:10.31009/InDret.2020.i2.01*.

[14] En Estados Unidos, varios estados tales como Arizona, California, Colorado, Connecticut, Delaware, Illinois, Maryland, Michigan, Missouri, Nebraska, New Jersey, New York, Ohio, Tennessee, Vermont, Virginia y Wyoming ya han legislado expresamente en materia de contratos inteligentes, reconociendo firmas, registros u otras características de las tecnologías relacionadas con *blockchain* en el contexto comercial. Véase Gómez, M., «(In)fallible Smart Legal Contracts», en López Rodríguez, A. M. *et al., Legal Challenges in the New Digital Age*, Brill, 2021, pp. 29-44; Italia también ha adoptado normativa con referencia expresa a los *smart legal contracts*, Decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, *Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione*. También existen iniciativas legislativas al respecto en Reino Unido, Francia, Suiza, Malta, Japón, Islas Bermudas, Mónaco, Gibraltar, Bahrein o Tailandia, «Blockchain Regulations: Recent Key Developments», Zigurat, *Global Institute of Technology*, *https://www.e-zigurat.com* (consultado el 24 de mayo de 2022).

un *smart contract legal* en el sentido de un acuerdo jurídicamente vinculante. La *English Law Commission*, que ha publicado recientemente un documento de Asesoramiento al Gobierno sobre *smart legal contracts* define el término como «*a legally binding agreement that is digital and able to connect its terms and the performance of its obligations to external sources of data and software systems*» [15].

Los *smart contracts* plantean una serie de problemas en relación con los principios tradicionales y las instituciones del Derecho de contratos. En el *common law*, por ejemplo, lo que diferencia a un contrato de meros acuerdos sociales o morales es la posibilidad de acudir a los tribunales en caso de incumplimiento. Es decir, un contrato es un acuerdo cuya infracción da lugar a acciones legales [16]. Sin embargo, en un *smart contract* la ejecución no está asegurada mediante los mecanismos coercitivos del Estado, sino por los términos y mecanismos establecidos en el programa informático que le da origen. Además, dado que las transacciones en la cadena de bloques se pueden realizar de forma anónima, en caso de controversia, puede ser imposible identificar al demandado para iniciar una acción legal en su contra [17]. Es probable que en las jurisdicciones de *common law* algún juez niegue efectos legalmente vinculantes de una transacción en *blockchain* cuando el demandado no esté identificado [18]. Por el contrario, un tribunal inglés ha admitido recientemente una demanda interpuesta contra un demandado desconocido [19].

Por otra parte, los contratos inteligentes no crean *per se* obligaciones en sentido jurídico. La noción de obligación, que se origina en el Derecho romano y es clave en el Derecho de contratos del sistema continental, es ajena a los *smart contracts*. Según la clásica definición de Justiniano, «la obligación es un vínculo jurídico por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad» [20]. Es decir, es el vínculo establecido entre dos personas (o grupos de personas), por el que una de ellas puede exigir de la otra la entrega de una cosa o el cumplimiento de un servicio o de una abstención [21]. Un elemento clave de la obligación es, por tanto, su orientación hacia el futuro. Aunque los distintos ordenamientos suelen dar

---

[15] *https://s3-eu-west-2.amazonaws.com/lawcom-prod-storage-11jsxou24uy7q/uploads/2021/11/Smart-legal-contracts-accessible.pdf*, 2.11, p. 11.

[16] Raskin, M., *The Law and Legality of Smart Contracts*, *op. cit.*, p. 322.

[17] Rose Fulbright, N., *Can smart contracts be legally binding contracts?*, noviembre de 2016, *http://www.nortonrosefulbright.com/knowledge/publications/144559/can-smart-contracts-be-legally-binding-contracts*.

[18] Guillaume, F., «Aspects of private international law related to blockchain transactions», en Kraus, D. *et al.* (eds.), *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisations and the Law*, Cheltenham, 2019, p. 76.

[19] *Ion Sciences vs. Persons Unknown and Others* (unreported) 21 de diciembre de 2020 (Commercial Court), Linklaters, Blog, 19 de marzo de 2021, *https://www.linklaters.com/es-es/insights/blogs/fintechlinks/2021/march/the-english-courts-take-a-traditional-approach-to-determining-governing-law-and-jurisdiction*.

[20] *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura,* Inst. iii, 13, pr.

[21] Por ejemplo, como establece el art. 1088 CC español.

cobertura a contratos que se ejecutan instantáneamente en el momento de su celebración (*v. gr. executed contracts* en el Derecho angloamericano), según la doctrina, es más correcto afirmar que la principal consecuencia de la celebración de un *smart contract* no es la de dar origen a obligaciones, sino la autolimitación de ciertos derechos por medios técnicos[22].

Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con el Reglamento Bruselas I bis, todos sus términos, conceptos y disposiciones deben interpretarse de manera autónoma. Esto significa que el concepto de contrato es autónomo e independiente del concepto jurídico correspondiente en los ordenamientos jurídicos nacionales. Pues bien, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, por «materia contractual» debe entenderse aquella situación en la que existe una obligación libremente asumida por una parte hacia otra[23]. Este elemento consensuado puede ser difícil de establecer en el caso de los contratos inteligentes ya que son *scripts* (códigos informáticos) escritos con lenguajes de programación. Esto significa que los términos del contrato son puras declaraciones y comandos en el código que lo forma, elaborado por un desarrollador y aceptado por la otra parte, independientemente de si los entiende o no. En el mundo real las partes no suelen entender el lenguaje de programación de un contrato inteligente, un lenguaje que tiene similitudes técnicas con *Java*, como puede ser *Python* o *Solidity*, con una sintaxis materialmente orientada que solo se puede ejecutar en Ethereum Virtual Machine (EVM). Jurídicamente, por tanto, la cuestión que se plantea es si el hecho de que una parte no comprenda el código fuente de un contrato inteligente tiene efectos sobre un acto de voluntad bilateral, que debe estar en la base de todo contrato. Hasta el momento el TJUE no se ha pronunciado al respecto, pero según la doctrina, las partes que celebran un contrato inteligente aceptan la fuerza vinculante de sus términos computacionales, incluso si realmente no entienden todos los detalles técnicos. En resumen, cuando se acepta un contrato inteligente, las partes están dando su consentimiento implícito al código de programación subyacente[24]. En consecuencia, las obligaciones derivadas de los *smart legal contracts* pueden incluirse dentro del ámbito de aplicación del Reglamento.

---

[22] Savelyev, A., «Contract law 2.0: "Smart" contracts as the beginning of the end of classic contract law», *Information & Communications Technology Law*, 2017, núm. 26(2), pp. 116-134, esp. p. 130.

[23] TJUE, Sentencia de 17 de octubre de 2013, *OTP Bank Nyilvánosan Működő Részvénytársaság c. Hochtief Solution AG*, C519/12, EU:C:2013:674, para. 23. Véanse las Sentencias de 17 de junio de 1992, *Jakob Handte & Co. GmbH c. Traitements Mécano-chimiques des Surfaces SA*, C-26/91, EU:C:1992:268, párr. 15, de 27 de octubre de 1998, *Réunion européenne SA and Others c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV and the Master of the vessel Alblasgracht V002*, C-51/97, EU:C:1998:509, párr. 17, de 17 de septiembre de 2002, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS)*, C-334/00, párr. 23; de 5 de febrero de 2004, *Frahuil SA c. Assitalia SpA*, C-265/02, EU:C:2004:77, párr. 24, de 20 de enero de 2005, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH*, C-27/02, EU:C:2005:33, párr. 50, de 18 de julio de 2013, *ÖFAB*, párr. 33, de 14 de marzo de 2013, *Česká spořitelna, a.s. c. Gerald Feichter*, C-419/11, EU:C:2013:165, párr. 47, y de 21 de abril de 2016, *Austro-Mechana*, C-572/14, EU:C:2016:286, párr. 36.

[24] Weber, R. H., «Blockchain technology, smart contracts and virtual currencies», en de Franceschi, A. y Schulze, R. (eds.), *Digital Revolution - New Challenges for Law*, Munich, 2019, pp. 299-312, esp. p. 304.

Pues bien, en la medida en que el Reglamento de Bruselas I bis sea aplicable a reclamaciones derivadas de transacciones efectuadas mediante contratos inteligentes, como puede ser una operación con NFT, existen posibles obstáculos relacionados con el hecho de que los foros de competencia judicial del Reglamento están fundamentados en factores de conexión territorial, como son el domicilio o el lugar de ejecución.

Salvo en el caso de los foros de competencia exclusiva o de los pactos de sumisión, el Reglamento se aplica, en principio, únicamente cuando el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro de la UE. Las definiciones de «domicilio» se recogen en el art. 63 del Reglamento, así como en el art. 62, que remite a las normas de Derecho internacional privado para determinar el «domicilio» de las personas físicas. Pero es problemático identificar la identidad o el domicilio de una parte en el contexto de contratos legales inteligentes porque las partes pueden usar seudónimos en transacciones dentro de la cadena de bloques. Lógicamente, esto genera desafíos en cuanto a la aplicación de la regla general del domicilio del demandado prevista en el art. 4 del Reglamento.

3.1.1. *¿Contrato de compraventa o licencia?*

Las operaciones con NFT plantean asimismo una serie de cuestiones complejas en relación con el foro especial en materia contractual recogido en el art. 7(1) del Reglamento. A este respecto, el primer obstáculo que plantean estas transacciones es su caracterización como contratos de compraventa o como licencia.

El valor de los NFT se basa, en apariencia, en una idea simple: el comprador de un token no fungible adquiere su propiedad de forma clara y sin limitaciones. Sin embargo, esta premisa no es del todo cierta. En primer lugar, la tecnología que sustenta los NFT posibilita que los vendedores sigan ejerciendo un control prolongado sobre activos que han sido transmitidos y pagados en su totalidad. De esta forma, algunos tokens están programados para que sus creadores recuperen una parte de las ganancias cada vez que se revenden, circunstancia que no parece casar bien con la idea que subyace las operaciones con NFT, esto es, la transmisión de su propiedad. En segundo lugar, el régimen de propiedad intelectual que actualmente rige en internet se puede caracterizar como «hostil» a la propiedad personal digital, lo que resulta en la imposición generalizada del régimen de contrato de licencia de propiedad intelectual[25].

La empresa *Axie Infinity*, por ejemplo, vende expresamente *axies* (criaturas tokenizadas) sobre la base de que los compradores adquieren su propiedad y pueden revenderlos con fines de lucro. Sin embargo, si examinamos

[25] Fairfield, J., «Tokenized: The Law of Non-Fungible Tokens and Unique Digital Property», *Indiana Law Journal*, 2021, disponible en *https://ssrn.com/abstract=3821102*.

detenidamente las condiciones impuestas por *Axie*, descubrimos que todos los gráficos (incluidos los de los *axies* vendidos) siguen siendo propiedad de la empresa:

> «*Unless otherwise indicated, the Site and the App and the Smart Contracts are our proprietary property and all source code, database, functionality, software, website design, audio, video, text, photographs, and graphics on the Site and the Apps (collectively, the "Content") and trademarks, service marks and logos contained therein (the "Marks") are owned, controlled by us or licensed to us, and are protected by copyright and trademark laws and various other intellectual property rights and unfair competition laws of the Cayman Islands, foreign jurisdiction and international conventions*» [26].

Axie, por tanto, retiene expresamente los derechos de autor y el derecho a realizar reproducciones, lo que es absolutamente necesario para transmitir un elemento digital de una persona a otra. No existe una excepción específica para una reventa posterior y, de hecho, los propietarios no pueden explotar sus *axies* para obtener ganancias comerciales.

Así pues, es plausible que se originen controversias cuando vendedores y *minters* intenten obtener ganancias y otros intereses sobre NFT que han transmitido, amparándose en los Términos de Uso o en el código informático que da soporte a la transacción. En ese caso, los tribunales habrán de caracterizar cada operación como contrato de compraventa o como contrato de licencia. Un acuerdo de licencia le otorga al licenciatario la capacidad de usar la propiedad intelectual propiedad del licenciante, quien continúa ejerciendo derechos sobre el licenciatario. Además, al final de la duración del contrato, el licenciatario pierde el objeto de la licencia. Por el contrario, si se trata de un contrato de compraventa, una vez perfeccionada y ejecutada, la propiedad se transmite y el vendedor no retiene por lo general ningún derecho sobre el comprador.

Hasta donde conocemos aún no existe jurisprudencia al respecto. Hay quien anticipa que los tribunales pueden mostrar reticencias a caracterizar las transacciones con NFT como contratos de compraventa [27]. En Estados Unidos, por ejemplo, en *Vernor c. AutoDesk* [28] el Noveno Circuito caracterizó un contrato de compraventa de *software* como contrato de licencia. El tribunal dictaminó que la denominación que las partes habían dado al contrato no era determinante, indicando «tres aspectos que se pueden aplicar para establecer si un usuario de *software* es un licenciatario, en lugar del propietario de una copia. Primero, hay que considerar si el propietario de los derechos de autor especifica que otorga una licencia al usuario. En segundo lugar, se ha de examinar si el propietario de los derechos de autor restringe significativamente la capacidad del usuario para transferir el *software*. Finalmente, se ha de analizar si el propietario de los derechos de autor impone restricciones de uso notables» [29].

---

[26] Terms of Use, AXIE INFINITY, *https://axieinfinity.com/terms*.
[27] Fairfield, J., *op. cit.*, p. 85.
[28] 621 F.3d 1102 (9th Cir. 2010).
[29] *Ibid*, 1111.

Así las cosas, en la medida que los tribunales caractericen la transacción como contrato de licencia, será de aplicación el art. 7.1.*a)* y *c)* del Reglamento de Bruselas I bis para determinar el foro de competencia especial en materia contractual. Por el contrario, si el contrato es caracterizado como compraventa, la competencia judicial internacional se fijará conforme al art. 7.1.*b)* 1.º del Reglamento. En este sentido, cabe destacar que los NFT parecen reunir las características necesarias para ser caracterizados como bienes[30]. Incluso la doctrina extranjera se ha aventurado a calificarlos como mercaderías, apuntando a su inclusión dentro del ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías[31]. Siendo así, aun en situaciones en las que la obligación codificada en lenguaje computacional no sea la entrega de tokens, también será de aplicación el art. 7, apdo. 1, letra *b),* para establecer la competencia del tribunal[32].

3.1.2. *¿Cuál es el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda?*

En las transacciones en línea la identificación del lugar de entrega de bienes o de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda puede establecerse teniendo en cuenta elementos relevantes tales como: la ubicación del servidor que alberga el contenido digital que se suministra o los datos relevantes para la prestación del servicio; el lugar desde donde se subió dicho contenido al servidor o se administra el servicio; el domicilio del vendedor o proveedor; el lugar de recepción, acceso o descarga de la información y el domicilio del destinatario[33]. Sin embargo, algunos de estos puntos de conexión no siempre son determinables en el caso de los contratos inteligentes, puesto que las obligaciones contractuales expresadas en código informático son realizadas por los nodos de la cadena de bloques. La intervención de los nodos es aleatoria y ningún nodo tiene control sobre los otros nodos. Ni siquiera hay un servidor central que pueda usarse como referencia para establecer la ubicación de los datos. De esta forma puede afirmarse que las transacciones de NFT que se llevan a cabo a través de *smart contracts* no se ejecutan en *ninguna* parte y en *todas* partes[34]. En consecuencia, el art. 7, apdo. 1, letras *a)* y *c),* del Reglamento puede llegar a ser irrelevante. Los contratos inteligentes *per se* no tienen ningún lugar particular de ejecución. La deslocalización es, de hecho, una de las principales características de la tecnología *blockchain*, difi-

[30] Campuzano Gómez-Acebo, J. y Sieira Gil, J., «Tokenización de activos», en Barrio, M., *Criptoactivos: retos y desafíos normativos*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021, pp. 196-199.

[31] Hayward, B., «To Boldly Go, Part II: Data as the CISG's Next (But Probably Not Final) Frontier», *University of New South Wales Law Journal*, 2021, vol. 44, núm. 4.

[32] De Miguel Asensio, P., «Blockchain and Smart Contracts Relating to Copyright: Jurisdiction and Applicable Law», en de Angelis, D. *et al., La tecnologia blockchain e il diritto d'autore: miraggio o realità?*, ALAI Italia, 2021, pp. 41-53.

[33] *Ibid*.

[34] Guillaume, F., *Aspects of private international law related to blockchain transactions*, *op. cit.*, p. 70.

cultando con ello la determinación del *forum solutionis*. Tal como ha expresado la *English Law Commission*: «*Smart contracts may pose certain unique challenges when seeking to identify the geographical location of performance, actions and enrichment, such as where the obligations under a smart contract are performed on a distributed ledger rather than involving any physical performance in the real world*» [35].

3.2. Pactos de sumisión

Las partes de una transacción con NFT también pueden optar por someterse a los tribunales de un Estado miembro en caso de controversia. A este respecto, surgen varias preguntas: ¿Debe estar el acuerdo atributivo de competencia incluido en el código del *smart contract* que da soporte a la transmisión de un NFT? ¿Cuál es el efecto de un pacto de sumisión que forma parte de las condiciones generales aplicables a una determinada plataforma de comercialización de NFT? ¿Es necesario que los tribunales elegidos por las partes reconozcan los contratos inteligentes como verdadera fuente de obligaciones contractuales para poder establecer su competencia?

Por otro lado, dado que la tecnología *blockchain* puede mantener en secreto la identidad de las partes, pueden darse casos de transacciones realizadas por usuarios que no tengan capacidad para dar su consentimiento o que incurran en una prohibición legal (p. ej., ex arts. 1263 y 1264 CC español).

El pacto de sumisión puede ir incluido en un contrato subyacente o directamente en el contrato inteligente que sustenta la operación. Los acuerdos atributivos de competencia también pueden ir referidos en las condiciones aplicables a la plataforma de comercialización de NFT correspondiente [36]. Cuando los tribunales designados sean los de un Estado miembro, se aplicará el art. 25 del Reglamento Bruselas I (Bis). Ello implica que la elección de foro deberá hacerse por escrito o confirmada por escrito [37]. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo [38]. Si el acuerdo atributivo de competencia forma parte de los términos y condiciones generales puede aceptarse mediante el método de *clickwrap*, siempre que se dé a la otra parte la posibilidad de obtener un registro duradero de acuerdo antes de celebrar el contrato [39].

Si existe un contrato subyacente, el pacto de sumisión será extensible a las controversias surgidas entre las partes relacionadas con el cumplimiento de

---

[35] *English Law Commission on Smart Contracts*, *op. cit.,* p. 23.

[36] Guillaume, F., *Aspects of private international law related to blockchain transactions*, *op. cit.,* p. 76.

[37] Art. 25.1.*a)* del Reglamento de Bruselas I bis.

[38] Art. 25.2 del Reglamento de Bruselas I bis.

[39] STJUE de 21 de mayo de 2015, *Jaouad El Majdoub c. Cars OnTheWeb.Deutschland GmbH*, asunto C-322/14, ECLI:EU:C:2015:334.

las obligaciones resultantes codificadas en el contrato inteligente. Lo mismo ocurre con los pactos de sumisión codificados directamente en el *smart contract* o aplicable a los términos y condiciones de la correspondiente plataforma de comercialización de NFT. Lo relevante es que el acuerdo atributivo de competencia pueda establecerse efectivamente[40]. Sin embargo, el Reglamento también prevé que el acuerdo atributivo de competencia adopte una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado[41]. A este respecto, algunos autores argumentan que el despliegue generalizado de transacciones en *blockchain* y en plataformas de comercialización conducirá a la expansión de un nuevo cuerpo normativo denominado *Lex Cryptographia*, conformado por las reglas aplicables a los contratos inteligentes y a las organizaciones autónomas descentralizadas (DAO)[42]. Es prematuro afirmar que ya existen usos y prácticas originadas en la cadena de bloques o plataformas de NFT[43]. Sin embargo, con el tiempo es probable que surjan normas, prácticas y códigos observados y conocidos por los usuarios de determinadas plataformas que puedan llegar a ser caracterizados acuerdos atributivos de competencia.

De otro lado y de conformidad con el Reglamento, la ley del Estado miembro de los tribunales elegidos por las partes rige la validez material del acuerdo atributivo de competencia[44]. Esta ley será de aplicación, por ejemplo, para determinar si el acuerdo ha sido celebrado por una parte que no tiene capacidad para dar su consentimiento o que incurre en una prohibición legal para contratar. Dado que la tecnología *blockchain* suele mantener en secreto la identidad de los usuarios, en la práctica pueden aparecer problemas complejos para determinar la validez del pacto de sumisión[45].

3.3. Foros de competencia en operaciones de NFT con consumidores

Determinados contratos de consumo gozan de un marco de protección especial en virtud de los arts. 17 a 19 del Reglamento Bruselas I (bis). La protección se extiende a los contratos celebrados entre un consumidor y un comerciante o profesional cuando este último ejerce su actividad comercial

---

[40] Guillaume, F., *Aspects of private international law related to blockchain transactions*, *op. cit.*, p. 77.

[41] Art. 25.1.*b)* y *c)* del Reglamento Bruselas I bis. Sentencia del Tribunal de Justicia (Primera Instancia) de 20 de abril de 2016, *Profit Investment SIM SpA c. Stefano Ossi and Others*, asunto C-366/13, ECLI:EU:C:2016:282.

[42] Wright, A. y de Filippi, P., *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, (10 de marzo de 2015), p. 4. Disponible en *https://ssrn.com/abstract=2580664*.

[43] Guillaume, F., *Aspects of private international law related to blockchain transactions*, *op. cit.*, p. 77.

[44] Art. 25(1) del Reglamento Bruselas I bis.

[45] Horrach Armo, J. G., «Los acuerdos atributivos de jurisdicción en el ámbito de los *smart contracts* y la tecnología *blockchain*», *REEI*, núm. 42, diciembre de 2021, *doi:10.17103/reei.42.11*.

en ese país o dirige sus actividades por cualquier medio a ese país, y el contrato se celebra como resultado de tales actividades. Se trata de contratos que presentan una conexión con el país del domicilio del consumidor, típicamente porque el consumidor ha sido «cazado» allí por el profesional extranjero. Cuando un contrato entra dentro de esta categoría el art. 18 del Reglamento concede al consumidor un *forum actoris*, además del de los tribunales del Estado miembro del domicilio del profesional. Por el contrario, el profesional solo puede ejercitar acciones ante los tribunales del Estado miembro en el que esté domiciliado el consumidor. Otros foros de competencia, en particular el foro especial en materia contractual del art. 7.1 del Reglamento, no son aplicables a estos contratos de consumo.

Los pactos de sumisión en contratos de consumo protegidos solo serán válidos si entran dentro de las situaciones previstas en el art. 19, esto es, si se celebran después de que haya surgido el litigio; si permiten al consumidor ejercitar acciones ante tribunales distintos de los indicados en el art. 18 o si confieren competencia a los tribunales del Estado miembro en el que tanto el consumidor como el profesional están domiciliados en el momento de la celebración del contrato, siempre que tales acuerdos no sean contrarios a la ley de ese Estado miembro.

Algunas transacciones con NFT pueden entrar en la categoría de contratos de consumo protegidos. Aquí conviene traer a colación la decisión del Tribunal Supremo de Austria de 4 de noviembre de 2020 en materia de criptoactivos. En esta decisión el *Oberster Gerichtshof* resolvió aplicar el foro en materia de contratos de consumo del art. 18 del Reglamento Bruselas I bis a las transacciones relacionadas con *bitcoin*[46]. El demandado, residente en Alemania, decidió invertir en *bitcoins*, razón por la cual un agente del demandante austriaco, un profesional que ofrecía oportunidades de inversión transfronterizas, visitó al demandado en Alemania con el teléfono móvil del demandante. Según el contrato celebrado por las partes, el demandado alemán recibiría un préstamo de seis *bitcoins* del demandante austriaco. La transferencia se realizó en varias transferencias efectuadas los días 18 y 19 de diciembre de 2016 a una cuenta de inversión a nombre del demandado alemán. Las partes habían acordado que los *bitcoins* se reembolsarían en un plazo máximo de cuatro semanas mediante una transferencia inversa a la cartera que el demandante tenía en su teléfono móvil. Pero, tras el incumplimiento de esta condición por parte del residente alemán, el oferente austriaco interpuso una demanda contra el prestatario en Austria. Los tribunales austriacos de primera y segunda instancia rechazaron la alegación del demandado respecto a la inexistencia de competencia judicial internacional. En efecto, se trataba de un contrato de préstamo y esta categoría contractual es considerada por el TJUE como un contrato de prestación de servicios, siendo de aplicación el foro de competencia especial en materia contractual recogido en el art. 7.1.*b)* 2.º del Reglamento Bruselas I (bis). En consecuencia, el lugar de cumplimien-

[46] 3 Ob 95/20x.

to de la obligación en cuestión se hallaba situado en el domicilio del prestamista, esto es, en Austria[47]. Sin embargo, el *Oberster Gerichtshof* rechazó este argumento afirmando que se trataba de un contrato de consumo protegido que entraba en el ámbito del art. 17 del Reglamento. La demandada alemana había actuado con un fin ajeno a su actividad profesional mientras que la demandante austriaca había dirigido sus actividades profesionales hacia el país de residencia del consumidor. Por tanto y, de conformidad con el art. 18, apdo. 2, del Reglamento, la demanda contra el consumidor solo podía interponerse ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio, esto es, en Alemania.

El Tribunal Supremo de Austria evitó pronunciarse sobre la caracterización del *bitcoin* como dinero a los efectos del Reglamento. Si finalmente es caracterizado como dinero, serían de aplicación los foros especiales en materia de compraventa de mercaderías y prestación de servicios del art. 7, apdo. 1, letra *b)*. De lo contrario, cualquier operación que involucrase *bitcoins* quedaría sujeta al art. 7.1.*a)* y *c)*. En este último caso, el establecimiento de la competencia judicial internacional dependería del tratamiento que de este tipo de criptoactivos hicieran las normas nacionales aplicables a la transacción[48].

Más recientemente, el importante fallo del Tribunal Comercial del Circuito de Londres en *Amir Soleymani c. Nifty Gateway LLC*[49] es el primero en referirse a los NFT. La sentencia representa un desarrollo interesante en el establecimiento de la competencia judicial internacional en los casos de criptoactivos. La demanda fue presentada por Amir Soleymani, un conocido coleccionista de NFT, contra Nifty Gateway LLC, una empresa con sede en Nueva York que opera una plataforma de comercialización de NFT. El Sr. Soleymani había participado en una subasta de NFT asociados con la obra de arte «Abundance» del artista digital Mike Winkleman, conocido como Beeple (quien atrajo la atención mediática cuando un NFT asociado con su trabajo «Everydays: the First 5000 Days» se vendió en Christie's por 69,4 millones de dólares estadounidenses). Según Nifty Gateway, el Sr. Soleymani había realizado una puja ganadora por ciertos NFT, pero posteriormente se había negado indebidamente a pagarlos. Nifty Gateway inició entonces un arbitraje con sede en Nueva York para recuperar esa suma, de conformidad con un acuerdo de arbitraje en los términos de uso de Nifty Gateway. El Sr. Soleymani, sin embargo, rechazó la competencia del tribunal arbitral y, en paralelo, presentó una demanda ante los tribunales ingleses, solicitando una declaración de que el convenio arbitral inserto en los términos de uso de Nifty Gateway no era válido bajo la legislación inglesa de protección al consumidor. El Sr. Soleymani fundamentó la competencia de los tribunales ingleses en la Sección 15A-E de

---

[47] Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2017, *Saale Kareda c. Stefan Benkö*, caso C-249/2016, ECLI:EU:C:2017:472.

[48] Véase Lehman, M., *Bitcoin Trades and Consumer Jurisdiction*, EAPIL Blog, 29 de enero de 2021, *https://eapil.org/2021/01/29/bitcoin-trades-and-consumer-jurisdiction/*.

[49] [2022] EWHC 773 (Comm).

la Ley de Jurisdicción y Sentencias Civiles de 1982, que recientemente replica en la ley inglesa, tras el *Brexit*, las disposiciones del Reglamento de Bruselas I bis, en relación con los contratos de consumo. Nifty Gateway respondió impugnando la jurisdicción del tribunal inglés y, alternativamente, solicitando una suspensión del procedimiento en virtud del art. 9 de la Ley de Arbitraje de 1996. El tribunal finalmente confirmó la impugnación de Nifty Gateway y desestimó las alegaciones del Sr. Soleymani sosteniendo que la Sección 15A-E de la Ley de Jurisdicción y Sentencias Civiles de 1982 no era aplicable para invalidar el acuerdo de arbitraje, ya que la pretensión entraba dentro de la exclusión en materia arbitraje que recoge el Reglamento de Bruselas I bis en el art. 1.2.*d)* [50]. Al hacerlo, el tribunal evitó de esta manera pronunciarse sobre la caracterización de las operaciones con NFT como contrato de consumo, dando preferencia al convenio arbitral. La decisión, aun siendo correcta, no es obstáculo a que si los árbitros declaran la falta de validez del convenio arbitral, la demanda pueda ser interpuesta en Inglaterra con base al foro de protección en materia de consumo [51].

3.4. Foros de competencia en reclamaciones por responsabilidad civil extracontractual relacionadas con NFT

Para emitir un NFT de una obra no es necesario el permiso del autor ni acreditar serlo. Una de las principales plataformas de comercialización de NFT, *Open Sea*, ha indicado a través de un *tuit* que el 80 por 100 de los NFT «plagian» obras, colecciones o son *spam*. La plataforma ya ha empezado con medidas para evitar que este tipo de infracciones se sigan cometiendo a través de su sitio web [52]. Dentro del contexto europeo, un demandante que desee reclamar sus derechos de autor o posibles infracciones sobre la propiedad intelectual y quiera evitar los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado puede no tener más remedio que tratar de interponer la demanda en virtud del art. 7, apdo. 2, del Reglamento Bruselas I bis. Si se trata de una violación de un derecho de autor, el TJUE asentó las bases para interpretar el foro especial en materia extracontractual en el caso de los derechos patrimoniales de autor en el ámbito de internet en el asunto *Pinckney* [53]. Al igual que en la sentencia *Wintersteiger* [54], el TJUE distingue entre la aplicación

---

[50] Véase Hartley, T., «Arbitration and the Brussels I Regulation - Before and After Brexit», *Journal of Private International Law*, 2021, núm. 17(1), pp. 53-73, *doi:10.1080/17441048.2021.1907942*.

[51] Véase Feld, A., «"Decentralised and borderless" NFT auction is outside the reach of English consumer protection legislation», *Lexology*, 6 de abril de 2022, *https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=b44abe8f-1ee0-4ab1-9848-74ba68eea096* (consultado el 29 de mayo de 2022).

[52] Lince, T., «OpenSea: how trademark infringement is rampant on the biggest NFT marketplace», WTR. Disponible en *https://www.worldtrademarkreview.com/opensea-how-trademark-infringement-rampant-the-biggest-nft-marketplace.*

[53] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4.ª) de 3 de octubre de 2013, *Peter Pinckney c. KDG Mediatech AG*, asunto C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635.

[54] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1.ª) de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger AG c. Products 4U Sondermaschinenbau GmbH*, asunto C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220.

del art. 7.2 RBI bis a las infracciones a través de internet sobre los derechos de la personalidad, cuya protección tiene carácter universal, y sobre los derechos con alcance territorial, como los derechos patrimoniales de autor, cuya salvaguarda no puede invocarse fuera del territorio en el que se halle protegido. De esta forma, la doctrina *eDate*[55] que fija el criterio del centro de intereses de la víctima como lugar de materialización del daño, no es aplicable a los derechos patrimoniales de autor. Sin embargo, la Directiva 2001/29[56] establece que los derechos de autor nacen de forma automática desde el momento de su creación en todos los Estados miembros sin necesidad de registro. En consecuencia, el TJUE extendió a *Pinckney* la regla del mosaico que fijó en el asunto *Shevill*[57] declarando que el supuesto perjudicado podrá demandar, bien en el lugar donde se originó el hecho causal por la totalidad de los daños alegados, bien en cada uno de los lugares en los que este se verifique, quedando en ese caso restringida la competencia del tribunal al «daño causado en el territorio del Estado miembro al que pertenezca»[58]. Posteriormente, el TJUE confirmó esta jurisprudencia en asunto *Hejduk*[59], donde concretó cómo establecer el lugar del daño y aplicar el foro de competencia del art. 7.2 del Reglamento de Bruselas I bis en caso de alegarse una infracción de derechos afines a los derechos patrimoniales de autor en el ámbito de internet. La cuestión prejudicial presentada por el *Handelsgericht Wien* tenía su origen en la demanda interpuesta por la señora Hejduk, una fotógrafa profesional residente en Austria, frente a la compañía alemana EnergieAgentur por difundir a través de su página web unas fotografías tomadas por la actora sin consentimiento de esta. La compañía alegó falta de competencia de los tribunales austriacos, por considerar que puesto que su domicilio se situaba en Alemania y la página web operaba bajo el dominio de primer nivel alemán (.de), serían competentes para conocer del asunto los tribunales alemanes. El TJUE, reafirmando la doctrina *Pinckney*, optó por considerar que el lugar de materialización del daño es aquel donde el derecho esté protegido[60] y resolvió que con arreglo al art. 7.2 del Reglamento son competentes para conocer de las demandas por infracción de los derechos patrimoniales de autor y derechos afines a través de internet, tanto los tribunales del lugar donde se originó el daño, esto es, los tribunales del lugar donde tiene su sede el responsable del desencadenamiento del proceso técnico que da lugar a la infracción de los contenidos protegidos, como los tribunales de cada uno de los lugares donde se manifieste el daño, estando limitada la competencia de estos últimos a

[55] Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising GmbH y otros c. X y Société MGN LIMITED,* asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685.

[56] Directiva 2001/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

[57] Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de marzo de 1995, *Fiona Shevill, Ixora Trading Inc., Chequepoint SARL y Chequepoint International Ltd. c. Presse Alliance SA,* asunto C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61.

[58] FJ 36.

[59] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4.ª) de 22 de enero de 2015, *Pez Hejduk y EnergieAgentur. NRW GmbH*, asunto C-441/13, ECLI:EU:C:2015:28.

[60] FJ 29.

los daños sufridos dentro de su jurisdicción. Así pues, con base en el art. 7.2 del Reglamento de Bruselas I bis, para conocer de la totalidad del daño solo serán competentes los tribunales del Estado miembro del titular del sitio de internet[61], que coincidirá con el foro general del domicilio del demandado[62].

Esta doctrina jurisprudencial podría extenderse a las demandas por infracciones de derechos patrimoniales de autor en operaciones con NFT. Sin embargo, la naturaleza descentralizada y el carácter anónimo de la cadena de bloques que da soporte a dichas operaciones plantea algunos obstáculos. Si, en línea con lo establecido por el TJUE en relación con infracciones marcarias[63], entendemos que las plataformas comercializadoras de NFT no son generalmente responsables de las posibles infracciones de derechos patrimoniales de autor que tengan lugar dentro de las mismas, nos encontraremos con que la anonimidad característica de la cadena de bloques dificultará en muchas ocasiones determinar la identidad del responsable a efectos de determinar el foro general del domicilio del demandado del art. 4.1 del Reglamento de Bruselas I bis o la sede del desencadenamiento del proceso técnico que da lugar a la infracción de los contenidos protegidos en tanto que lugar donde se originó el daño bajo el foro especial de competencia en materia de responsabilidad civil extracontractual del art. 7.2 del Reglamento.

En otro orden de cosas, si la reclamación está fundamentada en otro tipo de daños extracontractuales, la naturaleza descentralizada de las cadenas de bloques que dan soporte a los NFT plantea algunos obstáculos particularmente interesantes. La sentencia del TJUE en el asunto *Kolassa*[64] constituye un importante punto de partida. En dicho asunto el TJUE resolvió sobre la base de jurisprudencia anterior que el mero hecho de haber sufrido un perjuicio económico no es suficiente para fijar un foro de responsabilidad civil extracontractual en un lugar determinado, los tribunales de los Estados miembros son competentes cuando el «daño alegado ocurrió directamente en la cuenta bancaria de la solicitante mantenida con un banco establecido dentro del área de competencia de esos tribunales[65].

Adaptando el mismo razonamiento a las transacciones con NFT, podría argumentarse que los tribunales de un Estado miembro son competentes en virtud del art. 7, apdo. 2, del Reglamento Bruselas I bis si la clave de cifrado privada a través de la cual el reclamante accedió a su billetera (p. ej., *Ethereum*) se almacenó en un dispositivo ubicado en ese Estado miembro. Debe

---

[61] FFJJ 25 y 26.

[62] De Miguel Asensio, P. A., *Competencia judicial internacional en materia de infracciones de derechos patrimoniales de autor cometidas a través de Internet*. Disponible en *http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2013/10/competencia-judicial-internacional-en.html*; Sáenz Cardenal, M. B., «El lugar del daño en el caso de infracción de los derechos de propiedad industrial e intelectual en internet», *Revista Jurídica,* 2016, núm. 34, pp. 441-470.

[63] STJUE de 2 de abril de 2020, en el caso *Coty Germany GmbH c. Amazon Services Europe Sàrl*, asunto C-567/18, ECLI:EU:C:2020:267.

[64] *Kolassa*, párr. 48 con referencia a Kronhofer, caso C-168/02, ECLI:EU:C:2004:364.

[65] Párrs. 42-57.

notarse, sin embargo, que la analogía no es totalmente adecuada; las cadenas de bloques están descentralizadas y, por tanto, una billetera digital que almacena tokens es no totalmente comparable con una cuenta bancaria. Más concretamente, en el caso de tokens, la ubicación física de los activos solo se puede establecer de forma indirecta, teniendo en cuenta la ubicación de la clave privada, en lugar de los tokens, que solo existen en un libro mayor distribuido globalmente sin coordenadas geográficas específicas. Además, el propio TJUE, en la sentencia *Universal Music*[66], ha sostenido que para que exista jurisdicción extracontractual la ubicación de una cuenta bancaria no es suficiente en sí misma, debiéndose tomar en consideración otras circunstancias de hecho. Así pues, dado que la ubicación física de una clave de cifrado privada puede ser difícil de determinar en la práctica y fácil de manipular, se deben establecer criterios adicionales para determinar si el art. 7, apdo. 2, del Reglamento Bruselas I bis es aplicable a los casos de reclamaciones por daños extracontractuales en operaciones con NFT. La jurisprudencia del TJUE ofrece otras indicaciones importantes a este respecto. En *Löber*[67], el TJUE, aunando los criterios de *Kolassa* y *Universal Music*, ha afirmado que, si bien la ubicación de una cuenta bancaria puede en sí mismo no ser suficiente para establecer jurisdicción en una reclamación por daños y perjuicios puramente financieros, puede ser posible establecer la competencia del tribunal en aquellos casos en que otros factores específicos (aparte de la ubicación de la cuenta bancaria del inversor) apunten hacia el territorio del mismo Estado miembro. Trasladando la sentencia *Löber* a las operaciones con NFT, parece que al menos algunos de los factores antes mencionados pueden ser relevantes para establecer la competencia judicial internacional. En particular, la ubicación del *wallet* correspondiente o el lugar de celebración del contrato podrían proporcionar una conexión importante entre este tipo de casos y el territorio de un Estado miembro de la UE. Aunque, de nuevo, la descentralización de las cadenas de bloques que dan soporte a este tipo de operaciones pueden dificultar la tarea[68]. Cabe destacar aquí la reciente decisión *Ion Sciences*[69], en la que un tribunal inglés ha establecido su competencia con base en los siguientes factores: que al adquirente de criptoactivos se le facilitó la información Inglaterra; que la cuenta que financió la adquisición de los criptoactivos era inglesa; que los activos fueron sustraídos del control de los demandantes en Inglaterra; que el ordenador utilizado para comprar los criptoactivos estaba situado en Inglaterra y, por último, que los criptoactivos referidos estaban ubicados en Inglaterra y Gales antes de su transferencia. Esta sentencia parece indicar que, con toda probabilidad, los tribunales ingleses tratarán las

[66] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 2.ª) de 16 de junio de 2016, *Universal Music International Holding BV c. Michael Tétreault Schilling y otros*, asunto C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449.

[67] Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 1.ª) de 12 de septiembre de 2018, *Helga Löber y Barclays Bank plc*, asunto C-304/17, ECLI:EU:C:2018:701.

[68] Ortolani, P., «The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads», *Uniform Law Review*, 2019, pp. 430-448, *doi:10.1093/ulr/unz017*.

[69] *Ion Sciences vs. Persons Unknown and Others (unreported)*, 21 de diciembre de 2020, *op. cit*.

cuestiones jurisdiccionales que surjan en controversias relativas a criptoactivos de forma análoga a la de otros tipos de bienes[70].

4. CONCLUSIONES

Se estima que el mundo paralelo del *metaverso* moverá «centenares de miles de millones de dólares» en los próximos diez años. Ante las dificultades regulatorias que conlleva la irrupción de las parcelas virtuales y la criptoeconomía, no es de extrañar que se hable de *MetaLaw* o *Metaverso Jurídico* como el Derecho en el mundo virtual destinado a brindar seguridad a los proveedores y sus usuarios/consumidores[71]. Corea del Sur se prepara para crear su propio universo metaverso y abordar los problemas legales subyacentes, entre otros, la regulación de los NFT[72]. Pero si se llegara, en años o décadas, a un *metaverso* global el tema de la jurisdicción y legislación aplicable serán esenciales para la resolución de conflictos surgidos en un entramado de relaciones jurídicas que son intrínsecamente «transnacionales». Hay ya quien se plantea abrir despachos de abogados en el metaverso o incluso mecanismos propios de resolución de conflictos en este entorno virtual, tal como está experimentando la plataforma *Arbtech*[73], o ha propuesto el fundador de *Kleros*, otra plataforma de resolución de conflictos descentralizada[74]. Habremos de prestar atención a la evolución de este sector, por muy distópico que hoy nos parezca[75].

Es, por tanto, deseable que se refuerce la seguridad jurídica en las cuestiones relacionadas con las transacciones de criptoactivos, incluidas las cuestiones jurisdiccionales. Dada la creciente importancia de los contratos inteligentes, NFT y demás criptoactivos, el legislador europeo debería aprovechar la oportunidad para introducir reglas de competencia judicial internacional específicas en una futura revisión del Reglamento Bruselas I bis. Alternativamente, el TJUE deberá aclarar el marco aplicable en cuanto tenga la ocasión.

---

[70] Packer, B., Munk, M. y Lynch, R., «In Ion Sciences, the English courts take a traditional approach to determining governing law and jurisdiction in a dispute relating to cryptoassets», *Blog, Linklaters,* 19 de marzo de 2021, *https://www.linklaters.com/sv-se/insights/blogs/fintechlinks/2021/march/the-english-courts-take-a-traditional-approach-to-determining-governing-law-and-jurisdiction*.

[71] *https://observatorioblockchain.com/metaverso/el-metaverso-juridico-y-los-derechos-de-los-consumidores-en-el-espacio-metalaw/*.

[72] *https://www.thetechnolawgist.com/2021/09/13/corea-del-sur-se-prepara-para-crear-su-propio-universo-metaverso-y-abordar-los-problemas-legales-subyacentes/*.

[73] *https://twitter.com/arbtech_hub?lang=es*.

[74] *https://kleros.io/; https://twitter.com/federicoast/status/1454853812909391873*.

[75] Ast, F. y Deffains, B., «When online dispute resolution meets blockchain: the birth of decentralized justice», *Stanford Journal of Blockchain Law & Policy*, 2021, núm. 4(2), pp. 241-256, esp. p. 251; Dylag., M. y Smith, H., «From cryptocurrencies to cryptocourts: blockchain and the financialization of dispute resolution platforms», *Information, Communication & Society*, junio de 2021, *doi:10.1080/1369118X.2021.1942958*; Allen, D. W. E., Lane, A. M. y Poblet, M., «The Governance of Blockchain Dispute Resolution», *Harvard Negotiation Law Review*, 2019, núm. 25, pp. 75-101; Bergolla, L., Seif, K. y Eken, C., «Kleros: A Socio-Legal Case Study Of Decentralized Justice & Blockchain Arbitration», *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2021, núm. 37(1), disponible en *https://ssrn.com/abstract=3918485*.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Miscelánea/*Miscellany*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 323-348
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.08
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 21/03/2022. Aceptación: 17/06/2022

EL DETERIORO DE LA CAPA DE OZONO COMO ASUNTO GLOBAL PENDIENTE DE RESOLUCIÓN

Juan José Martín Arribas*

RESUMEN

EL DETERIORO DE LA CAPA DE OZONO COMO ASUNTO GLOBAL PENDIENTE DE RESOLUCIÓN

En esta publicación se examina y valora lo que causa el deterioro de la capa de ozono, los impactos que este genera, el sistema convencional de aplicación, que se ha ido pactando a medida que han progresado los avances científico-técnicos, destacándose en él el Convenio de Viena de 22 de marzo de 1985 y el Protocolo de Montreal de 16 de septiembre de 1987 junto con sus principales ajustes y enmiendas (Londres, junio de 1990; Copenhague, noviembre de 1992; Viena, diciembre de 1995; Montreal, septiembre de 1997; Beijing, noviembre-diciembre de 1999; Montreal, septiembre de 2007; Kigali, octubre de 2016; Quito, noviembre de 2018), así como un conjunto de normas del Derecho de la Unión Europea y del Derecho español que lo complementan y lo perfeccionan. De todo este conjunto normativo se evalúan sus objetivos, sus obligaciones, sus efectos, su aplicación práctica y su eficacia, su interacción con el cambio climático, haciéndose algunas propuestas de mejora. Ahora bien, debido, entre otras cosas, a las incertidumbres existentes, no parece muy cercana la resolución del deterioro de la capa de ozono.

Palabras clave: capa de ozono, Convenio de Viena, Protocolo de Montreal, enmiendas y ajustes, cambio climático.

ABSTRACT

THE DEPLETION OF THE OZONE LAYER AS A GLOBAL ISSUE PENDING RESOLUTION

This publication examines and assesses what causes the deterioration of the ozone layer, the impacts it generates, the conventional application system, which has been agreed upon as scientific-technical advances have progressed, highlighting in it the Vienna Convention of March 22, 1985 and the Montreal Protocol of September 16, 1987 together with their

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Burgos (*jjmartin@ubu.es*). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 10 de febrero de 2022.

main adjustments and amendments (London, June 1990; Copenhagen, November 1992; Vienna, December 1995; Montreal, September 1997; Beijing, November-December 1999; Montreal, September 2007; Kigali, October 2016; Quito, November 2018), as well as a set of regulations of European Union Law and Spanish Law that complement it and perfect it. The objectives, obligations, effects, practical application and effectiveness of this entire set of regulations are evaluated, along with their interaction with climate change, making some proposals for improvement. However, due, among other things, to the existing uncertainties, the resolution of the deterioration of the ozone layer does not seem very close.

Keywords: ozone layer, Vienna Convention, Montreal Protocol, amendments and adjustments, climate change.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SUS CAUSAS Y SUS IMPACTOS: ¿SON REALMENTE BIEN CONOCIDOS?—2.1. Sus causas.—2.2. Sus impactos.—2.3. ¿Son realmente bien conocidos?—3. EL SISTEMA CONVENCIONAL PACTADO AL COMPÁS DE LOS AVANCES CIENTÍFICOS.—3.1. El Convenio de Viena de 22 de marzo de 1985.—3.2. El Protocolo de Montreal de 16 de septiembre de 1987.—3.3. Los principales ajustes y enmiendas al Protocolo.—3.3.1. Londres, junio de 1990.—3.3.2. Copenhague, noviembre de 1992.—3.3.3. Viena, diciembre de 1995.—3.3.4. Montreal, septiembre de 1997.—3.3.5. Beijing, noviembre-diciembre de 1999.—3.3.6. Montreal, septiembre de 2007.—3.3.7. Kigali, octubre de 2016.—3.3.8. Quito, noviembre de 2018.—4. EL COMPLEMENTO POR NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE DERECHO INTERNO ESPAÑOL.—4.1. La legislación de la UE.—4.1.1. El Reglamento sobre las SAO.—4.1.2. Otras normas.—4.2. La legislación española.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas del siglo XX se consideró la protección de la capa de ozono como el gran desafío mundial ambiental[1]. Hoy día, sin embargo, parece, sino olvidado entre las grandes cuestiones de la agenda global, al menos muy desplazado por los retos que plantean otros problemas globales ambientales y, en especial, el cambio climático.

Este y aquel presentan evidentes interrelaciones, tal y como se infiere, desde un prisma fáctico, de que el ozono estratosférico absorbe las radiaciones solares que llegan a la Tierra, que puede considerarse como un gas de efecto invernadero (GEI), y que las medidas que se aplican para frenar el cambio climático pueden deteriorar la capa de ozono (y a la inversa). Desde un prisma jurídico, se deduce del tratamiento general que el Protocolo de Montreal (PM) depara al clima, sobre todo tras entrar en vigor la enmienda de Kigali[2].

[1] MARTÍN ARRIBAS, J. J., «La degradación de la capa de ozono. Un enorme desafío para la comunidad internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994, vol. XLVI, núm. 2, pp. 533-556. Más tarde se considera «amenaza ambiental» en, por ejemplo, VAN ENGEL, J., «Introducción», en PNUD, *Protección de la capa de ozono y reducción del calentamiento del planeta. Resultados, estudios de casos y lecciones aprendidas del Programa del PNUD relativo al Protocolo de Montreal*, Nueva York, PNUD, 2014, p. 1.

[2] O de que el agotamiento de la capa de ozono se proyecte en el calentamiento global. Véase DUPUY, P.-M. y VIÑUALES, J.-E., *International Environmental Law*, 2.ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 167-168.

Con ella puede afirmarse, con certeza, que dicho instrumento contribuye a frenar el cambio climático.

La capa de ozono forma parte de la estratosfera, envuelve la Tierra y la protege de los rayos ultravioletas que le llegan desde el Sol. Sirve, a este propósito, como si fuera una gigantesca pantalla, un enorme escudo protector que absorbe y/o filtra la radiación ultravioleta, protegiendo así toda la vida que existe en el planeta. Dependiendo de su ubicación geográfica y de la estación del año, fluctúa y se sitúa aproximadamente entre 15 y 50 km por encima de la superficie del planeta. Conforma «un sistema extremadamente complejo y frágil» y su estado se ve condicionado tanto por «la variabilidad de los elementos que la componen», como por «el conjunto de mecanismos de acción y de interacciones» que se producen en ella[3].

Así las cosas, el deterioro al que se ha visto sometida se debe a un conjunto de sustancias que agotan la capa de ozono (SAO), que originan en su mayoría los seres humanos a través de diversos procesos industriales, bienes de consumo, actividades agrícolas y domésticas, etc. Su agujero, cambiante según los años y las estaciones, se ha visto reflejado, sobre todo, en la Antártida[4] y, en ocasiones y con menor intensidad, durante la primavera ártica[5].

Para conocer con mayor profundidad este fenómeno parece oportuno, primero, repasar las causas que lo producen y los impactos que provoca, valorando si realmente son o no conocidos en la actualidad; segundo, analizar el sistema convencional pactado al compás de los avances científicos; tercero, conocer en qué medida dicho sistema proyecta sus efectos jurídicos en el Derecho de la Unión Europea (DUE) y en el Derecho interno español; y, como colofón de lo anterior, desarrollar un conjunto de reflexiones finales.

2. SUS CAUSAS Y SUS IMPACTOS: ¿SON REALMENTE BIEN CONOCIDOS?

Desde hace más de un siglo[6] la capa de ozono ha sido un tema objeto de investigación para los científicos. Ya, en los 60, se preocuparon de estudiar, ante todo, la incidencia negativa que podían tener en ella los vuelos supersó-

---

[3] Abdoulwahab, M. T., *Analyse de la Variabilité et la Tendance de l'Ozone Stratosphérique au-dessus des Tropiques et Subtropiques sud*, Tesis, Université de la Réunion, 2016, p. 1.

[4] Es «una destrucción masiva y completa en toda el área cubierta por el vórtice polar antártico, de dimensiones de unos 35 millones de km^2 en su máximo apogeo en un rango de alturas entre 14 y 20 km durante los meses de la primavera austral» [Gil Ojeda, M., «Evolución planetaria del ozono estratosférico», en de la Morena Carretero, B.-A. *et al.* (dirs.), *La radiación solar: efectos en la salud y el medio ambiente*, Sevilla, Universidad Internacional de Andalucía, 2010, pp. 79-94, esp. p. 86].

[5] En ocasiones ha afectado a Europa (Bodin, L., *Préparez-vous au changement: Des prophéties à la réalité*, París, Humanis, 2017, p. 9). Gil indica que un caso especialmente interesante tuvo lugar en enero de 2004 sobre la Península Ibérica, alcanzándose los valores históricos más bajos desde que se tienen medidas (1980) (Gil Ojeda, M., *op. cit.*, p. 90).

[6] Los físicos Henri Buisson y Charles Fabry descubrieron la capa de ozono en 1913. Años después, el británico G. M. B. Dobson desarrolló un espectrofotómetro simple (medidor Dobson) que podía usarse para medir el ozono estratosférico desde el suelo (Thangavel, S. y Kumar Reddy, K. K. S.,

nicos[7]. Ahora bien, el punto de inflexión que marcó un antes y un después en la cuestión de su deterioro lo marcó el trabajo de carácter teórico de Molina y Rowland en 1974[8] y los resultados prácticos de las pruebas que Farman y su equipo experimentaron en la Antártida[9]. ¿Qué causa dicha degradación y qué impactos más relevantes produce?

2.1. Sus causas

Como ya se ha avanzado, son las SAO las que ocasionan el deterioro de la capa de ozono; las cuales se han ido detectando progresivamente, las han investigado los científicos, las empresas las han ido sustituyendo en sus procesos productivos y los plenipotenciarios de los Estados las han incorporado a las correspondientes normas convencionales que, con diferentes hojas de ruta o calendarios, inciden en su producción, su control, su comercio y, en su caso, su eliminación.

En una visión de conjunto puede afirmarse que combinan fundamentalmente elementos químicos como el cloro, el flúor, el carbono, el bromo y el hidrógeno. En concreto cabe destacar, entre las sustancias más reglamentadas, los clorofluorocarbonos (CFC), los halones, el bromoclorometano (BCM), el tetracloruro de carbono (CC_{l4}), los hidrobromofluorocarbonos (HBFC), los hidroclorofluorocarburos (HCFC), los bromofluorocarburos (BFC), el bromuro de metilo y el metilcloroformo o 1.1.1-tricloroetano ($C_2H_3CI_3$). De todos ellos, se considera que los CFC son las sustancias que más han degradado la capa de ozono. Los otros se han ido utilizando, en gran medida, como sustitutivos de aquellos y, aunque con una influencia menor, promueven el efecto invernadero, por lo que, por tanto, fomentan el cambio climático.

Su uso es más corriente de lo que, a primera vista, podría imaginarse, dado que se utilizan en actividades como la refrigeración (industrial y doméstica), la climatización (p. ej., aire acondicionado de viviendas y de coches), los aerosoles, las espumas sintéticas, los disolventes, los fumigantes, los extintores de incendios, la limpieza, los esterilizantes (hospitales), etc. Ni que decir tiene que, junto a estas sustancias y materiales de origen humano, interactúan otras de carácter natural, como pueden ser la radiación solar, las erupciones volcánicas o el vapor de agua[10].

«Ozone Layer Depletion and Its Effects: A Review», *International Journal of Environmental Science and Development*, febrero de 2011, vol. 2, núm. 1, pp. 30-37.

[7] Harrison, H. *et al.*, «The Condensation and Sublimation of CO_2 with H_2O: Carbonic Acid on Mars?», *Planetary and Space Science*, abril de 1968, vol. 16, núm. 4, pp. 495-499.

[8] Molina, M. y Rowland, S. «Stratospheric Sink for Chlorofluoromethanes: Chlorine Atom - Catalyzed Destruction of Ozone», *Nature*, junio de 1974, núm. 249, pp. 810-812.

[9] Farman, J. C. *et al.*, «Large losses of total ozone in Antarctica reveal seasonal ClOx/NOx interaction», *Nature*, mayo de 1985, núm. 315, pp. 207-210.

[10] Fergusson, A., *La couche d'ozone de l'Arctique. Les réactions de la couche d'ozone de l'Arctique aux substances destructrices de l'ozone et aux changements climatiques*, Toronto, Environnement Canada, 2010, pp. 12 y ss.

2.2. Sus impactos

El deterioro de la capa de ozono genera impactos adversos para la salud de los seres humanos, ya que aumenta el riesgo de que sufran cáncer de piel, cataratas y otras enfermedades oculares, enfermedades neurológicas, envejecimiento más rápido de la piel, debilitamiento de su sistema inmunológico, etc. También los padecen los animales y las plantas, toda vez que influye negativamente en la diversidad biológica, en la fotosíntesis, en el plancton y en el fitoplancton, en la producción agrícola, forestal, ganadera y pesquera, causando perjuicios económicos a las familias y a las empresas cuya vida depende económicamente de estos sectores.

Además de los daños que pueden padecer todos los seres vivos, hay materiales, como los del sector de la construcción (p. ej., pinturas, gomas, madera, etc.), que se ven impactados sufriendo alteraciones en su calidad y composición, lo cual afecta, a su vez, tanto a sus propiedades y a su durabilidad como a su eficacia. El medio ambiente global se ve perjudicado porque el deterioro de la capa de ozono contribuye a la contaminación de los suelos, a la desertización, al aumento de las lluvias ácidas, la contaminación del agua por sustancias químicas tóxicas, las variaciones en el clima; obviamente afectando de forma desigual según las zonas o regiones geográficas del planeta.

Las consecuencias económicas tampoco son nada despreciables. Los costes sanitarios para atender a los seres humanos y a los animales se van disparando como corolario del incremento de las enfermedades. Del mismo modo cabe referirse a los fitosanitarios en lo que respecta a las plantas. Asimismo, las pérdidas económicas son incontestables si se considera la exigencia fáctica de tener que utilizar nuevos materiales y muchas más veces. Y, en fin, un amplio abanico de retos ambientales a los que se enfrenta cotidianamente la humanidad se ven agravados y multiplicados.

2.3. ¿Son realmente bien conocidos?

Podría considerarse que, en términos generales, las causas y los impactos del deterioro de la capa de ozono son bastante conocidos tras más de cinco décadas de investigaciones científico-técnicas. Ahora bien, desde un prisma más particular, podría sostenerse que se tienen unos conocimientos relativos, dado que, como indica Kiss, los efectos o consecuencias de este fenómeno no son muy conocidos ya que, hasta ahora, todo tipo de vida que se ha desarrollado en la Tierra lo ha hecho bajo la protección de la capa de ozono que conocemos[11]. Y en lo que respecta a las causas, cabe considerar que los propios científicos vienen descubriendo nuevas SAO, mezclas, consecuencias e influencias entre ellas, y cómo potencian los efectos adversos que tienen las causas naturales en el deterioro de la capa de ozono, así como con otros desafíos ambientales.

[11] Kiss, A.-Ch., *Droit international de l'environnement,* París, Pédone, 1989, p. 204.

En resumidas cuentas, debe reconocerse que hay datos científico-técnicos, pero que no son totalmente concluyentes, no están cerrados y es muy probable que las investigaciones en curso aporten otros nuevos. En este sentido, podría decirse con Giles que hay «un cierto grado de incertidumbre» sobre las causas y las consecuencias de la destrucción del ozono estratosférico[12]. Mientras tanto la realidad de las cosas muestra que se han ido haciendo continuos descubrimientos sobre las SAO, sus interacciones y su incidencia con la capa de ozono; lo que ha permitido que un buen número de Estados hayan pactado compromisos efectivos, acordando normas de Derecho internacional (DI) convencional con una aceptación universal[13] como solución pactada para afrontar este reto global.

3. EL SISTEMA CONVENCIONAL PACTADO AL COMPÁS DE LOS AVANCES CIENTÍFICOS

Este sistema convencional se inicia mediante la celebración del Convenio de Viena (CV) para la protección de la capa de ozono de 22 de marzo de 1985[14], se completa con el PM relativo a las SAO de 16 de septiembre de 1987[15] y se va perfeccionando con todo un conjunto de ajustes y de enmiendas que, a lo largo del tiempo, han ido modificando y complementando este último. Como indica Giles[16], es el fruto de una negociación dinámica que ha asegurado una cooperación continua que ha permitido adaptarse a los datos que han ido surgiendo. Lo que no impide que no hayan prevalecido los intereses de algunas Partes sobre otras o, como argumenta Gareau, haya habido desacuerdos entre potencias globales, miembros de la comunidad científica, la sociedad civil, etcétera[17].

3.1. El Convenio de Viena de 22 de marzo de 1985

Vigente desde el 22 de septiembre de 1988[18], persigue un objetivo bastante general, etéreo y programático, propio de la época en que fue redactado, de

---

[12] Véase Giles Carnero, R., *La amenaza contra la capa de ozono y el cambio climático: respuesta jurídico-internacional*, Huelva, Universidad de Huelva, 2003, pp. 33 y 49.

[13] Como indican las Naciones Unidas, el 16 de septiembre de 2009, el CV y el PM se convirtieron en los primeros tratados de la historia que consiguieron su ratificación universal (Naciones Unidas, «Día Internacional de la Preservación de la Capa de Ozono, 16 de septiembre», *https://www.un.org/es/observances/ozone-day*).

[14] Véase el instrumento de adhesión de España al CV de 13 de julio de 1988, en *BOE* núm. 275, de 16 de noviembre de 1988.

[15] Véase el instrumento de ratificación de España del PM en *BOE* núm. 65, de 17 de marzo de 1989.

[16] Giles Carnero, R., «La protección internacional de la capa de Ozono», en Sindico, F. *et al.* (coords.), *Derecho Internacional del Medio Ambiente: una visión desde Iberoamérica*, CMP Electronics Group, pp. 161-184, esp. p. 162.

[17] Gareau, B.-J., *From Precaution to Profit: Contemporary Challenges to Environmental Protection in the Montreal Protocol*, Yale, Yale University Press, 2013.

[18] Entró en vigor a los noventa días desde que se depositó el 20.º instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. España depositó su instrumento de adhesión el 25 de julio de 1988, convirtiéndose en Parte.

ser pionero en la esfera de la cooperación internacional ambiental y de estar condicionado quizá por su naturaleza de Convenio marco de carácter global[19]: proteger la salud humana y el medio ambiente de los efectos adversos que causen las modificaciones de la capa de ozono[20].

En cuanto a las obligaciones que impone, se constata que, de modo retórico, vago e impreciso, las supedita a la finalidad ya mencionada, a la que considera también una obligación general. No en vano, las Partes deben «adoptar las medidas apropiadas», que según «los medios de que dispongan y en la medida de sus posibilidades» pueden consistir en un conjunto de obligaciones genéricas, propias de la más respetable voluntariedad de una cooperación internacional superflexible. Se trata de efectuar «observaciones sistemáticas, investigación e intercambio de información», adoptar normas y políticas, formular medidas y procedimientos, así como cooperar con las organizaciones internacionales que tengan competencia en esta materia. Otros compromisos se centran en el terreno de «la iniciación de investigaciones y observaciones sistemáticas», «el intercambio de la información científica, técnica, socioeconómica, comercial y jurídica»[21], o, por terminar, en el sistema de solución de controversias sobre la interpretación y aplicación del CV[22]. Por tanto, puede reconocerse con Weiss que sus «obligaciones son generales y no imponen ningún límite particular concerniente a las sustancias químicas que agotan la capa de ozono»[23]. Ahora bien, debe dejarse constancia de que enumera SAO en su Anexo I, lo cual puede dar una idea bastante aproximada de las líneas de investigación científica que se priorizaban por aquella época en este campo[24] y que marcarían los avances en las investigaciones posteriores.

También regula, entre otras materias, la transmisión de información, una estructura orgánica o institucional de carácter permanente, la adopción de Protocolos, su relación con ellos (solo las Partes de este pueden serlo de aquellos), el depositario, la prohibición de formular reservas y la posibilidad de retirada[25], lo que a la postre influirá en la estructura y en el articulado de posteriores convenios ambientales globales de aplicación a otras esferas, como el cambio climático, la diversidad biológica, etc. Todo esto hace que sea como

---

[19] Convenio marco porque «recoge la posibilidad de adoptar protocolos en el seno de la Conferencia de las Partes». De carácter global, «porque se elimina expresamente en su articulado la posibilidad de introducir cualquier tipo de reserva» y porque con él «se pretende dar solución a un problema de ámbito espacial de alcance mundial». Martín Arribas, J. J., «La degradación...», *op. cit.*, pp. 540-541.

[20] Así se deduce del último apartado de su preámbulo y de su art. 2.1.

[21] Arts. 2, 3 y 4.

[22] Teniendo presentes mecanismos que pueden «procurarse» las Partes enfrentadas si así lo consideran: negociación, buenos oficios o mediación, arbitraje internacional, Tribunal Internacional de Justicia (TIJ) o Comisión de Conciliación (art. 11).

[23] Weiss, E.-B., «La Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone et le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone», *United Nations, United Nations Audiovisual Library of International Law*, 2009, p. 1.

[24] Se trata de compuestos de carbono (CO, CO_2, CH_4, hidrocarburos sin metano), nitrogenados (N_2O, Nox), clorados (alcanos), bromados (p. ej., alcanos totalmente halogenados), e hidrogenados (H_2, H_2O).

[25] Arts. 5, 6, 7, 8, 16, 18, 19 y 20.

una especie de guía de posteriores Tratados, no solo por la impronta que dejan sus contenidos jurídicos (situados en su momento y contexto histórico), sino también porque, cronológicamente hablando, es el primer Convenio marco ambiental en el que las Partes acuerdan tener especialmente en cuenta las necesidades particulares de los países en desarrollo[26]. En pocas palabras, puede remarcarse que dejó bien cimentados los fundamentos jurídicos en los que *a posteriori* se iría apoyando la construcción de todo el régimen jurídico internacional que protege la capa de ozono, apostando por la prevención[27], por la continua negociación y por la cooperación poliédrica, dados los ámbitos tan plurales en los que luego se ha ido proyectando. Buena prueba de ello es, sin duda, el procedimiento que determina para realizar enmiendas, tanto al propio CV como a futuros Protocolos y Anexos[28].

3.2. El Protocolo de Montreal de 16 de septiembre de 1987

El PM no se pacta estrictamente porque ya estuviera previsto en el CV, ni tampoco por la voluntad iluminada de ilustres juristas, científicos o políticos, sino porque, como indica Weiss, tiene lugar «una convergencia de intereses» entre una pluralidad de protagonistas[29]. Entra en vigor el 1 de enero de 1989[30] y, teniendo presente el mismo propósito que el CV, al que complementa y desarrolla jurídicamente[31], pone énfasis en todo un conjunto de limitaciones y prohibiciones que afectan a la producción, al consumo y al comercio de ciertas SAO: cinco CFC y tres halones[32]. Considerado por Dupuy y Viñales como un éxito en la historia del DI del medio ambiente[33], es también una norma jurídica que marca un antes y un después en el DI ambiental, puesto que sirve de referencia histórica y profundiza en el camino que debe seguirse para afrontar los grandes retos medioambientales. Como explica Oberthür, es un punto de referencia para el desarrollo del régimen climático internacional, de manera que las políticas que se aplican en ambas esferas se influyen

---

[26] Apdo. 4 de su preámbulo y art. 4.2.

[27] En el CV el deber de prevención, aunque es general (p. ej., preámbulo), se concreta en las actividades humanas realizadas bajo la jurisdicción o control de las Partes (art. 2). En el PM, las Partes se declaran «decididas a proteger la capa de ozono adoptando medidas preventivas para controlar equitativamente las emisiones mundiales totales» de las SAO (preámbulo). Con él se marca un antes y un después del principio de prevención en su regulación en el DI convencional (sobre este principio: Duvic-Paoli, L.-A., *The Prevention Principle in International Environmental Law,* Cambridge, Cambridge University Press, 2018; o Hickey Jr., J.-E. y Walker, V.-R., «Refining the precautionary principle in international environmental law», *Virginia Environmental Law Journal,* primavera de 1995, vol. 14, núm. 3, pp. 423-454).

[28] Arts. 9 y 10.

[29] Cita la interacción de los científicos, el sector privado, las ONG y los gobiernos. Weiss, E.-B., «La Convention...», *op. cit.,* p. 2.

[30] España depositó su instrumento de ratificación el 16 de diciembre de 1988.

[31] Apdo. 3 del preámbulo.

[32] Como se insertan en su Anexo A, con sustancias controladas agrupadas en dos grupos, Grupo I con CFC y Grupo II con halones.

[33] Dupuy, P.-M., y Viñuales, J.-E., *International..., op. cit.,* p. 161.

mutuamente[34]. Puede considerarse como versátil en la medida en que, para alcanzar sus objetivos, su contenido jurídico se puede ir adaptando, con cierta facilidad, a las exigencias que, con el transcurso del tiempo, marquen los avances científico-técnicos; y como innovador debido al conjunto de sistemas y herramientas que diseña su articulado.

A diferencia del CV, prescribe obligaciones mucho más concretas. Pero, en la línea que marca aquel, considera la especial situación en la que se hallan las Partes en desarrollo, permitiéndoles, en determinadas circunstancias, aplazar el cumplimiento de las medidas de control y superar el nivel de consumo de esas sustancias. Dicho de otro modo, les permite seguir un calendario mucho más flexible que las Partes desarrolladas en lo que hace a la progresiva eliminación de tales SAO. Además, estas últimas Partes deben facilitarles el acceso a sustancias y tecnologías alternativas, a la concesión de ayudas, créditos y garantías para usar tales tecnologías, así como a la asistencia técnica para facilitar su participación y su aplicación[35]. Refuerza, por tanto, las bases convencionales de lo que se considerará después como el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas[36], que ya será proclamado expresamente en posteriores instrumentos jurídicos internacionales[37]. Prohíbe el comercio de dichas sustancias con los Estados que no sean Partes[38]. Sin embargo, permite un sistema de compensación mediante la transferencia de excedentes de producción de sustancias controladas hacia las Partes deficitarias siempre que no se superen determinadas cantidades[39]. Reconoce la posibilidad del cumplimiento conjunto de las obligaciones sobre el consumo por aquellas Partes que sean Estados miembros (EEMM) de una Organización de integración económica regional (p. ej., la UE)[40], lo cual pudo influir en la redacción de instrumentos internacionales posteriores como es el caso del Protocolo de Kioto de 1997[41] o del Acuerdo de París de 2015[42].

Tanto los conocimientos científicos y técnicos, como los avances que se produzcan en el futuro conforman los puntos de referencia sobre los que

---

[34] Oberthür, S. «Linkages between the Montreal and Kyoto Protocols-Enhancing Synergies between Protecting the Ozone Layer and the Global Climate», *International Environmental Agreements*, 2001, vol. 1, núm. 3, pp. 357-377.

[35] Arts. 5 y 10.

[36] Para profundizar: Borràs Pentinat, S., «Análisis jurídico del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas», *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, 2004, vol. 25, núm. 49, pp. 153-198; Giles Carnero, R.-M., «La reunión de Copenhague de 2009: las nuevas negociaciones en torno al Principio de Responsabilidades Comunes pero diferenciadas de los Estados en materia de clima», *Cuadernos Europeos de Deusto*, 2010, núm. 42, pp. 125-153.

[37] Se menciona en la Convención de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992 [preámbulo, arts. 3.1, 4.1, 7.2.*b)* y *c)*], el Protocolo de Kioto de 1997 (art. 10) y el Acuerdo de París de 2015 (preámbulo, arts. 2.2, 4.3 y 4.19).

[38] Art. 4.

[39] Véase art. 2.5 y 7.

[40] Art. 2.8.

[41] Art. 4.

[42] Arts. 4, 20, 21 y 25.

deben adoptarse progresivamente las nuevas medidas para proteger la capa de ozono[43] y llevar a cabo la evaluación y el examen de las medidas de control[44]. A este respecto, establece todo un sistema de supervisión por el que las Partes se obligan a presentar una serie de datos estadísticos sobre la producción y el comercio de SAO ante la Secretaría y a seguir un procedimiento en caso de incumplimiento; ambos, en la práctica, no son punitivos, pero sí persuasivos y bastante efectivos. Para llevar a cabo la mencionada evaluación las Partes decidieron en 1989 crear grupos de expertos: el grupo de evaluación científica, el grupo de evaluación tecnológica y económica y el grupo de evaluación de efectos ambientales[45]. Por otro lado, las Partes aprobaron un procedimiento para afrontar el incumplimiento de las disposiciones del PM y de otras medidas[46]. Este procedimiento, que en los 90 parecía muy novedoso, se convertiría, como indica Cardesa, en «referente»[47] para otros regímenes multilaterales ambientales, no en vano, a mi parecer, actúa como resorte principal que impulsa el alto grado de efectividad en el cumplimiento de los objetivos perseguidos.

Incluye una estructura institucional muy similar a la del CV, en la cual destaca la Reunión de las Partes (MOP) como órgano asambleario e intermitente, junto con la Secretaría[48] como órgano permanente, que, además, la comparte con el CV en la práctica[49]. La MOP es la pieza institucional clave para adoptar las medidas necesarias para la correcta aplicación del PM y el cumplimiento efectivo de sus objetivos. No en vano, como indica Giles, decide las medidas de ajuste, revisión y enmienda que sean necesarias, examina las peticiones de asistencia técnica, discute y aprueba el presupuesto[50], etc. Otras cuestiones de carácter sustantivo son el deber de las Partes de cooperar en las esferas de la investigación, en el intercambio de información, en la regulación de fondos económicos para su aplicación y sus relaciones con el CV[51]. Y, en fin, desde un prisma más formal, al lado de cuestiones clásicas,

---

[43] Apdo. 5 del preámbulo.

[44] Art. 6.

[45] Véase Arbour, J.-M. *et al., Droit international de l'environnement*, 3.ª ed., t. 2, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 731; Yoshida, O., *The International Legal Regime for the Protection of the Stratospheric Ozone Layer*, 2.ª ed. rev., La Haya, Brill/Nijhoff, 2018, pp. 212 y ss.

[46] Para profundizar: Szell, P., «The Montreal Protocol: a new legal model for compliance control», en Prestre, P. G. *et al.* (eds.), *Protecting the Ozone Layer,* New York, Springer Science+Business Media, 1998, pp. 91 y ss.

[47] Cardesa Salzmann, A., «El procedimiento de no cumplimiento del Protocolo de Cartagena sobre seguridad en la biotecnología: ¿Un mecanismo eficaz?», *REEI*, 2010, núm. 20, p. 2.

[48] Tiene su sede en Nairobi dentro del PNUMA. Se ocupa de la organización de las conferencias y reuniones (del CV y del PM), recibe de las Partes y les proporciona información, supervisa la correcta aplicación del CV, del PM y de lo que acuerden las Partes (arts. 7 del CV y 12 del PM).

[49] A estos órganos principales, cabe añadir otros, como el Comité científico (dirige y hace investigaciones científicas), el Comité de Opciones Técnicas (aprueba las tecnologías alternativas para reducir o eliminar las SAO), el mencionado Comité de aplicación del PM (analiza medidas relacionadas con la aplicación del PM y las presenta a la COP para su aprobación; examina los hipotéticos supuestos de incumplimientos) y el Comité ejecutivo del Fondo Multilateral (lo administra).

[50] Giles Carnero, R., «La protección...», *op. cit.,* p. 176.

[51] Arts. 10, 13, 14.

como la firma, la entrada en vigor, la adhesión, la prohibición de formular reservas o la denuncia[52], incorpora la posibilidad de efectuar ajustes y enmiendas[53].

3.3. Los principales ajustes y enmiendas al Protocolo

Se deben considerar los principales ajustes y enmiendas que se han efectuado al PM puesto que, entre otras cosas, revelan muy bien la evolución jurídico-técnica que esta norma ha seguido precisamente por las incidencias que los progresos tecnológicos y científicos han ido teniendo en ella.

Desde una perspectiva orgánico-institucional, debe recordarse que si bien la Conferencia de las Partes (COP) en el CV es competente para aprobar no solo enmiendas a este, sino también a sus Protocolos y a sus respectivos Anexos, la MOP en el PM, por su lado, lo es para examinar y aprobar ajustes y propuestas de enmienda al PM y a sus Anexos[54]. En todo caso, si nos fijamos en su finalidad y alcance, ambas figuras, ajustes y enmiendas, pueden considerarse como mecanismos que, si se utilizan de forma apropiada, son muy útiles para actualizar las prohibiciones y las eliminaciones de las SAO siguiendo nuevos calendarios e, incluso, regular nuevas SAO con las que incorporar los avances científico-técnicos que surjan.

Desde un ángulo procedimental, los ajustes son decisiones que se adoptan en el seno de la COP o de la MOP por consenso o, en su caso, por una mayoría de dos tercios de las Partes presentes y votantes que representen una mayoría de las Partes desarrolladas y una mayoría de las Partes en desarrollo. Transcurridos seis meses desde que el depositario los haya comunicado a las Partes, devienen obligatorios para todas ellas, a menos que se disponga otra cosa[55]. Además de presentar este alcance general, siguen unos procedimientos y unos plazos más perentorios que los que requieren las enmiendas, entrañando, por tanto, la reducción de forma más apremiante de la producción, el consumo y el comercio de las SAO afectadas, fomentando con mayor rapidez nuevas investigaciones y, en definitiva, adaptando ágilmente la norma a las demandas sociales. Por su parte, las enmiendas son decisiones que coinciden con los ajustes en que las toma la COP o la MOP, pero se exige una mayoría de dos tercios de las Partes en el PM presentes y votantes en la reunión[56]. Su obligatoriedad no se despliega frente a todos, sino tan solo frente a las Partes que las ratifiquen, aprueben o acepten y a los noventa días contados desde que el depositario reciba la correspondiente notificación o bien se haya depositado su instrumento de ratificación, aprobación o aceptación de las enmiendas, exigiéndose normalmente como condición que haya

[52] Arts. 15, 16, 17, 18 y 19.
[53] Arts. 2.9, 2.10 y 11.4.
[54] Arts. 6.4 del CV y 11.4 del PM.
[55] Art. 2.9.*c)* y *d)* PM.
[56] Art. 9.4 PM.

un número mínimo de 20 Estados Partes en tales situaciones[57]. Destacan las acordadas en las MOP de Londres de 1990, de Copenhague de 1992, de Montreal de 1997, de Beijing de 1999 y de Kigali de 2016. A continuación, profundizo en los próximos análisis abordando las reuniones en las que se acordaron enmiendas y ajustes.

3.3.1. *Londres, junio de 1990*

En el marco de la 2.ª MOP, celebrada en Londres los días 27 al 29 de junio de 1990, se adoptan los primeros ajustes, que entran en vigor el 7 de marzo de 1991[58], y la primera enmienda vigente desde el 10 de agosto de 1992[59]. Con los ajustes se adelantan temporalmente al año 2000 las medidas de control ya fijadas en el art. 2 PM, así como la reducción de la producción y el consumo de los cinco CFC y de los tres alones del Anexo A del PM.

Con respecto a la enmienda, cabe reseñar, desde un prisma formal, que, además de mejorar la redacción de los párrs. 6, 7 y 9 del preámbulo del PM, reemplaza y añade algunas de las definiciones de su art. 1 («sustancia controlada», «producción» y «sustancia en transición»), así como nuevas expresiones en otras disposiciones. A nivel sustantivo, se permite a cualquier Parte transferir a otra cualquier proporción del nivel de su producción de SAO, «siempre que el total de todos los niveles calculados de producción de las Partes interesadas con respecto a cada grupo de sustancias controladas no supere los límites de producción establecidos»[60] para ese grupo y lo notifique a la Secretaría. Introduce nuevas sustancias controladas, como diez CFC completamente halogenados, el tetracloruro de carbono o cloruro de carbono o tetraclorometano (CCL_4) y el 1.1.1-tricloroetano ($C_2H_3CI_3$), junto con un calendario para disminuir gradualmente su consumo. También se ocupa de imponer limitaciones aplicables progresivamente en el tiempo al comercio de SAO con Estados que no sean Partes en el PM. En el cumplimiento de las obligaciones que impone tiene especialmente en cuenta la situación particular de las Partes en desarrollo, fijando para ellas determinadas facilidades y aplazamientos en el cumplimiento de las obligaciones establecidas.

Desde un plano institucional, refuerza el papel que debe jugar la Secretaría, no solo en las informaciones a recibir de las Partes, sino también en todo lo referente a un conjunto de datos estadísticos sobre la producción y el comercio de las sustancias controladas. Por tanto, dicho órgano empieza a ejercer una especie de somera supervisión o control blando consistente en

[57] Arts. 9.5 y 10 PM.

[58] Mediante su Decisión II/1 (ONU Medio Ambiente, *Manual..., op. cit.,* pp. 825-826), *BOE* núm. 29, de 2 de febrero de 1991.

[59] Mediante su Decisión II/2 (ONU Medio Ambiente, *Manual..., op. cit.,* pp. 840 y ss.). El instrumento de aceptación por España es de 29 de abril de 1992 (*BOE* núm. 168, de 14 de julio de 1992).

[60] Art. 2.5.

su deber de acoger ciertos datos que tienen que remitirle las Partes. Crea un Fondo Multilateral[61] provisional para aplicar el PM con el propósito de prestar ayuda a las Partes en desarrollo, financiando inversiones, programas, asistencia técnica, transferencias de tecnología y, en suma, para cumplir las obligaciones que dimanen del PM y de sus revisiones. Sus recursos económicos van a proceder de las aportaciones de las Partes desarrolladas[62] y deben renovarse cada tres años. De cara al futuro, se contempla crear un Comité Ejecutivo para supervisar tales recursos, las normas aplicables y, en definitiva, para ayudar a cumplir los objetivos para los que se crea el Fondo Multilateral.

Al ser la primera de las enmiendas, va a condicionar, de alguna manera, las posteriores e influir directamente en los efectos jurídicos del PM, pues marcará el camino para las siguientes y estas ligarán a ella las Partes y sus efectos. Además, como indica Weiss, las Partes consideran sus contenidos como un bloque que las Partes deben aceptar o rechazar en su conjunto; y, en segundo lugar, tampoco pueden añadir otras sustancias sin aceptar el nuevo mecanismo financiero para las Partes en desarrollo[63].

3.3.2. *Copenhague, noviembre de 1992*

En la 4.ª MOP[64], que tiene lugar en Copenhague los días 23 a 25 de noviembre de 1992, se acuerdan nuevos ajustes vigentes desde el 22 de septiembre de 1993[65] y la segunda enmienda, efectiva jurídicamente desde el 14 de junio de 1994[66].

Los ajustes y reducciones se centran sustancialmente tanto en la producción como en el consumo de las sustancias controladas que se citan fundamentalmente en los Anexos A y B, afectando, en particular, a los CFC, halones, otros CFC completamente halogenados, y al tetracloruro de carbono. Y adelantan temporalmente la congelación de la producción y el consumo de unas sustancias y la prohibición de otras[67].

Con la enmienda se incluyen nuevas expresiones formales en numerosos artículos del PM. Se incorpora un nuevo art. 2.5 bis para regular las transfe-

---

[61] Para una profundización: Giles Carnero, R., «La protección...», *op. cit.*, pp. 181-182.

[62] Calculadas normalmente en sintonía con las aportaciones económicas que hacen a la ONU.

[63] Weiss, E.-B., «La Convention...», *op. cit*., p. 3.

[64] Para más detalles de la MOP: Rowlands, I. H., «The fourth meeting of the parties to the Montreal Protocol: Report and reflection», *Environment*, 1993, vol. 35, núm. 6, pp. 25-34, en *http://www.ciesin.org/docs/003-077/003-077.html*.

[65] Salvo el Anexo D con efectos jurídicos para España de 27 de mayo de 1992 (*BOE* núm. 75, de 29 de marzo de 1994). De acuerdo con las Decisiones IV/2 y IV/3 de la MOP (ONU Medio Ambiente, *Manual..., op. cit.*, pp. 827 y ss.).

[66] Véase ONU Medio Ambiente, *Manual..., op. cit.*, pp. 851 y ss., *BOE* núm. 221, de 15 de septiembre de 1995.

[67] Para finales de 1993, los halones y, para finales de 1995, los CFC, el tetracloruro de carbono o tetraclorometano (CCL_4) y el 1,1,1-tricloroetano o metilcloroformo ($C_2H_3CI_3$).

rencias de consumo entre Partes con el deber de notificarlas a la Secretaría. Cabe remarcar que una de sus grandes aportaciones materiales radica en el hecho de que aborda el control y la limitación gradual del consumo de nuevas sustancias: los hidroclorofluorocarbonos (HCFC), los hidrobromofluorocarbonos (HBFC) y el bromuro de metilo o metilbromuro. Prohíbe el comercio de los HBFC con los Estados que no sean Partes en el PM después de transcurrir un año tras su entrada en vigor. Se incluye la viabilidad de prohibir o restringir las importaciones de productos que contengan HBFC y que procedan de Estados que no sean Partes, lo cual debe decidirse en el plazo de cinco años contados a partir de su entrada en vigor.

Desde un prisma institucional, debe dejarse constancia de que refuerza las tareas de la Secretaría en lo que respecta a recibir de las Partes datos estadísticos sobre producción, importaciones y exportaciones de las SAO enumeradas en los Anexos del PM. Además, como acertadamente indica Weis[68], con ella las Partes transforman el Fondo Multilateral provisional en un fondo permanente, el cual iniciaría *de facto* su existencia el 1 de enero de 1993. De este modo se materializa definitivamente este mecanismo financiero autónomo y diverso de los tradicionales organismos financieros internacionales. Desde entonces puede considerarse como el principal instrumento que ayuda económicamente a las Partes en desarrollo del PM a cumplir con sus respectivos compromisos.

Se vincula esta enmienda con la precedente de Londres de 1990, en el sentido de que las Partes deben serlo de ambas simultáneamente. Se regula el procedimiento a seguir en caso de que las Partes no cumplan sus obligaciones y el Comité de Aplicación[69].

3.3.3. *Viena, diciembre de 1995*

La 7.ª MOP del PM se desarrolla en Viena los días 5 a 7 de diciembre de 1995. Allí se decide realizar ajustes y reducciones[70] de la producción y del consumo de las sustancias controladas. En términos generales, afectan sobre todo a aquellas sustancias incluidas en los Anexos A, B, C y E del PM, como es el caso de los clorofluorocarbonos (CFC), los halones, otros CFC completamente halogenados, y el 1.1.1-tricloroetano o metilcloroformo. Más en concreto, se acuerda que las Partes desarrolladas eliminen el bromuro de metilo para el año 2010, se ajusta el potencial de agotamiento del ozono de dicha sustancia y se aplican ciertas medidas de control para las

---

[68] Weiss, E.-B., «La Convention...», *op. cit.,* p. 1.

[69] En tal sentido: Vega, M., *Tratados internacionales para la protección de la capa de ozono,* noviembre de 2010, p. 6, *http://www.pnuma.org/ozono/Documentos/DiaOzono/tratados%20internacionales%20ozono.pdf*.

[70] Los Anexos A, B y C están vigentes desde el 5 de agosto de 1996 y el Anexo E desde 1 de enero de 1997 (*BOE* núm. 276, de 15 de noviembre de 1996). Se recogen en las Decisiones VII/I, VII/II y VII/III (ONU Medio Ambiente, *Manual..., op. cit.,* pp. 829 y ss.).

Partes en desarrollo (para las SAO de los Anexos A, B y C), permitiéndoles empero calendarios más amplios con base en años de referencia más alejados en el tiempo[71].

3.3.4. *Montreal, septiembre de 1997*

La 9.ª MOP se celebra los días 15 a 17 de septiembre de 1997 en Montreal y establece nuevos ajustes, vigentes desde el 4 de junio de 1998[72], y una nueva enmienda, que entra en vigor el 10 de noviembre de 1999[73]. Una vez más los ajustes y las reducciones se concentran en las sustancias controladas de los Anexos A (CFC, halones), B (otros CFC, CCL_4, $C_2H_3CI_3$) y E del PM, con base en las evaluaciones efectuadas de acuerdo con su art. 6. Y una vez más se acortan los plazos para conseguir una reducción en la producción y el consumo de ciertas sustancias. En concreto, las Partes desarrolladas se comprometen gradualmente a eliminar la producción y el consumo del bromuro de metilo antes del 1 de enero de 2005, salvo para «usos críticos» aprobados[74]. Por su parte, a las Partes en desarrollo les incumbe hacerlo antes del 1 de enero de 2015, con la salvedad de los «usos destinados a satisfacer sus necesidades internas». Por lo general, el punto de referencia que se toma es el nivel básico medio de consumo alcanzado durante los años 1995 a 1998.

En la enmienda pactada se observa que, además de incluir nuevas expresiones formales en numerosos artículos del PM, prohíbe la importación y la exportación del metilbromuro o bromuro de metilo con Estados que no sean Partes en el PM. Implanta un sistema de licencias para poder importar y exportar nuevas sustancias controladas, usadas, recicladas y regeneradas (CFC, halones, CCL_4, HCFC, HBFC y BCM), ayudando así a las Partes a luchar contra el tráfico ilícito de esas SAO. También se vincula esta enmienda con la de

---

[71] Cfr. Sabogal, N. A., «El Protocolo de Montreal, un modelo de concertación para la protección de la capa de ozono», *Revista de Relaciones Internacionales*, diciembre de 1998, vol. 7, núm. 14, p. 5.

[72] Estos ajustes se hallan en las Decisiones IX/1, IX/2 y IX/3 (ONU Medio Ambiente, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 831 y ss.), *BOE* núm. 276, de 18 de noviembre de 1998.

[73] Véase Instrumento de aceptación por España de 30 de abril de 1999 en *BOE* núm. 258, de 28 de octubre de 1999. Se adoptó mediante la Decisión IX/4 (ONU Medio Ambiente, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 861 y ss.).

[74] Las excepciones a la regla general de la prohibición de producir y consumir SAO por «usos críticos» o «usos esenciales» han afectado a varias SAO, como por ejemplo los CFC y el tetracloruro de carbono, cuya eliminación afecta a las Partes desarrolladas desde finales de 1995 y a las Partes en desarrollo desde finales de 2010; o el metilcloroformo para las primeras a finales de 1995 y para las segundas desde finales de 2015. Un gran número de Estados ha solicitado este tipo de excepciones o exenciones, consiguiéndolas al cumplir ciertos criterios que afectan a la propia sustancia y a la autorización. En efecto, la sustancia en cuestión debe ser necesaria para la salud y la seguridad de la sociedad y, a su vez, no debe haber alternativas o sustitutos que técnica y económicamente sean viables y aceptables desde el prisma ambiental y desde la salud. La autorización suele tener lugar cuando se tomen todas las medidas viables económicamente para minimizar este tipo de usos y la sustancia controlada no esté disponible dentro de las cantidades almacenadas o recicladas. Por ejemplo, el uso de inhaladores para el tratamiento del asma y la enfermedad pulmonar obstructiva crónica (d'Souza, S., «The Montreal Protocol and essential use exemptions», *Journal of Aerosol Medicine*, 25 de marzo de 2010, vol. 8, núm. 1, pp. 13-17).

Copenhague de 1992, al expresar que para ser Parte en ella se debe haber sido previa o simultáneamente Parte de aquella.

3.3.5. *Beijing, noviembre-diciembre de 1999*

La 11.ª MOP se desarrolla en Beijing desde el 29 de noviembre hasta el 3 de diciembre de 1999. En ella los representantes de las Partes pactan ajustes y una enmienda que entran respectivamente en vigor el 28 de julio de 2000[75] y el 25 de febrero de 2002[76].

Los ajustes inciden en un conjunto de sustancias controladas que se incluyen en los Anexos A, B y E al PM, de conformidad con las evaluaciones llevadas a cabo con base en su art. 6. En concreto, con ellos se dan ciertas facilidades a las Partes en desarrollo para satisfacer «sus necesidades básicas internas». Para ello se les permite producir CFC, halones, otros CFC completamente halogenados y bromuro de metilo o metilbromuro superando el límite del 15 por 100 con respecto a su nivel calculado de producción de un determinado año o varios dependiendo de la sustancia (p. ej., 1998, años 1995-2000) y una cantidad igual al 80 por 100 del promedio anual de su producción en varios años (p. ej., 1998-2000, 1995-2000).

Mediante la enmienda se incluyen formalmente numerosas expresiones que actualizan, en este sentido, una pluralidad de artículos del PM. Desde un ángulo sustantivo, debe resaltarse muy sucintamente que, en lo que concierne a los hidroclorofluorocarbonos (HCFC), se suspende su producción tanto en las Partes desarrolladas como en las Partes en desarrollo, si bien a estas últimas se permite hasta un 15 por 100 más para satisfacer «sus necesidades básicas internas»; mientras que su nivel de consumo se va limitando progresivamente con base en porcentajes establecidos según hojas de ruta o calendarios que hoy ya están superados o sobrepasados. También prohíbe la producción y el consumo de bromoclorometano (BCM) en el periodo sucesivo de 12 meses contados a partir del 1 de enero de 2002, salvo que las Partes decidan que necesitan producirlo o consumirlo para satisfacer «sus usos esenciales». Y, en fin, se prohíbe su exportación a los Estados que no sean Partes en el PM: los HCFC desde el 1 de enero de 2001 y el BCM un año después de que la enmienda se halle vigente. Por último, se vincula esta enmienda con la de 1997, esto es, la adoptada en la 9.ª MOP celebrada en Montreal, de tal modo que tan solo pueden ser Partes quienes previa o simultáneamente lo sean de aquella.

Naturalmente se adoptan otras decisiones, como es el caso de la renovación del Fondo Multilateral para los próximos años[77].

---

[75] De acuerdo con sus Decisiones XI/2, XI/3 y XI/4 (ONU MEDIO AMBIENTE, Manual..., *op. cit.*, pp. 833 y ss.), *BOE* núm. 16, de 18 de enero de 2001.

[76] Decisión XI/5 (ONU MEDIO AMBIENTE, *Manual..., op. cit.*, pp. 863 y ss.). El instrumento de aceptación por España data de 7 de febrero de 2002 (*BOE* núm. 70, de 22 de marzo de 2002).

[77] Véase OBERTHÜR, S., «Ozone Layer Protection at the Turn of the Century: The Eleventh Meeting of the Parties to the Montreal Protocol», *Environmental Policy and Law*, 2000, vol. 30, pp. 34-41.

3.3.6. *Montreal, septiembre de 2007*

La 19.ª MOP se celebra en Montreal los días 17 a 21 de septiembre de 2007 y acuerda una pluralidad de ajustes según el procedimiento que fija el art. 9.2 del PM y considerando las evaluaciones realizadas con base en su art. 6, que entran en vigor el 14 de mayo de 2008[78]. Con ellos se revisó la situación de los hidroclorofluorocarbonos (HCFC), fijando nuevas medidas de control tanto para las Partes desarrolladas como para las Partes en desarrollo, y obligándoles a disminuir progresivamente su producción y su consumo de acuerdo con un calendario y unas reducciones concretadas en fechas concretas. Así, debe considerarse la limitación del 25 por 100 a partir del 1 de enero de 2010, el 10 por 100 desde el 1 de enero de 2015 o 0 a partir del 1 de enero de 2020. Ahora bien, cada Parte puede producir y consumir hasta 0,5 por 100 hasta 2030 si tal consumo procede del mantenimiento de equipo de refrigeración y aire acondicionado existente el 1 de enero de 2020. Obviamente estas limitaciones y los calendarios o fechas en las que se aplican no son aplicables a las Partes en desarrollo, puesto que se les facilitan porcentajes más altos y fechas más lejanas en el tiempo para su aplicación. Por ejemplo, su prohibición de consumo o consumo 0 cuenta a partir del 1 de enero de 2030.

3.3.7. *Kigali, octubre de 2016*

En la 28.ª MOP celebrada, en Kigali, los días 10 al 15 de octubre de 2016 se adopta una enmienda al PM para reducir la producción y el consumo de HFC[79], que entra en vigor el 1 de enero de 2019[80]. Según la Organización Meteorológica Mundial (OMM) esta era una sustancia cuyas emisiones aumentaban cada año un 8 por 100 y era más de 14.000 veces potente como GEI que el CO_2[81]. Más en concreto, introduce 18 tipos de HFC en la lista de SAO que controla el PM y prescribe un calendario con reducciones progresivas de producción y consumo a partir del 1 de enero de 2019, acompañadas de porcentajes máximos tomando como referencia los años 2011 a 2013, de manera que, para el año 2036 y los siguientes años, se concretan en un 15 por 100. O lo que es lo mismo, para esa fecha las Partes desarrolladas deben haber

---

[78] Según su Decisión XIX/6 (ONU Medio Ambiente, *Manual..., op. cit.,* pp. 835 y ss.), *BOE* núm. 137, de 6 de junio de 2009.

[79] «Los HFC no son SAO, pero sí poderosos GEI que tienen un potencial de calentamiento atmosférico importante», ONU Medio Ambiente, PNUMA, Secretaría del Ozono, «Nota informativa sobre la ratificación de la Enmienda de Kigali, febrero de 2017», *http://conf.montreal-protocol.org/meeting/oewg/oewg-39/presession/briefingnotessp/ratification_kigali_S.pdf*.

[80] De acuerdo con su art. IV.1; si bien los cambios en el art. 4 PM entran en vigor el 1 de enero de 2033. Según su art. V, esta enmienda se aplicó provisionalmente a España desde el 8 de noviembre de 2021 (*BOE* núm. 300, de 16 de diciembre de 2021).

[81] Organización Meteorológica Mundial, «Un nuevo informe pone de relieve una relación recíproca entre la capa de ozono y el cambio climático», *Press Release,* 16 de septiembre de 2010, núm. 898, *https://public.wmo.int/es/media/press-release/n%C2%BA-898-un-nuevo-informe-pone-de-relieve-une-relaci%C3%B3n-rec%C3%ADproca-entre-la-capa-de.*

reducido su producción y consumo en un 85 por 100[82]. Prohíbe el comercio (importaciones y exportaciones) de HFC entre los Estados parte y los que no lo son en el PM. Prevé la destrucción del HFC_{23} a partir de 2020, la cual es una sustancia que se utiliza para fabricar ciertos HFC y HCFC con impactos adversos para el cambio climático. Establece un sistema de concesión de licencias para importar y exportar HFC controlados nuevos, usados, reciclados y regenerados, para hacer frente al comercio ilegal de estas sustancias.

Como sucede con otras enmiendas, en esta las Partes en desarrollo disponen de ciertas ventajas y flexibilidades, ya que si no están en condiciones de aplicar el sistema de concesión de licencias a partir del 1 de enero de 2019 pueden aplazarlo hasta tres años. Además, sus niveles de referencia de producción y consumo para aplicar porcentajes ya no son los años 2011 a 2013 aumentados en un 15 por 100 como sucede con las Partes desarrolladas, sino los años 2020 a 2022 aumentados en un 65 por 100. Su producción y consumo de HFC deben congelarse al 100 por 100 tomando como referencia el año 2024, para alcanzar ya en 2045 el 80 por 100. Hay, incluso, un grupo de Estados que pueden considerarse más privilegiados todavía al recibir más facilidades para su cumplimiento: Bahréin, Arabia Saudita, India, Irak, Irán, Omán, Pakistán y Qatar, que deberán congelar sus respectivos producción y consumo de HFC en 2028, tomando como referencia los años 2024 a 2026, bajando en un 10 por 100 en 2032 y alcanzando el 85 por 100 en 2047.

En su consecuencia, a la hora de cumplir con la reducción en la producción y el consumo de HFC, la enmienda de Kigali parece aglutinar a las Partes en tres grupos con exigencias diversas en cuanto a calendarios y porcentajes de reducción. Es, en este sentido, una buena muestra de la aplicación del principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. Principio que también se proyecta hacia el reconocimiento de las necesidades específicas y los particulares contextos de estas Partes, a las que se apoya económicamente en la aplicación de nuevas estrategias, de mejores tecnologías, etc. Lo cierto es que las Partes en desarrollo, además de tener flexibilidades en su aplicación, se ven beneficiadas en las actividades de apoyo, con determinadas exenciones y por el Fondo Multilateral. En lo que a este respecta se revisa su cuantía para hacer frente a las nuevas obligaciones asumidas con respecto a los HFC, aumentándola en 40 millones de dólares para los años 2018 a 2020, con respecto al periodo anterior (2015 a 2017), alcanzando, en su consecuencia, el montante de 540 millones de dólares. En todo caso, es incompatible que las Partes en desarrollo utilicen la financiación del Fondo Multilateral y la de cualquier otro mecanismo financiero para cubrir sus costes adicionales acordados.

Como ocurre con las enmiendas precedentes, esta queda vinculada con la de Beijing de 1999, puesto que nadie puede ser parte en ella si previamente no lo es de aquella. Y, además, remarca su conexión con la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático y su Protocolo de Kioto,

[82] Estados como Bielorrusia, Kazajistán, Uzbekistán y Tayikistán reciben un trato más favorable con su calendario de reducciones que es más amplio y flexible.

subrayando que no exceptúa los HFC de las obligaciones que imponen ambos instrumentos internacionales[83]. Como remarcan Rei y Farias[84], permite el inicio de una sinergia entre los regímenes jurídicos aplicados al ozono y al cambio climático. Dicho de otro modo, supone, por un lado, la constatación de que los retos ambientales globales a los que se enfrenta la comunidad internacional están claramente interrelacionados y, por otro, que esta enmienda se consagra como un instrumento jurídico-técnico para luchar contra el fenómeno del cambio climático. Su relevancia es tal que, como indican Dupuy y Viñuales, puede considerarse como «un Protocolo del Protocolo de Montreal» al abordar directamente el cambio climático[85]. En efecto, reducir los HFC no solo implica fomentar tecnologías de refrigeración mucho más eficientes y menos nocivas, sino también buscar nuevas investigaciones y alternativas, respaldando, en su consecuencia, los logros que se consigan mediante la aplicación del Acuerdo de París de 2016 y la necesaria ralentización del aumento global de la temperatura del planeta. En la práctica, además de la refrigeración, se verán afectados sectores económicos tales como el aire acondicionado y las bombas de calor.

3.3.8. *Quito, noviembre de 2018*

La 30.ª MOP tiene lugar en Quito del 5 al 9 de noviembre de 2018. En ella se adoptan ciertos ajustes[86] que están vigentes desde el 21 de junio de 2019 y que afectan a los HCFC. Desde el prisma formal, estos introducen nuevas expresiones, cambian ciertas palabras y añaden nuevas pequeñas frases al conjunto de disposiciones del PM.

A nivel material o sustantivo, si con anterioridad estaba prohibida la producción y el consumo de los HCFC después de 2020 para las Partes desarrolladas y desde 2030 para las Partes en desarrollo, salvo para los servicios de mantenimiento de aparatos de refrigeración, ahora se añaden tres nuevas e importantes excepciones: el mantenimiento de equipos de extinción de incendios y protección contra incendios existentes el 1 de enero de 2020 (para las Partes desarrolladas pues para las Partes en desarrollo la fecha es el 1 de enero de 2030), las aplicaciones de disolventes para fabricar motores de cohetes y las aplicaciones de aerosoles médicos para vía tópica dirigidos al tratamiento especializado de quemaduras. Otra excepción afecta a la producción y el consumo de HCFC por las Partes desarrollados a partir del 1 de enero de 2020 y las Partes en desarrollo a partir del 1 de enero de 2030, aunque pueden seguir con ellos si consideran que son necesarios para atender sus «usos esenciales».

---

[83] Arts. II y III.

[84] Rei, F. y Farias, V.-C., «30 anos do Protocolo de Montreal: uma história de sucesso do Direito Ambiental Internacional», *Revista de Dereito Internacional,* vol. 14, núm. 3, pp. 161-180, esp. p. 177.

[85] Dupuy, P.-M. y Viñuales, J.-E., *International..., op. cit.,* pp. 168-169.

[86] Decisión XXX/2 (ONU Medio Ambiente, *Manual..., op. cit.,* pp. 837 y ss.), *BOE* núm. 88, de 12 de abril de 2019.

4. EL COMPLEMENTO POR NORMAS DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE DERECHO INTERNO ESPAÑOL

De acuerdo con el PM, las Partes pueden adoptar medidas mucho más estrictas que las que se consideran en él[87]. Pues bien, eso es lo que ha hecho la UE, junto con sus EEMM, ya que, además de cumplir las obligaciones del PM, sus ajustes y enmiendas, aplica una legislación mucho más exigente, rigurosa y ambiciosa en lo que se refiere a la producción y el consumo de las SAO. Sus resultados son efectivos, pues «ya ha finalizado el proceso de abandono progresivo de las sustancias que destruyen el ozono, diez años antes de lo que exigían sus compromisos según el PM»[88]. En todo caso, como escribe, con buen criterio, Mariño, el DI «del medio ambiente solo es verdaderamente eficaz si se aplica por medio del Derecho interno de los Estados»[89]; y, en el caso que nos ocupa, el de la lucha contra el deterioro de la capa de ozono, la legislación española no se limita a aplicar el DI, sino que, bajo la indiscutida influencia del DUE[90] —que respeta y aplica como un Estado miembro más de la UE— regula cuestiones de carácter sectorial.

4.1. La legislación de la UE

En la numerosa legislación de la UE predominan las Decisiones y los Reglamentos sobre las Directivas[91]. Por tanto, no se ha optado por una armonización de legislaciones estatales, sino que se ha apostado por el alcance general de las normas y su obligatoriedad en todos sus elementos; lo que explica su alto grado de eficacia en toda la UE.

En su núcleo duro, destaca el Reglamento sobre las SAO[92], que conforma el pivote sobre el que gira el sistema protector de la capa de ozono. Con él, la UE se ha superado a sí misma, puesto que si, en los años 90, como indica

---

[87] Art. 2.11.

[88] Cfr. Comisión Europea, «La Unión Europea, premiada por liderazgo en un acuerdo sobre el cambio climático», *Revista Medio Ambiente para los Europeos*, 24 de enero de 2018, *https://ec.europa.eu/environment/efe/themes/climate-action/eu-rewarded-leadership-climate-change-deal_es*.

[89] Mariño Menéndez, F., «La protección internacional del medio ambiente (II)», en Díez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16.ª ed. coordinada por Escobar Hernández, C., Madrid, Tecnos, 2013, pp. 810-842, esp. p. 767.

[90] El DUE hace una remisión al Derecho interno obligando a los EEMM a establecer sanciones aplicables a las infracciones del DUE (art. 29 del Reglamento sobre las SAO que se analiza después).

[91] Entre las primeras, destacan Decisiones sobre la celebración del CV y del PM y sobre la aprobación de las sucesivas enmiendas. Entre los segundos, puede mencionarse el Reglamento (CE) núm. 3093/94, del Consejo, de 15 de diciembre, relativo a las SAO (*DO* L 333, de 22 de diciembre de 1994), derogado por el Reglamento (CE) núm. 2037/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio (*DO* L 244, de 29 de septiembre de 2000), refundido y actualizado después. La importancia del primer Reglamento citado fue indiscutible. Næss sostuvo que fue un instrumento jurídico capital para eliminar la producción, importación, venta y consumo de SAO dentro de la UE. Næss, T., «The Effectiveness of the EU's Ozone Policy», *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2004, núm. 4, pp. 47-63.

[92] Reglamento (CE) núm. 1005/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre, sobre las SAO (*DO* L 286, de 31 de octubre de 2009).

Oberthür[93], pasó a ser un líder parcial en la cooperación internacional para la protección de la capa de ozono, pienso que, en la actualidad, se ha convertido, junto con sus EEMM, en el líder indiscutible de los esfuerzos que se llevan a cabo para poner fin al deterioro de la capa de ozono. De ahí que parezca oportuno entrar a valorarlo someramente, para, después, abordar otras normas jurídicas.

4.1.1. *El Reglamento sobre las SAO*

Aplicado desde el 1 de enero de 2010[94], rige todo un conjunto de actuaciones que pueden afectar a las SAO, tales como su producción, su comercio internacional, su reciclado, regeneración y destrucción; así como la comunicación de información, incluyendo los productos y aparatos vinculados con ellas[95]. En el fondo, lo que pretende es que la UE utilice en menor grado y, en su caso, de mejor manera, las SAO.

Dentro de su contenido jurídico establece un conjunto de prohibiciones sobre las sustancias enumeradas en el Anexo I, que afectan a su producción, su introducción en el mercado, su uso, así como a los productos y aparatos que las contengan o dependan de ellas[96]. En cuanto a las exenciones posibilita que, cumpliendo ciertos requisitos detallados en cada caso considerado, las SAO se puedan introducir al mercado y emplear para un conjunto de usos: como materias primas, como agentes de transformación, para la destrucción o la regeneración (incluidos los productos y aparatos que las contengan o dependan de ellas), para usos esenciales de laboratorio, para aplicaciones de cuarentenas y usos de emergencia, para los usos críticos de halones, y para la transferencia de derechos y la racionalización industrial[97]. En este tira y afloja entre las reglas generales centradas en la prohibición y las reglas específicas de la excepción, cabe hacer una reflexión a modo de somero balance. Pesan más las primeras que las segundas, porque se prohíben ciertas SAO y se impone la eliminación prácticamente total de algunas como los HCFC[98] en sus aplicaciones excepcionales, y la eliminación gradual de otras para usos exentos, como es el caso del bromuro de metilo para cuarentenas o el de los halones para usos críticos[99].

En la esfera del comercio, prohíbe, con carácter general, la importación de sustancias reguladas o productos y aparatos que las contengan o dependan de ellas[100]; se imponen límites al despacho libre de las SAO importadas,

---

[93] Oberthür, S., «The EU as an International Actor: The Protection of the Ozone Layer», *Journal of Common Market Studies,* diciembre de 1999, vol. 37, núm. 4, pp. 641-659.

[94] En cumplimiento de su art. 31.

[95] Art. 1.

[96] Arts. 4 a 6.

[97] Arts. 7 a 14.

[98] Los HCFC pueden producirse después del 31 de diciembre de 2019 (art. 11.1).

[99] Arts. 12 y 13.

[100] Se deduce del art. 15 que incluye excepciones que garantizan ciertos usos.

por lo que la Comisión asignará cuotas a las empresas. Impide la exportación de sustancias reguladas o de productos y aparatos que las contengan o dependan de ellas, salvo las destinadas a usos determinados. Para controlar el comercio de las SAO, no solo dictamina medidas para abordar el comercio ilegal, sino que regula un sistema electrónico de concesión de licencias que la Comisión se encarga de gestionar[101]. En sintonía con el PM, prohíbe el comercio con Estados que no sean Partes en él; sin embargo, a diferencia de aquel y como buen complemento de lo anterior, obliga a la Comisión a facilitar una lista de los productos y aparatos que puedan contener sustancias reguladas o depender de ellas[102].

En su consecuencia, puede convenirse que este Reglamento, además de ocuparse de las SAO que ya regula el PM, incluye otras nuevas, se preocupa de la cuestión de su control, de sus escapes y emisiones (con las que funcionen aparatos de refrigeración, aire acondicionado, bombas de calor, sistemas de protección contra incendios y aparatos con disolventes), así como de la recuperación y destrucción de las sustancias reguladas usadas[103]. Por último, y en aras a asegurar su correcta aplicación, crea un Comité para ayudar a la Comisión, obliga a las empresas a comunicar cada año a esta institución una serie de datos sobre las SAO antes del 1 de abril y a los EEMM antes del 1 de julio. Los EEMM también deben comprobar si las empresas aplican correctamente lo preceptuado en el Reglamento y dictar normas sobre las sanciones en caso de incumplimiento y sobre las medidas necesarias para asegurar su cumplimiento[104].

En suma, cabe afirmar que es una norma jurídica mucho más rigurosa que el propio PM al incluir más SAO y exigir la aplicación de calendarios mucho más estrictos; lo que se ha concretado en la práctica en la no utilización de esas sustancias en los dos últimos lustros.

4.1.2. *Otras normas*

Muy relacionadas con el Reglamento anterior deben considerarse otras normas de DUE que presentan un objeto y un alcance mucho más específicos y limitados.

En efecto, la Comisión Europea dictó algunas que desarrollan aquel y que establecen determinados mecanismos centrados en algunos usos de las SAO. Es el caso del Reglamento que incide en la asignación de las cantidades de sustancias reguladas permitidas para usos analíticos y de laboratorio en la UE[105], del Reglamento sobre usos esenciales de sustancias reguladas distintas de los HCFC para uso analítico y de laboratorio en la

[101] Arts. 16 a 19.
[102] Arts. 20 y 21.
[103] Arts. 21, 22 y 24.
[104] Arts. 25 a 29.
[105] *DO* L 147, de 2 de junio de 2011.

UE [106] y de la Decisión sobre el uso de sustancias controladas como agentes de procesos [107].

En otros casos, dicha institución ha adoptado otras cuyo principal objetivo ha sido modificar el Reglamento ya analizado en el apartado anterior en determinadas cuestiones, como ocurre con tres Reglamentos sobre los usos críticos de los halones, sobre la obligación de informar sobre el bromuro de metilo y sobre las solicitudes de importación y exportación de productos y aparatos que contengan halones [108].

Y, en fin, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron en 2014 el Reglamento sobre los gases fluorados de efecto invernadero que generan determinadas acciones humanas [109]. Se aplica desde el 1 de enero de 2015 [110], deroga otro anterior de 2006, aglutina un conjunto de disposiciones sobre el uso, la recuperación y la destrucción de HFC, perfluorocarburos (PFC) y hexafluoruros de azufre (SF_6), prohíbe la venta de productos que los contengan y establece un calendario para su reducción gradual hasta 2030.

4.2. La legislación española

España, además de adoptar actos para ratificar, adherirse o aceptar los instrumentos que conforman el régimen internacional que protege la capa de ozono, ha publicado los ajustes y enmiendas al PM y promulgado una legislación un tanto generalista, colateral, errática, diluida, poco influida por la técnica formal que ha seguido el DI convencional y, por tanto, sin el necesario rumbo vehicular, específico y centrado en la protección de la capa de ozono. Quizá se deba al escaso margen de maniobra que dejan el sistema convencional protector de la capa de ozono y las normas de DUE.

Como botón de muestra puede considerarse, a este respecto, la ya derogada Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación [111], que establecía que el incumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento (CE) 2037/2000 sobre las SAO se sancionaba con arreglo a la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando [112]. Otro procede de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera [113], la cual, bajo el presunto paraguas de su proyección integral e integradora, pretende hacer frente a retos globales, como la contaminación transfronteriza, el agotamiento de la capa de ozono

[106] *DO* L 79, de 25 de marzo de 2011.
[107] *DO* L 169, de 3 de julio de 2010.
[108] *DO* L 218, de 19 de agosto de 2010; 293, de 5 de noviembre de 2013, y 293, de 5 de noviembre de 2013.
[109] *DO* L 150, de 20 de mayo de 2014.
[110] Cumpliendo el mandato de su art. 27.
[111] *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 2002.
[112] En su DA 2.ª
[113] *BOE* núm. 275, de 16 de noviembre de 2007.

o la lucha contra el cambio climático, aludiendo, de forma simplista y muy superficial, a las SAO[114]. Más colateral y diluida parece la alusión a las instalaciones portuarias receptoras de SAO y equipos que las contienen según el Anexo VI del Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (MARPOL) que recoge el Real Decreto 128/2022, de 15 de febrero, sobre instalaciones portuarias receptoras de desechos de buques[115], como parte de una tipología de instalaciones. Y, en fin, cabe mencionar el Real Decreto 115/2017, por el que se regula la comercialización y manipulación de gases fluorados y equipos basados en los mismos[116]. A diferencia de las anteriores normas en las que la protección de la capa de ozono se difumina y se acomoda a otras normas propias de otros sectores jurídicos o a otros desafíos medioambientales atmosféricos, esta pone énfasis en un grupo de SAO, los gases fluorados, en lo que atañe básicamente a tres tipos de usos: su comercialización, su manejo y su inclusión en ciertos bienes o equipos. No exento de los aspectos industriales y profesionales, persigue el loado propósito de adecuar la normativa española al DUE.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El régimen jurídico con el que se pretende preservar la capa de ozono no promueve una estrategia que ponga el acento en la esfera de la reparación ni en la de la intervención, sino que prioriza precisamente todo un conjunto de actuaciones de carácter preventivo y de contención dirigidas esencialmente a controlar y/o eliminar la producción, el consumo y el comercio de ciertas SAO. Impone una pluralidad de obligaciones que, como indica Yoshida[117], presentan un carácter *erga omnes*; lo cual se explica en razón de que afectan a toda la comunidad internacional y en el hecho de que protegen determinados valores e intereses esenciales. Es, además, circular, dinámico y versátil ya que se presenta como un sistema cerrado para las Partes al no permitir la presentación de reservas. Además, al estar conectados entre sí los ajustes y las enmiendas, las Partes quedan vinculadas jurídicamente por todos ellos. Por otro lado, se constata que va evolucionando y perfeccionándose a medida que se producen nuevos descubrimientos y avances científicos y técnicos. Y, en fin, por otro, determina un conjunto de mecanismos y de deberes que potencian su verdadera eficacia desde una perspectiva general; y, desde planos más particulares, producen beneficios —económicos, técnicos, etc. — para las Partes en desarrollo, al tiempo que prohíbe el comercio con los Estados que no sean Partes.

En este punto de la argumentación debe recalcarse el especial trato que están recibiendo las Partes en desarrollo, ya que se benefician de las ayudas

---

[114] En su Anexo I, en el último de sus 14 contaminantes atmosféricos.

[115] *BOE* núm. 40, de 16 de febrero de 2022.

[116] Así como la certificación de los profesionales que los utilizan y por el que se establecen los requisitos técnicos para las instalaciones que desarrollen actividades que emitan gases fluorados (*BOE* núm. 42, de 18 de febrero de 2017).

[117] Véase YOSHIDA, O., *The International..., op. cit.,* p. 336.

y del apoyo económico, tecnológico y estratégico de las Partes desarrolladas, del Fondo Multilateral para aplicar el PM, de otros fondos públicos y/o privados, como es el caso del Programa de eficiencia de enfriamiento de Kigali, y de organismos internacionales como, entre otros, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) o el Banco Mundial.

El sistema convencional internacional, que conforman el CV de 1985, el PM de 1997 y toda una serie de enmiendas y ajustes que se han sucedido temporalmente, se complementa, en cierto modo, con normas de DUE y de Derecho español. Con las primeras, la UE se ha situado a la vanguardia del planeta al legislar las SAO de forma más exigente y rigurosa, lo que le permite adelantar así la aplicación del calendario internacional pactado, incluir la prohibición de nuevas utilizaciones y nuevas sustancias que todavía no se hallan contempladas en el DI convencional, así como desarrollar nuevas tecnologías. Tras asumir sus compromisos internacionales y aplicar las normas europeas, España se ha dotado de una legislación que viene a ser un complemento muy reducido y específico a las exigencias de las anteriores y concretamente en lo que respecta a los gases fluorados: su comercialización, su manipulación, la certificación de los profesionales que los utilizan y los requisitos técnicos de las instalaciones relacionadas con ellos.

La aplicación de las normas de este sistema ha sido y es bastante eficaz por diversas razones. Desde un plano subjetivo (quienes) la inmensa mayoría de los Estados no solo ha consentido en obligarse con tales normas, sino que también ha cumplido y cumple efectivamente sus compromisos[118]. Afortunadamente, Organizaciones intergubernamentales, no gubernamentales, empresas, centros de investigación, etc., se han alineado por lo general con ellos en esta colosal tarea. Desde una perspectiva material y finalista (qué/para qué), lo cierto es que, como indican algunos[119], ha tenido lugar una reducción global de SAO en un 95 por 100, las Partes en desarrollo han conseguido reducir un 90 por 100 su producción de SAO, lo cual se ha traducido en beneficios directos para la salud humana e indirectos para la lucha contra el cambio climático. Es verdad que el PM cubre hoy en torno a una centena de sustancias controladas que deterioran la capa de ozono; pero, a la vez, ha demostrado su capacidad para reducir la incidencia de las SAO en el cambio climático, tanto *de iure* como *de facto* (su transversalidad). Desde un ángulo modal o formal (cómo) debe destacarse la relevancia que tienen las innovaciones técnico-científicas, los ajustes y enmiendas que han ido actualizando las SAO del PM y el seguimiento que hacen la comunidad científica, las administraciones estatales, los funcionarios de ciertas Organizaciones internacionales, etcétera.

---

[118] En julio de 2019 algunos científicos acusaron a China de destruir la capa de ozono al emitir SAO durante varios años (Cyranoski, D., «China feels the heat over rogue CFC emissions», *Nature*, *https://www.nature.com/articles/d41586-019-02109-2*).

[119] Arbour, J.-M. *et al., Droit..., op. cit.,* p. 761.

Ahora bien, se deben hacer más esfuerzos en la correcta dirección dadas las incertidumbres que hoy existen con respecto al deterioro de la capa de ozono. En este sentido se precisa actuar con determinación para dar nuevos impulsos en la consecución de una mayor y una mejor financiación y para introducir ciertas mejoras en la redacción de las normas jurídicas analizadas, puesto que pueden reducirse las excepciones a las reglas generales de aplicación a la eliminación y reducción de las SAO. En particular podrían ser algo más rigurosas y efectivas si se elimina el comodín de seguir produciéndolas o consumiéndolas pretextando la satisfacción de algunos de sus «usos esenciales», «usos críticos», «necesidades básicas internas», etcétera.

Las incertidumbres se observan en que la capa de ozono continúa estando deteriorada (tendría mayor deterioro si no existieran las normas adoptadas), en que no hay una fecha certera y exacta para eliminar sus frecuentes agujeros [120], en que su comportamiento puede verse afectado «por el cambio en la atmósfera del metano, del óxido nitroso y del vapor de agua» [121], en las tesis contradictorias que defienden los científicos [122], en las emisiones antropogénicas inesperadas de SAO y las emisiones naturales que provoca el cambio climático y, por terminar, en las interacciones que producen nuevas sustancias (p. ej., el diclorometano). En este contexto, debe recordarse que la Agencia Europea del Medio Ambiente indicó que «el agujero de la capa de ozono fue en 2021 uno de los más grandes y profundos de los últimos años y superó la media de los últimos cinco y diez años» [123].

Bajo estos parámetros, no cabe duda de que el deterioro de la capa de ozono es actualmente un asunto ambiental de carácter global que sigue pendiente de una pronta y certera resolución.

---

[120] Dependiendo de organismos y científicos podría taparse el agujero de la capa de ozono de la Antártida en la década de 2060 (PNUMA, «Capa de ozono: ¿cómo el mundo se unió para lograr su mayor éxito de recuperación ambiental?», 15 de septiembre de 2021, *https://www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/reportajes/capa-de-ozono-como-el-mundo-se-unio-para-lograr-su-mayor-exito-de#:~:text=Alrededor%20de%2099%25%20de%20las,a%20la%20d%C3%A9cada%20de%201980*, en torno al 2070 (Kardoudi, O., «La NASA afirma ahora que el agujero de ozono no se cerrará hasta 2070», *El Confidencial,* 8 de noviembre de 2021, *https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2021-11-08/el-agujero-de-ozono-crece-al-tamano-de-norteamerica-y-no-remitira-hasta-2070_3320588/*), etcétera.

[121] Thangavel, S. y Kumar Reddy, K. K. S., «Ozone...», *op. cit.*, pp. 30-37, esp. p. 30.

[122] En 2016 reconocidos científicos concluían que se estaba recuperando la capa de ozono: Solomon, S. *et al.,* «Emergence of healing in the Antarctic ozone layer», *Science,* 15 de julio de 2016, vol. 353, núm. 6.296, pp. 269-274. Otros sostenían que la concentración de ciertas sustancias podría contribuir al futuro agotamiento y que el aumento de emisiones naturales por el cambio climático estaría afectando negativamente a la capa de ozono: Liang, Q. *et al.,* «Concerns for ozone recovery», *Science*, 8 de diciembre de 2017, vol. 358, núm. 6.368, pp. 1257-1258.

[123] «What is the current state of the ozone layer?», *https://www.eea.europa.eu/themes/climate/ozone-depleting-substances-and-climate-change-1*.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Miscelánea/*Miscellany*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 349-383
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.09
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 10/05/2022. Aceptación: 10/06/2022

SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: LA CONVIVENCIA DE DOS SOLUCIONES EN EL REGLAMENTO (UE) 2019/1111

M.ª Ángeles Rodríguez Vázquez*

RESUMEN

SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: LA CONVIVENCIA DE DOS SOLUCIONES EN EL REGLAMENTO (UE) 2019/1111

La principal novedad del Reglamento (UE) 2019/1111 es la supresión del exequátur para la ejecución transfronteriza de todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, conservando al mismo tiempo un trato más favorable para las que conceden derechos de visita y determinadas resoluciones que implican la restitución del menor. No obstante, se introducen una serie de correcciones para flexibilizar la rigidez de la anterior regulación y atender de forma más concreta al interés superior del menor. Además, se armonizan algunas reglas sobre la ejecución. Con estas soluciones el legislador europeo trata de dar respuesta a las deficiencias detectadas en la aplicación del Reglamento 2201/2003.

Palabras clave: Reglamento 2019/1111, responsabilidad parental, supresión del exequátur, ejecución de resoluciones, interés superior del menor.

ABSTRACT

ABOLITION OF EXEQUATUR AND ENFORCEMENT OF DECISIONS IN MATTERS OF PARENTAL RESPONSIBILITY: THE COEXISTENCE OF TWO SOLUTIONS IN REGULATION (EU) 2019/1111

The principal innovation of Council Regulation (EU) 2019/1111 is the abolition of exequatur for all decisions in matters of parental responsibility, while still retaining an even

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Sevilla (*rodriang@us.es*). Esta publicación es parte del Proyecto I+D+i PID2020-113444RB-I00, «Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración», financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033. Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas por última vez el 29 de abril de 2022.

more favorable treatment of certain decisions granting rights of access and certain decisions entailing the return of a child. However, a series of modifications are introduced to make the previous regulation more flexible and to meet the best interest of the child. In addition, some rules on the enforcement of decisions are harmonized. With these solutions the European legislator tries to respond to the deficiencies detected in the application of Regulation 2201/2003.

Keywords: Regulation 2019/1111, parental responsibility, abolition of exequatur, enforcement of decisions, best interest of the child.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS DOS SOLUCIONES PARA LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR EN EL REGLAMENTO 2019/1111.—2.1. La ampliación de la noción de resolución.—2.2. El régimen general: las reglas del Reglamento 1215/2012.—2.3. El régimen para las resoluciones privilegiadas: la pervivencia del modelo anterior con correcciones.—2.3.1. Las resoluciones contempladas en el art. 42.1.—2.3.2. La certificación de las resoluciones privilegiadas.—2.3.3. La rectificación y revocación del certificado.—2.3.4. El reconocimiento automático y la supresión del exequátur en un sentido más amplio.—3. LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: ENTRE LA REMISIÓN A LA *LEX FORI* Y LA ARMONIZACIÓN DE CIERTAS REGLAS.—3.1. La remisión a la *lex fori*.—3.2. Los motivos de denegación de la ejecución.—3.2.1. Para las resoluciones sometidas al régimen general: el art. 41.—3.2.2. Para las resoluciones privilegiadas: el art. 50.—3.2.3. Motivos de denegación comunes para ambos tipos de resoluciones.—*a)* El art. 56.6.—*b)* El art. 57.—3.3. El procedimiento de denegación de la ejecución.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

La gran novedad del 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 (versión refundida)[1], en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones es la supresión del exequátur para la ejecución transfronteriza de las resoluciones sobre responsabilidad parental, conservando al mismo tiempo un trato aún más favorable en relación con determinadas decisiones consideradas «privilegiadas». Además, se recogen unas disposiciones comunes sobre la ejecución, normas que combinan la remisión a las distintas legislaciones nacionales y la armonización de ciertas reglas en la materia.

La doble solución establecida se explica por la distinta manera en la que se concibe en el reglamento la supresión del exequátur[2]. De un lado, para todas

[1] *DOUE* L 178, de 2 de julio de 2019.

[2] Hay que señalar, no obstante, que esta no fue la solución inicialmente barajada puesto que en la *Propuesta de Reglamento,* doc. COM (2016) 411 final*,* Bruselas, 30 de junio de 2016, se apostó por la supresión del exequátur para todas las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental siguiendo la fórmula del Reglamento 1215/2012, estableciéndose algunas salvedades en cuanto a los motivos de denegación para las decisiones que conceden derecho de visita y las que ordenan la restitución del menor. Fue posteriormente en las negociaciones en el Consejo, al presentarse la Propuesta transaccional y el texto sobre la Orientación general, cuando se consideró que la nueva regulación de-

las resoluciones sobre responsabilidad parental se suprime el exequátur, debiéndose entender que solo se elimina el procedimiento destinado a declarar ejecutiva la resolución en el Estado miembro requerido y permitir que pueda denegarse la ejecución si concurre alguno de los motivos que se establecen. Se sigue, de esta forma, el modelo del Reglamento 1215/2012[3], primer instrumento en el que se instauró la supresión del exequátur con salvaguardias, y se corrige una de las grandes deficiencias del Reglamento 2201/2203[4].

Por otra parte, las resoluciones que conceden derechos de visita y las que ordenen la restitución del menor, con arreglo al denominado mecanismo de última palabra, se consideran «resoluciones privilegiadas» y, por ello, merecedoras de una solución distinta, al suprimirse no solo el procedimiento de exequátur *stricto sensu*, sino que su control en fase de ejecución se reduce a supuestos muy excepcionales. Para estas resoluciones se sigue manteniendo la supresión del exequátur en un sentido más amplio, consolidándose el trato diferenciado que ya habían recibido en el Reglamento 2201/2003. Pero esta fórmula, que se realizó sin una previa armonización de las normas procesales y que descansa en la plena confianza en el juez de origen, ha sido objeto de críticas planteando muchos problemas en la práctica, sobre todo en lo relativo a la ejecución de las órdenes de restitución[5]. De ahí que en el Reglamento 2019/1111 se hayan introducido una serie de modificaciones que, en aras del interés superior del menor, tratan de compensar el reparto de competencias en el binomio órgano del Estado miembro de origen-órgano del Estado miembro de ejecución y flexibilizar la rigidez que ha caracterizado el sistema anterior.

Con esta regulación el legislador europeo se supera y vuelve a confirmar que no sigue una política homogénea, ni utiliza un patrón uniforme en las técnicas utilizadas para la supresión del exequátur[6]. Ahora en un mismo reglamento,

---

bía basarse en el *statu quo* y que era necesario mantener el trato diferenciado que ya habían recibido determinadas resoluciones en el Reglamento 2201/2003. Véanse docs. JUSTCIV 292, Bruselas, 30 de noviembre de 2018, y JUSTCIV 310, Bruselas, 12 de diciembre de 2018. Para realizar un seguimiento de todo el proceso de tramitación puede consultarse el enlace *https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_190*.

[3] Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), *DOUE* L 351, de 20 de diciembre de 2012.

[4] De hecho, en la *Propuesta de Reglamento* la Comisión señaló que, en relación con las cuestiones de responsabilidad parental, era necesario abordar urgentemente «el requisito del exequátur».

[5] En el estudio realizado por Hess, B. y Pfeiffer, T., *Interprétation de l'exception d'ordre public telle que prévue par les instruments du droit international privé et du droit procédural de l'Union Européenne*, P. E. 453-189, pp. 158-162, se pone de relieve la reticencia de muchos órganos jurisdiccionales a ejecutar órdenes de restitución. Como afirman Beaumont, P., Walker, L. y Holliday, J., «Parental Responsability and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings», *International Family Law Journal*, 2016, p. 8, en la práctica, el 75 por 100 de las órdenes de restitución no son ejecutadas.

[6] Para un estudio de los distintos reglamentos y las técnicas utilizadas para la supresión del exequátur, véanse Cuartero Rubio, V., *Cooperación judicial civil en la Unión Europea y tutela en origen de los derechos fundamentale*s, Cizur Menor, Aranzadi, 2020; Pardo Iranzo, V., *La supresión del exequátur. Libre circulación de títulos ejecutivos en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020; Rodríguez

y para una resolución que puede contener distintos pronunciamientos sobre la responsabilidad parental (p. ej., custodia-visita), se combinan dos fórmulas distintas que pueden plantear en la práctica situaciones contradictorias[7]. Pero la complejidad no termina aquí sino que se acrecienta desde el momento que para el reconocimiento y ejecución de esa resolución (que imaginemos fue dictada en el marco de una crisis matrimonial) el operador jurídico tenga que aplicar de forma simultánea este reglamento con el Reglamento 2016/1103 (que sigue manteniendo el reconocimiento y exequátur)[8] y el Reglamento 4/2009 (que para las resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 suprime el exequátur en sentido amplio)[9]. Estos reglamentos, con distintos enfoques, forman un puzle normativo que para saber encajar de forma correcta requerirá una formación especializada de los distintos profesionales del Derecho. Y con este objetivo nuestro trabajo va a centrarse en analizar las nuevas reglas establecidas en el Capítulo IV del Reglamento 2019/1111 para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, así como cuál será su posible encaje en el ordenamiento jurídico español, pues en el momento de redacción de estas páginas estamos a la espera de que se publique en el *BOE* la adaptación de la DF 22 LEC al reglamento[10]. Únicamente disponemos de las comunicaciones que conforme al art. 103 España debía realizar y que pueden consultarse en el Atlas judicial europeo. Hay que advertir, no obstante, que la aplicación efectiva de esta regulación se va a demorar en el tiempo puesto que como señala su art. 100.2: «El Reglamento (CE) núm. 2201/2003 seguirá aplicándose a las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que hayan sido celebrados antes del 1 de agosto de 2022 y que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho reglamento». Quedará pendiente valorar, en otros estudios, si la práctica avala que las soluciones adoptadas en la reforma han sido las más acertadas o si, por el contrario, continúan planteando dificultades en su interpretación y aplicación.

VÁZQUEZ, M.ª A., «Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I», *CDT*, 2014, vol. 6, núm. 1, pp. 330-348.

[7] Que se mantenga esta doble solución ya ha sido objeto de críticas puesto que, además de inducir a confusiones al operador jurídico, dificulta el acceso a la justicia. RODRÍGUEZ PINEAU, E., «El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores», *La Ley/Derecho de familia*, 2020, núm. 26, p. 16. En sentido análogo, CARRILLO POZO, L., *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacion*al, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 303, sostiene que existe una pérdida de coherencia.

[8] Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, *DOUE* L 183, de 8 de julio de 2016.

[9] Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DOUE* L 7, de 10 de enero de 2009.

[10] Las afirmaciones que se realizan se fundamentan en la vigente DF 22 LEC, así como en las DDFF 21 y 25 LEC, por las que se facilita la aplicación en España de los Reglamentos 805/2004 y 1215/2012, respectivamente. Excede del ámbito de este estudio el análisis de la regulación de la eficacia de los documentos públicos y acuerdos establecida en los arts. 64 a 68 del reglamento.

2. LAS DOS SOLUCIONES PARA LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR EN EL REGLAMENTO 2019/1111

2.1. La ampliación de la noción de resolución

Antes de analizar las nuevas normas que se establecen hay que destacar como primera novedad que el art. 2.1, que sigue conteniendo una noción autónoma de resolución, amplía para la materia de responsabilidad parental esa noción pues, a los efectos del Capítulo IV, el término incluye también:

a) Una resolución dictada en un Estado miembro y que ordene la restitución del menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deba ser ejecutada en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó dicha resolución. Tal y como aclara el considerando 16 «aunque los procedimientos de restitución previstos en el Convenio de La Haya de 1980 no son procedimientos sobre el fondo de la responsabilidad parental, las resoluciones que ordenan la restitución del menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 deben ser objeto de reconocimiento y ejecución en virtud del Capítulo IV cuando deban ser ejecutadas en otro Estado miembro como consecuencia de una nueva sustracción ocurrida tras haberse ordenado la restitución, sin perjuicio de la posibilidad de incoar un nuevo procedimiento de restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980 en relación con la nueva sustracción»[11].

b) Las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente reglamento para conocer en cuanto al fondo del asunto o de las medidas ordenadas de conformidad con el art. 27.5, en relación con el art. 15. A los efectos del Capítulo IV, «resolución» no incluirá medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por dicho tribunal sin que el demandado haya sido citado a comparecer, a menos que la resolución que contenga la medida haya sido notificada al demandado antes de la ejecución.

Para que las medidas provisionales, incluidas las cautelares, se beneficien de las reglas de eficacia transfronteriza del Capítulo IV del reglamento deben haberse dictado por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente en cuanto al fondo del asunto[12]. Si se hubiesen adoptado *inaudita altera parte* solo podrán reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro si la resolución que contiene la medida ha sido notificada al demandado antes

[11] Como afirma Forcada Miranda, F. J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Madrid, Sepin, 2020, pp. 64-65, con esta novedosa disposición se está dando respuesta a la problemática cuestión de las dobles y triples sustracciones internacionales de menores.

[12] Recuérdese que el TJUE en la Sentencia de 15 de julio de 2010, asunto C-256/09 (ECLI:EU:C:2010:437), *Purrucker I,* ya había declarado que las disposiciones de los arts. 21 y ss. del Reglamento 2201/2003 no se aplican a las medidas provisionales en materia de derecho de custodia comprendidas en el art. 20. Nota de Rodríguez Pineau, E., *REDI*, 2010, vol. 62, pp. 238-241.

de su ejecución. Esto no debe obstar, como señala el considerando 59, al reconocimiento de tales medidas conforme al Derecho nacional[13].

Por tanto, si estas medidas fueron ordenadas por un órgano de un Estado miembro que no era competente para conocer del fondo del asunto, su eficacia quedará circunscrita al territorio de ese Estado miembro (cdo. 30). La única excepción que se establece a esta regla es para las medidas provisionales dictadas en casos de sustracción internacional de menores y destinadas a proteger al menor del grave riesgo a que hace referencia el art. 13.1.*b)* del Convenio de La Haya de 1980. Estas medidas deben aplicarse hasta que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer del fondo del asunto en virtud del reglamento haya adoptado las medidas que considere apropiadas (art. 27.5 y cdo. 59)[14].

2.2. El régimen general: las reglas del Reglamento 1215/2012

La Sección 1.ª del Capítulo IV (arts. 30 a 41) contiene las «Disposiciones generales relativas al reconocimiento y a la ejecución», extendiendo a las resoluciones sobre responsabilidad parental el modelo instaurado en el Reglamento 1215/2012 de una supresión del exequátur con salvaguardias[15].

La regulación del reconocimiento es tributaria de la establecida en el Reglamento 2201/2003 pues el art. 30 se limita a reproducir, con alguna ligera variante, sus soluciones. La regla general es el reconocimiento automático, sin procedimiento, pudiendo solicitar «cualquier parte interesada», de conformidad con el procedimiento previsto para la denegación de la ejecución, que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren los motivos de denegación del reconocimiento que se recogen en el art. 39. Si corresponde al Derecho nacional del Estado miembro requerido determinar a quién puede considerarse «parte interesada» facultada para presentar dicha solicitud (cdo. 54), el concepto debe interpretarse en sentido amplio y enten-

---

[13] Estas previsiones son idénticas a las del Reglamento 1215/2012 [art. 2.*a)* y cdo. 33].

[14] Calzado Llamas, A. J., «Las medidas provisionales y cautelares en los procedimientos de restitución de menores. Análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español», *CDT,* 2021, vol. 13, núm. 1, pp. 87-109.

[15] Para una valoración de la supresión del exequátur en este Reglamento véanse, entre otros, Beraudo, J. P., «Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et comérciale», *JDI*, 2013, núm. 3, pp. 741-763; Cadet, F., «Le nouveau Règlement Bruxelles I ou l'itinéaire d'un enfant gâté», *JDI*, 2013, núm. 3, pp. 765-790; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Litigación internacional en la Unión Europea. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I bis*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, pp. 591-608; Garau Sobrino, F., «Artículo 39», en Blanco-Morales Limones, P. *et al.* (coords.), *Comentario al Reglamento (UE) núm. 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2016, pp. 773-790; Nuyts, A., «La refonte du Règlement Bruxelles I», *Rev.crit.dr.int.pr*, 2013, núm. 1, pp. 1-63; Requejo Isidro, M., «La ejecución sin exequátur. Reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III», *REDI,* 2015, vol. 67, núm. 2, pp. 49-82; Sánchez Lorenzo, S., «El nuevo sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones en el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I bis)», *La Ley/Unión Europea*, 2015, núm. 25, pp. 1-7.

der incluido en nuestro ordenamiento, por ejemplo, al Ministerio Fiscal[16]. Junto a esta posibilidad, solicitar que no concurre ningún motivo de denegación, se recoge ahora de forma expresa que pueda solicitarse la denegación del reconocimiento de la resolución, remitiendo el art. 40 al procedimiento previsto para la denegación de la ejecución[17]. En ambos casos el órgano jurisdiccional ante el que se haya invocado la resolución podrá suspender, total o parcialmente, el procedimiento [art. 33.*b)*][18]. España ha comunicado que el órgano competente para el reconocimiento o denegación del reconocimiento es el Juzgado de Primera Instancia competente territorialmente.

Si el reconocimiento de la resolución se plantease de forma incidental ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, dicho órgano podrá pronunciarse al respecto (p. ej., reconocimiento incidental de una sentencia de divorcio para la modificación en España de las medidas sobre la responsabilidad parental)[19]. La aplicación práctica de esta disposición en nuestro ordenamiento plantea el problema del cauce procesal que debe seguirse para obtener este reconocimiento incidental puesto que la DF 22 LEC por la que se facilita la aplicación del Reglamento 2201/2003, guarda silencio al respecto (cuestión que esperemos se aclare en la adaptación que tiene que hacerse)[20].

La parte que desee invocar en un Estado miembro una resolución deberá presentar la documentación que se enumera en el art. 31 (una copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para su autenticidad junto al certificado expedido conforme al art. 36) y el reconocimiento se denegará por los motivos del art. 39, que analizaremos en el siguiente epígrafe.

Si, como puede comprobarse, estas previsiones no han variado con respecto a las del Reglamento 2201/2003, el verdadero calado de la reforma se encuentra en la regulación de la fuerza ejecutiva y ejecución, al consagrar-

---

[16] En este sentido se pronunció el Informe de Borrás, A., *Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*, aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998, *DOCE* C 221, de 16 de julio de 1998, párr. 65.

[17] Véanse apdos. 93 a 95 de la STJUE de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, *Rinau* (ECLI:EU:C:2008:406), nota de Caamiña Domínguez, C., «Las resoluciones de no restitución en la Unión Europea: el caso *Rinau*», *CDT*, 2010, vol. 2, núm. 2, pp. 222-235, y Espiniella Menéndez, A., *REDI*, 2008, vol. 60, núm. 2, pp. 600-602.

A juicio de Herranz Ballesteros, M., «El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades», *REDI*, 2021, vol. 73, núm. 2, pp. 252-253, la inclusión de ambas acciones es coherente con las intenciones que las partes pueden tener en un procedimiento.

[18] Este motivo de suspensión se añade al ya previsto en el Reglamento 2201/2003 de que se haya interpuesto un recurso ordinario contra la resolución en el Estado miembro de origen.

[19] En este sentido pueden citarse, entre otras, la SAP de Valencia de 25 de mayo de 2020 (ECLI:ES:APV:2020:1519) o la SAP de Barcelona de 3 de diciembre de 2020 (ECLI:ES:APB:2020:12421).

[20] Las soluciones con las que nos encontramos son distintas puesto que si el art. 44.2 LCJIMC evita la apertura de un incidente, en las DDFF 25 y 26 LEC, por las que se facilita en España la aplicación de los Reglamentos 1215/2012 y 650/2012 respectivamente, se establece la aplicación del procedimiento incidental previsto en los arts. 388 y ss. LEC. Véanse Forcada Miranda, F. J., *op. cit.*, pp. 290-291; Martín Mazuelos, F. J., «El reconocimiento incidental, su delimitación y procedimiento», *Bitácora Millennium Dipr*, 2017, núm. 6, pp. 1-22.

se como regla general la supresión del exequátur[21]. En concreto, señala el art. 34.1 que «las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre cuestiones de responsabilidad parental que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro serán ejecutivas en otro Estado miembro sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva». La necesidad de que los litigios transfronterizos que afectan a menores sean menos prolongados y costosos justifica esta solución puesto que el procedimiento intermedio de declaración de ejecutividad no es sino una traba a la rápida ejecución de las resoluciones, lo que no beneficia al interés superior del menor[22]. Si la resolución es ejecutiva en origen extiende su efecto al Estado miembro de ejecución debiendo ser tratada como si se hubiera dictado en dicho Estado. El control de la resolución, antes realizado por el órgano requerido mediante el procedimiento de declaración de ejecutividad, pasa al órgano de origen, que es el que debe certificarla[23].

Una previsión específica se establece en el apdo. 2 del art. 34 para las resoluciones que reconocen derechos de visita puesto que, sin perjuicio de eventuales recursos, a los efectos de su ejecución en otro Estado miembro el órgano de origen podrá declararlas provisionalmente ejecutivas. Como aclara el considerando 66, con esta regla se trata de dar solución a situaciones de urgencia que se plantean en algunos Estados miembros en los que únicamente tienen fuerza ejecutiva las resoluciones firmes que ya no son susceptibles de recurso ordinario. Así, un progenitor podrá ejercer el derecho de visita sobre la base de esa resolución provisionalmente ejecutiva, mientras que sigue su curso el procedimiento de recurso a instancias del otro progenitor. Hay que advertir que las resoluciones que conceden derechos de visita son consideradas por el art. 42.1 como privilegiadas, por lo que ahora estamos ante resoluciones sometidas al régimen general bien porque no se cumplieron las condiciones que establece el art. 47 para su certificación, bien porque el interesado decidió acudir a este régimen de eficacia transfronteriza.

Tras dictarse la resolución se expedirá, a instancia de parte, el certificado conforme al formulario que figura en el Anexo III (para las resoluciones en materia de responsabilidad parental) o en el Anexo IV [para las resoluciones que ordenen la restitución de un menor conforme al art. 2.1.*a)* y, en su caso, cualquier medida provisional, incluidas las cautelares, dictadas

---

[21] Se concluyen de esta forma los objetivos marcados, para este ámbito, en la tercera etapa del «Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia civil y mercantil», *DOUE* C 12, de 15 de enero de 2001.

[22] Tal y como se deduce del estudio externo encargado para analizar la aplicación del Reglamento 2201/2003, el coste medio del procedimiento de exequátur oscila entre los 1.100-4.000 euros y el plazo para obtener el exequátur varía entre los Estados miembros (desde unos días hasta meses), pudiéndose alargar hasta más de dos años en el supuesto de que se interponga recurso. «Study on the assessment of Regulation (EC) núm. 2201/2003 and the policy options for its amendment. Final Report. Analytical annexes», pp. 152-153. Véase *http://ec.europe.eu/justice/civil/files/bxl_iia_final_report_analtical_annexes.pdf*.

[23] En palabras de Garau Sobrino, F., «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva teoría general del exequátur?», *AEDIPr*, t. IV, 2004, p. 95, nos encontramos ante un exequátur o declaración de ejecutividad automática.

conforme al art. 27.5 que acompañen a la resolución][24]. España ha comunicado que en relación al cerficado del Anexo III la autoridad competente es el Letrado de la Administración de Justicia y para el Anexo IV los letrados de la administración de justicia y los tribunales y autoridades competentes para emitir certificado de documento público o contrato a que se refiere el art. 66. A nuestro juicio, la certificación exige realizar una serie de comprobaciones sobre el cumplimiento de unos requisitos que son propias de un control jurisdiccional, por lo que debería ser el juez el que tenga que decidir si se certifica o no la resolución[25].

El certificado se rellenará y será expedido en la lengua de la resolución y contra su expedición no es posible interponer ningún recurso (art. 36.2)[26]. Únicamente se prevé, en el art. 37, que pueda rectificarse, de oficio o a instancia de parte, en el supuesto de que, debido a un error material o una omisión, haya discrepancias entre la resolución ejecutiva y el certificado (p. ej., el nombre o la edad del menor en la resolución es uno y en el certificado es otro)[27]. Conforme establece la vigente DF 22 LEC, el procedimiento para la rectificación de errores se resolverá de la forma establecida en los tres primeros apartados del art. 267 LOPJ, no siendo posible interponer ningún recurso contra la resolución que resuelva sobre la aclaración o rectificación del certificado[28].

Sentada la premisa de que el Reglamento 2019/1111 suprime para estas resoluciones el exequátur, debe entenderse que solo se elimina el procedimiento formal de exequátur y no el control de la resolución en fase de ejecu-

---

[24] Coincidimos con Carrillo Pozo, L., *op. cit*., p. 225, en que podrá solicitarse la expedición en cualquier momento con el límite de la caducidad de la decisión.

[25] Se muestra contraria a que el certificado lo expida el letrado de la Administración de Justicia Pardo Iranzo, V., *op. cit.*, pp. 65-66, y partidario Carrillo Pozo, L., *op. cit.,* p. 225.

Sobre este particular el TJUE, en el ámbito de aplicación del Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (*DOUE* L 143, de 30 de abril de 2004), ha afirmado que hay que distinguir entre «la certificación propiamente dicha de la resolución como título ejecutivo europeo» (que constituye un acto jurisdiccional) y «la expedición del certificado» (que es un acto formal que no tiene que realizar necesariamente un juez). Véanse SSTJUE de 17 de diciembre de 2015, asunto C-300/14, *Imtech Marine Belgium* (ECLI:EU:C:2015:825), y de 16 de junio de 2016, asunto C-511/14, *Pebros Servizi* (ECLI:EU:C:2016:448). Y con respecto al Reglamento 1215/2012, en la Sentencia de 28 de febrero de 2019, asunto C-579/17, *BUAK Bauarbeiter-Urlaubs- u. Abfertigungskasse* (ECLI:EU:C:2019:162) ha considerado que el procedimiento para la expedición de un certificado con arreglo al art. 53 del Reglamento reviste, en circunstancias como las del litigio principal, una naturaleza jurisdiccional.

[26] El certificado también podrá expedirse en otra lengua oficial de las instituciones de la Unión Europea solicitada por la parte, si bien esta posibilidad no crea al órgano jurisdiccional que expida el certificado obligación alguna de proporcionar una traducción o transcripción del contenido traducible de los campos de texto libre.

[27] Esta previsión no se encuentra en el Reglamento 1215/2012. España ha comunicado que la competencia para rectificar un certificado por existenca de un error material la tiene exclusivamente el órgano que emitió la certificación original.

[28] Señala Garau Sobrino, F., «La tardía (y problemática) adaptación del ordenamiento español a los Reglamentos (CE) núm. 2201/2003 y núm. 805/2004», *REDI*, 2006, vol. 58, núm. 1, p. 607, que la referencia al proceso de aclaración previsto en los apdos. 1 y 2 del art. 267 LOPJ es superflua puesto que en estos certificados poco habrá que aclarar.

ción puesto que, para no comprometer el respeto de los derechos de defensa, la parte contra la que se insta la ejecución puede oponerse si considera que concurre alguno de los motivos de denegación previstos en el reglamento (cdo. 62). Como analizaremos en el epígrafe siguiente, el art. 41 establece que sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 56.6 los motivos por los que se puede denegar la ejecución son los del reconocimiento contemplados en el art. 39. Además, podrán aplicarse los motivos previstos por el Derecho del Estado miembro de la ejecución en la medida en que no sean incompatibles con los previstos en el reglamento (art. 57).

2.3. El régimen para las resoluciones privilegiadas: la pervivencia del modelo anterior con correcciones

Junto al régimen general, la Sección 2.ª del Capítulo IV (arts. 42 a 50) regula el «Reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas», consolidándose así el trato diferenciado que en el Reglamento 2201/2003 ya habían recibido algunas decisiones sobre responsabilidad parental. No obstante, es un régimen potestativo puesto que, como aclara el art. 42.2, no se impide que una parte demande el reconocimiento y la ejecución de conformidad con las disposiciones previstas en la Sección 1.ª

Se impone, por tanto, delimitar cuáles son esas resoluciones privilegiadas, así como analizar en qué se traduce ese «trato aún más favorable» que se les concede.

2.3.1. *Las resoluciones contempladas en el art. 42.1*

Para que una resolución se considere privilegiada deben cumplirse dos condiciones puesto que tiene que ser una de las enumeradas en el apdo. 1 del art. 42 y debe haber sido certificada en el Estado miembro de origen conforme al art. 47.

El art. 42.1 se refiere, en primer lugar, a «las resoluciones en la medida en que concedan derechos de visita». A tal efecto, debe recordarse que el art. 2.9 del reglamento establece que se entiende por derecho de visita «los derechos de visita, incluido el derecho de llevar a un menor a otro lugar diferente al de su residencia habitual por un periodo de tiempo limitado»[29]. Y que el Tribunal de Justicia ha considerado que ese concepto debe interpretarse en el sentido de que incluye el derecho de visita de los abuelos a sus nietos (STJUE

[29] En Comisión Europea, Dirección General de Justicia, *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, Oficina de Publicaciones, 2016, p. 43, se añade que el «derecho de visita» puede incluir cualquier forma de contacto con la otra persona, incluido, por ejemplo, el contacto por teléfono, Skype, internet o correo electrónico. Recientemente la «Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la protección de los derechos del niño en los procedimientos de Derecho civil, administrativo y de familia» [2021/2060 (INI)], pide a la Comisión que «ponga a disposición una guía de buenas prácticas sobre la refundición del Reglamento Bruselas II bis».

de 31 de mayo de 2018)[30]. Las resoluciones que rechazan la petición del derecho de visita quedarán sometidas, en consecuencia, al régimen general[31].

Y en segundo lugar, «las resoluciones dictadas con arreglo al art. 29, apdo. 6, en la medida en que impliquen la restitución del menor». El art. 29 regula el procedimiento siguiente a la denegación de la ejecución conservando el tan cuestionado y problemático «mecanismo de última palabra»[32]. De ahí que, para amortiguar muchas de las críticas recibidas, así como corregir las deficiencias que su aplicación práctica ha puesto de relieve, se introduzcan una serie de modificaciones ya que como vamos a analizar se limitan, de un lado, los supuestos en los que puede activarse este mecanismo y, por otra parte, se intenta compensar o, mejor dicho, reequilibrar ese «claro reparto de competencias entre el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen y el del Estado de la ejecución», defendido a ultranza por la jurisprudencia del TJUE[33]. En la nueva regulación se permite que el primero revoque el certificado si lo expidió de forma indebida y que el de la ejecución pueda, en circunstancias excepcionales, realizar un último control de la resolución y denegar su ejecución si expone al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico. No obstante, y a pesar de estas mejoras, son muchas las voces que lamentan que se haya mantenido este mecanismo en el reglamento[34].

El art. 29 se aplicará cuando la denegación de la restitución de un menor a otro Estado miembro se base únicamente en el art. 13.1.*b)* o el art. 13.2 del Convenio de La Haya de 1980: existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable; o que el propio menor se opone a su restitución cuando haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones. Es esta una importante diferencia con respecto al art. 11 del Reglamento 2201/2003 que se refería a todas las causas de denegación del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980. El órgano jurisdiccional que dicte la resolución de no restitución por alguno

---

[30] Asunto C-335/17, *Valcheva,* ECLI:EU:C:2018:359. Nota de Álvarez González, S., «El derecho del niño a ser visitado por sus abuelos y el Reglamento 2201/2003», *La Ley/Unión Europea*, 2018, núm. 61.

[31] *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, *op. cit.,* p. 43.

[32] Los principales argumentos invocados han sido que el mecanismo de última palabra compromete el principio de confianza mutua, retrasa la resolución definitiva sobre la custodia y otorga prioridad a la resolución dictada por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen. Véanse Beaumont, P., Walker, L. y Holliday, J., *op. cit.,* pp. 1-7; Kruger, T. y Samyn, L., «Brussels II bis: successes and suggested improvements», *Journal of Private International Law*, 2016, núm. 1, pp. 158-159; Rodríguez Pineau, E., «La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya», *REEI,* 2018, núm. 35, pp. 14-18; van Loon, H., «The Brussels IIa Regulation: towards a review?», Cross-Border Activities in the EU-Making life easier for citizens, Workshop for the JURI Committee (PE 510.003-2015), p. 203.

[33] SSTJUE de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, *Inga Rinau* (ECLI:EU:C:2008:406); de 1 de julio de 2010, asunto C-211/10 PPU, *Povse* (ECLI:EU:C:2010:400), y de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga* (ECLI:EU:C:2010:828).

[34] Corneloup, S. y Kruger, T., «Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: La protection des enfants gagne du terrain», *Rev.crit.dr.in.pr*, 2020, núm. 2, pp. 222-226; Lazic, V. y Pretelli, I., «Revised recognition and enforcement procedures in Regulation Brussels II ter», *Yearbook of Private International Law*, 2020-2021, vol. XXII, p. 175.

de estos motivos, o por los dos, deberá expedir de oficio un certificado conforme al formulario que figura en el Anexo I[35]. Y a partir de aquí la norma distingue dos escenarios según se esté sustanciando o no un procedimiento sobre el fondo del derecho de custodia ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía habitualmente el menor inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos. En el primer caso el órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución de no restitución, si tiene conocimiento de dicho procedimiento, deberá transmitir en el plazo de un mes a partir de la fecha de su resolución, directamente o a través de las autoridades centrales, los documentos que señala el apdo. 3 del art. 29. En el segundo supuesto, no está pendiente un procedimiento, pero en el plazo de tres meses a partir de la fecha de la notificación de la resolución no restitución, una de las partes ha presentado una demanda ante ese órgano jurisdiccional, junto con la documentación referida (art. 29, apdo. 5). Toda resolución resultante del procedimiento sobre el fondo de los derechos de custodia que implique la restitución a dicho Estado miembro se considerará privilegiada si cumple las condiciones que se exigen para su certificación[36]. Téngase en cuenta que si la resolución que implica la restitución del menor no ha sido fruto del procedimiento descrito tendrá que ejecutarse conforme a lo previsto en la Sección 1.ª del Capítulo IV. Por ejemplo, si la demanda se presentase ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo de los derechos de custodia después de transcurridos tres meses desde la notificación de la resolución de no restitución (cdo. 52). Tampoco será resolución privilegiada la dictada en un Estado miembro y que ordena la restitución de un menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deba ser ejecutada en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó la resolución[37].

Pero para que las resoluciones contempladas en el art. 42.1 sean privilegiadas deben certificarse por el órgano del Estado miembro de origen conforme al art. 47. En caso contrario, la resolución quedará sometida al régimen general.

---

[35] Este certificado, que no estaba previsto en el Reglamento 2201/2003, tiene como finalidad informar a las partes de la posibilidad de plantear una demanda relacionada con el fondo del derecho de custodia ante un órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que residía de manera habitual el menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, en el plazo de tres meses a partir de la notificación de la resolución por la que se deniega la restitución del menor, o de la posibilidad de notificar a dicho órgano, en caso de que ya se le hubiera planteado demanda en ese sentido, los documentos pertinentes relativos a la demanda de restitución (cdo. 49). En la adaptación que se realice de la DF 22 LEC al Reglamento 2019/1111 se debería establecer, a nuestro juicio, que este certificado se expedirá por el juez de forma separada mediante providencia.

[36] Como afirma Herranz Ballesteros, M., *op. cit.*, p. 250, la nueva redacción del art. 29 deja claro, despejando así las dudas que la anterior regulación había suscitado, que la decisión que debe adoptar el órgano de la residencia habitual del menor será la del fondo del asunto y si el cumplimiento de dicha decisión implica la restitución del menor la misma se ejecutará conforme a las disposiciones previstas para las resoluciones privilegiadas. En sentido análogo, Corneloup, S. y Kruger, T., *op. cit.,* p. 223; Lazic, V. y Pretelli, I., *op. cit.*, p. 177.

[37] El Tribunal de Justicia en la Sentencia *Rinau* dejó claro que para que pueda expedirse el certificado sobre la base del art. 42 del Reglamento 2201/2003 es necesario que previamente se haya dictado una «resolución de no restitución» (apdo. 59).

2.3.2. *La certificación de las resoluciones privilegiadas*

El órgano jurisdiccional de origen expedirá, a petición de una de las partes (no de oficio, como permitía el Reglamento 2201/2003), un certificado utilizando el formulario previsto en el Anexo V (resolución que conceda derechos de visita) o VI (resolución sobre el fondo del derecho de custodia que implique la restitución del menor en virtud del art. 29.6). El certificado se expedirá únicamente si se cumplen las condiciones que se enumeran en el art. 47.3, por lo que consideramos que el órgano de origen debería ser extremadamente escrupuloso en su apreciación ya que la consecuencia que se deriva de la certificación es que la resolución queda sometida a un régimen distinto de reconocimiento y ejecución. De hecho, en esos anexos se establece expresamente que si alguna condición no se cumpliese se emplee el Anexo III, aplicándose a la resolución el régimen general de eficacia transfronteriza[38].

A diferencia de lo establecido en los arts. 41.2 y 42.2 del Reglamento 2201/2003 se recoge ahora en el art. 47.3 una lista común de condiciones para ambas resoluciones. Puede afirmarse que básicamente son los mismos requisitos de la anterior regulación[39], si bien cabe señalar que el relativo a la audiencia del menor recibe una configuración distinta, consecuencia directa de la nueva regulación que se realiza de este derecho. La consagración en el art. 21 del derecho del menor a expresar sus opiniones tiene su proyección en sede de eficacia extraterritorial puesto que, junto al motivo de denegación del art. 39.2, el art. 47.3 exige que se acredite su cumplimiento para que la resolución pueda ser certificada[40]. Como condición para la certificación obliga al órgano del Estado miembro de origen a apreciar si el menor tiene «capacidad para formarse sus propios juicios» (si no es así porque, p. ej., es de muy corta edad se deberá marcar un «no» en el punto 12 de los formularios) y si se le ha dado «la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones».

Centrándonos en la sustracción internacional de menores el derecho de audiencia del menor se garantiza tanto en el procedimiento de restitución (art. 26), como en el procedimiento siguiente a la denegación de restitución porque para que la resolución dictada en arreglo al art. 29.6 y que implica la restitución se certifique, se exige que se haya dado al menor la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el art. 21. A tal efecto, como el menor no está en ese Estado y no se le podrá oír en persona, será fundamental que el órgano de origen utilice, en la medida de lo posible teniendo

---

[38] Véanse puntos 11, 13, 14 de los Anexos V y VI y punto 15 del Anexo VI.

[39] Para su estudio, véanse Magnus, U., «Article 41», «Article 42», en Magnus, U. y Mankowski, P. (eds.), *European Commentaries on Private International Law, ECPIL, Commentary Brussels II bis Regulation*, Colonia, Otto Schmidt, 2017, pp. 382-401; Stapf, B., «Article 41», «Article 42», en Althamer, C. (ed.), *Brussels IIa Rome III*, Múnich, Beck, 2019, pp. 214-226; Caamiña Domínguez, C., *La sustracción de menores en la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2010, pp. 137-154; Espinosa Calabuig, R., *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 219-225.

[40] Biagioni, G., «Il nuovo Regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale», *Riv. dir. int*., 2019, núm. 4, pp. 1173-1175.

en cuenta siempre el interés superior del menor, todos los medios que pone a su disposición el Derecho nacional, además de los instrumentos propios de la cooperación judicial internacional, incluidos los previstos por el Reglamento 1206/2001 —sustituido a partir del 1 de julio de 2022 por el Reglamento 2020/1783—[41]. Añade el considerando 53 que cuando se disponga de los medios técnicos necesarios el órgano «puede considerar la posibilidad de celebrar una audiencia mediante videoconferencia o por cualquier otro medio de tecnología de la comunicación, a menos que, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, el uso de dicha tecnología no fuera adecuado para el correcto desarrollo del proceso».

El órgano del Estado miembro de origen, que es el que dicta esta resolución y a la postre debe certificarla, debe verificar como dispone en el art. 47.3.*b)* que «se ha dado al menor la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el art. 21». Cosa distinta es que se le oiga efectivamente. De la literalidad del precepto se deduce que no se está refiriendo a la audiencia del menor en cuanto tal, sino a que haya tenido la posibilidad de ser oído por lo que incumbe a ese órgano apreciar la oportunidad de tal audiencia[42]. El problema surge, como ha ocurrido en la práctica, cuando juez de origen y juez de la ejecución interpretan de forma distinta si se ha cumplido o no este requisito[43]. Estamos pensando en el caso *Aguirre Zárraga,* resuelto por el TJUE en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, en el que el Tribunal mantuvo una interpretación literal del mecanismo de última palabra al considerar que no puede denegarse la ejecución de una resolución que ordena la restitución de un menor certificada por el juez de origen sin haberse garantizado el derecho de audiencia del menor, puesto que la apreciación de la vulneración del derecho del menor a ser oído compete al órgano del Estado miembro de origen[44]. Este caso puso en

---

[41] Reglamento (CE) 1206/2001, del Consejo, de 29 de mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil, *DOUE* L 174, de 27 de junio de 2001; Reglamento (UE) 2020/1783, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil (versión refundida), *DOUE* L 405, de 2 de diciembre de 2020.

[42] Señala Álvarez González, S., «Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos de niño a ser oído», *La Ley*, núm. 7.578, p. 6, que en la mayoría de los casos quien ha retenido o desplazado al menor ilícitamente y cuenta con una resolución de no restitución en el Estado miembro del desplazamiento pondrá todos los obstáculos a su alcance para que una audiencia al menor, al menos directa, no se produzca.

[43] Como ponen de relieve Pfeiffer, T., Escher, M. y Wittmann, J., «The fragmentation of the Recognition and Enforcement Regimes», en Viarengo, I. y Villata, F. C. (eds.), *Planning the future of Cross border families: A Path Through Coordination,* Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 318-319, debido a las dificultades que ha planteado la certificación de la resolución conforme al art. 42 del Reglamento 2201/2003 en relación con el respeto del derecho de audiencia al menor, muchas órdenes de restitución no se han ejecutado.

[44] Para su análisis, véanse Álvarez González, S., *op. cit.*, pp. 1-9; Caro Gándara, R., «De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II como banco de pruebas)», *La Ley*, núm. 7.641, pp. 1-13; Herranz Ballesteros, M., «El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento 2201/2003: el asunto *Aguirre Pelz*», *RGDE*, 2011, núm. 25, pp. 1-39.

evidencia que era necesario reforzar el derecho de audiencia del menor en la nueva regulación.

El certificado solo debería expedirse tras comprobarse que, en función del interés superior del menor y teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto, la resolución se dictó respetando el derecho de audiencia del menor. Pero incluso si se expidiese sin quedar garantizada esta condición, la nueva regulación permite reaccionar puesto que ahora podría solicitarse al juez de origen la revocación del certificado (solicitud que podría haber planteado ante los órganos españoles la madre de la menor Andrea en el caso *Aguirre Zárraga*) o incluso invocar en fase de ejecución el motivo excepcional de denegación previsto en el art. 56.6.

Otra aclaración que nos gustaría realizar es con respecto a las resoluciones dictadas con arreglo al art. 29.6, en la medida que implican la restitución del menor, ya que para que pueda expedirse el certificado el juez de origen debe acreditar que al dictar su resolución ha considerado las razones y los hechos por los que el órgano del Estado miembro donde se encuentra el menor decidió lo contrario, la no restitución (art. 47.4)[45]. Pero para valorar esas razones solo dispone de la documentación que, conforme al art. 29, apdos. 3 y 5, se le debió transmitir o presentar, a saber, una copia de la resolución de no restitución, el Anexo I y, si se estimó procedente, un acta, una transcripción, o un resumen de la vista, así como cualquier otro documento pertinente. Será fundamental, a nuestro juicio, que el órgano jurisdiccional que deniega la restitución en la motivación de su resolución no solo haga referencia explícita al/los artículo/s del Convenio de La Haya en que basa la denegación, sino que exponga las razones que le llevaron a dictar su decisión y que transmita todos esos otros documentos adicionales, para que el juez competente pueda adoptar la resolución que mejor garantice el interés superior del menor. Se impone, por tanto, la cooperación directa, y a través de las autoridades centrales, entre ambos órganos jurisdiccionales para que pueda cumplirse esta condición[46]. A diferencia del art. 42.2 del Reglamento 2201/2003, no se recoge en la letra de esta condición la previsión relativa a que si el órgano o la autoridad hubiese adoptado medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas[47].

---

[45] La exigencia de este requisito plantea, como apunta Espinosa Calabuig, R., «Sustracción de menores y eliminación del exequátur en el Reglamento 2201/2003», en Lloria García, P. (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 286-290, varias dudas interpretativas puesto que es confuso pensar que dos jueces de dos Estados miembros ordenen decisiones distintas basándose en las mismas excepciones. Existe, como afirma, una contradicción entre dos decisiones en las que se habrán tenido en cuenta factores similares.

[46] En la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, *op. cit.*, p. 60, se aclara que si los dos jueces hablan o comprenden una lengua común, no deben vacilar en tomar contacto directamente o por correo electrónico con este fin. Si existiesen problemas lingüísticos podrán ayudar las autoridades centrales.

[47] Sí se hace referencia, en el punto 16 del Anexo VI, a que, si la resolución incluye una o varias medidas provisionales, incluidas las cautelares, se incluya una descripción de las mismas.

El certificado se rellenará y será expedido en la lengua de la resolución (art. 47.2) y solo surtirá efecto dentro de los límites del carácter ejecutivo de la resolución (art. 47.5). Si la resolución certificada deja de ser ejecutiva o su fuerza ejecutiva se suspendiese o limitase, se expedirá un certificado para indicar la falta o la limitación de la fuerza ejecutiva, previa solicitud dirigida en cualquier momento al órgano de origen utilizando el formulario normalizado del Anexo VII (art. 49). España ha comunicado que la competencia para expedir un certificado en el que se especifique la falta o limitación de la fuerza ejecutiva de la resolución la tiene exclusivamente el órgano que emitió la certificación original.

En nuestro ordenamiento jurídico, hasta la fecha, la certificación relativa a las resoluciones judiciales sobre derecho de visita y sobre restitución del menor, previstas en los arts. 41.1 y 42.1 del Reglamento 2201/2003, se expide por el juez de forma separada y mediante providencia, cumplimentando los respectivos formularios, solución que creemos debe mantenerse en la adaptación que se realice de la DF 22 LEC al Reglamento 2019/1111 [48].

2.3.3. *La rectificación y revocación del certificado*

El art. 47.6 establece que contra la expedición del certificado solo pueden interponerse los recursos de rectificación o revocación previstos en el art. 48. Esta es, sin lugar a duda, una importante modificación que nos recuerda a la regulación del Reglamento 805/2004, sobre el Título ejecutivo europeo [49].

En el Reglamento 2201/2003 únicamente se permite la rectificación del certificado, no siendo posible interponer ningún recurso contra dicha expedición (art. 43.2). Los retrasos que causaría un posible recurso irían en contra de la celeridad que debe presidir la ejecución de este tipo de resoluciones. Además, y como ha afirmado de forma reiterada el TJUE, se evita que la eficacia de sus disposiciones resulte menoscabada por su utilización abusiva [50]. Si el certificado es auténtico, porque contiene todos los requisitos exigidos, «no procede sino desestimar un recurso contra la expedición del certificado o una oposición a su reconocimiento, conforme al art. 43, apdo. 2 del Reglamento, pues lo único que el órgano jurisdiccional requerido puede hacer es constatar la fuerza ejecutiva de la resolución certificada» [51]. De esta forma, si el juez de origen expide el certificado de forma indebida —p. ej., porque no se dio al menor la posibilidad de expresar su opinión, como se invocó en el

[48] Aunque el Reglamento 2201/2003 no dice nada al respecto, la DF 22 LEC establece que la denegación de la expedición del certificado se adoptará de forma separada mediante auto y podrá impugnarse por los trámites del recurso de reposición.

[49] Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, *DOUE* L 143, de 30 de abril de 2004.

[50] Véase apdo. 85, asunto C-195/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:406, y apdo. 50, asunto C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828.

[51] Apdo. 88, asunto C-195/08 PPU, ECLI:EU:C:2008:406.

caso *Aguirre Zárraga*— no es posible recurrir dicha expedición. La resolución certificada se reconoce y ejecuta directamente en el Estado de la ejecución, sin que tampoco sea posible oponerse a la ejecución y sin que el juez requerido pueda controlarla. En palabras del TJUE, «en el marco del claro reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y los del Estado miembro de ejecución establecido por el Reglamento 2201/2003 y en aras de la rápida restitución del menor, las cuestiones relativas a la legalidad de la resolución que ordena la restitución en cuanto tal, en particular la cuestión de si se cumplen los requisitos exigidos para permitir al órgano jurisdiccional competente dictar esta resolución, deben suscitarse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, conforme a las normas de su ordenamiento jurídico» [52]. Para impugnar la resolución certificada las partes interesadas deben interponer los pertinentes recursos previstos en la legislación del Estado miembro de origen y es ante los órganos de este Estado donde debe formularse la demanda de suspensión de la ejecución de una resolución certificada [53]. Esta línea interpretativa también la ha seguido nuestro Tribunal Supremo al afirmar que cuando una resolución ha sido certificada por el órgano de origen, el tribunal requerido no puede revisar el fondo del asunto porque la certificación prueba que se han cumplido los requisitos que exige el art. 42.2. El certificado es irrecurrible, por lo que debe procederse a la ejecución de la resolución, sin posibilidad de oposición (ATS de 17 de octubre de 2018, Sala de lo Civil, Sección 1.ª, FJ 4) [54].

La falta de recurribilidad de la expedición del certificado es otra de las debilidades de la supresión del exequátur del Reglamento 2201/2003. De hecho, cuando pocos meses más tarde se aprueba el Reglamento 805/2004 esta regla no se mantiene al preverse también, en su art. 10.1.*b)*, la revocación del certificado [55]. Y esta es la solución que ha acogido el Reglamento 2019/1111, que sigue apostando por una supresión del exequátur en un sentido más amplio para las resoluciones privilegiadas, aunque introduciendo, como hemos avanzado, correcciones a la anterior regulación. El control de la resolución sigue estando en manos del juez de origen (pues debe acreditar que se cumplen las condiciones para la certificación), pero ahora se permite que la parte contra la que se inste la ejecución pueda solicitar la revocación del certifica-

[52] Apdo. 51, asunto C-491/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:828.

[53] Apdo. 74, asunto C-211/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:400.

[54] ECLI:ES:TS:2018:10945A. Para su estudio véanse Caamiña Domínguez, C., «Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España», en Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, Murcia, 2019, vol. 2, pp. 587-605; Rodríguez Pineau, E., «Sustracción internacional de menores, orden de retorno europea, exequátur y casación. Comentario al ATS de 17 de octubre de 2018», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 2019, núm. 110, pp. 193-198.

[55] Durante los trabajos preparatorios del Reglamento 805/2004 la cuestión más polémica fue precisamente la imposibilidad de recurrir el certificado de Título ejecutivo europeo, lo que motivó tanto la crítica de la doctrina como la presentación de varias enmiendas por parte del Parlamento Europeo. Véanse Garcimartín Alférez, F., *El título ejecutivo europeo*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2006, pp. 165-167; Gascón Inchausti, F., *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pp. 170-172; Rodríguez Vázquez, M.ª A., *El título ejecutivo europeo,* Madrid, Colex, 2005, pp. 70-72.

do. En ese caso, y conforme al art. 44.*b)*, el órgano requerido podrá suspender, total o parcialmente, el procedimiento.

El art. 48 afirma que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen rectificará el certificado, previa solicitud o de oficio, en caso de que, «debido a un error material o a una omisión, haya discrepancias entre la resolución y el certificado». Y lo revocará, igualmente previa solicitud o de oficio, «cuando se haya expedido de forma indebida, habida cuenta de los requisitos establecidos en el art. 47». Si el certificado se expidió indebidamente, porque no se cumplieron alguna de las condiciones que se exigen (p. ej., como ocurrió en el caso *Aguirre Zárraga*), el órgano de origen deberá dejarlo sin efecto. La resolución ya no será privilegiada, lo que no significa que no pueda solicitarse su ejecución conforme al régimen general[56].

Cuando se realice la adaptación de la DF 22 LEC al Reglamento 2019/1111 consideramos que el legislador español debería establecer la misma solución del recurso de reposición prevista en la DF 21 LEC para la revocación del certificado de Título ejecutivo europeo.

2.3.4. *El reconocimiento automático y la supresión del exequátur en un sentido más amplio*

El art. 43.1 establece que «las resoluciones contempladas en el art. 42, apdo. 1, dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial y sin que sea posible oponerse a su reconocimiento a menos y en la medida en que la resolución sea declarada irreconciliable con una resolución posterior a que se refiere el art. 50». Se reproduce la fórmula del reconocimiento automático con la singularidad de que al tratarse de resoluciones privilegiadas el único motivo de denegación es el del art. 50. A tal efecto, la parte que desee invocar en un Estado miembro una resolución privilegiada dictada en otro Estado miembro debe presentar al órgano requerido los siguientes documentos: una copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad; y el certificado expedido conforme al art. 47 —Anexos V o VI—.

Si todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental se benefician de la supresión del exequátur las que son privilegiadas tienen «un trato aún más favorable» (cdo. 58). Para estas resoluciones no solo se suprime el procedimiento de exequátur *stricto sensu,* sino que su control en fase de ejecución a diferencia de las sometidas al régimen general, solo se permite en supuestos muy excepcionales. De esta forma es como tiene que entenderse, a nuestro juicio, ese trato más beneficioso, en que se reducen los motivos de denegación de la ejecución. La ejecución de una resolución privilegiada se de-

[56] Por esta razón, Carrillo Pozo, L., *op. cit.,* p. 324, considera que la referencia que se realiza en el art. 48.2 al art. 49 es «un misterio», puesto que de revocarse el certificado la resolución no pierde su ejecutividad.

negará si concurre el motivo del art. 50 o el supuesto particular del art. 56.6. Además, se aplicarán los motivos denegación de la ejecución previstos por el Derecho del Estado miembro de la ejecución en la medida en que no sean incompatibles con los previstos en el reglamento.

3. LA EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: ENTRE LA REMISIÓN A LA *LEX FORI* Y LA ARMONIZACIÓN DE CIERTAS REGLAS

La Sección 3.ª del Capítulo IV (arts. 51 a 63) contiene un conjunto de disposiciones sobre la ejecución que son comunes para todas las resoluciones sobre responsabilidad parental que sean ejecutivas en el Estado miembro de origen. Como regla general, se mantiene la solución de someter el procedimiento de ejecución a la ley del Estado miembro de ejecución, aunque se armonizan ciertas reglas, en particular los motivos de suspensión y denegación.

Durante los trabajos preparatorios se puso de manifiesto que otra de las deficiencias que ha evidenciado la aplicación práctica del Reglamento 2201/2003 es la de la efectiva ejecución de estas resoluciones al comprobarse que suele realizarse con mucho retraso y que, en ocasiones, ni llegan a ejecutarse debido a las notables divergencias que existen entre las distintas legislaciones de los Estados miembros[57]. En efecto, puede afirmarse, como se deduce de los distintos estudios realizados, que la regulación del procedimiento de ejecución en esta materia difiere mucho a nivel estatal[58], y de ahí que se abogase desde un principio por la introducción de determinadas medidas destinadas a mejorar la ejecución propiamente dicha[59]. El resultado final ha sido, como se ha señalado, acompañar la supresión del exequátur con una armonización mínima de algunas reglas en la materia[60].

---

[57] Documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Resumen de la evaluación de impacto que acompaña a la Propuesta de Reglamento, SWD (2016) 208 final, Bruselas, 30 de junio de 2016.

[58] TMC Asser Instituut, *Comparative Study on Enforcement Procedures of Family Rights*, JLS/C4/2005/06, 2007; Pfeiffer, T., Escher, M. y Wittmann, J., *op. cit.*, pp. 316-318. Por ejemplo, puede señalarse que algunas legislaciones establecen métodos más drásticos que otras para asegurar la ejecución de la resolución; en todos los Estados miembros no se establecen procedimientos de ejecución específicos para la materia familiar, etcétera.

[59] Para una valoración de las medidas establecidas en la *Propuesta de Reglamento,* véanse, entre otros, Honorati, C., «La Proposta di revisione del Regolamento Bruxelles II-bis: Più tutela per i minori e più efficacia nell'esecuzione delle decisioni», *Riv.dir.int.pr.proc*., 2017, vol. 53, núm. 2, pp. 271-278; Rodríguez Pineau, E., «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: De nuevo sobre la función del Derecho internacional privado», *REDI*, 2017, vol. 69, núm. 1, pp. 149-152; Rodríguez Vázquez, M.ª A., «La reforma del Reglamento 2201/2003: Análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones», *AEDIPr*, 2017, t. XVII, pp. 767-789.

[60] Corneloup, S. y Kruger, T., *op. cit.,* p. 235. Para González Beilfuss, C., «La sustracción internacional de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111», *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Civitas, 2020, p. 397, «la regulación de la ejecución supone entrar en la sala de máquinas de la Administración de Justicia. Es admitida con reticencias por los Estados miembros. Por consiguiente, no es de extrañar que la sustancia de estas disposiciones comunes sea escasa y la aproximación cautelosa».

3.1. La remisión a la *lex fori*

Conforme dispone el art. 51.1 «a reserva de lo dispuesto en la presente sección, el procedimiento de ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro se regirá por el Derecho del Estado miembro de ejecución. Sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 41, 50, 56 y 57, las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán ejecutadas en el Estado miembro de ejecución en las mismas condiciones que una resolución dictada en dicho Estado miembro». El reglamento acoge de esta forma la clásica solución, presente en todos los instrumentos europeos, de someter el procedimiento de ejecución a la ley del Estado miembro de ejecución[61]. Solución que se justifica por el principio de territorialidad y porque el carácter coactivo que las medidas de ejecución implican está íntimamente vinculado a la soberanía de los Estados[62]. La única salvedad, como señala la citada disposición, son los motivos de denegación del art. 39 (para las resoluciones sometidas al régimen general), del art. 50 (para las resoluciones privilegiadas), así como los motivos comunes para ambas resoluciones de suspensión o denegación previstos por el propio reglamento en el art. 56 o en las distintas legislaciones estatales (art. 57).

Y puesto que el procedimiento de declaración de ejecutividad se ha eliminado si la resolución es ejecutiva en el Estado miembro de origen, y con independencia de que sea firme o no, se solicitará directamente su ejecución en el Estado miembro requerido, debiendo ser ejecutada en las mismas condiciones que una resolución dictada en dicho Estado miembro[63]. Dicho con otras palabras, la resolución se trata como si fuese una del Estado miembro requerido debiéndose aclarar, como ha señalado el TJUE, que ejecutar *en las mismas condiciones* se refiere solo a las «modalidades procedimentales»[64]. En el reglamento no existe referencia alguna a la caducidad de la acción ejecutiva planteándose la controvertida cuestión de si se rige por la ley del Estado de ejecución o se aplica, por la teoría de extensión de los efectos, la ley del Estado miembro de origen[65]. Sobre este hecho particular hay que re-

---

De forma reciente la «Propuesta de Resolución del Parlamento Europeo sobre la protección de los derechos del niño en los procedimientos de Derecho civil, administrativo y de familia» [2021/2060 (INI)], pide a los Estados miembros «que ejecuten de manera efectiva las sentencias en los litigios familiares transfronterizos [...] especialmente en los asuntos relacionados con la sustracción transfronteriza de menores por sus progenitores, pero también con la separación, el divorcio, la custodia...».

[61] Esta solución se establece en los arts. 47 del Reglamento 2201/2003, 20 del Reglamento 805/2004, 21 del Reglamento 1896/2006, 21 del Reglamento 861/2007, 41 del Reglamento 4/2009, 41 del Reglamento 1215/2012, 46 del Reglamento 650/2012, 45 del Reglamento 2016/1103 y 45 del Reglamento 2016/1104.

[62] Jiménez Blanco, P., «La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en el marco de los Reglamentos europeos», *REDI*, 2018, vol. 70, núm. 1, p. 101.

[63] Este extremo debe venir reflejado en el punto 11 del Anexo III, en el punto 12 del Anexo IV y en el punto 9 de los Anexos V y VI.

[64] Apdo. 82, asunto C-211/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:400.

[65] Para un estudio de los distintos argumentos invocados a favor de una u otra tesis nos remitimos al estudio de Jiménez Blanco, P., *op. cit.*, nota 62, pp. 105-106.

cordar que el TJUE, en el ámbito del Reglamento 44/2001, ha apostado por la aplicación de la *lex fori* a la caducidad de la acción ejecutiva[66].

La parte que inste la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro no tendrá obligación de tener una dirección postal en el Estado miembro de ejecución y estará obligada a tener un representante autorizado en el Estado miembro de ejecución tan solo en caso de que dicho representante sea obligatorio con arreglo a la legislación del Estado miembro de ejecución con independencia de la nacionalidad de las partes (art. 51.2)[67]. Además, y como dispone el art. 75, a dicha parte no se le puede exigir caución o depósito alguno, sea cual sea su denominación, por su condición de extranjero o por no ser residente habitual en el Estado miembro de ejecución.

La solicitud de ejecución se presentará «ante la autoridad competente para la ejecución» acompañada de la documentación señalada en los arts. 35 o 46 (copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad y el correspondiente certificado)[68]. En España se presentará ante el Juzgado de Primera Instancia o los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción competente territorialmente, o el Juzgado de Familia o de Violencia sobre la mujer, cuando proceda. Consecuencia directa del principio de territorialidad es que la ejecución quedará sometida a la LEC (art. 523.2 LEC). En concreto, las disposiciones que sean aplicables de la ejecución no dineraria prevista en los arts. 699 y ss. LEC y, en particular tratándose de procesos sobre menores, el art. 776 LEC que regula la ejecución forzosa de los pronunciamientos de medidas, realizando una remisión a lo dispuesto en el Libro III de la LEC, con las especialidades que contempla en sus apdos. 2 y 3[69]. Tratándose de la ejecu-

---

[66] STJUE de 4 de octubre de 2018, asunto C-379/17, *Società Immobiliare Al Bosco Srl,* ECLI:EU:C:2018:806. Nota de Arenas García, R., «Plazo para la ejecución en un Estado miembro de una medida cautelar dictada en otro Estado miembro», *La Ley/Unión Europea*, 2018, núm. 65; Cordero Álvarez, C. I., «La caducidad de la acción ejecutiva de título extranjero: entre la *lex fori* y la *lex originis*», en García Álvarez, L. y Martín Rodríguez, J. M. (dirs.), *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 135-152. En nuestro ordenamiento y conforme dispone el art. 518 LEC el plazo es de cinco años desde la firmeza de la resolución. En el art. 50.2 LCJIMC se establece expresamente que el procedimiento de ejecución en España de las resoluciones extranjeras se regirá por la LEC, «incluyendo la caducidad de la acción ejecutiva».

[67] Así, en nuestro ordenamiento el art. 539 LEC dispone que el ejecutante y el ejecutado deberán estar dirigidos por letrado y representados por procurador, salvo que se trate de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos en que no sea preceptiva la intervención de dichos profesionales.

Si como regla general la LJV establece que no será necesaria la intervención de abogado y procurador en los expedientes de jurisdicción voluntaria, se prevén algunas excepciones (p. ej., en el art. 43.3 para la remoción de tutor o curador). En todo caso, y como dispone su art. 3.2, «será necesaria la actuación de abogado y procurador para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formulase oposición».

[68] Afirma el considerando 60 que dado que los procedimientos de ejecución pueden ser judiciales o extrajudiciales dependiendo de la legislación nacional, las «autoridades competentes para la ejecución» pueden incluir los órganos jurisdiccionales, las autoridades judiciales y las demás autoridades establecidas por el Derecho interno.

[69] Garberí Llobregat, J., *El proceso de ejecución forzosa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 6.ª ed., Thomson Reuters Civitas, 2016; de la Oliva Santos, A., Díez-Picazo, I. y Vega Torres, J., *Ejecución for-*

ción de órdenes de retorno habrá que estar a las disposiciones específicas del art. 778 quinquies LEC[70].

Una vez que se ha solicitado la ejecución y con la finalidad de garantizar el derecho de defensa se establece, de forma análoga al Reglamento 1215/2012, que el correspondiente certificado expedido por la autoridad de origen se notificará a la persona contra quien se insta la ejecución *antes de la primera medida de ejecución*. El certificado se acompañará de la resolución, si aún no ha sido notificada a dicha persona, aspecto que deberá venir reflejado en el Anexo (art. 55.1)[71]. La notificación se realizará conforme a lo previsto en el ordenamiento del Estado miembro de ejecución y como afirma el considerando 64 «con una antelación razonable a la primera medida de ejecución. En este contexto se debe considerar que la primera medida de ejecución es la primera medida de ejecución después de dicha notificación». En nuestro ordenamiento jurídico ya se ha advertido que la solución de la DF 25 LEC, por la que se facilita la aplicación en España del Reglamento 1215/2012, no puede trasladarse sin más al Reglamento 2019/1111 puesto que conforme al art. 699 LEC en el auto por el que se despacha ejecución se adoptan medidas ejecutivas. Por ello, la respuesta del legislador español «debe pasar necesariamente por notificar el certificado y, en su caso, la resolución, en un momento anterior a la adopción de cualquier medida ejecutiva [...] si se opta porque la notificación se produzca junto con el auto despachando ejecución, en el mismo no podrá adoptarse medida ejecutiva alguna»[72].

Cuando la notificación deba efectuarse en un Estado miembro distinto del Estado miembro de origen, la persona contra quien se insta la ejecución podrá solicitar una traducción o una transcripción de los documentos que se señalan si no se redactan o acompañan de una traducción o transcripción en una lengua que la persona comprenda o en la lengua oficial del Estado miembro en el que resida habitualmente o, en caso de que existan varias lenguas oficiales en dicho Estado miembro, en la lengua oficial o en una de las lenguas oficiales del lugar en que resida habitualmente (art. 55.2)[73]. De solicitarse la traducción y hasta se le proporcione, no podrán adoptarse medidas de ejecución distintas de medidas cautelares (art. 55.3). El problema que en la práctica puede presentarse, a nuestro juicio, es que se solicite esta traduc-

---

zosa. Procesos especiales, 3.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, 2005. Para un análisis exhaustivo del encaje de las normas de LEC con las del Reglamento véase Carrillo Pozo, L., *op. cit.*, pp. 238 y ss.

[70] Jiménez Blanco, P., «La ejecución forzosa de las resoluciones de retorno en las sustracciones internacionales de menores», en Aldecoa Luzárraga, F. y Forner Delaygua, J. (dirs.), *La protección de los niños en el Derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pp. 341-365; Espinosa Calabuig, R., «Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias», *REDI*, 2016, vol. 68, núm. 2, pp. 347-357.

[71] El órgano de origen deberá marcar si en la fecha de expedición del certificado la resolución se ha notificado o trasladado a la parte contra la que se pide la ejecución y la lengua en que se ha realizado (punto 12 del Anexo III, punto 13 del Anexo IV y punto 10 de los Anexos V y VI).

[72] Pardo Iranzo, V., *op. cit.*, p. 70.

[73] Estas reglas no se aplicarán en el caso de que la resolución y, cuando proceda, el certificado ya se haya notificado a la persona contra quien se insta la ejecución habiéndose cumplido los requisitos de traducción o transcripción previstos (art. 55.4).

ción con una finalidad dilatoria de la ejecución (piénsese, p. ej., si la parte contra la que se solicita la ejecución aun comprendiendo el contenido de los documentos que le han sido notificados solicita la traducción porque no vienen redactados en la lengua oficial del Estado donde reside habitualmente)[74]. Quedamos a la espera de la implementación del reglamento para saber el plazo en el que puede solicitarse y aportarse la traducción, aunque pueden ser orientativos los fijados en la DF 25 LEC por la que se facilita la aplicación en España del Reglamento 1215/2012.

Conforme al art. 53 podrá solicitarse la ejecución parcial de la resolución en el supuesto de que se hubiera pronunciado sobre varias pretensiones de la demanda y la ejecución haya sido denegada para una o alguna de ellas. No obstante, esta posibilidad se prohíbe para la ejecución de una resolución que ordene la restitución de un menor sin ejecutar además otras medidas provisionales, incluidas las cautelares, que hayan sido ordenadas para proteger al menor del riesgo a que se refiere el art. 13.1.*b)* del Convenio de La Haya de 1980. La justificación a esta prohibición se encuentra, como se ha afirmado, en que el retorno del menor se ha acordado bajo la condición de cumplimiento de tales medidas[75].

De solicitarse la ejecución de una resolución que concede derechos de visita el art. 54.1 establece que, a efectos de garantizar su ejercicio, el órgano requerido podrá adoptar las disposiciones para organizar el ejercicio del derecho de visita si la resolución dictada por el órgano competente de origen no hubiera establecido en absoluto las disposiciones necesarias, o lo hubiera hecho de manera insuficiente, y siempre y cuando se respeten los elementos esenciales de dicha resolución[76]. En el caso de acordarse estas medidas se deberá notificar a la persona contra la que se insta la ejecución (art. 55.1 *in fine*). El considerando 61 aclara que también pueden definirse cualesquiera otros procedimientos destinados a cumplir los requisitos legales en virtud de la normativa interna en materia de ejecución como, por ejemplo, la participación de una autoridad de protección de menores o de un psicólogo. No obstante, estos procedimientos «no deben interferir con los elementos fundamentales de la resolución sobre los derechos de visita, ni ir más allá de esos elementos. Asimismo, la facultad para adaptar medidas de conformidad con

---

[74] En sentido análogo, Carrillo Pozo, L., *op. cit.,* p. 251.

[75] Forcada Miranda, F. J., *op. cit.,* p. 380.

[76] En el punto 6 del Anexo V se establece que se señalen los derechos de visita reconocidos de conformidad con la resolución y modalidades prácticas de su ejercicio (en la medida en que se indique en la resolución). No debe olvidarse que, para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos de visita, el art. 81.1 dispone que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro podrá pedir a los órganos jurisdiccionales o a las autoridades competentes de otro Estado miembro que le asistan en la aplicación de las resoluciones dictadas con arreglo al presente reglamento.

La aplicación práctica del art. 48 del Reglamento 2201/2003 ha planteado problemas puesto que muchas decisiones, principalmente italianas, se refieren de forma genérica al periodo de visitas sin realizar especificaciones. Véase *Study on the assessment of Regulation (EC) n.º 2201/2003 and the policy options for its amendment. Final Report. Analytical annexes,* pp. 73-74, *http://ec.europe.eu/justice/civil/files/bxl_iia_final_report_analtical_annexes.pdf*.

el presente reglamento no debe permitir al órgano jurisdiccional de ejecución sustituir medidas que son desconocidas en el Derecho del Estado miembro de ejecución por otras medidas diferentes»[77]. Si el órgano competente para conocer del fondo del asunto dictase resolución posterior, las medidas acordadas dejarán de ser aplicables (art. 54.2).

En relación con los derechos de visita puede ocurrir que el órgano de origen en la resolución relativa al derecho de custodia y al derecho de visita haya fijado una multa coercitiva para garantizar el respeto de dicho derecho de visita por parte del titular del derecho de custodia. De plantearse el cobro de esa multa en otro Estado miembro, el TJUE ha declarado que forma parte del mismo régimen de ejecución que la resolución sobre el derecho de visita, debiéndose aplicar el Reglamento 2201/2003. No obstante, solo podrá ejecutarse en el Estado miembro requerido cuando su cuantía haya sido fijada definitivamente por los tribunales del Estado miembro de origen, pues el juez de la ejecución no puede intervenir en la fijación de la cuantía final que debe ser pagada[78].

3.2. Los motivos de denegación de la ejecución

3.2.1. *Para las resoluciones sometidas al régimen general: el art. 41*

El art. 41 del reglamento establece que «sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 56, apdo. 6, la ejecución de una resolución en materia de responsabilidad parental se denegará, si concurre alguno de los motivos de denegación del reconocimiento contemplados en el art. 39»[79]. Si en líneas generales este art. 39 reproduce los mismos motivos del art. 23 del Reglamento 2201/2003[80], la novedad reside en que el basado en la falta de audiencia al menor, que no es más que una manifestación del orden público procesal, se regula ahora de forma independiente en el apdo. 2 de la citada disposición. La justificación de esta modificación obedece a que, como se deduce de los trabajos de reforma,

---

[77] Para Forcada Miranda, F. J., *op. cit.*, p. 385, estas afirmaciones no se compaginan muy bien con la ausencia de regulación en el articulado del reglamento de la adaptación de medidas.

[78] STJUE de 9 de septiembre de 2015, asunto C-4/14, *Bohez,* ECLI:EU:C:2015:563. Nota de Esteve González, L., *REDI*, 2016, vol. 68, núm. 1, pp. 181-184. No existe en el reglamento previsión análoga a la del art. 55 del Reglamento 1215/2012. En nuestro ordenamiento jurídico la LEC introdujo las multas coercitivas como medio de ejecución forzosa de las condenas no dinerarias. Véanse, en particular, los arts. 699.2 —en el requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias—, 709 —para la condena de hacer personalísimo—, 711 —cuantía de multas coercitivas— y 776.2 —ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas de procesos de menores—.

[79] A diferencia de lo establecido en el Reglamento 1215/2012, corresponderá a cada Derecho nacional determinar si estos motivos se aprecian de oficio o a instancia de parte (cdos. 54 y 62).

[80] Por razones de espacio, y puesto que los motivos recogidos en el apdo. 1 del art. 39 son los mismos que los del art. 23 del Reglamento 2201/2003, no vamos a entrar en su estudio. Véanse Scott, J. M., «A question of trust? Recognition and enforcement of judgments», *Nederlands internationaal privaatrecht*, 2015, pp. 29-33; Siehr, K., «Article 23», en Magnus, U. y Mankowski, P. (eds.), *op. cit.*, pp. 301-314; Weller, M., «Article 23», en Althamer, C., *op. cit.*, pp. 173-179; Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J., *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, t. III, pp. 2105-2107; Espinosa Calabuig, R., *op. cit.*, nota 39, pp. 189-209; Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, 10.ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 412-416.

este motivo ha sido el más invocado y el que más problemas ha planteado. Se ha constatado que, en la práctica, al ser tan distintas las legislaciones de los Estados miembros en la materia, se venía denegando el reconocimiento y exequátur a la resolución extranjera si la audiencia del menor en el procedimiento de origen no cumplía los requisitos que se exigen en el Estado miembro requerido[81]. Si para las resoluciones privilegiadas el derecho de audiencia del menor es una condición para la certificación, su vulneración se configura para las sometidas al régimen general en un motivo de denegación del reconocimiento y la ejecución. En concreto, afirma el art. 39.2 que «podrá denegarse el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental si este se concedió sin que el menor capaz de formarse su propio juicio haya tenido posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el art. 21, excepto en los casos en que: *a)* el procedimiento solo afectó a los bienes del menor y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento, o *b)* existían motivos fundados habida cuenta, en particular, de la urgencia del asunto».

A diferencia de lo que establece el apdo. 1, «se denegará el reconocimiento», en este apdo. 2 del art. 39 se dispone que «podrá denegarse el reconocimiento». Se trata, por tanto, de un motivo de apreciación facultativa al concederse al órgano requerido un margen de discrecionalidad, pues debe considerar si el «menor capaz de formarse su propio juicio», aspecto que en todo caso se habrá determinado conforme a lo dispuesto en el ordenamiento de origen, tuvo «la posibilidad de expresar su opinión». Al igual que afirmamos al analizar el art. 47, la literalidad del precepto solo exige que el menor haya tenido esa posibilidad y no que, en realidad, fuese efectivamente oído. Lo que no puede hacer el órgano de la ejecución es controlar cómo actuó el del Estado miembro de origen puesto que fue este órgano el que, atendiendo al caso concreto, decidió dictar la resolución sin darle audiencia. El Reglamento deja claro que la regulación del derecho de audiencia del menor compete a cada legislación estatal, por lo que no puede denegarse la ejecución porque exista una divergencia entre los distintos ordenamientos en la forma o manera en que se practicó dicha audiencia (cdo. 57)[82]. Por ello consideramos que será fundamental que la resolución esté motivada en el interés superior del menor y que a la

---

[81] *Study on the assessment of Regulation (EC) núm. 2201/2003 and the policy options for its amendment. Final Report. Analytical annexes,* pp. 154 y ss., *http://ec.europe.eu/justice/civil/files/bxl_iia_final_report_analtical_annexes.pdf*.

Para un estudio de los trabajos de reforma en este aspecto particular, véanse Carpaneto, L., «La ricerca di una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore in astratto e in concreto nella riforma del Regolamento Bruxelles II-bis», *Riv.dir.int.pr.proc*, 2018, vol. 54, núm. 4, pp. 968-970; Honorati, C., *op. cit.*, pp. 255-258; Kruger. T. y Samyn, L., *op. cit.,* pp. 156-158; Ubertazzi, B., «The hearing of the child in the Brussels IIa Regulation and its recast proposal», *Journal of Private International Law*, 2017, núm. 3, pp. 568-601.

[82] Se ha suprimido la referencia que hacía el art. 23.*b)* del Reglamento 2201/2003 a que la resolución se haya dictado sin haber dado posibilidad de audiencia al menor «en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido». Para un estudio de la regulación del derecho de audiencia del menor en las distintas legislaciones estatales, véanse Ubertazzi, B., *op. cit.,* pp. 590-595; González Marimón, M.ª, *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 480-486. En nuestro ordenamiento jurídico el art. 2 de la Ley Orgánica 1/96 consagra el derecho del

hora de expedir el correspondiente certificado el órgano de origen señale los concretos motivos que justificaron esa falta de audiencia porque para denegar la ejecución el órgano requerido solo va a contar con estos elementos [83].

La norma prevé, no obstante, dos supuestos en los que no puede denegarse la ejecución a pesar de que no se haya dado al menor la oportunidad de expresarse. Si la primera excepción puede entenderse (el procedimiento solo afectaba a los bienes del menor y no se requería la audiencia del menor teniendo en cuenta el objeto del procedimiento); la segunda nos suscita muchas dudas. La cuestión está en saber cuándo existen «esos motivos fundados» para no dar al menor la oportunidad de expresar su opinión debido, en particular, «a la urgencia del asunto» [84]. Por ejemplo, y como afirma el considerando 57, «en caso de que existiera un peligro inminente para la integridad física o psíquica o la vida del menor y que una demora adicional pudiera suponer la materialización de dicho peligro». A nuestro juicio, el principal problema que puede plantearse es que se abuse en la práctica de esta urgencia para justificar la falta de audiencia, por lo que la aplicación de esta excepción debería ser lo más escasa posible.

Para concluir hay que recordar que la lista del art. 39 es tasada no pudiéndose alegar un motivo que no se encuentre recogido expresamente como, por ejemplo, podría ser la vulneración de las normas de litispendencia (cdo. 56). Con esta afirmación el legislador europeo está haciendo una clara referencia a la STJUE de 16 de diciembre de 2016, *Liberato* [85]. La interpretación de estos motivos debe ser estricta y su aplicación excepcional puesto que constituyen un obstáculo a la realización del principio de confianza mutua. En ningún caso la resolución puede ser objeto de una revisión en cuanto al fondo (art. 71).

La ejecución de una resolución sobre responsabilidad parental sometida al régimen general puede ser denegada, además, como vamos a analizar, si concurre el motivo del art. 56.6 o uno de los previstos en la legislación nacional (art. 57).

3.2.2. *Para las resoluciones privilegiadas: el art. 50*

La ejecución de una resolución privilegiada se denegará en los casos y en la medida en que sea irreconciliable con «una resolución posterior en mate-

---

menor a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior; y en el art. 9 regula el derecho a ser oído y escuchado.

[83] Punto 15 del Anexo III y punto 16 del Anexo IV. Algún sector de la doctrina ya ha mostrado sus dudas sobre la operatividad real de ese motivo de denegación al considerar que es prácticamente imposible que el órgano requerido llegue a conocer cómo se ha desarrollado el trámite de audiencia, Carrillo Pozo, L., *op. cit.*, p. 280.

[84] Además, y como apuntan Forcada Miranda, F. J., *op. cit.*, p. 335; Herranz Ballesteros, M., *op. cit.*, p. 254, pueden existir otros motivos, no basados en la urgencia, para no dar audiencia al menor.

[85] Asunto C-386/17, ECLI:EU:C:2019:24. Nota de Álvarez González, S., «Litispendencia, reconocimiento y orden público», *La Ley/Unión Europea*, 2019, núm. 68; Rodríguez Vázquez, M.ª A., «Litispendencia y motivos de denegación del reconocimiento: la Sentencia del TJUE en el asunto C-386/17, *Liberato*», *CDT*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 690-699.

ria de responsabilidad parental que afecte al mismo menor» que fue dictada bien en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento, bien en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor siempre que la resolución posterior reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento (art. 50).

Este motivo también se recogía en el art. 47.2 del Reglamento 2201/2203 aunque sin hacer referencia alguna a qué órgano tiene que dictar la resolución posterior. Ante este silencio, el TJUE, en la Sentencia *Povse*, respaldando el mecanismo de última palabra, consideró que el carácter incompatible del art. 47.2 de una resolución certificada con una resolución ejecutiva posterior «solo puede comprobarse en relación con las eventuales resoluciones dictadas posteriormente por los órganos jurisdiccionales competentes del Estado miembro de origen». De lo contrario, se privaría de efecto útil a las disposiciones del reglamento[86].

La nueva redacción del art. 50 supone, como ya se ha señalado, una alteración de esta jurisprudencia puesto que ahora se establece de forma expresa que la resolución posterior en materia de responsabilidad parental que afecte al mismo menor tiene que ser dictada «en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento; o en otro Estado miembro o en el Estado no miembro de residencia habitual del menor siempre que la resolución posterior reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento». La norma no recoge, como señala la Sentencia *Povse*, la inconciliabilidad con una resolución dictada en el Estado miembro de origen[87].

Ahora bien, partiendo de la premisa de que la resolución posterior irreconciliable con la privilegiada tiene que ser dictada por un tribunal competente nos surge la duda de cuándo podría plantearse esa situación, sobre todo si pensamos en una resolución privilegiada que implica la restitución del menor. Difícilmente podría dictarse una resolución posterior incompatible (que concediese la custodia al sustractor y denegase la restitución) en el Estado donde se solicita la ejecución, que es donde se encuentra el menor, porque no tendría competencia para conocer del fondo del asunto. La competencia la seguirían conservando los órganos del Estado de la anterior residencia habitual del menor antes del traslado o retención ilícitos, al no darse ninguno de los requisitos contemplados en las letras *a)* y *b)* del art. 9 que justificasen el cambio de competencia al órgano de la nueva residencia habitual[88]. No

[86] Apdos. 76 y 78, asunto C-211/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:400. En el mismo sentido se pronuncia la *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II bis*, *op. cit.,* pp. 70-71.

[87] Lazic, V. y Pretelli, I., *op. cit.,* p. 178; Musseva, B., «The recast of the Brussels IIa Regulation: the sweet and sour fruits of unanimity», *ERA Forum,* 2020, pp. 139-140.

[88] Como afirma Forcada Miranda, F. J., *op. cit.,* p. 368, desde esta perspectiva nunca puede darse la inconciliabilidad «salvo que tengamos en mente cambios de jurisdicción consentida o situaciones similares que ya plantearían un supuesto de hecho totalmente diverso al mundo de las decisiones privilegiadas en los casos de sustracción internacional de menores».

podemos imaginar que a las alturas de este escenario pudieran cumplirse los requisitos exigidos por el art. 10 para la elección del órgano jurisdiccional.

Y siguiendo este mismo razonamiento del diseño de foros del reglamento es poco probable que se dicten resoluciones inconciliables con resoluciones privilegiadas que conceden derechos de visita[89]. Será la aplicación práctica de la norma la que despeje nuestras dudas. De presentarse una solicitud para alegar la inconciliabilidad de resoluciones el órgano jurisdiccional podrá suspender total o parcialmente el procedimiento de ejecución [art. 44.*a)*].

Pero, sin lugar a dudas, la novedad más importante en esta materia es que junto a la inconciliabilidad de resoluciones se amplían los motivos por los que puede denegarse la ejecución de las resoluciones privilegiadas con la finalidad de atender al interés superior del menor y amortiguar muchas de las críticas realizadas al mecanismo de última palabra.

3.2.3. *Motivos de denegación comunes para ambos tipos de resoluciones*

a) *El art. 56.6*

La remisión a la *lex fori* para la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental se combina con la armonización de ciertas reglas, debiéndose destacar el art. 56 que enumera las causas por las que puede suspenderse el procedimiento y, en su caso, denegarse la ejecución de todas las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad parental (privilegiadas o no).

Conforme dispone su apdo. 1, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución suspenderá de oficio o a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación, del menor afectado, el procedimiento de ejecución «en caso de que la fuerza ejecutiva de la resolución se suspenda en el Estado miembro de origen». Puesto que para solicitar la ejecución no se exige la firmeza de la resolución, sino que sea ejecutiva en origen (extremo que, como se sabe, debe venir reflejado en el correspondiente anexo, así como si es recurrible), se suspenderá el procedimiento si en el Estado miembro de origen prosperó un recurso y la fuerza ejecutiva de la resolución quedó suspendida[90]. No obstante, y como afirma el considerando 67, el órgano competente para la ejecución no «debe estar obligado a investigar de forma activa si la fuerza ejecutiva ha quedado entretanto suspendida, a raíz de un recurso o por cualquier otra razón en el Estado miembro de origen si no existen indicios de que ello pudiera haber sucedido».

Junto a este motivo, el art. 56.2 señala otros cuatro por los que puede suspenderse total o parcialmente el procedimiento de ejecución que son ya

[89] En el mismo sentido, Carrillo Pozo, L., *op. cit.,* p. 326; Forcada Miranda, F. J., *op. cit.,* p. 368.
[90] Recuérdese con respecto a las resoluciones privilegiadas lo dispuesto en el art. 49.

de apreciación facultativa por parte de la autoridad competente o el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución («podrán suspender») y siempre a instancia de la persona contra la que se insta la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado. En concreto, son los siguientes:

— La resolución es objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen.

— Todavía no se ha cumplido el plazo de interposición del recurso ordinario. Si se suspendiese el procedimiento de ejecución por este motivo, la autoridad competente o el órgano jurisdiccional podrán fijar un plazo para la interposición de cualquier recurso (art. 56.3)[91].

— Se ha presentado solicitud de denegación de la ejecución conforme a los arts. 41, 50 o 57.

— La persona contra la que se insta la ejecución ha solicitado, de conformidad con el art. 48, la revocación de un certificado expedido en virtud del art. 47. Este motivo de suspensión aparece recogido en el art. 44.*b)* para las resoluciones privilegiadas por lo que su inclusión en este art. 56.2 se justifica porque el reconocimiento y ejecución de esas resoluciones puede solicitarse conforme al régimen general previsto en la Sección 1.ª del Capítulo IV del reglamento[92].

Una última causa de suspensión del procedimiento y, en su caso, de denegación de la ejecución es la que se fundamenta en el cambio sobrevenido de circunstancias[93]. En concreto, señala el art. 56.4 que en casos excepcionales la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán suspender, a instancia de la persona contra la que se solicita la ejecución o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor, el procedimiento de ejecución «en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias»[94]. Cuando este riesgo grave tenga carácter duradero, la autoridad competente para la ejecución o el órgano podrán denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución (art. 56.6). Estableciendo este motivo de suspensión/denegación se concede al órgano requerido la posibilidad de valorar, en función de las circunstancias que por el devenir del tiempo pueden haber surgido,

---

[91] Aclara el considerando 68 que «la determinación de tal plazo únicamente ha de tener efecto para la suspensión del procedimiento de ejecución, y no ha de afectar al plazo de interposición de recurso con arreglo a las normas de procedimiento del Estado miembro de origen».

[92] En sentido análogo, Forcada Miranda, F. J., *op. cit.,* p. 395.

[93] En palabras de González Beilfuss, C., *op. cit.,* nota 60, p. 395, nos encontramos ante una «causa europea» de suspensión y, eventualmente, de denegación y como señalan Corneloup, S. y Kruger, T., *op. cit.,* p. 235, lo que *a priori* es un motivo de suspensión del procedimiento puede llegar a convertirse en un motivo de rechazo de la ejecución.

[94] Aclara el art. 56.4 que la ejecución se reanudará tan pronto como deje de existir el riesgo grave de daño físico o psíquico.

lo que sea mejor para el interés superior del menor. Tratándose de resoluciones privilegiadas el legislador europeo ha marcado, a nuestro juicio, un punto de inflexión al permitir una excepción a la aplicación rígida del mecanismo de última palabra, a la vez que alinea la regulación del reglamento a la jurisprudencia del TEDH[95]. En este sentido hay que afirmar que esta jurisprudencia ha ido evolucionando hacia una interpretación del interés superior del menor en el caso concreto y en circunstancias excepcionales puede estar justificado que no se ejecuten las resoluciones de restitución[96].

Hasta la fecha, el TJUE ha defendido a ultranza el mecanismo de última palabra de forma que la resolución no puede ser controlada en fase de ejecución y la parte contra la que se insta esa ejecución no puede oponerse. Pero cuando se produce una sustracción los procesos, por regla general, suelen alargarse y puede que el menor se haya integrado en su nuevo entorno. No es extraño pues que desde que se solicita la restitución, esta se deniega, se tramita en el Estado miembro de origen el proceso siguiente a la denegación de la restitución y se pide la ejecución de la resolución certificada, pase demasiado tiempo y que, por el cambio de circunstancias, la restitución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico. Este fue el contexto en el que se planteó el asunto *Povse* y en el que Tribunal de Justicia, sin salirse del guion marcado por la regulación del Reglamento 2201/2003, sostuvo que «una modificación significativa de las circunstancias en relación con el interés superior del menor constituye una cuestión de fondo, que, en su caso, puede conducir a la modificación de la resolución del órgano jurisdiccional competente sobre la restitución del menor. Ahora bien, conforme al reparto de competencias reiteradamente mencionado en la presente sentencia, dicha cuestión corresponde al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen. Por lo demás, este órgano jurisdiccional, según el sistema establecido por el reglamento, es también competente para apreciar el interés superior del menor y una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución deberá presentarse ante ese mismo órgano jurisdiccional» (apdo. 81). Jurisprudencia que fue posteriormente confirmada por el TEDH en la Sentencia *Povse c. Austria*[97], aplicando la doctrina *Bosphorus*[98].

---

[95] Así lo han afirmado, entre otros, González Marimón, M.ª, *op. cit.,* pp. 362-363; Rodríguez Pineau, E., *op. cit.,* nota 59, p. 152.

[96] Este giro en la jurisprudencia se inicia con la Sentencia *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (GS), de 6 de julio de 2010, núm. 41615/07 (nota de González Beilfuss, C., *REDI*, 2010, vol. 62, núm. 2, pp. 232-235). En el mismo sentido pueden citarse, entre otras, *Sneersone e Kampanella c. Italia*, de 12 de julio de 2011, núm. 14737/09, o *X c. Letonia* (GS), de 26 de noviembre de 2013, núm. 27853/09 (nota de Rodríguez Pinau, E., «El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980», *RGDE*, 2014, núm. 33). Para una valoración de conjunto de estas sentencias véase Honorati, C., «Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali», *Riv.dir.int.pr.proc*, 2013, vol. 49, núm. 1, pp. 5-42.

[97] STEDH de 18 de junio de 2013, núm. 3890/11. Cuniberti, G., «Abolition de l'exequatur et présomption de protection des droits fondamentaux. À propos de l'affaire *Povse c/Autriche*», *Rev. crit.dr. int,pr.,* 2014, núm. 2, pp. 303-327; Jiménez Blanco, P., *REDI*, vol. 66, núm. 1, pp. 240-245; Muir Watt, H., *Muir Watt on Abolition of Exequatur and Human Rights* (*http://conflictoflaws.net/2013/muir-watt-on-povse*); Requejo Isidro, M., *Requejo on Povse* (*http://conflictoflaws.net/2013/requejo-on-povse*). La

(Véase nota 98 en página siguiente)

Con esta previsión del art. 56.6, considerada por muchos como uno de los principales logros de la reforma, se flexibiliza el sistema al compensarse ese «reparto de competencias» entre el órgano del Estado miembro de origen y el del Estado de la ejecución [99]. Ahora sí es posible que el órgano requerido pueda realizar, en supuestos excepcionales y atendiendo al interés superior del menor, este último control de la resolución y valorar las nuevas circunstancias que (casi seguro) habrán surgido desde que se dictó la resolución hasta que se solicita su ejecución. Si considerase que la ejecución expone al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico que tiene carácter duradero podrá denegarla.

Este nuevo motivo de denegación supone para las resoluciones privilegiadas que la supresión del exequátur ya no debe entenderse en el sentido tan amplio a como lo fue en el Reglamento 2201/2003, al permitirse que la parte contra la que se insta la ejecución pueda oponerse y que se pueda controlar la resolución [100]. Se trata, por tanto, de una supresión del exequátur con una mínima posibilidad de oposición (lo que estaba prohibido en la anterior regulación). Dicho con otras palabras, ese «trato aún más favorable» del que disfrutan estas resoluciones (frente a las sometidas al régimen general) es que se reduce mucho —pero existe— la posible oposición a la ejecución. Y es por esta razón, precisamente, por lo que se cuestiona que el Reglamento 2019/1111 haya mantenido este doble régimen de eficacia transfronteriza [101]. Centrándonos en los supuestos de sustracción internacional de menores ya no va a ser el órgano del Estado miembro de origen el que tiene «la última palabra» porque si el de la ejecución puede denegar la restitución, en aras del interés superior del menor si se dan las circunstancias descritas por el art. 56.6, será él quien diga la «ultimísima palabra». Nos encontramos, como se ha afirmado, «ante la revisión de la revisión» [102] o ante una «tercera oportunidad» [103].

---

sentencia fue recurrida ante la Gran Sala por el padre de la menor ya que, a su juicio, los tribunales austriacos habían violado su derecho al respeto a la vida familiar al no haber ejecutado la sentencia del tribunal italiano que ordenaba la restitución de su hija. El TEDH en la Sentencia de 15 de enero de 2015, núm. 4097/13, consideró que las autoridades austriacas no habían adoptado las medidas suficientes para asegurar la satisfacción de las obligaciones derivadas del art. 8 CEDH y acordó una indemnización para el demandante.

[98] Gascón Inchausti, F., «El Derecho procesal civil europeo comparece ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Reflexiones a partir de las resoluciones recaídas en los asuntos *Povse c. Austria* y *Avotins c. Letonia*», *CDT*, 2014, vol. 6, núm. 2, pp. 91-111; Ballesteros Barrios, A., «Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina *Bosphorus* sobre protección equivalente», *CDT*, 2022, vol. 14, núm. 1, pp. 31-46.

[99] Así, por ejemplo, Biagioni, G., *op. cit.*, p. 1175, considera que esta disposición es una «válvula de seguridad», que evita el automatismo del Reglamento 2201/2003; y para Lazic, V. y Pretelli, I., *op. cit.*, p. 181, la nueva regla atempera el «draconiano» mecanismo del art. 11.8 del Reglamento 2201/2003.

[100] González Marimón, M.ª, *op. cit.*, p. 362, afirma que en cierta manera el legislador europeo está «deconstruyendo la eliminación absoluta del exequátur» que había diseñado en el Reglamento 2201/2003.

[101] En este sentido, Cuartero Rubio, V., *op. cit.*, p. 60; Shülleabháin, M., «An Owerview ot the principal reforms in Regulation (EU) 2019/1111», *Yearbook of Private International Law*, 2020-2021, vol. XXII, p. 135.

[102] Rodríguez Pineau, E., *op. cit.*, nota 7, p. 11.

[103] González Beilfuss, C., «Highlights on The Brussels II Ter Regulation. What's new in Regulation (EU) n.º 2019/1111?», *Yearbook of Private International Law*, 2020-2021, vol. XXII, p. 113.

No obstante, consideramos que, para evitar abusos que acaben desvirtuando toda la regulación prevista, este motivo debería aplicarse en supuestos muy excepcionales[104]. De hecho, el propio art. 56.5 establece que en los casos contemplados en el apdo. 4 antes de denegar la ejecución la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional «tomarán las medidas oportunas para facilitar la ejecución de la resolución de conformidad con la legislación y el procedimiento nacional y atendiendo al interés superior del menor». Cuando proceda, esas medidas deberán adoptarse, como aclara el considerando 69, con la asistencia de otros profesionales, como asistentes sociales o psicólogos infantiles, a fin de velar por la ejecución de la resolución. Solo cuando no puedan superarse los obstáculos derivados de un cambio significativo de las circunstancias y la ejecución de la resolución suponga un riesgo grave de daño físico o psíquico para el menor, estaría justificada su denegación (p. ej., una objeción contundente del menor tras dictarse la resolución). A nuestro juicio, se trataría de un motivo excepcional de denegación de la ejecución, una cláusula especial de orden público, que se identifica con el interés superior del menor[105].

b) *El art. 57*

A diferencia de lo previsto en la *Propuesta de Reglamento*, se permite que puedan aplicarse los motivos de suspensión o denegación previstos por el Derecho del Estado miembro de ejecución en la medida en que no sean incompatibles con la aplicación de los arts. 41, 50 y 56 (art. 57)[106]. Además, hay que tener presente que la aplicación de un motivo nacional nunca puede implicar una revisión de fondo del asunto (art. 71) y que no debe tener por efecto la ampliación de las condiciones y modalidades de los previstos en el reglamento (cdo. 62).

A título ilustrativo el considerando 63 afirma que cabe mencionar «las impugnaciones basadas en la existencia en un acto de ejecución de errores formales con arreglo a la legislación nacional o basadas en la alegación de que la acción exigida por la resolución ya se ha realizado o resulta imposible, por ejemplo, en caso de fuerza mayor o de enfermedad grave o encarcelamiento o muerte de la persona a la que debe ser entregado el menor, o en caso de que el Estado miembro al que deba ser restituido el menor se haya convertido en

---

[104] Con respecto a la *Propuesta de Reglamento* el Grupo europeo de Derecho internacional privado en su 26.ª reunión, Milán, 16-18 septiembre de 2016, ya advirtió de que se podía correr el riesgo de invocar el motivo de denegación previsto en el art. 40.2 de forma sistemática.

[105] Rodríguez Vázquez, M.ª A, *op. cit.*, nota 59, p. 781.

[106] Esta previsión es análoga a la del art. 41.2 del Reglamento 1215/2012. El considerando 63 afirma que cuando una parte se oponga a la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro «debe poder hacerlo en el procedimiento de ejecución y debe poder presentar en un mismo procedimiento, además de los motivos de denegación previstos en el presente reglamento, también aquellos que establezca el Derecho del Estado en que se solicite la ejecución y que continúen siendo válidos por no ser incompatibles con los motivos previstos en el presente reglamento».

zona de guerra después de que se haya dictado la resolución, o la denegación de una resolución que no tiene contenido ejecutivo alguno con arreglo a legislación del Estado miembro en el que se insta la ejecución y no puede adaptarse a tal efecto». Como ya se ha señalado, opinión que secundamos, algunos de estos ejemplos (enfermedad grave, encarcelamiento o conflictos bélicos) justificarían la suspensión de la ejecución y no la denegación [107].

En nuestro ordenamiento jurídico y por lo que se refiere a los motivos de oposición a la ejecución, no parece que exista incompatibilidad con los previstos en el reglamento puesto que, como se comprobará, algunos de ellos aparecen recogidos en el considerando transcrito. Con respecto a los de naturaleza procesal del art. 559.1 LEC cabría oponer principalmente el basado en la nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la sentencia pronunciamientos de condena o no cumplir el documento presentado con los requisitos exigidos para el despacho de la ejecución [108]. Y en cuanto a los basados en motivos de fondo del art. 556 LEC, que la parte contra la que se insta la ejecución justifica documentalmente que cumplió con lo ordenado en la sentencia; la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que consten en documento público. Una cuestión que deberá aclararse cuando se adapte la DF 22 al Reglamento 2019/1111 es el cauce procesal para tramitar los distintos motivos de denegación, según sean los previstos en el reglamento o los nacionales [109].

3.3. El procedimiento de denegación de la ejecución

Los arts. 59 a 62 regulan, de forma muy parecida al Reglamento 1215/2012, el procedimiento de denegación de la ejecución. Estas normas también se aplicarán cuando se solicite, conforme al art. 30.3, que se dicte una resolución en la que se declare que no concurren lo motivos de denegación del reconocimiento del art. 39. Como regla general, y a salvo de las disposiciones que se establecen, el procedimiento se rige por la ley del Estado miembro de ejecución (art. 59.1).

Una vez que se ha solicitado la denegación de la ejecución, que en nuestro ordenamiento será ante el Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo de la ejecución, se actuará «sin demora», no fijándose, a tal efecto, en el art. 60, ningún plazo. La resolución sobre la solicitud de denegación de la ejecución podrá ser impugnada o recurrida por cualquiera de las partes ante

---

[107] Carrillo Pozo, L., *op. cit.*, p. 295.

[108] No obstante, advierte Jiménez Blanco, P., *op. cit.*, nota 62, p. 122, que no sería posible alegar «cuestiones relativas a la regularidad del título en origen». A su juicio, sí sería posible, por ejemplo, invocar que a la demanda ejecutiva no se hubiera aportado la resolución de origen y el certificado.

[109] En la DF 25 LEC se establece que los motivos de denegación del art. 45 del Reglamento 1215/2012 se tramitan por los cauces del juicio verbal y los motivos de oposición nacionales, por los arts. 559.2 a 561 LEC.

el órgano que cada Estado comunique a la Comisión (art. 61). Y la resolución sobre el recurso solo podrá ser objeto de recurso ulterior al órgano que se comunique (art. 62). España ha comunicado que contra el Auto que dicte el Juzgado de Primera Instancia cabe interponer recurso de apelación, que se presentará ante el órgano que dictó la resolución objeto del recurso y será resuelto por la Audiencia Provincial competente territorialmente y contra la decisión dictada en segunda instancia solo puede interponerse recurso de casación. En la adaptación de la DF 22 LEC deberá regularse el procedimiento de denegación de la ejecución.

Conforme establece el art. 63, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional ante el que se presente una solicitud de denegación de la ejecución o que conozca de los recursos en virtud de los arts. 61 o 62 podrá suspender el procedimiento si: *a)* la resolución es objeto de un recurso ordinario en el Estado miembro de origen; *b)* todavía no se ha cumplido el plazo de interposición de ese recurso ordinario (en cuyo caso la autoridad podrá fijar un plazo para la interposición del recurso), o *c)* la persona contra la que se inste la ejecución haya solicitado la revocación del certificado de una resolución privilegiada. Al no especificarse en este art. 63, a diferencia del art. 56.2, que tiene que ser a instancia de parte, entendemos que la suspensión también puede ser acordada de oficio.

Si el solicitante de la denegación de la ejecución hubiera obtenido total o parcialmente el beneficio de asistencia jurídica gratuita o de una exención de costas judiciales gozará también del beneficio más favorable o de la exención más amplia prevista por el Derecho del Estado miembro de ejecución (art. 74), extremo que deberá venir reflejado en el correspondiente anexo[110].

4. CONCLUSIONES

La práctica se ha encargado de demostrar que la apuesta del Reglamento 2201/2003 por una supresión del exequátur solo para un conjunto de resoluciones en materia de responsabilidad parental, sin control en fase de ejecución y sin que la parte contra la que se solicita pueda oponerse, no ha funcionado. De ahí que el gran calado de la reforma se haya producido precisamente en la regulación de la eficacia extraterritorial de estas resoluciones. Hay que afirmar, no obstante, que la nueva regulación del Reglamento 2019/1111 es bastante compleja pues combina una supresión del exequátur con salvaguardias para todas las resoluciones sobre responsabilidad parental, con otra en un sentido algo más amplio para las que conceden derechos de visita y para las dictadas como consecuencia del mecanismo de última palabra que implican la restitución del menor, calificadas ahora como «reso-

[110] Punto 16 del Anexo III, punto 17 del Anexo IV, punto 15 del Anexo V y punto 17 del Anexo VI. España ha comunicado que son autoridades competentes los Colegios de Abogados y que la autoridad administrativa que reconoce el derecho o beneficio de justicia gratuita es la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de la provincia correspondiente.

luciones privilegiadas». Se consolida de esta forma el trato diferenciado que estas decisiones recibieron en el Reglamento 2201/2003 aunque se han tenido que introducir una serie de modificaciones con la finalidad de solucionar los problemas y deficiencias detectados. La premisa de la que sigue partiendo es la del control de la resolución por parte del juez de origen, pero ahora se permite la revocación del certificado si se expidió de forma indebida y que el órgano de la ejecución pueda, en supuestos excepcionales, realizar un último control de la decisión y denegar su ejecución atendiendo al concreto interés superior del menor. Con este nuevo motivo de denegación el legislador europeo flexibiliza el sistema y corrige la jurisprudencia del TJUE que, hasta la fecha, ha defendido de forma sistemática una interpretación literal del mecanismo de última palabra. Además, pueden oponerse los previstos en las distintas legislaciones y es por ello por lo que puede afirmarse que la supresión del exequátur para las resoluciones privilegiadas ya no debe entenderse a como lo fue en la anterior regulación, puesto que ahora sí es posible una oposición a la ejecución. Cierto es que por motivos mucho más reducidos que los establecidos para las resoluciones sometidas al régimen general, pero existe.

Esta doble solución, con la dificultad que conlleva, se acompaña de una multiplicación de anexos que deben expedirse por el órgano de origen y de un conjunto de reglas sobre la ejecución, algunas de difícil comprensión, que deberá ser objeto de implementación en las distintas legislaciones estatales. El éxito del Reglamento 2019/1111 dependerá de su correcta aplicación por parte de los operadores jurídicos para lo que será preciso, a nuestro juicio, una formación especializada y una correcta comprensión de sus soluciones. Con este estudio esperamos haber contribuido a ello. Solo el futuro nos dirá si con la nueva regulación se superan los obstáculos para la efectiva ejecución transfronteriza de las resoluciones en materia de responsabilidad parental o si serán necesarias otras medidas.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección ESTUDIOS
Miscelánea/*Miscellany*
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 385-406
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.1b.10
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253
Recepción: 24/05/2022. Aceptación: 10/06/2022

LA NULIDAD DE LOS TRATADOS IMPUESTOS MEDIANTE COACCIÓN ILÍCITA, EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

Juan Antonio YÁÑEZ-BARNUEVO*

RESUMEN

LA NULIDAD DE LOS TRATADOS IMPUESTOS MEDIANTE COACCIÓN ILÍCITA, EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

Mediante una evolución que se desarrolló en varias fases a lo largo del siglo XX, la comunidad internacional ha procedido a una inversión casi completa de las doctrinas dominantes en el periodo anterior a la Primera Guerra Mundial en cuanto a la validez de los tratados impuestos por la fuerza. Tras el Tratado Briand-Kellogg de 1928 y sobre todo la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza contenida en la Carta de las Naciones Unidas, ha ido cristalizando la nueva norma que prevé la nulidad de los tratados obtenidos mediante coacción por la fuerza ilícita. Considerada primeramente como regla consuetudinaria en cuanto corolario de uno de los principios fundamentales de la Carta, la nueva norma ha quedado consagrada en las Convenciones codificadoras del Derecho de los Tratados adoptadas en Viena en 1969 y 1986 y ha sido igualmente invocada por la jurisprudencia internacional. Se trata así de una de las manifestaciones más destacadas de un emergente orden público internacional.

Palabras clave: codificación del Derecho de los Tratados, causas de nulidad de los tratados, Tratado Briand-Kellogg, doctrina *Stimson*, Carta de las Naciones Unidas, prohibición del recurso a la fuerza, coacción ilícita, tratados impuestos, Comisión de Derecho Internacional, Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, no reconocimiento de situaciones surgidas de la fuerza, orden público internacional.

---

* Embajador de España. Miembro de la Corte Permanente de Arbitraje. Ex Secretario de Estado de Asuntos Exteriores e Iberoamericanos. Ex Representante Permanente de España en las Naciones Unidas. Ex Jefe de la Asesoría Jurídica Internacional. El autor fue miembro de la Delegación española en la Conferencia de codificación del Derecho de los Tratados, celebrada en Viena en 1968-1969. Como no escapará al avisado lector, este título pretende ser un modesto homenaje a la memoria y el legado del profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo (1934-2013), maestro, mentor y modelo para tantos de nosotros y autor, entre otras muchas obras perdurables, de *El Derecho internacional en perspectiva histórica* (Madrid, 1991).

ABSTRACT

THE NULLITY OF TREATIES IMPOSED BY UNLAWFUL COERCION, IN HISTORICAL PERSPECTIVE

Through an evolution that took place in several phases along the 20th century, the international community proceeded to a fundamental change in the doctrines prevailing before the First World War on the validity of treaties imposed by force. Following the Kellogg-Briand Treaty of 1928 and, especially, the prohibition of the threat or use of force contained in the United Nations Charter, a new norm has crystallized stipulating that treaties imposed by coercion through an unlawful recourse to force are void. First considered a customary rule as a corollary of a fundamental principle of the UN Charter, the new norm was enshrined in the Vienna Conventions of 1969 and 1986 codifying the Law of Treaties and has also been upheld by international jurisprudence. This is one of the most salient examples of an emerging international public order.

Keywords: codification of the law of treaties, grounds for invalidity of treaties, Briand-Kellogg Treaty, *Stimson* Doctrine, United Nations Charter, prohibition of the use of force, unlawful coercion, imposed treaties, International Law Commission, 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, non-recognition of situations arising from force, international public order.

SUMARIO: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN.—2. LA ANTIGUA DOCTRINA Y SUS IMPUGNADORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO.—3. LA EROSIÓN DE LA ANTIGUA DOCTRINA Y EL SURGIMIENTO DE LA NUEVA NORMA DURANTE EL PERIODO GINEBRINO.—4. LA PROGRESIVA CONSOLIDACIÓN DE LA NUEVA NORMA A PARTIR DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS.—5. LA CONSAGRACIÓN DE LA NUEVA NORMA: LAS CONFERENCIAS DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y OTROS ACONTECIMIENTOS CONTEMPORÁNEOS.—6. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Una consideración fundamental en la conducción de las relaciones internacionales en el mundo contemporáneo requiere que toda negociación y toda concertación entre Estados hayan de realizarse, en principio, conforme a unas básicas condiciones de libertad e igualdad para cada una de las partes implicadas y de sus representantes respectivos, que deben de sentirse exentos de toda coacción externa en el proceso de llegar a acuerdos entre sí. Así lo exigen, entre otros, los principios de igualdad soberana de los Estados y de no intervención en los asuntos de otros Estados, así como la prohibición del recurso a la fuerza en las relaciones entre Estados, salvo supuestos estrictamente tasados[1].

Sin embargo, esto que hoy parece tan obvio no se entendió siempre de esa manera: durante bastante tiempo, bajo la égida de lo que se conoce como el

[1] Véase la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, adoptada por la Resolución 2625 (XXV), de 24 de octubre de 1970, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Derecho internacional (DI) clásico, prevaleció otro enfoque, que distinguía entre la coacción sobre el representante del Estado —que se consideraba prohibida, lo que consiguientemente afectaba a la validez del consentimiento así arrancado— y la coacción sobre el Estado mismo —algo que, según se alegaba, formaba parte del arsenal que cada Estado, principalmente si se trataba de una gran potencia, se reservaba en uso de sus poderes soberanos en la esfera internacional, por lo que se consideraba que no quedaba afectada la eficacia del tratado resultante—.

En este trabajo vamos a examinar, en primer lugar, cómo el DI evolucionó a lo largo del último siglo hasta prácticamente equiparar ambas reglas —que con anterioridad habían sido tan diferentes y aun opuestas, de manera ciertamente muy poco lógica—, en el sentido de confluir en la dirección de la ineficacia del resultado logrado mediante coacción en ambos supuestos[2]. Todo ello mediante un proceso que culminó con la adopción y entrada en vigor de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, tres de cuyas disposiciones hay que tener en cuenta de manera conjunta para exponer el estado del DI positivo en esta materia[3].

A continuación, pasaremos revista a lo ocurrido desde aquel momento, con evidencias adicionales de la confirmación de esa nueva orientación en la práctica y la *opinio iuris* de los Estados y las organizaciones internacionales, así como en la jurisprudencia de cortes y tribunales, a la vez que en la doctrina aparecen dudas o interrogantes sobre determinados aspectos del nuevo régimen o bien sobre algunos casos de su aparente inaplicación en circunstancias controvertidas.

2. LA ANTIGUA DOCTRINA Y SUS IMPUGNADORES EN EL DERECHO INTERNACIONAL CLÁSICO

Cuando en 1963 la Comisión de Derecho Internacional (CDI) comenzó a examinar, sobre la base de los informes del relator especial Sir Humphrey Waldock, los proyectos de textos que finalmente acabaron siendo plasmados en los arts. 51 y 52 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, se registró un acuerdo general en que en esta materia se había producido

[2] Utilizamos el concepto de «coacción» en este contexto en el sentido (3.ª acepción, específica del DI público) que le da el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, Madrid, 2017, obra dirigida por Santiago Muñoz Machado y publicada con los auspicios de la Real Academia Española, la Asociación de Academias de la Lengua Española y la Cumbre Judicial Iberoamericana: «Vicio del consentimiento de un sujeto de Derecho internacional, derivado del empleo de medios coactivos contra el mismo o contra sus representantes —en estos casos, la coacción puede ser física o moral— con ocasión de la celebración de un tratado, deviniendo este nulo» (disponible en *www.dpej.rae.es*).

[3] Se trata de los arts. 51 (Coacción sobre el representante de un Estado), 52 (Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza) y 75 (Caso de un Estado agresor) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptada por la Conferencia diplomática convocada al efecto por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), instrumento que fue abierto a la firma de los Estados el 23 de mayo de 1969 y entró en vigor el 27 de enero de 1980.

un cambio muy marcado entre el DI clásico y el moderno. Uno de sus miembros, el jurista austríaco Verdross, recogiendo la «distinción radical entre la antigua y la moderna doctrina internacional» sobre esta cuestión que había señalado Waldock en su informe, lo expresó de forma clara y sucinta:

> «Según la antigua doctrina, un instrumento firmado por un órgano del Estado era nulo si se había utilizado la violencia contra aquel órgano, pero la violencia podía ser lícitamente utilizada contra el Estado mismo»[4].

No es casual que tanto Waldock como Verdross —al igual que la propia CDI en el comentario a los proyectos de artículos pertinentes— se refirieran con insistencia a la «doctrina» en este contexto porque, en aquella época a la que se aludía, más que práctica relevante y contrastable de los Estados —acompañada de la correspondiente *opinio iuris*— acerca de esta materia, lo que se encontraba sobre todo eran opiniones doctrinales[5]. En efecto, cabe afirmar que, en términos generales, en las obras más citadas e influyentes en el campo del DI durante el periodo que precedió a la Primera Guerra Mundial —e incluso posteriormente— se mantenía esa contradictoria distinción, si bien se podían detectar en esa literatura algunas diferencias de apreciación en cuanto a la fundamentación de una y otra regla o al alcance de sus respectivas consecuencias jurídicas[6].

En lo que se refiere a la violencia sobre el negociador o el firmante de un tratado, se observaba entonces una práctica unanimidad entre los tratadistas para condenar ese supuesto y denunciar la tacha que implica para la validez del consentimiento expresado en tales condiciones, particularmente cuando se trataba de órganos dotados de la capacidad de manifestar la voluntad del Estado de vincularse por medio de un tratado. En la mayoría de los casos, se invocaba como fundamento la analogía con las reglas prevalecientes en el Derecho privado —especialmente en los sistemas de raíz romanística o influidos por el Derecho canónico— acerca de la libertad con la que debe de manifestarse la voluntad del contratante o del participante en cualquier otro negocio jurídico. Sin embargo, es llamativo el que apenas se aportaran casos de la práctica internacional para justificar la regla, más allá de algunos supuestos excepcionales, no siempre analizados con precisión y profundidad.

Por otro lado, y tratándose de representantes u órganos de menor nivel del Estado, era frecuente encontrar la alegación de que el vicio de voluntad derivado de la violencia o presión indebida podía ser subsanado por la posterior

---

[4] Intervención de Alfred Verdross en la 681.ª sesión de la CDI, el 16 de mayo de 1963: véase *Anuario de la CDI*, 1963, vol. I, p. 52. Una exposición sintética de la evolución del DI en esta materia se puede encontrar en la obra de Verzijl, J. H. W., *International law in historical perspective*, vol. VI (*Juridical facts as sources of international rights and obligations*), Leiden, 1973, pp. 77-79, donde el autor subraya la «*volte-face*» o inversión completa que se ha registrado en este campo a lo largo del siglo XX.

[5] Así, Lord McNair se refería fundamentalmente a las «opiniones» de los autores, señalando que esta cuestión era «*a matter upon which there exists abundant literary authority, a little diplomatic authority and almost no judicial authority*»: *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 207.

[6] Un excelente análisis de conjunto sobre esas doctrinas, con sus diversos matices, se puede encontrar en la obra de Vitta, E., *La validité des traités internationaux*, Leiden, Bibliotheca Visseriana, t. XIV, 1940, esp. pp. 109-118.

ratificación del acto o el tratado por instancias superiores, ya fuese el jefe del Estado o la asamblea parlamentaria correspondiente. Esta opinión extendida conduciría, lógicamente, a la consideración de que la sanción que tuviera el negocio injusto no fuese una nulidad absoluta, sino más bien un supuesto de anulabilidad o nulidad relativa.

Muy otra era la visión de la doctrina dominante en el siglo XIX y comienzos del XX en cuanto a la violencia ejercida por un Estado sobre otro Estado para obtener la firma de un tratado en condiciones favorables al primero, caso por ejemplo del tratado de paz que pone fin a un conflicto que se ha saldado con la victoria de un Estado sobre otro. En esta hipótesis, la mayor parte de los tratadistas de aquella época optaban por inclinarse ante la fuerza de los hechos, defendiendo la validez y eficacia de los tratados de paz mediante la invocación del mantenimiento del orden y la estabilidad de las relaciones convencionales, así como la efectividad de las situaciones creadas frente a la inseguridad que, desde su punto de vista, se extendería si se permitiera la impugnación de tales tratados por el hecho de haber sido arrancados por la fuerza[7].

Desde esta óptica eminentemente formalista y positivista, se aducían diversas razones justificativas, tanto de fundamentación jurídica como de conveniencia política, pero en definitiva el principal argumento jurídico esgrimido radicaba en que solamente la violencia injusta es la que podría ser causa de nulidad y, siendo entonces considerada la capacidad de utilizar la fuerza como una prerrogativa soberana de los Estados, que no conocían un juez superior que pudiera dirimir sus conflictos, inevitablemente la guerra se convertía en el recurso supremo para reivindicar y ejecutar derechos (autotutela) o incluso para provocar un cambio en el Derecho, por lo que los tratados resultantes, se decía, habían de ser considerados como válidos y vinculantes[8].

Ahora bien, aunque esa doctrina fuese la mayoritaria durante el siglo XIX y comienzos del XX, especialmente entre autores que eran nacionales de grandes potencias, no dejaban entonces de escucharse otras voces que impugnaban la lógica de la distinción —puesto que la presión ilegítima de un Estado puede ejercitarse a la vez sobre el negociador y sobre el Estado mismo— y también el fundamento mismo de la pretendida norma que consideraba vinculantes los tratados que eran fruto de una coacción ilícita contra otro Estado y que frecuentemente pretendían consagrar una paz injusta. Esas opiniones minoritarias solían a menudo apoyarse en las antiguas doctrinas de la guerra justa y la justa paz, desarrolladas por los máximos exponentes de

[7] Consideraciones de este tipo se pueden encontrar, por ejemplo, en WHEATON, H., *Elements of International Law*, edición por Richard Dana, Boston, 1866, p. 285; BLUNTSCHLI, J. K., *Le droit international codifié*, París, 1874, arts. 408 y 409; PRADIER-FODÉRÉ, P., *Traité de droit international européen et américain*, París, 1885, t. II, p. 746.

[8] Este argumento fue expuesto, entre otros, por VON MARTENS, G., *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, edición por Charles Vergé, París, 1864, t. I, pp. 162-163; PHILLIMORE, R., *Commentaries upon international law*, 2.ª ed., Londres, 1871, t. II, pp. 71-72; HALL, W., *International Law*, Oxford, 1880, p. 273.

la escuela del Derecho natural: Vitoria, Gentili, Suárez, Grocio y Pufendorf, entre otros, en los siglos XVI y XVII y que todavía dejaban sentir su influencia en el siglo XVIII con los tratados de Wolff y Vattel sobre el Derecho de gentes[9].

Puede citarse a estos efectos al jurista español Antonio Riquelme, quien a mediados del siglo XIX argüía lo siguiente:

> «Son nulos los tratados que se imponen por la fuerza, porque la libertad es una condición indispensable en el que contrata; pero debe entenderse aquella libertad consiguiente a las circunstancias, pues de otro modo sería raro el tratado contra el que no se pudiese alegar más o menos coacción moral. La falta de libertad que invalida un tratado es la que nace de una violencia extraordinaria, como la invasión alevosa de un Estado, o la prisión de un rey por medio de conjurados o estando en paz en un Estado extranjero»[10].

Bastante más influyente resultó ser el jurista argentino Carlos Calvo, sistematizador del DI a caballo entre Europa y América y propulsor de iniciativas encaminadas a limitar el recurso a la fuerza en las relaciones entre Estados, principalmente para el cobro de deudas públicas y otras ventajas para los Estados más poderosos. Sus ideas serían recogidas por distintos países latinoamericanos e influirían en la práctica estatal en el ámbito panamericano y, a la postre, también en las relaciones entre América y Europa y en el plano universal[11].

En buena parte por la influencia de las ideas de Calvo y otros juristas hispánicos, a finales del siglo XIX y comienzos del XX se registraron los primeros intentos, impulsados por países latinoamericanos, de limitar la competencia de guerra de los Estados e incluso de prever la nulidad o anulabilidad de los

---

[9] DE VITORIA, F., *Relectio de iure belli*, 1532; GENTILI, A., *De iure belli libri tres*, 1598; SUÁREZ, F., *Tractatus de legibus*, 1612; GROCIO, H., *De iure belli ac pacis,* 1625; VON PUFENDORF, S., *De iure naturae et gentium*, 1672; WOLFF, C., *Ius gentium*, 1749; DE VATTEL, E., *Le droit des gens*, 1758. Para una visión de conjunto, ya en tiempos modernos, puede consultarse la obra de LE FUR, L., *Guerre juste et juste paix*, París, 1920.

[10] RIQUELME, A., *Elementos de Derecho público internacional*, Madrid, 1849, t. I, p. 190. Es difícil no pensar que esas consideraciones estaban inspiradas por la trágica experiencia que había sufrido España solo treinta años atrás, con la invasión de sus territorios europeos por los ejércitos franceses en 1808, acompañada por la desmedida presión, e incluso privación de libertad, a que el propio Napoleón I sometió en la ciudad francesa de Bayona al rey Carlos IV y a su hijo y sucesor Fernando VII hasta obtener de ellos que le cedieran la titularidad de la Corona de España, que Napoleón traspasó inmediatamente a su hermano José, quien actuó como «rey intruso» en España durante varios años, mientras las fuerzas napoleónicas ocupaban los territorios peninsulares. Tales pretendidas cesiones reales fueron enérgicamente rechazadas por las Cortes elegidas en 1810, que las declararon nulas, y no fueron reconocidas por la mayor parte de los Estados europeos. Con varios de estos Estados suscribió tratados el Consejo de Regencia español para dejar constancia de ese absoluto rechazo y de la alianza que contraían hasta ver liberada a España de la dominación napoleónica, lo que finalmente se logró en 1813 mediante la acción conjunta de los ejércitos de España, Portugal e Inglaterra. El Congreso de Viena de 1814-1815, con la plena participación del Reino de España, consagraría el restablecimiento de la legitimidad conculcada. Véanse BECKER, J., *Acción de la diplomacia española durante la Guerra de Independencia*, Zaragoza, 1909; OCHOA, M. A., *Historia de la diplomacia española*, t. XI: *La Edad contemporánea, El siglo XIX*, parte I, Madrid, 2017, esp. pp. 23-26 y 183-184.

[11] Véase la obra de CALVO, C., *Derecho internacional teórico y práctico de Europa y América*, París, 1868 (con varias ediciones posteriores, tanto en español como en francés, aumentadas con varios tomos).

tratados o ventajas obtenidas mediante el uso o la amenaza de la fuerza. Así hay que entender la resolución adoptada por la I Conferencia Panamericana en 1890 que rechazaba el antiguo «derecho de conquista» y propugnaba la negociación y el arbitraje, especialmente en materia de controversias territoriales[12]. Y de modo similar la doctrina *Drago*, así llamada por haber sido impulsada por el canciller argentino Luis Drago en 1902 a fin de rechazar como ilegítimas las intervenciones armadas en suelo americano por parte de Estados europeos con la finalidad de exigir el pago de la deuda pública contraída por Repúblicas americanas, regla que quedó plasmada con carácter general, con algunas significativas modificaciones, en la segunda Conferencia internacional de la Paz, celebrada en La Haya en 1907[13].

Por esa vía, aparentemente restringida, se había conseguido abrir una grieta en el edificio conceptual que mantenía la competencia soberana de guerra por parte de los Estados y su corolario: la validez de los tratados o acuerdos impuestos por la fuerza. Los trágicos acontecimientos ocurridos a escala planetaria en el siglo XX iban a alterar sustancialmente la situación existente hasta entonces, llegando a invertir la ecuación de partida y sus consecuencias.

3. LA EROSIÓN DE LA ANTIGUA DOCTRINA Y EL SURGIMIENTO DE LA NUEVA NORMA DURANTE EL PERIODO GINEBRINO

A lo largo de la primera mitad del siglo XX, debido sobre todo a los traumas producidos por las dos guerras mundiales de 1914-1918 y de 1939-1945 y por las agresiones y pretendidas anexiones que las precedieron, se asistió a una profunda revisión de los presupuestos jurídicos y políticos en que se basaba la antigua doctrina. De esta manera, la comunidad internacional modificó radicalmente los planteamientos anteriores respecto al empleo de la fuerza en las relaciones internacionales y los gobiernos y los juristas sacaron las consecuencias lógicas de ese cambio de paradigma en lo que se refiere a los tratados impuestos por una fuerza ilegítima. Este proceso se desarrolló en dos fases: la nueva conceptuación de la guerra entre Estados, así como sus implicaciones, durante el periodo ginebrino (1919-1939) y la cristalización de la nueva norma en el Derecho de los Tratados a partir de 1945.

El arranque de este acelerado proceso de cambio se produjo en 1919 con el Pacto de la Sociedad de las Naciones (SdN), que sustituía la tradicional competencia discrecional de guerra de los Estados por un sistema complejo

[12] Resolución sobre el derecho de conquista, adoptada por la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, sobre la base de una propuesta presentada por Venezuela, enmendada por Estados Unidos (EE UU) y otras delegaciones. Sobre esta cuestión: OSTRIA, A., *La doctrina del no reconocimiento del derecho de conquista en América*, Río de Janeiro, 1938.

[13] Esa materia fue objeto de la Convención de La Haya de 18 de octubre de 1907 relativa a la limitación del empleo de la fuerza para el cobro de deudas contractuales, conocida como Convención Drago-Porter. Esa conferencia fue la primera gran reunión internacional de carácter político y jurídico que contó con una amplia participación de países no solo europeos, sino también americanos y, en menor grado, de otros continentes.

de seguridad colectiva que incluía la aceptación de «ciertas obligaciones de no recurrir a la guerra», juntamente con disposiciones tendentes a la solución pacífica de los conflictos internacionales, la revisión de los tratados o situaciones susceptibles de poner en peligro la paz, la solidaridad frente a la agresión y la posibilidad de dictar sanciones colectivas frente al Estado agresor[14]. La legalidad del recurso a la guerra entre Estados no quedaba así enteramente excluida, pero sí sometida a ciertas obligaciones procedimentales y sustantivas y condicionada por la expectativa de una reacción apropiada de la comunidad internacional[15].

Si bien este sistema nunca llegó a funcionar del todo como preveían sus creadores —entre otras cosas, por el hecho de que EE UU permaneció, por decisión propia, fuera de la nueva organización mundial—, el Pacto inauguró un nuevo periodo de las relaciones internacionales en que se fue abriendo camino la idea del rechazo de los tratados o situaciones impuestos por un recurso ilícito a la fuerza. Curiosamente, esa idea se plasmó por vez primera en un instrumento internacional fuera del marco de la SdN: en un tratado bilateral suscrito por Turquía y Rusia en que ambas partes se comprometían a «no reconocer ningún tratado de paz ni acuerdo internacional impuesto por la fuerza a cualquiera de ellas»[16].

Ante las insuficiencias del Pacto de la SdN, pronto surgieron iniciativas políticas encaminadas a colmar o paliar sus lagunas. La más importante de ellas fue, sin duda, el Tratado multilateral de renuncia a la guerra, de 1928, también conocido como Pacto de París, que por vez primera a escala mundial excluía enteramente la guerra «como instrumento de política nacional» y condenaba el recurso a la fuerza para la solución de las controversias internacionales[17]. La comunidad internacional daba así un paso de gigante en la superación de viejos dogmas respecto a la guerra y la paz en las relaciones entre Estados.

Muy pronto hubo juristas que dedujeron que la nueva situación creada acarreaba consecuencias lógicas en lo que se refiere a la falta de validez de los tratados u otras situaciones arrancadas por el empleo ilícito de la fuerza por

---

[14] Consúltese el preámbulo y los arts. 10 a 19 del Pacto (parte del Tratado de Paz de Versalles, de 28 de junio de 1919), que contienen lo esencial de ese sistema de seguridad colectiva. Además, el art. 227 del Tratado de Versalles, al prever el encausamiento del ex *kaiser* de Alemania, Guillermo II, por considerarlo responsable de una «ofensa suprema contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados» al desencadenar la Gran Guerra de 1914, ponía implícitamente en cuestión la anterior doctrina de la competencia discrecional de los Estados para el empleo de la fuerza y abría la vía a la criminalización de la guerra de agresión.

[15] Aunque entre las sanciones contempladas en el art. 16 del Pacto no se preveía expresamente el rechazo de los tratados o ventajas obtenidos como fruto de una agresión, cabía deducir esa posibilidad de una lectura integral del conjunto de las disposiciones del Pacto relativas a la seguridad colectiva.

[16] Tratado de amistad y fraternidad entre Turquía y la República Socialista Federativa Socialista de Rusia, firmado en Moscú el 16 de marzo de 1921.

[17] Tratado general de renuncia a la guerra, igualmente conocido como Pacto Briand-Kellogg, firmado en París el 27 de agosto de 1928 por las principales potencias, incluso EE UU, al que se adhirieron la mayor parte de los Estados independientes de la época. Sociedad de Naciones, *Recueil des Traités*, 1929, vol. XCIV, núms. 1-4, núm. 2137.

un Estado contra otro y que, consiguientemente, desarrollaron los conceptos que conducirían a la nueva norma relativa a la nulidad, o al menos anulabilidad, de los tratados impuestos por la fuerza[18].

La primera aplicación efectiva del corolario derivado del Tratado de París provino de la invasión japonesa en la provincia china de Manchuria y la consiguiente creación por el ocupante del «Estado» de Manchukuo (1931-1932) y se manifestó con la denominada doctrina *Stimson* por parte de EE UU sobre el no reconocimiento de tratados o situaciones emanados del empleo ilícito de la fuerza armada[19]. Poco después, y en la misma línea, la Asamblea de la SdN adoptó una resolución conforme a la cual se declaraba que «incumbe a los Estados miembros no reconocer cualquier situación, tratado o acuerdo que pueda alcanzarse por medios contrarios al Pacto o al Tratado de París», con lo que se daba a la doctrina *Stimson* un alcance general y virtualmente universal[20].

Muy rápidamente, ese principio se plasmó en el ámbito convencional mediante sendos tratados multilaterales impulsados desde la América Latina: primero, el llamado Pacto antibélico, que estipulaba que los Estados parte «no reconocerán arreglo territorial alguno que no sea obtenido por medios pacíficos, ni la validez de la ocupación o adquisición de territorios que sea lograda por la fuerza de las armas»[21]; e inmediatamente después la Convención americana sobre los derechos y deberes de los Estados, que consagraba «la obligación precisa de no reconocer las adquisiciones territoriales o ventajas especiales que se realicen por la fuerza, ya sea que esta consista en el uso de armas, en representaciones diplomáticas conminatorias o en cualquier otro medio de coacción efectiva»[22].

La rapidez de la evolución de la *opinio iuris* en esta materia en aquel periodo se pone de relieve si se comparan dos textos producidos en esa década por una prestigiosa entidad académica, *Harvard Research in International*

---

[18] Cabe señalar, entre los primeros expositores de esa teoría, a DE VISSCHER, F., «Des traités imposés par la violence», *Revue de Droit International et de Législation Comparée,* 1931, pp. 413-537; CAVAGLIERI, A., «La violenza come motivo di nullità dei trattati», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1935, pp. 4-23; y, de forma destacada, LAUTERPACHT, H., «Règles générales du droit de la paix», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1937-IV, p. 97, así como en la 5.ª ed. de OPPENHEIM, L., *International law. A treatise*, vol. I: *Peace*, Londres-Nueva York, 1937.

[19] Esa doctrina estaba contenida en las notas cursadas el 7 de enero de 1932 por el secretario de Estado norteamericano, Henry Stimson, a China y a Japón, en las que EE UU declaraba que «no se propone reconocer ninguna situación, tratado o acuerdo que pueda ser obtenido gracias a medios contrarios a las obligaciones contraídas conforme al Tratado de París de 21 de agosto de 1928». Acerca de esta doctrina, véase la obra de LANGER, R., *Seizure of territory: The Stimson doctrine and related principles in legal theory and diplomatic practice,* Princeton, 1947.

[20] Resolución relativa la cuestión de Manchuria, aprobada por la Asamblea de la SdN el 11 de marzo de 1932 y luego respaldada expresamente por EE UU, no miembro de la SdN.

[21] Pacto antibélico de no agresión y conciliación, propuesto por el canciller Saavedra Lamas de Argentina, firmado en Río de Janeiro el 10 de octubre de 1933, art. 2. Ese Pacto llegó a reunir treinta Estados parte, tanto americanos (entre ellos EE UU) como europeos (entre ellos España).

[22] Convención de Montevideo, de 26 de diciembre de 1933, art. 11. Dicha Convención fue firmada por veinte Estados americanos y ratificada por diecisiete de ellos, incluyendo a EE UU. El principio de la inadmisibilidad de la adquisición de territorios por la fuerza fue reafirmado por la Declaración de Solidaridad de América, adoptada en Lima el 24 de diciembre de 1938.

Law. En 1935 su proyecto de codificación del Derecho de los Tratados solamente recogía la regla tradicional que prohibía la violencia ejercida sobre el representante del Estado, omitiendo en cambio la coacción sobre el Estado mismo[23]. Sin embargo, solo cuatro años después, en 1939, la misma entidad publicó un proyecto de convención sobre los derechos y deberes de los Estados en caso de agresión, en el que se incluía expresamente la mención de la anulabilidad de un tratado obtenido mediante el empleo de la fuerza armada por un Estado agresor[24].

Todos estos avances, tanto en el Derecho positivo como en la doctrina internacional, no impedirían que se produjeran en aquellos años hechos tan chocantes, e incluso escandalosos, como el Acuerdo de Múnich de 1938 que forzó a Checoslovaquia a ceder a Alemania el territorio de los Sudetes o el documento de Berlín de 1939 que implicaba la partición de Checoslovaquia y que obligó a lo que quedaba de dicho país a convertirse en un «Protectorado de Bohemia y Moravia» bajo la tutela del III *Reich*, en ambos casos mediante la amenaza del empleo de la fuerza por parte de Alemania y, en el segundo, también por la intimidación directa a los más altos representantes del Estado[25]. Con todo, la posterior reacción de la opinión pública internacional frente a esos y otros similares hechos de aquella época y, sobre todo, el triunfo de los Aliados en la Segunda Guerra Mundial frente a las potencias del Eje conducirían a un completo cambio de paradigma en la comunidad internacional en cuanto a las normas fundamentales en materia de recurso a la fuerza entre Estados, así como su corolario respecto a los tratados impuestos.

4. LA PROGRESIVA CONSOLIDACIÓN DE LA NUEVA NORMA A PARTIR DE LA CARTA DE LAS NACIONES UNIDAS[26]

El cambio de paradigma que se había iniciado durante la etapa de entreguerras culminó con la adopción y entrada en vigor en 1945 de la Carta de

---

[23] Harvard Research, *Draft Convention on the Law of Treaties* (relator, James Garner), art. 32 *(Duress)*, *Supplement to the American Journal of International Law*, Washington, 1935, vol. 29, pp. 657-1226, esp. pp. 1144-1148.

[24] Harvard Research, *Draft Convention on the Rights and Duties of States in case of Aggression* (relator, Philip Jessup), art. 4, párr. 3: «A treaty brought about by an aggressor's use of armed force is voidable», *Supplement to the American Journal of International Law*, Washington, 1939, vol. 33, pp. 823-909.

[25] Respecto al primero: Acuerdo de 29 de septiembre de 1938 firmado en Múnich por los líderes de Alemania, Reino Unido, Francia e Italia y aceptado poco después, bajo protesta, por Checoslovaquia. En cuanto al segundo: Declaración firmada por el presidente Emil Hácha de Checoslovaquia que implicaba la capitulación de su país ante las exigencias —acompañadas de presiones personales y amenazas de inminente invasión— planteadas como un ultimátum por el *führer* Adolf Hitler en el encuentro entre ambos en Berlín el 15 de marzo de 1939. Más tarde, ambos instrumentos fueron denunciados o declarados nulos o decaídos, tanto por el gobierno checoslovaco en el exilio como por las principales potencias aliadas. Véanse, en particular, las notas intercambiadas por el gobierno británico y el checoslovaco en Londres, en agosto de 1942, en British and Foreign State Papers.

[26] Para una amplia exposición de la evolución del Derecho de los tratados en el periodo de la segunda posguerra, puede consultarse la completa obra de Rosenne, S., *Developments in the law of treaties, 1945-1986*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

las Naciones Unidas, uno de cuyos principios fundamentales consiste en la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales, salvo en los casos de legítima defensa frente a un ataque armado o de una acción colectiva, aprobada por el Consejo de Seguridad, para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales[27].

Cabe añadir que, en la inmediata posguerra, los Tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio pronunciaron sendas sentencias en que fallaron que diversas agresiones militares emprendidas, respectivamente, por Alemania y por Japón para conquistar territorios u obtener ventajas especiales de otros Estados constituían crímenes contra la paz por los cuales los principales responsables civiles y militares de esos países debían ser condenados a penas particularmente graves. Esos tribunales, conforme a sus respectivos Estatutos, solamente estaban capacitados para pronunciarse en el terreno penal, pero sus fallos acarreaban como inevitable consecuencia el que los tratados u otros instrumentos conseguidos mediante acciones agresivas consideradas como graves crímenes internacionales no podían surtir efecto legal alguno[28].

A raíz de su creación, y de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Carta, las Naciones Unidas emprendieron la tarea de la codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional, principalmente mediante la labor desplegada por la Comisión de Derecho internacional. Entre los primeros textos elaborados por la CDI se encontraba el proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes de los Estados (1949) que, entre otras cosas, incluía una versión actualizada de la doctrina *Stimson*[29].

A continuación, la CDI emprendió la codificación del Derecho de los Tratados, en un proceso que tomaría dos décadas, con la intervención de media docena de relatores especiales. Entre ellos hay que destacar la labor desarro-

---

[27] Así se desprende del art. 2, párr. 4 (principio de la prohibición de la fuerza), el art. 51 (derecho de legítima defensa) y el art. 42 (facultad del Consejo de Seguridad para autorizar medidas de fuerza en casos de alteración de la paz internacional) de la Carta de las Naciones Unidas, adoptada por la Conferencia de San Francisco el 26 de junio de 1945 y entrada en vigor el 24 de octubre del mismo año. Conviene señalar que la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en varias decisiones, ha considerado que ese principio, más allá de su naturaleza convencional, forma parte del DI general, con valor constitucional. Véanse, en particular, las sentencias de la CIJ en cuanto al fondo en los asuntos del *Canal de Corfú* (*Albania c. Reino Unido*), de 9 de abril de 1949; *Actividades militares y paramilitares contra Nicaragua* (*Nicaragua c. EE UU*), de 27 de junio de 1986; y *Actividades armadas en el territorio del Congo* (*R. D. del Congo c. Uganda*), de 19 de diciembre de 2005.

[28] Véanse los respectivos estatutos, así como las sentencias del Tribunal militar internacional de Nuremberg, de 1 de octubre de 1946, y del Tribunal militar internacional de Tokio, de 12 de noviembre de 1948.

[29] Proyecto de Declaración de los Derechos y Deberes de los Estados, art. 11: «Todo Estado tiene el deber de abstenerse de reconocer las adquisiciones territoriales efectuadas por otro Estado en contravención del (principio de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza)». Véase el Anexo a la Resolución 375 (IV) de la Asamblea General de la ONU, de 6 de diciembre de 1949. Una formulación similar se encuentra en el art. 3 de la Carta de Bogotá, instrumento fundacional de la Organización de Estados Americanos, de 30 de abril de 1948. También es relevante a este respecto el art. 1 del Tratado interamericano de asistencia recíproca, firmado en Río de Janeiro el 2 de septiembre de 1947, que recoge el principio de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza.

llada por dos relatores británicos: Hersch Lauterpacht, en la fase inicial de los trabajos, y luego Humphrey Waldock, en la etapa decisiva que condujo a la Convención de Viena. Desde su primer informe a la CDI, presentado en 1953, Lauterpacht abordó de frente la cuestión que nos ocupa, al examinar las condiciones de validez de los tratados y, concretamente, la «realidad del consentimiento», en cuyo contexto propuso que se incluyera una disposición relativa a la necesidad de que el tratado fuese concluido en ausencia de toda compulsión ilegítima[30]. Aunque las propuestas de Lauterpacht no llegaron a ser estudiadas por la CDI, su influencia resultó determinante en el periodo clave de los trabajos de la Comisión sobre el Derecho de los Tratados, diez años más tarde[31].

Mientras tanto, las nuevas pautas que se abrían paso en torno a la cuestión de la coacción y los tratados empezaban a reflejarse en decisiones judiciales en el ámbito interno, como lo muestran, en particular, varias sentencias de tribunales neerlandeses en el curso de esa misma década[32]. En paralelo, la tendencia ya iniciada en esta materia en la doctrina con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial se intensificó y fortaleció en el periodo de la postguerra, hasta el punto de que en la principal obra de referencia de aquellos años sobre el Derecho de los Tratados llegara a pronunciarse Lord McNair en estos claros y medidos términos:

> «*It would be now the duty of an international tribunal to scrutinize closely the circumstances in which a treaty or other international engagement was concluded and to decline to uphold it in favor of a party which has secured another party's consent by means of an illegal use or threat of force*»[33].

---

[30] Véase el proyecto de art. 12: «*Absence of compulsion - Treaties imposed by or as a result of the use of force or threats of force against a State in violation of the principles of the Charter of the United Nations are invalid if so declared by the International Court of Justice at the request of any State*», con un amplio comentario, en el primer informe del relator especial Sir Hersch Lauterpacht (doc. A/CN.4/63), *ILC Yearbook*, 1953, vol. II, pp. 147-152. En su informe, Lauterpacht no incluía un proyecto de disposición separada acerca de la coacción sobre los representantes del Estado.

[31] Entretanto hubo otro relator, Sir Gerald Fitzmaurice, que en esta cuestión se atuvo a los esquemas de la «vieja doctrina», al incluir solamente un proyecto de artículo (con el título «*Duress*») sobre la coacción ejercida respecto de los representantes del Estado, justificando la ausencia de una disposición acerca de la coacción sobre el Estado por las «dificultades prácticas» que ello plantearía y porque esa materia correspondería a la cuestión general de los efectos de la fuerza ilícita entre Estados. Véanse párrs. 61-63 de su tercer informe (doc. A/CN.4/115), en *ILC Yearbook*, 1958, vol. II, pp. 38-39. Sus informes tampoco llegarían a ser discutidos por la CDI.

[32] Véanse, en especial, las sentencias en los casos *Ratz-Lienert and Klein c. Nederlandse Beheers Instituut*, de la División Judicial del Consejo para la Restauración de Derechos Legales, de 29 de junio de 1956, y *Amato Narodni Podnik c. Julius Keilwerth Musikinstrumentenfabrik*, del Tribunal de Distrito de La Haya, de 11 de diciembre de 1956, que consideraban nulo el Tratado sobre cuestiones de nacionalidad entre Alemania y Checoslovaquia, de 20 de noviembre de 1938, que había sido celebrado en la estela del Acuerdo de Múnich y, por tanto, era resultado de una «coacción notoria, irresistible e injusta» (en palabras de la primera de esas decisiones). Ambas sentencias fueron publicadas en *International Law Reports*, Cambridge, 1957, vol. 24, pp. 536 y 435, respectivamente.

[33] McNair, A. D., *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 210. McNair se cuidaba enseguida de precisar que ello no se aplicaría a un tratado que resultara de una acción armada legítima, emprendida por cuenta de la comunidad internacional. Aunque no citaba ningún caso concreto, da la impresión de que estuviera pensando en supuestos tales como el Acuerdo de armisticio que puso fin a las hostilidades en la Península de Corea, firmado en Panmunjom el 27 de julio de 1953.

Para entonces, esa apreciación era ya, aunque no unánime[34], ampliamente compartida entre los internacionalistas e incluso entre los gobiernos, como iba a ponerse de manifiesto en la misma década, primero en las labores codificadoras de la CDI entre 1963 y 1966 y a continuación en los trabajos de la Conferencia de Viena sobre el Derecho de los Tratados en 1968 y 1969, en que se consagrarían los nuevos enfoques con toda claridad.

El nuevo relator, Sir Humphrey Waldock, retomó en esta materia el camino que había sido abierto por Lauterpacht, al principio de manera cautelosa pero luego, empujado por la mayoría de la CDI, de forma más resuelta y, en definitiva, radical. Al abordar esta cuestión, Waldock trató de trazar una vía intermedia entre los enfoques de sus dos predecesores, al presentar proyectos de artículos sobre ambos supuestos (coacción sobre representantes u órganos del Estado y coacción sobre el Estado mismo), a la vez que en ambos casos preveía la posibilidad de que el Estado afectado optara por subsanar ese vicio mediante fórmulas de ratificación, aceptación o aquiescencia[35].

Sin embargo, el relator especial se encontró con que la mayoría de los miembros de la CDI, aun siguiéndole en cuanto al mantenimiento de la tradicional dualidad de supuestos —con algunas dudas, dado que en la práctica era frecuente que ambos coincidieran en las mismas situaciones—, eran partidarios de formulaciones más tajantes en el sentido de estipular la invalidez del consentimiento expresado o la nulidad absoluta del tratado resultante. Los miembros críticos argüían que, al estar en juego principios y valores fundamentales de la comunidad internacional —incluso se utilizó el concepto de «orden público internacional»—, no cabía dejar la cuestión meramente al arbitrio del Estado lesionado, que podría seguir estando condicionado por la presión injusta, sino que procedía sancionar la violencia empleada o amenazada con la invalidez o nulidad del resultado obtenido. Ante esta situación, Waldock hubo de modificar la redacción de los textos pertinentes —que, sin llegar a estar plenamente alineados, fueron progresivamente equiparados en cuanto a sus efectos— a fin de reflejar esa opinión ampliamente mayoritaria en la CDI[36].

Merece la pena resaltar que, al remitir esos textos a la Asamblea General y a los Estados para recoger sus reacciones, la CDI subrayó que su contenido,

---

[34] Como ejemplo, basta con leer las consideraciones sobre esta cuestión contenidas en la obra de DE VISSCHER, C., *Théories et réalités en droit international public*, París, Pedone, 1960, pp. 313-314, para percatarse de hasta qué punto estaban aún vivas las viejas ideas acerca de la validez de los tratados impuestos.

[35] Sir Humphrey Waldock, Segundo informe sobre el Derecho de los Tratados (doc. CN.4/156), en *Anuario de la CDI*, 1963, vol. II, pp. 50-52.

[36] Los debates clave sobre este tema se desarrollaron durante las sesiones 681.ª a 683.ª y 705.ª de la CDI, en mayo y junio de 1963, bajo la presidencia del jurista uruguayo Eduardo Jiménez de Aréchaga. Entre las aportaciones, por miembros pertenecientes a diversas regiones y culturas jurídicas, cabe destacar las propuestas formuladas por el español Antonio de Luna y el italiano Roberto Ago —apoyadas, entre otros, por el soviético Grigory I. Tunkin— que, con una redacción más lapidaria y taxativa que la empleada por el relator, lograron cambiar sustancialmente el sentido y alcance de los proyectos de textos discutidos. Véase *Anuario de la CDI*, 1963, vol. I, pp. 49-65 y 221-223.

en particular en lo referente a la coacción ejercida contra un Estado en la conclusión de un tratado, reflejaba el estado de la evolución del orden internacional y «constituye *lex lata* en el Derecho internacional actual» [37]. Prudentemente, la CDI salía así al paso de las eventuales críticas, que anticipaba, de que pudiese estar innovando en este punto y procediendo a un «desarrollo progresivo» del DI en lugar de una mera codificación. Esa previsión por parte de la CDI resultó acertada, porque en las reacciones de los gobiernos, tanto en los debates de la VI Comisión (Jurídica) de la AGNU como en los comentarios por escrito de diversos Estados, se produjo un respaldo generalizado a la posición adoptada por la CDI, sin disputarse el carácter de *lex lata* de la norma y discutiéndose fundamentalmente el alcance del concepto de «fuerza» en ese contexto y la manera de determinar su ilicitud en tales casos, así como el momento en que se podía considerar que había nacido la nueva norma [38].

En paralelo y de manera congruente con esa opción fundamental adoptada, la CDI fue emparejando el tratamiento de ambos supuestos (coacción sobre el representante y coacción sobre el Estado) en las disposiciones del proyecto de artículos que afectaban con carácter general a la invalidez de los tratados, sea en cuanto al procedimiento a seguir para efectuar tal declaración o a sus consecuencias, siempre en el sentido de sancionar con nulidad absoluta ya fuese la prestación del consentimiento viciado o el tratado mismo [39].

Con todo, en las observaciones de diversos gobiernos —incluyendo los de EE UU y la URSS— surgió una cuestión que no había sido suficientemente considerada por la CDI y que hubo de ser abordada en la segunda lectura del proyecto de artículos, en 1966. Se trataba de la hipótesis del ejercicio legítimo de la fuerza por cuenta de la comunidad internacional para hacer frente a una agresión, conforme a la Carta de las Naciones Unidas, y de sus posibles consecuencias en el campo del Derecho de los Tratados [40]. Al tratarse de un supuesto que podía afectar a diversas disposiciones del proyecto, el Comité de Redac-

---

[37] Véanse los textos de los proyectos de artículos entonces numerados como 35 y 36, así como sus comentarios respectivos, aprobados en primera lectura, en el informe anual de la CDI a la AGNU (doc. A/5509), recogido en *Anuario de la CDI*, 1963, vol. II, pp. 230-231.

[38] Véanse las observaciones de los gobiernos al proyecto de artículos, publicadas como Anexo del informe de la CDI de 1966, en *Anuario de la CDI*, 1966, vol. II, pp. 303-394.

[39] Véanse los proyectos de arts. 48 (Coacción sobre el representante de un Estado) y 49 (Coacción sobre un Estado mediante la amenaza o el uso de la fuerza), así como los arts. 41 (Divisibilidad de las disposiciones de un tratado), 42 (Pérdida del derecho a alegar una causa de nulidad... de un tratado) y 65 (Consecuencias de la nulidad de un tratado), que reflejan claramente la opción fundamental escogida por la CDI. Proyecto de artículos sometido por la CDI a la AGNU y, en definitiva, a la Conferencia de Viena [doc. A/CONF39/9, reproducido en Naciones Unidas, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados (1968-1969), Documentos*, Nueva York, 1971, pp. 7-93].

[40] Se trataba justamente de la hipótesis apuntada por McNair pocos años antes. Por su lado, el relator Waldock había subrayado, en el comentario a su proyecto de art. 12, que «hay una gran diferencia entre la coacción que utiliza un agresor para consolidar en un tratado los frutos de su agresión y la que se ejerce para imponer un arreglo de paz a un agresor» (*Anuario de la CDI*, 1963, vol. II, p. 60). Acerca de este último supuesto, conviene señalar el trabajo pionero de Goldschmidt, W., «Construcción jurídica de la paz dictada», *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, Madrid, 1945, núm. 178, p. 40, en que propugna la naturaleza esencialmente legislativa, más que convencional, de la paz impuesta al agresor, como la que se estaba produciendo en aquel mismo año respecto de las potencias del Eje.

ción de la CDI, con la participación del relator especial, propuso que quedara cubierto con la adición de una cláusula general de salvaguardia que se integrara en un capítulo separado. Tras un largo debate, así se acordó y la disposición en cuestión pasó a formar parte del proyecto revisado de artículos y luego en el proyecto definitivo de la CDI que se sometió a la Conferencia de Viena[41].

De esta manera, con esas tres disposiciones clave, más otras complementarias y concurrentes, quedaron firmemente dibujados por la CDI los componentes y perfiles de la nueva norma aplicable en materia de coacción y tratados internacionales en el DI moderno.

5. LA CONSAGRACIÓN DE LA NUEVA NORMA: LAS CONFERENCIAS DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS Y OTROS ACONTECIMIENTOS CONTEMPORÁNEOS

En la Conferencia de Viena de 1968-1969, al igual que en la VI Comisión de la AGNU, el proyecto de artículos de la CDI fue generalmente saludado como una extraordinaria contribución a la codificación y el desarrollo progresivo del DI en un área de fundamental importancia en las relaciones internacionales, propiciando que constituyera la base de trabajo fundamental para que la Conferencia llegara a adoptar la Convención de Viena de 1969[42]. Esta positiva acogida abarcó de manera particular a las disposiciones propuestas por la CDI en las cuestiones relativas a la coacción y los tratados[43]. En efecto, todas las disposiciones contenidas en el proyecto de la CDI referentes a esta cuestión fueron endosadas por la Conferencia por amplias mayorías y con mínimos cambios respecto a la redacción que les había dado la Comisión[44].

---

[41] Véase el art. 70 del proyecto definitivo de la CDI (fuente citada en nota 39 *supra*). La propuesta inicial de EE UU, URSS y otros países concernía ante todo al artículo del anterior proyecto relativo a los tratados que prevén obligaciones para terceros Estados. Sin embargo, el debate mostró que ese supuesto podía también afectar a otros artículos, en particular al referente a la coacción sobre un Estado mediante la fuerza ilícita y quizá también a otras disposiciones relativas a la nulidad y terminación de los tratados. Por eso la CDI juzgó más conveniente elaborar una cláusula general de salvaguardia para esa hipótesis excepcional. Hubo acuerdo general en la CDI —como luego en la Conferencia de Viena— en que esa disposición tenía una sólida base en los arts. 103 y 107 de la Carta de las Naciones Unidas, que establecen, respectivamente, la prevalencia de la Carta sobre cualquier otro tratado y la no afectación de las medidas adoptadas respecto de las potencias del Eje como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.

[42] Indudablemente, a ese resultado contribuyó también el hecho de que los principales directivos de la Conferencia de Viena fuesen miembros destacados de la CDI y, por tanto, participantes activos en la elaboración del proyecto: el presidente de la Conferencia, Roberto Ago (Italia); el de la Comisión plenaria, Taslim O. Elias (Nigeria); el del Comité de redacción, Mustafa K. Yasseen (Iraq); el relator de la Comisión plenaria, Eduardo Jiménez de Aréchaga (Uruguay), y el experto consultor, Sir Humphrey Waldock (Reino Unido), quienes actuaron como un equipo competente, compenetrado y muy eficaz hasta lograr culminar con éxito los trabajos de la Conferencia,

[43] Para entonces, esas disposiciones habían pasado a estar numeradas como arts. 48, 49 y 70 del proyecto definitivo de artículos presentado por la CDI (citado en nota 39 *supra*).

[44] En ese proceso de discusión, reelaboración y reordenación del texto, los arts. 48, 49 y 70 del proyecto definitivo de la CDI pasaron a ser, respectivamente, los arts. 51, 52 y 75 de la Convención de Viena

En el caso de las disposiciones que se convertirían en los arts. 51 (Coacción sobre el representante de un Estado) y 75 (Caso de un Estado agresor), ambos textos fueron aprobados por la Conferencia por amplísimas mayorías, sin que se registrase ningún voto en contra y con muy pocas abstenciones, lo que resulta indicativo del alto grado de aceptación de tales normas por la comunidad internacional[45].

Más intensos fueron los debates mantenidos en la Conferencia en torno al que sería art. 52 (Coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza). Conscientes las delegaciones del cambio de paradigma que suponía esa disposición, se debatió a fondo sobre su formulación y sus implicaciones, centrándose las discusiones sobre todo en el concepto de «fuerza» y en los principios de la Carta de las Naciones Unidas mencionados en el texto de la CDI. Finalmente, y tras intensas consultas informales, se registró un amplio acuerdo acerca de la conveniencia de mantener tal cual el término «fuerza» en el texto, sin ninguna calificación o precisión adicional (frente a lo que reclamaban muchas delegaciones, sobre todo afroasiáticas); y, separadamente, adoptar una Declaración sobre la prohibición de la coacción militar, política o económica en la celebración de tratados, que se publicaría como anexo al Acta final de la Conferencia[46]. Por otro lado, la Conferencia aprobó por mayoría una enmienda al texto del artículo en el sentido de sustituir la expresión «los principios de la Carta» por «los principios de Derecho internacional incorporados en la Carta»[47]. En esas condiciones, el art. 52 resultó aprobado por una abrumadora mayoría de la Conferencia, sin ningún voto en contra y con solo contadas abstenciones[48], quedando así redactada esta disposición clave:

---

de 1969. En cuanto a los proyectos de los arts. 41, 42 y 65, con ellos relacionados, se convirtieron en los arts. 44, 45 y 69 de la Convención, respectivamente. En el mismo volumen de *Documentos* se puede consultar una tabla comparativa de la numeración de los artículos de la Convención en relación con el proyecto definitivo de la CDI, junto con otros detalles de su tratamiento durante los trabajos de la Conferencia (fuente citada en nota 38 *supra*, pp. 302-303). También pueden consultarse las útiles obras de Rosenne, S., *The law of treaties*: *A guide to the legislative history of the Vienna Convention,* Leiden-Nueva York, Oceana Publications, 1970, y de Wetzel, R. y Rauschnigg, D., *The Vienna Convention on the Law of Treaties: Travaux préparatoires*, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag GmbH, 1978.

[45] La única modificación introducida en el art. 51 fue la supresión del adverbio «personalmente» que en el proyecto de la CDI calificaba la coacción sufrida por el representante del Estado. Fueron derrotadas varias enmiendas tendentes a sustituir la sanción de nulidad absoluta por una relativa.

[46] El proyecto de Declaración, elaborado en consultas informales, fue presentado por el delegado de Países Bajos, Willem Riphagen, y se aprobó por consenso en Comisión y por amplia mayoría en el Plenario de la Conferencia.

[47] Esta enmienda, impulsada por Checoslovaquia, fue presentada por 14 países (entre ellos Cuba, Ecuador, España, Guatemala y México), con objeto de recoger la idea de que esos principios podían preexistir a la Carta y que, en todo caso, eran aplicables igualmente a Estados no miembros de la Organización. Por otra parte, hay que señalar que el párr. 6 del preámbulo de la Convención recoge una enumeración sucinta de esos «principios de Derecho internacional incorporados en la Carta», que vienen a corresponder a los que un año después se incluirían en la Declaración de Principios de 1970; otros párrafos del preámbulo contienen referencias a «los principios del libre consentimiento y de la buena fe» (3.º) y a «los principios de la justicia y el Derecho internacional» (4.º).

[48] La aprobación del art. 52 y de la Declaración anexa al Acta Final vino acompañada de una serie de explicaciones de voto por parte de diversas delegaciones, que constan en las actas de la Conferencia

> «Es nulo todo tratado cuya celebración se haya obtenido por la amenaza o el uso de la fuerza en violación de los principios de Derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas».

De esta manera, con un amplio respaldo de los Estados, culminaba una evolución de medio siglo y quedaba consagrada la nueva norma, en lo que se ha calificado acertadamente como «una verdadera revolución jurídica internacional».[49] Ese amplio respaldo quedó corroborado al final de la Conferencia cuando fue adoptado el texto de la Convención de Viena por 79 votos favorables, frente a solo uno en contra (Francia) y 19 abstenciones[50].

Mientras la Convención de Viena iba reuniendo firmas y ratificaciones de los Estados en los años y lustros subsiguientes, se fueron produciendo una serie de actos y pronunciamientos relevantes que caminaban en el mismo sentido y que tendían a reforzar la vigencia y el valor de la nueva norma en el orden internacional. A continuación se señalan los más destacados entre ellos, en los planos diplomático, normativo o jurisprudencial.

En el plano diplomático, y de manera especialmente significativa por razones históricas, en 1973 Alemania y Checoslovaquia celebraron un tratado para normalizar sus relaciones mutuas, que contenía disposiciones relativas al Acuerdo de Múnich de 1938: el preámbulo reconocía que ese Acuerdo había sido impuesto por la Alemania nazi mediante la amenaza de la fuerza y en la parte dispositiva ambas partes estipulaban que aquel Acuerdo era considerado nulo en lo que se refiere a sus relaciones mutuas[51].

Por otro lado, en el plano normativo general, la AGNU procedió en el curso de la década que siguió a la Convención de Viena a adoptar por consenso, tras largas negociaciones en cada caso, sendos documentos de gran trascendencia en el ámbito internacional y con especial impacto en la materia que nos ocupa: en 1970, la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados y, en 1974, la Definición de la agresión[52].

---

y que reflejan distintos matices interpretativos respecto al paquete aprobado, según los puntos de vista o sensibilidades de los diferentes países o grupos intervinientes. Véase el acta de la 20.ª sesión plenaria en Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Tratados, *Actas*, 2.º periodo de sesiones (1969), Nueva York, 1971, pp. 95-107.

[49] Es la expresión que emplean DE LA GUARDIA, E. y DELPECH, M. (ambos delegados de Argentina en la Conferencia de Viena) en su libro *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Buenos Aires, La Ley, 1970, p. 405. Igualmente resalta la relevancia del cambio operado en este ámbito JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E., en su obra *El Derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 21-22 y 77.

[50] Véase el volumen de las *Actas* de la Conferencia (obra citada en nota 46), pp. 215-221. Tanto el solitario voto en contra como las abstenciones fueron explicados por las respectivas delegaciones por motivos otros que los referentes a las disposiciones relativas a la coacción y los tratados.

[51] Tratado entre la República Federal de Alemania y la República Socialista de Checoslovaquia, firmado en Praga el 11 de septiembre de 1973: véanse, respectivamente, el párr. 3 del preámbulo y el art. 1 del Tratado. *United Nations Treaty Series*, vol. 951, p. 365.

[52] Conviene señalar que la CIJ ha resaltado el valor normativo tanto de la Declaración de 1970 como de la Definición de la agresión de 1974, en particular en su sentencia de 27 de junio de 1986 en

Como es sabido, la Declaración de 1970[53] desarrolla, entre otros, los principios de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, la obligación de buscar el arreglo de los conflictos por medios pacíficos, la igualdad soberana de los Estados y la no intervención en los asuntos de otros Estados. En particular, aunque la Declaración no recoge expresamente la nulidad de los tratados impuestos por la fuerza ilícita, contiene disposiciones que permiten deducirla, como la condena de la guerra de agresión como un crimen contra la paz que genera responsabilidad y la inadmisibilidad de la adquisición de territorio de otro Estado o la obtención de ventajas de cualquier orden mediante la amenaza o el uso de la fuerza.

Por su lado, la Definición de la agresión[54], aparte de aclarar el sentido y alcance de esa noción —lo que debería facilitar la interpretación y aplicación, en su caso, del art. 75 de la Convención de Viena—, reafirma que la guerra de agresión es un crimen contra la paz internacional que origina responsabilidad y asimismo enfatiza que ninguna adquisición territorial o ventaja especial resultante de una agresión es lícita ni será reconocida como tal.

Pasando al plano jurisprudencial, lo más notable es que, muy pronto tras la Conferencia de Viena, en 1973, la CIJ, confrontada con una acusación velada de «*duress*» (violencia en la conclusión de un convenio) por parte de Islandia frente a Reino Unido —en relación con el acuerdo bilateral establecido mediante el Canje de Notas de 1961, que había sido invocado por Reino Unido como base de la competencia de la CIJ en el asunto—, se expresó de la siguiente manera:

> «*There can be little doubt, as implied in the Charter of the United Nations and recognized in Article 52 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, that under contemporary international law an agreement concluded under the threat or use of force is void. It is equally clear that a court cannot consider an accusation of this serious nature on the basis of a vague general charge unfortified by evidence in its support*»[55].

Indudablemente, se trató de un notable espaldarazo por parte de la Corte a la norma moderna en esta materia, incluso antes de la entrada en vigor de la Convención de Viena, quizá como una manera de alentar a los Estados a unirse al nuevo texto codificador. Lo único que cabe lamentar es que los

---

cuanto al fondo en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua* (*Nicaragua c. EE UU*), *ICJ Reports* 1986, p. 108, párrs. 188, 193 y 195.

[53] Contenida en el Anexo a la Resolución 2625 (XXV) de la AGNU, de 24 de octubre de 1970. Esa trascendental Declaración ha sido reafirmada y reiterada en múltiples ocasiones por la AGNU, empezando con la Declaración sobre el fortalecimiento de la seguridad internacional —Resolución 2734 (XXV), de 17 de diciembre de 1970— y continuando, entre otras, con las Resoluciones 50/6, de 24 de octubre de 1995 (XXV aniversario de la Declaración); 55/2, de 2000 (Declaración del Milenio); 60/1, de 2005 (Documento final de la Cumbre del LX aniversario de la Organización), etcétera.

[54] Contenida en el Anexo a la Resolución 3314 (XXIX) de la AGNU, de 14 de diciembre de 1974.

[55] Párr. 24 de la Sentencia de la CIJ, de 2 de febrero de 1973, en la fase jurisdiccional del asunto *Jurisdicción en materia de pesquerías (Reino Unido c. Islandia), ICJ Reports*, 1973, p. 14. Tal vez no fuese una coincidencia el que entre los jueces que emitieron esa decisión estuvieran varios juristas que habían participado activamente en la elaboración de la norma citada, ya fuese en la CDI o en la Conferencia de Viena, en particular Eduardo Jiménez de Aréchaga y el español Federico de Castro.

jueces no cuidaran algo más la redacción de ese pasaje, que habría sido más preciso si se hubiera añadido el adjetivo «*illicit*» o «*unlawful*» como calificativo de la amenaza o el uso de la fuerza para que hubiera de producir la nulidad del tratado resultante.

Desde un ángulo distinto, la CIJ volvería unos años después sobre el tema de la coacción de un Estado sobre otro, en el asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua*. Analizando el tema desde el punto de vista del principio de no intervención en los asuntos de otro Estado —incluida su política exterior—, la Corte se pronunció de esta manera, también pertinente para nuestra indagación, aunque no se refiriera directamente a la validez o nulidad de un tratado:

> «*The element of coertion, which defines, and indeed forms, the very essence of, prohibited intervention, is particularly obvious in the case of an intervention which uses force, either in the direct form of military action, or in the indirect form of support for subversive or terrorist armed activities within another State. [...] These forms of action are therefore wrongful in the light of both the principle of non-use of force and that of non-intervention*» [56].

Por otro lado, hay que mencionar una decisión arbitral que en 1981 abordó incidentalmente la cuestión de la coacción y los convenios en el asunto de la *Frontera entre Dubai y Sharjah*, dos de las entidades constitutivas de los Emiratos Árabes Unidos. El tribunal arbitral, al evaluar esa alegación, se pronunció de manera taxativa en cuanto al carácter consuetudinario de las normas pertinentes de la Convención de Viena, al opinar que:

> «*Articles 51 and 52 of the Vienna Convention of 1969 reflect, in the view of the Court, customary rules of international law which are binding upon States even in the absence of any ratification of that Convention*» [57].

Ese temprano reconocimiento del valor consuetudinario de las disposiciones clave de la Convención de Viena en materia de coacción y tratados se producía poco después de que la Convención hubiese entrado en vigor, a comienzos de 1980, al haberse reunido las 35 ratificaciones o adhesiones de Estados necesarias para ello [58]. Merece la pena señalar que de las 116 ratifica-

---

[56] Párr. 205 de la sentencia de la CIJ en cuanto al fondo del asunto *Actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua* (citada en nota 52 *supra*). El interés de esta referencia radica en que la CIJ especifica algunas de las formas, sean directas o indirectas, que puede revestir el empleo de la fuerza —entendida como fuerza armada, en sus distintas manifestaciones— y que suponen una coacción ilícita en las relaciones entre Estados.

[57] Laudo arbitral, de 19 de octubre de 1981, en el asunto de la *Frontera entre Dubai y Sharjah*, *International Law Reports*, Cambridge, 1993, vol. 91, p. 569. Hay que señalar que, atendiendo a los hechos en disputa —que remontaban a 1956—, el tribunal arbitral no invalidó el acto impugnado.

[58] La Convención entró en vigor el 27 de enero de 1980. Desde entonces ha seguido recibiendo nuevas ratificaciones o adhesiones y al 8 de junio de 2022 cuenta con 116 Estados parte, de todos los continentes. Entre ellos figuran China, Rusia y Reino Unido, más no así EE UU ni Francia, entre otros países importantes. La gran mayoría de los Estados de América Latina, así como los de la Unión Europea (incluyendo a España y Portugal), son partes.

ciones o adhesiones registradas hasta ahora, ninguna contiene una reserva a las disposiciones clave sobre la coacción y los tratados[59].

Dicho hito vino seguido, a los pocos años, por una nueva Conferencia diplomática, que dio un paso más en el proceso de codificación al adoptar la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales y de estas entre sí[60]. Como es sabido, dicha Convención, cuyo proyecto fue también preparado por la CDI —contando con el jurista francés Paul Reuter como ponente—, sigue fielmente, en muchas de sus disposiciones, el precedente marcado por la Convención de Viena de 1969, con las lógicas adaptaciones para reflejar la distinta naturaleza y especificidades de las organizaciones internacionales en cuanto sujetos de DI. Pues bien, en lo que nos interesa ahora, la Convención de 1986 recoge casi literalmente, *mutatis mutandis*, las disposiciones de la anterior Convención en lo que se refiere a la coacción y los tratados[61]. La manera como se produjo la aprobación de esas disposiciones en la segunda Conferencia sobre el Derecho de los Tratados supuso una nueva confirmación de la amplia aceptación por los Estados de su carácter de normas establecidas y fundamentales en el DI moderno.

Esta misma apreciación se encuentra en la doctrina internacionalista contemporánea, como queda reflejado, con algunos matices o variantes, en la mayoría de las obras consagradas en las últimas décadas a las Convenciones de codificación de Viena o al Derecho de los Tratados en general[62]. Si acaso podría apuntarse que en los últimos años resurgen en la doctrina algunos interrogantes acerca de la virtualidad y eficacia reales de algunos de los avances registrados en las Conferencias de Viena en este campo; en tal sentido, podría

---

[59] Solamente se produjo una declaración interpretativa, al art. 52, por parte de Siria, para recalcar su entendimiento de que la noción de «fuerza» incluye la «coacción política, económica, militar y psicológica». Varios Estados (Reino Unido, EE UU, Japón y Suecia) presentaron objeciones al respecto.

[60] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, adoptada en Viena el 21 de marzo de 1986, por 67 votos contra 1 y 23 abstenciones. Aunque suscrita por un significativo número de Estados y organizaciones internacionales (tanto universales como regionales), no ha llegado a entrar en vigor por no haberse reunido todavía el número de ratificaciones o adhesiones de Estados exigido para ello por la propia Convención.

[61] Hasta el punto de repetir la numeración de los arts. 51 y 52; no así, en cambio, la disposición sobre el caso del Estado agresor, que en la Convención de 1986 lleva el núm. 76. Todos esos artículos fueron aprobados en la segunda Conferencia de Viena por consenso y sin apenas discusión. Véanse los vols. I (*Summary records*) y II (*Documents*) que recogen los trabajos de la Conferencia de 1986, publicados en Nueva York en 1995 (disponibles en *www.legal/un.org/diplomaticconferences/1986*).

[62] A título indicativo, además de las obras ya citadas (nota 49 *supra*), se pueden mencionar algunas otras: Maresca, A., *Il diritto dei trattati. La Convenzione codificatrice di Vienna del 23 maggio 1969*, Milán, 1971, pp. 605-615; Elias, T. O., *The modern law of treaties*, Leiden, 1974; Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2.ª ed., Manchester, 1984, pp. 176-181; Reuter, P., *Introduction au droit des traités*, París, 1985, pp. 147-151; Remiro Brotons, A., *Derecho internacional público. II: Derecho de los Tratados*, Madrid, 1987, pp. 439-444; Rosenne, S., *Developments in the law of treaties, 1945-1986*, Cambridge, 1989, pp. 336-338.

considerarse que el debate seguiría estando abierto, no ya tanto en el plano de los principios, sino en el de la aplicación práctica[63].

6. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

1. Puede afirmarse sin lugar a dudas que, frente a las doctrinas dominantes en el periodo anterior a la Primera Guerra Mundial, y como consecuencia de una marcada y acelerada evolución de la práctica y la doctrina internacionales a lo largo del siglo XX, especialmente a partir de la Carta de las Naciones Unidas, ha quedado consagrada y consolidada la moderna norma relativa a la nulidad de los tratados impuestos mediante coacción ilícita, sea frente a un Estado o a sus representantes, en el buen entendido de que esa nulidad no alcanza en ningún caso a aquellos tratados que sean fruto de la reacción de la comunidad internacional contra la violencia ilegítima de un Estado sobre otro.

2. Esa norma, que podía entenderse *in statu nascendi* como un corolario necesario de la prohibición del recurso a la fuerza entre Estados contenida en la Carta, corroborado por otros actos de la práctica internacional, fue considerada como *lex lata* por la CDI y por las Conferencias de Viena durante el proceso de codificación del Derecho de los Tratados y asimismo lo ha sido en distintos momentos por la jurisprudencia, tanto nacional como internacional y tanto judicial como arbitral.

3. Por tanto, las disposiciones sustantivas al respecto recogidas en la Convención de Viena de 1969 han de ser consideradas como expresión de una norma consuetudinaria de Derecho internacional general, con valor para la comunidad de Estados en su conjunto. Cosa distinta son las disposiciones procedimentales y jurisdiccionales contenidas en esa Convención, que en principio solo vinculan a los Estados parte en dicho instrumento, siempre a salvo el punto fundamental que consiste en que no basta con una alegación unilateral para constatar definitivamente la nulidad del tratado impugnado.

4. Cabe afirmar que esa nueva norma forma parte de un emergente orden público internacional, al tratarse de un corolario de la prohibición del recurso a la fuerza entre Estados, un principio con valor constitucional en el marco de las Naciones Unidas y considerado generalmente como parte importante de las normas imperativas del Derecho internacional general (*ius cogens*) y de las obligaciones *erga omnes* de los Estados. De ello se desprende

[63] Entre las obras, más recientes, en que aparecen en ocasiones consideraciones de ese tipo, pueden consultarse las siguientes: VILLIGER, M. E., *Commentary on the 1969 Convention on the Law of Treaties*, Leiden, Brill, 2009; CORTEN, O. y KLEIN, P. (eds.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011; CANNIZARO, E. (ed.), *The law of treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011; DÖRR, O. y SCHMALENBACH, K. (eds.), *The Vienna Convention on the Law of Treaties. A commentary*, Heidelberg, Springer, 2012; AUST, A., *Modern treaty law and practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 3.ª ed., 2013; GARCÍA, T. y CHAN-TUNG, L. (eds.), *La Convention de Vienne sur le droit des traités: bilan et perspectives*, París, Pedone, 2019; HOLLIS, D. B. (ed.), *The Oxford guide to treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2.ª ed., 2020.

que el bien jurídico protegido en tales casos concierne a la entera comunidad internacional y que la alegación de nulidad puede provenir de cualquiera de sus miembros y no solamente del Estado que se vea directamente lesionado o afectado.

5. Entre las diversas causas de nulidad de los tratados reconocidas por la Convención de Viena, las relativas a la coacción en sus diferentes formas, producen, en principio, una nulidad radical, absoluta e insubsanable, sobre la base de que esa invalidez se haya constatado por un tercero autorizado de manera independiente e imparcial. Ello no es óbice para que los Estados, de forma individual o colectiva, mantengan una actitud de no reconocimiento de las situaciones o ventajas *de facto* que puedan emanar de tales tratados impuestos.

6. Frente a los temores expresados desde algunos sectores tanto en el seno de la CDI como en las Conferencias de Viena en el sentido de que el reconocimiento de esa y otras causas de nulidad de los tratados podían abrir la puerta peligrosamente a una inestabilidad de las relaciones convencionales internacionales, la práctica posterior más bien muestra lo contrario, dada la escasez registrada en recientes décadas de alegaciones formales —y, por tanto, de pronunciamientos autorizados— acerca de una eventual nulidad debida a la coacción ilícita, a pesar de la persistencia de conflictos y situaciones que podrían prestarse a ese tipo de acusaciones.

7. Cabría, pues, preguntarse por las razones que motivarían ese fenómeno, lo que daría pie a un estudio más en profundidad que examinara la incidencia de factores no solo jurídicos, sino también políticos y sociológicos, que pudieran entrar en juego en esta cuestión. En particular, y dada la estrecha relación existente entre esta materia y el Derecho de la seguridad internacional, convendría analizar la manera en que en estos casos hayan funcionado —o dejado de hacerlo— las instituciones y mecanismos encargados de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales.

8. Como consideración básica, habría que procurar en todo caso que el principio fundamental contenido en la máxima *ex iniuria ius non oritur*, que se encuentra en la base de las disposiciones relativas a la coacción y los tratados, no se viera en la práctica socavado por una descarnada aplicación de la efectividad conforme al adagio contrario *ex factis oritur ius*.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
El nuevo Derecho europeo y español
de inversiones extranjeras/
The new european and spanish Law
of foreign investment
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 407-409
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.2a.01
© 2022 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)
Joaquín Alcaide Fernández
(Derecho Internacional Público)
Miguel Gardeñes Santiago
(Derecho Internacional Privado)

EL NUEVO DERECHO EUROPEO Y ESPAÑOL DE INVERSIONES EXTRANJERAS/ *THE NEW EUROPEAN AND SPANISH LAW OF FOREIGN INVESTMENT*

NOTA INTRODUCTORIA

INTRODUCTORY NOTE

Joaquín Alcaide Fernández
Miguel Gardeñes Santiago

Palabras clave: inversiones extranjeras, Reglamento 2019/452, mercado único, movimiento de capitales.

Keywords: foreign investment, Regulation 2019/452, single market, free movement of capital.

Ya desde finales de los años ochenta, con la aprobación de la Directiva 88/361, de 24 de julio, relativa a la liberalización completa de los movimientos de capitales, la normativa europea en la materia dio un giro copernicano, en un sentido liberalizador. Como elocuentemente describió en aquellos momentos Alfonso Mattera, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento* —traducción española de Cora Zapico Landrove—, Madrid, Civitas, 1991, p. 547, los movimientos de capitales que, por no estar liberalizados en la versión inicial del Tratado CEE, constituían el «pariente pobre» de las libertades de circulación, protagonizaron un avance espectacular en muy poco tiempo. Dicha Directiva constituyó el preludio de lo que llegaría poco después, con la aprobación del Tratado de Maastricht, que consolidó el régimen liberalizador de los movimientos de capitales al máximo nivel, en las disposiciones del Derecho primario, y además lo extendió a los movimientos procedentes de o destinados a países terceros, aunque en

este caso con algunas especialidades. Esto se hizo en un contexto de consolidación del mercado interior, de confirmación por el Consejo Europeo del objetivo de lograr progresivamente una unión económica y monetaria (UEM) y de globalización económica galopante, y probablemente todo ello contribuyó a la aproximación liberal y casi eufórica con que la Unión abordó este tema.

Hoy en día la situación es distinta, tras una importante crisis económico-financiera, importantes crisis político-institucionales y la pandemia de la covid-19. Al mismo tiempo, emergen nuevas potencias económicas en el contexto global, y también nuevas tensiones. Ello ha conducido a que la Unión Europea y sus Estados miembros se hayan dotado de nuevos instrumentos, como los que se analizan en este foro, el Reglamento 2019/452, de 19 de marzo, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, y la normativa española en la materia. Basándose en los principios del Reglamento, en España sucesivos Decretos Leyes dictados al hilo de las medidas de emergencia en el contexto de pandemia, han introducido y muy poco después modificado un nuevo art. 7 bis en la Ley 19/2003, de 4 de julio, reguladora de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, artículo que «suspende» el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas (de fuera de la UE) en España, cuando tales inversiones puedan afectar al orden público, a la seguridad pública o a la salud pública, sometiéndolas entonces a autorización. Ello supone un nuevo giro de nuestro Derecho de inversiones extranjeras, ahora en una dirección mucho más intervencionista. Además, aunque el nuevo art. 7 bis de la referida Ley se introdujo en el contexto de las medidas de emergencia motivadas por la pandemia, no constituye propiamente una medida de emergencia, puesto que no se previó que caducara o dejara de aplicarse una vez terminado el periodo de excepción.

Pues bien, para valorar los cambios derivados del Reglamento europeo de 2019 y de los Decretos Leyes de 2020, tenemos la suerte de contar con las contribuciones de dos especialistas en la materia, los profesores Federico F. Garau Sobrino y Luis M. Hinojosa Martínez. Tras analizar el marco regulatorio básico (arts. 63 y ss. TFUE), la contribución del profesor Hinojosa se centra esencialmente en el Reglamento 2019/542, su finalidad y su contexto, mientras que la del profesor Garau trata del Reglamento europeo y también de la normativa española. A este respecto, se muestra crítico con la aplicación anticipada del Reglamento en España —anticipación que la propia Comisión alentó, en marzo de 2020, en el contexto de la crisis de la covid-19—; duda de la legalidad de las medidas nacionales adoptadas al amparo de dicha aplicación adelantada del Reglamento, y también de la real necesidad de adopción de alguna de dichas medidas por razones de orden público. Por su parte, el profesor Hinojosa insiste en los motivos de fondo, de carácter geoestratégico, que habrían conducido a una visión «menos ingenua» de las inversiones directas extracomunitarias y a instaurar un mayor control de las mismas. Además, se muestra convencido de la plena legalidad de las medidas adopta-

das por los Estados miembros, incluso antes de la entrada en vigor del Reglamento 2019/542, dado que, a su juicio, el art. 65.1.*b)* TFUE ya confería a los Estados la competencia necesaria para adoptarlas. En definitiva, los textos que aquí se presentan no solo analizan el *statu quo* normativo, sino que también incorporan argumentos contrapuestos, proporcionando así elementos para el debate.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
El nuevo Derecho europeo y español
de inversiones extranjeras/
The new European and Spanish Law
of foreign investment
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 411-417
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.2a.02
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

LIBRE MOVIMIENTO DE CAPITALES EN LA UNIÓN EUROPEA Y LIMITACIÓN DE LAS INVERSIONES DIRECTAS PROVENIENTES DE TERCEROS ESTADOS

FREE MOVEMENT OF CAPITAL IN THE EUROPEAN UNION AND LIMITATION OF FOREIGN INVESTMENT FROM THIRD STATES

Federico F. Garau Sobrino*

Palabras clave: Unión Europea, libre movimiento de capitales, inversiones extranjeras directas, control de inversiones extranjeras.

Keywords: European Union, free movement of capital, foreign direct Investment, Screening of foreign Investment.

SUMARIO: 1. LIBRE MOVIMIENTO DE CAPITALES.—2. RESTRICCIONES A LAS INVERSIONES DIRECTAS PROVENIENTES DE TERCEROS PAÍSES.—2.1. Normativa de la Unión.—2.2. Normativa española.—3. LA (I)LEGALIDAD DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA.

1. LIBRE MOVIMIENTO DE CAPITALES

El libre movimiento de capitales es una de las cuatro libertades comunitarias, junto a la circulación de mercancías, personas y servicios. Se regula en los arts. 63 a 66 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), conteniéndose en el art. 63.1 el principio básico de liberalización de los movimientos de capitales, tanto entre personas residentes en la UE como entre residentes y no residentes. Este precepto produce efecto directo, esto es, confiere a los particulares derechos que pueden invocar ante un órgano juris-

* Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de las Islas Baleares (*fgaraus@uib.es*). Miembro del Instituto Europeo de Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense de Madrid.

diccional nacional y dar lugar a la inaplicabilidad de las normas nacionales contrarias a él[1].

El TFUE matiza el principio de liberalización contenido en el art. 63.1. Así, el art. 64 permite la existencia de restricciones a determinados movimientos de capitales «extracomunitarios» —los realizados entre residentes y no residentes— que ya existían el 31 de diciembre de 1993 en los ordenamientos de los Estados miembros, como las inversiones directas, incluidas las inmobiliarias, los movimientos de capitales ligados al establecimiento, los ligados a la prestación de servicios financieros, así como la admisión de valores en los mercados de capitales. Otro límite lo constituyen las denominadas cláusulas de salvaguardia, que permiten la inaplicación temporal, para determinados casos y en ciertas circunstancias, del régimen de liberalización. De este modo, los Estados miembros pueden adoptar medidas restrictivas respecto de los movimientos de capitales con terceros países que causen, o amenacen causar, dificultades graves para el funcionamiento de la Unión Económica y Monetaria (art. 66) o en sus balanzas de pagos (arts. 143.3 y 144). Finalmente, los Estados miembros pueden adoptar medidas restrictivas por razones de orden público y de seguridad pública [art. 65.1, letra *b)*]. Estas restricciones deben estar presididas por el criterio de proporcionalidad, debiendo ser adecuadas para garantizar la obtención del objetivo perseguido y no ir más allá de lo estrictamente necesario para alcanzarlo; esto es, que el objetivo no pueda alcanzarse con medidas menos restrictivas. El TJUE ha establecido que las medidas que obstaculicen una libertad fundamental deben aplicarse de manera no discriminatoria, estar justificadas por razones imperiosas de interés general, ser adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo[2]. Por su parte, el art. 65.3 establece que las medidas restrictivas «no deberán constituir ni un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta de la libre circulación de capitales y pagos».

2. RESTRICCIONES A LAS INVERSIONES DIRECTAS PROVENIENTES DE TERCEROS PAÍSES

2.1. Normativa de la Unión

La UE tiene competencia exclusiva en materia de política comercial común [art. 3.1.*e)* TFUE] y, concretamente, en materia de inversiones extranjeras directas (art. 207 TFUE), cuyas restricciones se prevén en el art. 64 TFUE.

---

[1] Sentencia de 14 de diciembre de 1995, *Sanz de Lera y otros*, asuntos C-163/94, C-165/94 y C-250/94, EU:C:1995:451, apdo. 48. Véase Garau Sobrino, F., «Libre movimiento de capitales y transacciones económicas con el exterior en la contratación internacional», en Calvo, A.-L. y Carrascosa, J. (dirs.), *Curso de Contratación Internacional*, 2.ª ed., Madrid, Colex, 2006, apdos. 8 y 9.

[2] Véase Sentencia de 6 de marzo de 2018, *Segro*, C-52/16 y C-113/16, EU:C:2018:157, apdos. 76 y 77; Sentencia de 1 de octubre de 2009, *Woningstichting Sint Servatius*, C-567/07, EU:C:2009:593, apdo. 25, ambas en relación con el libre movimiento de capitales.

La UE aprobó el Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión[3]. En el momento de su adopción, la Unión no contaba con un marco general para el control de las inversiones extranjeras directas ni para la cooperación entre Estados miembros. Por eso, el Reglamento establece un marco para el control por los países miembros de las inversiones directas por motivos de seguridad o de orden público, así como un mecanismo de cooperación entre los Estados miembros, y entre estos y la Comisión, por lo que respecta a dichas inversiones (art. 1). Ello no afecta a la competencia de cada Estado miembro sobre su seguridad nacional y del derecho de cada Estado miembro a proteger sus intereses esenciales de seguridad, ni limita su derecho a decidir si controla o no una determinada inversión extranjera directa en el marco del reglamento. Se define la inversión directa como «una inversión de cualquier tipo por parte de un inversor extranjero con el objetivo de crear o mantener vínculos duraderos y directos entre el inversor extranjero y el empresario o la empresa a los que se destinen los fondos para el ejercicio de una actividad económica en un Estado miembro, incluidas las inversiones que permitan una participación efectiva en la gestión o el control de una empresa que ejerce una actividad económica» (art. 2.1).

En el art. 4 se contienen una serie de elementos que ayudan a determinar cuándo una inversión extranjera puede afectar a la seguridad y al orden público. En primer lugar, se refiere a sectores objeto de la inversión directa: infraestructuras críticas físicas o virtuales; tecnologías críticas y productos de doble uso; suministro de insumos fundamentales; acceso y control de información sensible, en particular datos personales; medios de comunicación (apdo. 1). El segundo grupo de elementos se refieren al inversor extranjero: si está controlado directa o indirectamente por el gobierno de un tercer país, si ya ha participado en actividades que afecten a la seguridad o al orden público en un Estado miembro, o si existe un riesgo grave de que ejerza actividades delictivas o ilegales (apdo. 2). Si un Estado miembro considera que una inversión extranjera afecta a su seguridad u orden público, podrá adoptar, o en su caso modificar, mecanismos de control (art. 3)[4]. Cuando la inversión pueda afectar a proyectos o programas de interés para la Unión, la Comisión podrá emitir un dictamen dirigido al Estado miembro

[3] *DOUE* L 79I, de 21 de marzo de 2019; corrección de errores *DOUE* L 359, de 29 de octubre de 2020. El anexo fue modificado por el Reglamento Delegado (UE) 2020/1298, de la Comisión, de 13 de julio (*DOUE* L 304, de 18 de septiembre de 2020) y por el Reglamento Delegado (UE) 2021/2126, de la Comisión, de 29 de septiembre (*DOUE* L 432, de 3 de diciembre de 2021). Sobre el reglamento véase Esplugues, C., «El (complejo y poliédrico) fin de la edad de la inocencia de la UE: el Primer informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea como ejemplo», *Bitácora Millennium DIPr.,* núm. 15, 2022, pp. 15 y ss. (prepublicación: *http://www.millenniumdipr.com/ba-100-el-complejo-y-poliedrico-fin-de-la-edad-de-la-inocencia-de-la-ue-el-primer-informe-anual-sobre-el-control-de-las-inversiones-extranjeras-directas-en-la-union-europea-como-ejemplo*).

[4] Los mecanismos de control adoptados por los Estados miembros pueden consultarse en la siguiente dirección: *https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157946.pdf*. Véase el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Primer informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, COM (2021) 714 final, Bruselas, 23 de noviembre de 2021.

en que se prevea realizar o se haya realizado la inversión (art. 8). De acuerdo con el deber de cooperación leal de los Estados miembros, el dictamen debe ser tenido en cuenta por los Estados afectados, adoptando estos las medidas que correspondan o teniéndolo en cuenta en la elaboración de sus políticas, debiendo explicar a la Comisión los motivos que le lleven a no seguirlo (véase el cdo. 19).

El reglamento debía aplicarse a partir del *11 de octubre de 2020* (art. 17), pero con motivo de la pandemia de la covid-19, la Comisión instó mediante una Comunicación a los Estados miembros a adelantar siete meses su aplicación, a marzo de 2020.

2.2. Normativa española

Adelantándose a la Comunicación de la Comisión, España aprobó el Real Decreto ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social de la covid-19[5]. En su disposición final cuarta modificó diversos preceptos de la Ley 19/2003 sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior (LRJMC)[6]. Introdujo un nuevo art. 7 bis, sobre la suspensión del régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España y que sigue el régimen diseñado por el Reglamento 219/452[7]. Su ámbito material lo integran las inversiones extranjeras directas en España realizadas por residentes en países de fuera de la UE y de la AELC, así como por residentes en estos países pero cuya titularidad real corresponda a residentes de países de fuera de la UE o de la AELC (apdo. 1). Se suspende el régimen de liberalización de estas inversiones en determinados sectores: infraestructuras críticas, tecnologías críticas y productos de doble uso, suministro de insumos fundamentales, sectores con acceso a información sensible, medios de comunicación (apdo. 2). Igualmente se suspenden estas inversiones cuando el inversor extranjero esté controlado directa o indirectamente por gobiernos de terceros países; cuando haya realizado inversiones o participado en actividades en sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, especialmente en los sectores del apdo. 2; cuando exista un riesgo grave de que el inversor extranjero ejerza actividades delictivas o ilegales, que afecten a la seguridad pública, orden público o salud pública en España (apdo. 3). El gobierno puede suspender también las inversiones en otros sectores cuando afecten a la seguridad pública, al orden público o a la salud pública (apdo. 4). La suspensión del régimen de liberalización supone que su realización queda sometida a la obtención de la correspondiente autorización administrativa. Las inversiones realizadas sin

[5] *BOE* núm. 73, de 18 de marzo de 2020.

[6] *BOE* núm. 160, de 5 de julio de 2003.

[7] Sobre el art. 7 bis véase Esplugues, C., «La suspensión de la libre circulación de inversiones extranjeras en España por la crisis del covid-19», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020-2, pp. 405 y ss.

autorización carecerán de validez y efectos jurídicos hasta tanto no se produzca su legalización (apdo. 5). Los apdos. 1, 2, 3 y 6 del art. 7 bis fueron modificados mediante la DF 3.ª del Real Decreto ley 11/2020, de 31 de marzo, y la DF 4.ª del Real Decreto ley 34/2020, de 17 de noviembre[8].

3. LA (I)LEGALIDAD DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA

Como se ha indicado, el Reglamento 2019/452 debía aplicarse a partir del 11 de octubre de 2020 (art. 17). Sin embargo, con motivo de la crisis sanitaria del covid-19 y para evitar una venta masiva de empresas de la UE y de operadores industriales europeos, en marzo de 2020 la Comisión instó a los Estados miembros que ya poseían mecanismos nacionales de control a hacer un uso pleno de ellos. También instó a los que no disponían de mecanismos, o cuyos mecanismos no cubrían todas las operaciones pertinentes, a que establecieran un mecanismo de control completo y a que examinasen otras opciones a su disposición para abordar aquellos casos en los que la adquisición o el control de una determinada empresa, infraestructura o tecnología pudiera crear un riesgo para la seguridad o el orden público, incluida la seguridad sanitaria, en la UE[9]. La Comisión también pedía a los Estados miembros que controlasen otros tipos de inversiones, respetando las disposiciones sobre libre movimiento de capitales. Para la Comisión, las inversiones de cartera podían afectar a la seguridad y al orden público en caso de adquisición de, al menos, participaciones cualificadas que otorgasen determinados derechos al accionista o a los accionistas vinculados en virtud del Derecho de sociedades nacional (p. ej., el 5 por 100). Asimismo, recordaba a los Estados que podían retener derechos especiales en determinadas empresas (las denominadas «acciones de oro»), lo que les permitía bloquear o limitar determinados tipos de inversiones en las empresas afectadas. Al igual que otras restricciones al libre movimiento de capitales, estas medidas debían ser necesarias y proporcionadas para alcanzar un objetivo legítimo.

Personalmente, considero criticables los modos y los argumentos utilizados por la Comisión para ignorar el ámbito de aplicación temporal del Reglamento. Para avanzar *de facto* en más de seis meses la aplicación del reglamento, la Comisión realizó una interpretación extensiva y laxa de criterios que permiten la adopción de medidas limitativas, cuando precisamente el TJUE ha sostenido que, al tratarse de medidas que obstaculizan o impiden

[8] *BOE* núm. 91, de 1 de abril de 2020, y *BOE* núm. 303, de 18 de noviembre de 2020, respectivamente. La DF 1.ª del Proyecto de Ley de modificación de la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional (*BOCG*-Congreso, Serie A, núm. 91-1, de 25 de febrero de 2022), prevé modificar nuevamente el apdo. 2 del art. 7 bis.

[9] Véase la Comunicación de la Comisión con las orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa, antes de la aplicación del Reglamento (UE) 2019/452 (Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas), *DOUE* C 99I, de 26 de marzo de 2020.

el ejercicio de una libertad de la Unión, deben interpretarse y aplicarse siempre de manera restrictiva[10].

Este adelanto *contra legem* en la aplicación del reglamento derivaba en la cuestión de la dudosa legalidad de las medidas nacionales adoptadas a su amparo. Así, el art. 7 bis LRJMC, introducido por el Real Decreto ley 8/2020 y en vigor desde el 18 de marzo de 2020, se oponía al principio de liberalización del art. 63 TFUE, sin que contase con apoyo legal, pues al Reglamento todavía le faltaban más de seis meses para ser aplicable. Tampoco se adecuaba a lo exigido en el art. 64 para los movimientos de capitales —entre ellos las inversiones directas— con terceros países, pues las restricciones que se introdujeron no estaban previstas ni en el ordenamiento español ni en el de la UE el 31 de diciembre de 1993. Tampoco se trataba de medidas del Derecho de la UE aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo. Su carácter restrictivo se apreciaba no solo en su finalidad, que era la de disuadir a los inversores domiciliados en terceros países para realizar inversiones directas, sino también en que sometía la realización de dichas inversiones a un régimen de autorización. El TJUE ha declarado reiteradamente que un régimen de autorización administrativa previa debe ser proporcionado al fin perseguido, de manera que no pueda alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas, como sería el caso de un sistema de declaraciones a efectuar con posterioridad a la realización de la operación. Además, el régimen de autorización debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las personas afectadas, debiendo poseer estas un medio de impugnación judicial[11]. Ninguna de estas exigencias parecía cumplirse en el art. 7 bis, habiéndose optado por la solución más gravosa de la autorización previa, en vez de un sistema de declaración/verificación posterior. El precepto tampoco contenía criterios objetivos que permitiesen a los futuros inversores conocer con anterioridad cuándo se les concedería o denegaría la autorización para realizar la inversión. Más bien, la regulación transmitía la idea de que en ningún caso se autorizaría la inversión directa, situándonos ante la más absoluta discrecionalidad de la Administración y ante la ausencia del principio de seguridad jurídica.

Como hemos visto, al tratarse de medidas restrictivas de una libertad de la UE, según la jurisprudencia del TJUE[12] estas debían respetar determinados límites. Las medidas del art. 7 bis eran discriminatorias, pues pretendía proteger a los inversores nacionales frente a los residentes en terceros países. Tampoco parecía que en el momento de su aprobación concurrieran motivos «imperiosos» que justificasen su adopción. ¿Son los medios de comunicación un sector que justifique su protección por razones de orden público o de seguridad pública? ¿Y los sectores con acceso a información sensible y a datos

[10] Por todas, Sentencia de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España,* C-463/00, EU:C:2003:272, apdos. 68 y ss.

[11] Por todas, Sentencia de 4 de junio de 2002, *Comisión/Portugal,* C-367/98, EU:C:2002:326, apdo. 50 y jurisprudencia citada.

[12] Sentencia de 13 de mayo de 2003, *Comisión/España,* C-463/00, EU:C:2003:272, citada.

personales, o con capacidad de control de dicha información? Estamos hablando de personas jurídicas y no del CNI o de organismos públicos. ¿Y qué decir del sector de suministros de insumos fundamentales o el de las infraestructuras críticas, en el que se mezclan energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, defensa, electoral o financiero, o instalaciones sensibles? ¿O el sector de las tecnologías críticas y productos de doble uso, en el que se junta un concepto indeterminado (tecnologías críticas) con otro perfectamente definido en la normativa de la UE (productos de doble uso) y para el que existe solamente un control de exportación y cuyo control de inversiones estaría incluido en el concepto de «actividades relacionadas directamente con la defensa nacional», previsto en la Ley 18/1992 por la que se establecen determinadas normas en materia de inversiones extranjeras en España?[13]. Si hasta marzo de 2020 se habían permitido las inversiones extranjeras en estos sectores, ¿a qué venía ahora restringir la inversión por razones de orden público o de seguridad pública? ¿No existían hasta ese momento dichas razones? ¿De un día para otro se volvieron «tóxicas»? ¿Justificaba el covid-19 las razones de orden público y de seguridad pública?

En mi opinión, la introducción del nuevo art. 7 bis en la Ley LRJMC antes del 11 de octubre de 2020 fue contraria a la normativa de la UE sobre libre movimiento de capitales. Ello podría tener importantes consecuencias prácticas, puesto que el potencial inversor al que en ese momento se le hubiese denegado por los motivos del art. 7 bis la autorización para realizar una inversión y después se declarase la contrariedad de la norma con el Derecho de la Unión, podría ejercitar la reclamación a través de la vía de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, prevista en el art. 32.5 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público y en el art. 67 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

[13] *BOE* núm. 159, de 3 de julio de 1992.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
El nuevo Derecho europeo y español
de inversiones extranjeras/
The new European and Spanish Law
of foreign investment
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 419-425
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.2a.03
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

SECTORES ESTRATÉGICOS Y FILTRADO DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS DIRECTAS EN LA UNIÓN EUROPEA

STRATEGIC SECTORS AND THE FOREIGN INVESTMENT SCREENING MECHANISM IN THE EUROPEAN UNION

Luis M. Hinojosa Martínez*

Palabras clave: Reglamento 2019/452, inversión extranjera directa, orden público, seguridad.

Keywords: Regulation 2019/452, foreign direct investment, public order, security.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL REGLAMENTO 2019/452.—2.1. El alcance de la competencia europea.—2.2. El contenido del Reglamento 2019/452.—3. CONSIDERACIONES GEOESTRATÉGICAS MIRANDO AL FUTURO.

1. INTRODUCCIÓN

A principios de los años noventa, cuando se aprobó el Tratado de Maastricht, que introdujo en el Derecho originario la libre circulación de capitales tanto entre Estados miembros (EEMM) como entre EEMM y países terceros, triunfaban el liberalismo político y económico, tanto a nivel internacional como europeo. La apertura de los mercados financieros al exterior y el fomento de la inversión extranjera se consideraban requisitos imprescindibles para favorecer el crecimiento económico, la competitividad y modernización de la industria nacional o la diversificación de riesgos. Proliferaron los acuerdos de promoción y protección recíproca de las inversiones,

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Granada, *hinojosa@ugr.es*. Este trabajo ha sido realizado en el marco de los proyectos de investigación La acción exterior de la Unión Europea y el Estado de Derecho (RTI2018-101041-B-I00) y La redefinición de la acción exterior de la Unión Europea tras el *Brexit* (ASEJ-299-UGR18).

mientras el FMI promovía la liberalización progresiva de los movimientos de capital.

En la UE, la inversión extranjera directa (IED) constituye uno de los movimientos de capital liberalizados en las operaciones con terceros países (art. 63.1 TFUE), sin perjuicio de lo previsto en las disposiciones que regulan situaciones excepcionales[1]. Los EEMM deben eliminar todas las restricciones a la entrada o salida de IED en las relaciones con dichos países, aunque pueden mantener aquellas que ya existiesen en las fechas establecidas en el art. 64.1 TFUE (cláusula de consolidación)[2]. El legislador comunitario goza de potestad normativa para regular, *inter alia*, la IED procedente de (o con destino a) países terceros mediante el procedimiento legislativo ordinario «procurando alcanzar el objetivo de la libre circulación de capitales entre EEMM y terceros países en el mayor grado posible» (art. 64.2 TFUE), pero si dichas medidas suponen un retroceso en cuanto al grado de liberalización tienen que aprobarse por unanimidad en el Consejo (art. 64.3 TFUE). Esta dificultad adicional (la unanimidad) para la adopción de restricciones refuerza el espíritu liberalizador que presidió la redacción del capítulo sobre capitales y pagos del TFUE.

A pesar de ello, el art. 65 TFUE contiene una serie de excepciones a la obligación de liberalización que se aplican tanto a los movimientos de capital intracomunitarios como a los extracomunitarios sin límite temporal, es decir, con independencia del momento en que se hayan adoptado. Entre ellas, a los efectos de esta contribución, conviene destacar la recogida en el art. 65.1.*b)* TFUE, que permite a los EEMM adoptar las medidas «justificadas por razones de orden público o de seguridad pública».

En los últimos años, tanto en el plano internacional como en el europeo, se han incrementado el número de voces que cuestionan los efectos nocivos de la globalización, la desregulación excesiva con la que operan las entidades financieras y los privilegios de los inversores frente a los Estados (y a los demás ciudadanos) en el actual Derecho internacional de las inversiones. Fruto de ello, podemos constatar un punto de inflexión en la regulación internacional de la IED, en la que el derecho a legislar de los Estados en materia fiscal, laboral o medioambiental tiende a verse reforzado, se buscan alternativas a que la solución de controversias entre inversores y Estados se resuelva mediante arbitrajes *ad hoc*, y se adopta legislación más sofisticada para dificultar el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, incluso en el nuevo mundo de las finanzas digitales[3].

---

[1] Nos referimos, principalmente, a los arts. 66 (cláusula de salvaguardia en los casos de crisis financiera sistémica) y 251 TFUE (sanciones contra terceros países o contra personas físicas o jurídicas).

[2] Estas fechas varían según los EEMM de que se trate.

[3] Schefer, K. N., «Sustainability in International Investment Law Building on What Exists by Enhancing the Right to Regulate», *Revue suisse de droit international et droit européen*, 2021, vol. 31, núm. 2, p. 193; Fach Gómez, K., «La protección de los derechos humanos y el sistema de resolución de controversias derivadas de inversiones internacionales. Notas sobre una posible transición hacia

En paralelo a esta evolución, que introduce matices o restricciones a la IED, las crisis económicas de 2008 y 2020 han favorecido el resurgimiento del nacionalismo y han reforzado las críticas al liberalismo económico. En Europa, estas situaciones de crisis se veían con especial preocupación por motivos geopolíticos. La disminución del valor de relevantes empresas europeas de importancia estratégica fue aprovechada por inversores de países terceros (muchas veces sociedades de propiedad estatal), incluso con regímenes autoritarios, para hacerse con el control de las mismas, lo que puede ir en detrimento de la capacidad de la Unión Europea para autoabastecerse de determinados productos y servicios esenciales, e implicar una pérdida de competitividad y liderazgo en ciertos sectores fundamentales para garantizar la seguridad y la soberanía europea. La convicción de que algunas de esas IED se han realizado por motivos geoestratégicos (en defensa de los intereses de la política exterior del país tercero), y no en el marco de la competencia propia de una economía de mercado, o que se hayan podido llevar a cabo gracias al apoyo financiero del Estado originario de la inversión (mediante subvenciones que falsean la competencia)[4], ha llevado a numerosos países europeos y a las instituciones comunitarias a matizar su apoyo a la liberalización autónoma e incondicional (sin exigir reciprocidad) de la IED[5]. De hecho, la exigencia de reciprocidad para determinadas inversiones por parte de la UE podría generar una mayor liberalización de la IED en el plano internacional, en la medida en que terceros Estados que se aprovechaban de la liberalización unilateral europea, pero mantenían significativas restricciones a la inversión en sus países, se vean obligados a desmantelar algunas de ellas para acceder al mercado europeo[6].

Esta visión «menos ingenua» de la IED y de sus consecuencias ya se tradujo en el Tratado de Lisboa en la introducción del art. 65.4 TFUE, que permite a la Comisión o al Consejo convalidar restricciones fiscales adoptadas por los EEMM y aplicables *inter alia* a la IED en las relaciones con países terceros[7]. Asimismo, el TJUE ha interpretado que, aunque la noción de restricción es la misma en las operaciones de capital intracomunitarias y extracomunitarias, algunos motivos de interés general que no serían aptos para justificar una limitación a los movimientos de capital entre EEMM, sí podrían servir como

---

un tribunal multilateral de inversiones», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, 2019, vol. XVIII, p. 139.

[4] Véanse ejemplos de estas operaciones controvertidas en DE KOK, J., «Towards a European Framework for Foreign Investment Reviews», *ELRev*., 2019, vol. 44, pp. 25-26; BUNGENBERG, M. y HAZARIKA, A., «Chinese Foreign Investments in the European Union Energy Sector: The Regulation of Security Concerns», *Journal of World Investment and Trade*, 2019, vol. 20, núms. 2-3, pp. 375-400.

[5] Esta tendencia no es solo europea, sino generalizada a nivel mundial (UNCTAD, *Informe sobre las inversiones en el mundo 2021, Panorama General*, Naciones Unidas 2021, p. 19, *https://unctad.org/*).

[6] SCHILL, S., «Foreign Direct Investment in the European Union: Rising Protectionism or Instrument for Further Investment Liberalization?», en BOURGEOIS, J. H. J. (ed.), *EU Framework for Foreign Direct Investment Control*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2020, pp. 57-75.

[7] Para un análisis de esta disposición, véase HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., «La libertad de movimientos de capital», en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), *Tratado sobre Derecho y Políticas de la Unión Europea*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, t. VI, pp. 603-604.

fundamento para legitimar una restricción de las transacciones de capital con los países terceros[8].

Es en este contexto en el que deben entenderse la Comunicación de la Comisión sobre fondos soberanos de 2008[9], la fallida propuesta de los entonces comisarios Michel Barnier y Antonio Tajani para la articulación de un mecanismo europeo de filtrado de las inversiones en 2011[10], o las dos comunicaciones conjuntamente remitidas a la Comisión por los Ministros de Economía de Alemania, Francia e Italia en 2017 instándola al establecimiento de reglas que permitiesen un mejor y más coordinado funcionamiento de los mecanismos nacionales de filtrado de inversiones puestos en marcha por los EEMM[11]. Estos antecedentes establecen las bases que explican la aprobación del Reglamento (UE) 2019/452[12] sobre el control de la IED dos años más tarde. En esa misma línea, debe situarse la propuesta de reglamento sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, actualmente en discusión[13].

2. EL REGLAMENTO 2019/452

2.1. El alcance de la competencia europea

La base jurídica de este Reglamento es el art. 207.2 TFUE ya que, tras la reforma del Tratado de Lisboa, las IED forman parte del ámbito de aplicación de la política comercial común, y su regulación en las relaciones con los países terceros constituye una competencia exclusiva de la Unión. No obstante, aunque el Dictamen 2/15 del TJ confirmó esa exclusividad competencial, excluyó de la misma, *inter alia*, las medidas reguladoras del orden público y la seguridad, que los arts. 4.2 TUE y 346 TFUE reservan con carácter transversal a los EEMM, y que el art. 65.1.*b)* TFUE reitera como competencia nacional en relación con los movimientos de capital. Esto no impide que la

[8] Para ello, el TJ se basa en que las relaciones con los países terceros se sitúan en «un contexto jurídico distinto», ya que dichos países no tienen la obligación de respetar la normativa reguladora del mercado interior (Sentencia de 18 de diciembre de 2007, *Skatteverket*, asunto C-101/05, ECLI:EU:C:2007:804, apdo. 60).

[9] Comunicación de la Comisión, *Un enfoque común en materia de fondos soberanos*, COM (2008) 115, de 27 de febrero, en donde esta institución insta a los EEMM a adoptar medidas que refuercen la transparencia y la coordinación en el tratamiento de las inversiones que realizan ese tipo de fondos en la UE, evitando distorsiones de la competencia.

[10] Comisión Europea, *Cabinet Newsletter*, 11 de febrero de 2011, núm. 33, *https://ec.europa.eu/archives/*.

[11] Véanse estas propuestas conjuntas en *https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunktepapier-proposals-for-ensuring-an-improved-level-playing-field-in-trade-and-investment.pdf?__blob=publicationFile&v=4*, y en *https://www.politico.eu/wp-content/uploads/2017/08/170728_Investment-screening_non-paper.pdf*.

[12] Reglamento (UE) 2019/452, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de marzo, para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión, *DOUE* L 791, de 21 de marzo de 2019.

[13] COM (2021) 223, de 5 de marzo. Esta normativa establece, entre otras cosas, cómo deben evaluarse las subvenciones recibidas por las empresas extranjeras que participan en la adquisición de empresas europeas o en licitaciones públicas competitivas.

Unión establezca normas que favorezcan «el efecto útil» de sus compromisos comerciales, siempre que «no invada» las competencias de los EEMM en esas materias[14].

En consecuencia, el Reglamento 2019/452 se limita a confirmar una competencia pre-existente de los EEMM y a establecer unos requisitos procedimentales que mejoren la coordinación y la transparencia de los distintos sistemas de filtrado de IED nacionales[15]. Esos mecanismos nacionales no son autorizados por dicho reglamento, sino que ya resultaban compatibles con el Derecho europeo en la medida en que respetasen (y sigan respetando) los requisitos establecidos en la jurisprudencia del TJUE para la legalidad de las excepciones de seguridad y orden público[16]. Además, esta excepción se halla habitualmente recogida en los instrumentos internacionales reguladores de la IED[17].

2.2. El contenido del Reglamento 2019/452

En la medida en que se trata de una competencia nacional, el Reglamento 2019/452 ni siquiera obliga a los EEMM a establecer un sistema de filtrado de la IED[18], sino que establece reglas comunes para los que decidan hacerlo[19], e identifica unas obligaciones de cooperación entre todos los EEMM en este terreno. Cada EM debe comunicar a la Comisión y a los demás EEMM determinada información sobre toda IED que sometan a control (art. 6). Estos últimos pueden formular observaciones y la Comisión emitir dictámenes,

---

[14] Dictamen 2/15, de 16 de mayo de 2017, ECLI:EU:C:2017:376, apdos. 98-103. Véase Maillo, J., «New screening of foreign direct investment (FDI) in Europe: a first step towards a new paradigm?», *S.Yb.I.L.*, 2020, pp. 192-195.

[15] Considerandos 4, 7, 8, 17 y art. 1.3 del Reglamento 2019/452. Para una revisión de los distintos sistemas de filtrado de inversiones en los EEMM y algunos países terceros, véase Bungenber, M. y Blandfort, F., «Investment Screening - a New Era of European Protectionism?», en Hahn, M. y van der Loo, G., *Law and Practice of the Common Commercial Policy. The First Ten Years after the Treaty of Lisbon*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2020, pp. 176-182.

[16] El TJUE ha establecido que deben respetarse los siguientes principios: *a)* las nociones de orden y seguridad públicos son unos conceptos nacionales, que pueden variar en función del país, pero que están sujetos a los límites impuestos por el Derecho europeo y, en especial, a los principios de necesidad, no discriminación, proporcionalidad y seguridad jurídica; *b)* como excepción a una libertad fundamental, las nociones de orden público y seguridad pública deben interpretarse restrictivamente; *c)* la invocación de estas excepciones solo será posible en los casos en los que se produzca una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad; *d)* debe descartarse, como regla general, la posibilidad de invocar la cláusula de orden público para la consecución de objetivos de carácter económico, y *f)* las personas afectadas por las medidas restrictivas deben disponer de un recurso judicial para cuestionar su legalidad (Sentencia de 14 de marzo de 2000, *Église de la scientologie,* asunto C-54/99, ECLI:EU:C:2000:124, apdos. 16-18).

[17] Véanse, por ejemplo, el art. 3 del Código de liberalización de los movimientos de capital de la OCDE, el art. XIV del GATS o el art. 28.3(2)(a) del Acuerdo Económico y Comercial Global entre Canadá, la UE y sus EEMM (*DOUE* L 11, de 14 de enero de 2017).

[18] Lozano Contreras, F., «El Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión: una apuesta poco ambiciosa», *RGDE*, 2019, vol. 49, pp. 358-359.

[19] Por ejemplo, deberá establecerse una vía de recurso judicial contra las decisiones de control de las autoridades nacionales y estas no podrán discriminar entre terceros países (art. 3.2 y 5 del Reglamento 2019/452).

que no son jurídicamente vinculantes (aunque no debe minusvalorarse su peso político). Además, si la Comisión o un EM consideran que una IED que no está siendo sometida a control en otro EM puede afectar a la seguridad o al orden público, pueden dirigirse al EM receptor de la inversión formulando observaciones (o emitiendo un dictamen en el caso de la Comisión) e incluso solicitando información (art. 7). En cualquier caso, la decisión última sobre el filtrado de la inversión, con independencia de estas y otras obligaciones procedimentales, corresponde siempre al EM que acoge la IED, que debe actuar respetando el principio de cooperación leal (art. 4.3 TUE).

El Reglamento 2019/452 contiene un curioso art. 4, que recoge un listado no exhaustivo de factores a considerar a la hora de decidir que tipo de IED pueden afectar a la seguridad o al orden público, y destinado a inspirar a los EEMM cuando implementen sus mecanismos nacionales de filtrado. Entre ellos, destaca que el inversor esté controlado «directa o indirectamente» por un gobierno extranjero, lo que puede resultar particularmente preocupante si además es un poder autoritario y un competidor geoestratégico. Paralelamente, también se alude al control exterior de infraestructuras[20] o tecnologías críticas o de doble uso[21], que ha demostrado tener serios inconvenientes en los últimos tiempos, en particular tras la agresión rusa a Ucrania[22]. Igualmente se mencionan la protección de los datos personales sensibles y la garantía de la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, que se han revelado, recientemente, como puntos débiles de las democracias occidentales, que es necesario defender para salvaguardar nuestro sistema político y social[23]. La lucha contra la desinformación orquestada y diseñada por los aparatos estatales de potencias agresivas (que buscan fomentar el conflicto social, el extremismo y la desafección ciudadana hacia las instituciones democráticas)[24] se ha convertido en un elemento connatural de las estrategias de defensa nacional en la UE[25].

---

[20] El TJUE ha admitido expresamente que la necesidad de garantizar el abastecimiento energético puede constituir una razón de seguridad pública que justifique restricciones amparadas por el art. 65.1.*b)* TFUE (Sentencia de 11 de noviembre de 2010, *Comisión c. Portugal*, C-543/08, apdos. 84-90).

[21] Poutala, T. *et al.*, «EU Strategic Autonomy and the Perceived Challenge of China: Can Critical Hubs Be De-weaponized?», *European Foreign Affairs Review*, 2022, vol. 27, pp. 79-98.

[22] Sevillano, E. G., «Berlín toma el control de la filial alemana de Gazprom para garantizar el suministro de gas», *El País*, 4 de abril de 2022.

[23] En el asunto *Kiselev*, el TG consideró compatible con el Derecho europeo la adopción de sanciones contra un periodista nombrado por un gobierno para elaborar propaganda que contribuya a desestabilizar a otro país (Sentencia de 15 de junio de 2017, *Kiselev*, T-262/15, ECLI:EU:T:2017:392, apdos. 94-97). Más recientemente, entre la batería de sanciones contra Rusia por su agresión a Ucrania, se ha incluido la prohibición de las emisiones de los medios estatales rusos *Sputnik* y *Russia Today* en la UE (Decisión 2014/512/PESC relativa a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, Anexo IX, *DOUE* L 229, de 31 de julio de 2014; véase la Sentencia de 27 de julio de 2022, *RT France/Consejo,* T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483).

[24] Véase la *Comunicación de la Comisión sobre la lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo* [COM (2018) 236, de 26 de abril de 2018] y el Código de buenas prácticas en materia de desinformación para las plataformas en línea de 2018 (*https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=54454*), que está siendo reforzado en la actualidad [COM (2021) 262, de 26 de mayo de 2021].

[25] *Estrategia de Seguridad Nacional 2021*, *BOE* núm. 314, de 31 de diciembre de 2021, Sec. I, p. 167812.

Al circunscribirse a las medidas restrictivas por motivos de seguridad o de orden público, el reglamento no regula el establecimiento de requisitos de reciprocidad (u otras condiciones económicas) para la admisión de IED en la UE. En esas restricciones por motivos económicos sería más complicado sortear la exigencia de unanimidad prevista en el art. 64.3 TFUE para las medidas que retrocedan en la liberalización de la IED. En cualquier caso, la propuesta de reglamento sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, antes citada, viene a rellenar parcialmente ese hueco normativo.

3. CONSIDERACIONES GEOESTRATÉGICAS MIRANDO AL FUTURO

La crisis económica provocada por la pandemia de covid-19 provocó que la Comisión Europea enviase una Comunicación a los EEMM en marzo de 2020 instándoles a utilizar todos los medios que les ofrecía el capítulo sobre capitales y pagos del TFUE, según la interpretación que el TJUE ha hecho de los mismos, para evitar desde ese momento que IED provocasen la pérdida de «infraestructuras sanitarias esenciales, el suministro de insumos fundamentales y otros sectores críticos [...] [incluso] más allá del sector sanitario» [26]. En la medida en que la Comisión no proponía nada incompatible con el TFUE, ni el Reglamento 2019/452 (que no debía aplicarse hasta octubre de 2020) otorgaba poderes a los EEMM que no tuviesen ya en virtud del art. 65.1.*b)*, la Comunicación debe interpretarse como una llamada de atención frente a la asertividad de la política inversora de determinados competidores sistémicos [27], que no permiten las inversiones europeas en sus sectores críticos, y que buscan ventajas geoestratégicas en el marco de políticas de Estado.

En momentos de crisis como el presente, se hace más evidente la importancia de contar con la infraestructura productiva necesaria para abastecer a la población de los productos y servicios esenciales, sin depender para ello de países terceros (en particular, si son problemáticos).

---

[26] Comunicación de la Comisión *Orientaciones dirigidas a los Estados miembros en relación con las inversiones extranjeras directas y la libre circulación de capitales de terceros países, así como la protección de los activos estratégicos de Europa*, 2020/C 99 I/01 (*DOUE* CI 99, de 26 de marzo de 2020).

[27] No solo hay que pensar en China. El *Primer Informe de la Comisión sobre el control de las IED en la Unión,* de 23 de noviembre de 2021 (*https://bit.ly/3CFhxnD*) indica que el 45 por 100 de las inversiones filtradas procedían de Estados Unidos (p. 17). Véanse los comentarios de Esplugues Mota, C., «El (complejo y poliédrico) fin de la edad de la inocencia de la UE: el Primer informe anual sobre el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión Europea como ejemplo», *Bitácora Millenium DIPr*, 2022, núm. 15, pp. 17-21, *http://www.millenniumdipr.com/bitacora*.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
El gobierno español y la propuesta de autonomía
para el Sáhara Occidental/
The spanish government ant the proposal
of autonomy for the Western Sahara
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 427-429
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.2b.01
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

EL GOBIERNO ESPAÑOL Y LA PROPUESTA DE AUTONOMÍA PARA EL SÁHARA OCCIDENTAL/ *THE SPANISH GOVERNMENT ANT THE PROPOSAL OF AUTONOMY FOR THE WESTERN SAHARA*

NOTA INTRODUCTORIA

INTRODUCTORY NOTE

Joaquín Alcaide Fernández

Tras el pronunciamiento de un nutrido grupo de miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) en la «Declaración sobre el Sáhara Occidental y el Derecho Internacional» [1], en este Foro se abordan las consecuencias, políticas y jurídicas, la forma y el fondo, de la presumible aceptación por España, como solución al conflicto del Sáhara Occidental, de la propuesta de autonomía formulada por Marruecos en 2007 —aunque defendida con anterioridad, al menos desde 2003, una razón más para el fracaso de los esfuerzos de J. Baker—, conforme a la posición mantenida por el Presidente del Gobierno español, Sr. Sánchez, en la carta que remitió al Rey de Marruecos, Mohamed VI, el pasado 14 de marzo de 2022, de la que, solo en parte y solo días más tarde, se tuvo conocimiento público inicialmente a través de un comunicado del Gabinete real marroquí.

Es generalmente —aunque no unánimemente— aceptado que ni la Declaración de Principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sáhara Occidental, adoptada en Madrid el 14 de noviembre de 1975 (el «Acuerdo tripartito de Madrid»), ni la subsiguiente comunicación de España a la ONU de 26 de febrero de 1976, eximen a España —porque el Acuerdo tripartito de Madrid incurriría en causa de nulidad— de sus obligaciones como potencia administradora del territorio en tanto en cuanto el pueblo saharaui no ejerza

[1] Disponible a través de *https://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/declaracion-sahara*.

de forma generalmente aceptada su derecho a la libre determinación, como confirmó la CIJ. Ocupado militarmente el Sáhara Occidental por Marruecos y Mauritania poco después del Acuerdo tripartito de Madrid, tras quince años de guerra (1975-1991), y una vez retirado Mauritania en 1979, un acuerdo sobre un plan de paz se acompañó de un alto al fuego entre Marruecos y el Frente Polisario y de la previsión de la celebración de un referéndum de autodeterminación y, a tal efecto, el Consejo de Seguridad creó la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum en el Sáhara Occidental (MINURSO). La MINURSO culminó exitosamente su labor, confeccionado el censo, que hizo público en 2000, que fue rechazado por Marruecos. Desde entonces todo ha favorecido el mantenimiento del *statu quo*. Salvo, tal vez, la justicia de la Unión Europea y, en sentido contrario, la decisión de la Administración Trump de reconocer —aunque condicionalmente— la soberanía marroquí sobre el Sáhara Occidental. En medio del camino se encuentran otros Estados, en particular: por supuesto España, como potencia administradora del territorio; Francia, desde luego; pero también Alemania o Países Bajos... y Argelia.

El Profesor González Vega («*¡Triste España!:* los aspectos formales y contextuales del cambio de posición español») trata el carácter sorpresivo de la forma en la que se ha expresado la posición del Gobierno de España y de la forma en que se ha hecho público el contenido de la carta (una carta, de la que se supo en primera instancia por el destinatario, que sugiere más un acto concertado que unilateral...), así como del poco acierto en el contenido de la carta.

Sobre el contenido inciden más el Embajador (y Profesor) Yturriaga y el Profesor Soroeta. El primero («Giro copernicano de Sánchez en el conflicto sahariano»), tras recordarnos brevemente la historia del proceso de descolonización del Sáhara Occidental, obviamente inacabado, analiza los pros y contras de la propuesta marroquí de autonomía a la que se ha adherido el Gobierno de España, y explicita las que considera «líneas rojas» de la negociación para la solución del conflicto: la inviabilidad política de la independencia, de un lado, y, de otro, el imperativo jurídico de la autodeterminación. Unas «líneas rojas» cuyo respeto exige un más que difícil equilibrio, porque, para el Embajador Yturriaga, la autonomía no sería la solución, pero sería la única solución. Por su parte, el Profesor Soroeta [«Por qué la integración en Marruecos (la autonomía) no es la forma de resolver el conflicto (la descolonización) del Sáhara Occidental»] trata de explicar las razones por las que el apoyo de nuestro Gobierno a la propuesta de autonomía marroquí como solución al conflicto no solo no es «creíble, realista y duradera», sino que constituye una violación más de sus obligaciones como potencia administradora del territorio, y aboga por un genuino ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo saharaui, incluida, por tanto, la opción de la independencia.

Por último, sin perjuicio de admitir que negociar, sea la explotación de los recursos naturales sea, más aún, la delimitación del territorio y de las aguas

jurisdiccionales saharauis con Marruecos, constituiría una violación grave del Derecho internacional, el Profesor Aznar [«Consecuencias territoriales marítimas de la (presunta) cesión en el Sáhara»] se sitúa en un escenario hipotético y se ocupa de las consecuencias jurídicas que la nueva posición española —de confirmarse— podría generar en relación con la delimitación marítima entre España y Marruecos en la fachada atlántica, esto es, en la proyección marítima de la (nueva) costa marroquí en esa fachada teniendo en cuenta los solapamientos espaciales entre las respectivas zonas económicas exclusivas (ZEE) y plataformas continentales generadas en nuestro caso por las Islas Canarias.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
El gobierno español y la propuesta de autonomía
para el Sáhara Occidental/
The spanish government ant the proposal
of autonomy for the Western Sahara
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 431-446
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.2b.02
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

*¡TRISTE ESPAÑA!**: LOS ASPECTOS FORMALES Y CONTEXTUALES DEL CAMBIO DE POSICIÓN ESPAÑOL

POOR SPAIN!: *FORMAL AND CONTEXTUAL ASPECTS OF THE SPANISH CHANGE OF STANCE*

Javier A. González Vega**

En otro lugar hemos abordado las características de la declaración estadounidense —la proclamación Trump— por la que este Estado establecía en diciembre de 2020 su nueva política en relación con el Sáhara Occidental, concretada como es sabido en el reconocimiento de la anexión marroquí del territorio; un reconocimiento que el anterior presidente estadounidense fiaba —no obstante— al establecimiento de un régimen de autonomía «genuino» precisado además de su aceptación por parte del pueblo saharaui[1]. Lo que parecía entonces como un acto aislado —con los matices que entonces advertíamos— y claramente violatorio del Derecho internacional, palidece ahora ante las características que ha revestido el procedimiento por el cual nuestro país ha decidido dar un giro en nuestra política en relación con la cuestión. Y es que, si el acto anterior se prestaba a sinnúmero de críticas —no solo desde la perspectiva jurídica internacional— a la luz de la reciente actuación del gobierno español, la declaración presidencial estadounidense se presenta ahora casi como un dechado de virtudes; cuestiones sobre las que incidiremos en el curso de esta exposición. Ciertamente, no es nuestro propósito indagar en el alcance y las implicaciones que desde la perspectiva del Derecho internacional entraña «el giro» impreso a la posición española sobre la cuestión del Sáhara Occidental, de las que se ocupan otros compañeros en el marco

* *¡Triste España sin ventura, todos te deben llorar!* (Juan del Enzina, 1497).

** Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Oviedo (*jvega@uniovi.es*). Las referencias electrónicas han sido consultadas por última vez el 31 de mayo de 2022.

[1] Al respecto véase mi trabajo «El reconocimiento por EEUU de la anexión por Marruecos del Sáhara Occidental en perspectiva: Aspectos jurídicos y políticos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 2021, núm. 41.

del presente foro, aunque podemos avanzar que a nuestro juicio no supone un reconocimiento semejante al expresado por el Presidente D. Trump, por mucho que desde algunas posiciones oficiosas se avale esta tesis[2]. En lo que sí estamos de acuerdo es en que el «giro» como tal se ha producido —contra lo que se sostiene desde el entorno de la Presidencia del Gobierno y del Ministerio de AAEE, Unión Europea y Cooperación (en lo sucesivo, AAEE)—[3] pues la nueva posición española abandona la ambigua postura expresada en

[2] En tal sentido, desde medios oficiosos marroquíes se alienta la equiparación de la declaración española con la proclamación Trump [cfr. en tal sentido, «Spain is Committed to Guaranteeing "Sovereignty and Territorial Integrity" of Morocco (Government Presidency)», en el blog *Sahara Question,* 26 de marzo de 2022, disponible en *https://sahara-question.com/en/news/22148*]. Una valoración más matizada, en cambio, ofrece el Frente Polisario para el cual: «La posición expresada contiene elementos muy peligrosos, como referirse a la propuesta marroquí como "la más seria, realista y objetiva..., etc., para resolver el conflicto del Sáhara Occidental", en claro apoyo al enfoque unilateral, en contradicción con la legitimidad, el Derecho internacional y la libre práctica democrática por parte del pueblo saharaui de su derecho inalienable a la autodeterminación y la independencia. La declaración del gobierno español no se quedó ahí, sino que fue más allá, al referirse al acuerdo de "respeto a la integridad territorial de los dos países", que, en el contexto del conflicto del Sáhara Occidental, no es sino una clara adopción de la tesis expansionista marroquí» (cfr. Comunicado oficial, Bir Lahlou, 18 de marzo de 2022, apdo. 3, disponible en *https://porunsaharalibre.org/2022/03/19/comunicado-del-gobierno-saharaui-ante-el-apoyo-del-gobierno-espanol-al-plan-de-autonomia-marroqui-para-el-sahara/*). También matizada es la apreciación de los miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales que en su Declaración sobre el Sáhara Occidental y el Derecho internacional apunta a un «reconocimiento implícito» de la soberanía marroquí (párr. 9), como destaca Sánchez Legido, A., «Los enigmas del reconocimiento en la práctica contemporánea», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2022, núm. 43 (en prensa). El texto de la Declaración de 23 de marzo de 2022 está disponible en *https://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/declaracion-sahara*.

[3] En este sentido, el Ministro Albares afirmaba que: «El plan de autonomía de 2007 está incluido en las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Desde el año 2007, todas las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas hacen referencia a ese plan de autonomía. El Gobierno de España, en aquel momento de José Luis Rodríguez Zapatero —él lo ha dicho profusamente en los medios de comunicación y lo ha reiterado así—, lo acepta como su posición y le da la bienvenida, y aparece en todas las declaraciones de las reuniones de alto nivel (RAN) entre España y Marruecos con distintos gobiernos: en el año 2008, con José Luis Rodríguez Zapatero; en 2012 y en 2015, con Mariano Rajoy. Por tanto, puede haber un paso más, puede haber una profundización, pero estamos dentro de la legalidad internacional» (cfr. Respuesta del ministro a la pregunta del Diputado don Pedro Quevedo Iturbe, del grupo parlamentario mixto, que formula al señor ministro de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación: ¿Por qué considera el gobierno español que su cambio de posición respecto al Sáhara no vulnera la legalidad internacional? (núm. de expediente 180/000872), Cortes Generales, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente*, XIV Legislatura, núm. 177, 6 de abril de 2022, p. 22); línea argumental que han reiterado a su vez recientemente los ex Presidentes F. González Márquez y J. L. Rodríguez Zapatero, como nos recuerda J. Soroeta en este foro. Con todo, debe recordarse que, aunque las referencias al plan de autonomía marroquí aparecen efectivamente desde la Resolución 1754 (2007) del CS de 30 de abril de 2007, lo hacen siempre acompañadas de la coetánea referencia a «la propuesta presentada al secretario general por el Frente Polisario el 10 de abril de 2007», que el ministro olvida. Además, contra lo que sostiene el Sr. Albares, en las RAN hispano-marroquíes «España saluda los esfuerzos serios y creíbles de Marruecos» pero no alude expresamente al plan de autonomía marroquí (cfr. XI Reunión de Alto Nivel España-Marruecos, Declaración conjunta, Madrid, 5 de junio de 2015; texto disponible en *https://www.exteriores.gob.es/Embajadas/rabat/es/Comunicacion/Noticias/Paginas/Articulos/20150615.aspx*). Por otra parte, confirmando veladamente el giro experimentado en la posición española, con su prudencia característica, el portavoz del secretario general de las Naciones Unidas, S. Dujarric reiteraba «*the importance of maintaining full commitment to the UN facilitated political process in line with Security Council resolution 2602 (2021) and other relevant Security Council resolutions [...]. We feel it's very important for all the stakeholders in this to continue to support his work and our approach based on these resolutions*» (cfr.

febrero de 1976 en relación con el tema —tildada en algún momento, excesivamente, de «neutralidad constructiva»—[4] y que había sido sustentada por todos los gobiernos de nuestro país[5]. Y es que, con todos los matices que se quiera, el hecho de decantarse oficialmente por el plan de autonomía marroquí como «la base más seria, creíble y realista» para la solución de la cuestión, conjugada con las afirmaciones respecto a su «integridad territorial» es indiscutiblemente un cambio trascendental respecto de la posición previamente sostenida por nuestro Estado, plasmada, como es sabido, en la Declaración de 26 de febrero de 1976, conforme a la cual:

> «De acuerdo con lo previsto en el párr. 2 de la Declaración de Principios de Madrid de 14 de noviembre de 1975, el gobierno español, con fecha de hoy, da

---

Daily Press Briefing by the Office of the Spokesperson for the Secretary-General, 21 de marzo de 2022, disponible en *https://www.un.org/press/en/2022/db220321.doc.htm*).

[4] Como señalan tanto el Embajador Yturriaga como J. Soroeta en sus contribuciones en este foro la supuesta neutralidad española en el conflicto ha sido una impostura y además, como se ha resaltado, no ha satisfecho a nadie (cfr. Núñez Villaverde, J., «Sáhara Occidental: fin de la ficción, ¿principio de la realidad?», Real Instituto Elcano, *Boletín/Newsletter,* 25 de marzo de 2022, 255-2022, disponible en *https://www.realinstitutoelcano.org/newsletters/boletin-newsletter-255-2022-ultimos-analisis-especial-ucrania/*). Por otra parte, la caracterización de nuestra posición en términos de «neutralidad constructiva» fue una fugaz denominación acuñada por el Embajador I. Arias durante su desempeño como representante permanente de España en Naciones Unidas (cfr. Intervención ante el CS del representante permanente de España, Sr. I. Arias, 31 de julio de 2003, *Doc. NU*, S/PV.4801, p. 5). De hecho, irónicamente a la luz de los hechos posteriores, fue abandonada al poco en pro de una «activa implicación en la solución del conflicto» con ocasión del acceso al poder del Partido Socialista en el año 2004 [Hernando de Larramendi, M., González González. I. y Ataola Piazza, B., «El Ministerio de Asuntos Exteriores y la política exterior hacia el Magreb», en Hernando de Larramendi, M. y Mañé Estrada, A. (eds.), *La Política Exterior Española hacia el Magreb. Actores e intereses*, Barcelona, Ariel-RI Elcano, 2009, p. 87]. En realidad, las primeras gestiones del primer gobierno de J. L. Rodríguez Zapatero incluyeron un viaje a Tinduf en junio de 2004 del Sr. B. León —a la sazón, Secretario de Estado de AAEE— que provocaron seria preocupación en el gobierno marroquí (Larbi Messari, M., *Las relaciones difíciles. Marruecos y España*, Córdoba, Almuzara, 2009, p. 133), obligando a refrenar en lo sucesivo tales afanes que luego trocaron en un paulatino alineamiento con las tesis marroquíes [al respecto véanse nuestras contribuciones «*A Bridge over Troubled Waters (and Sands)?* A Critical Sight on Spain's Role in Western Sahara Issue 40 Years Later», *SYbIL*, 2016, vol. 20, pp. 255-277, así como «*La España impasible:* una aproximación crítica a nuestra política exterior en relación con el Sáhara Occidental», en Observatorio aragonés para el Sáhara Occidental (coord.), *Sáhara Occidental. Del abandono colonial a la construcción de un Estado,* Zaragoza, Pregunta Ediciones, 2019, pp. 57-90]. En todo caso, no olvidemos que ese alineamiento ha llevado en los últimos tiempos a una auténtica colusión con Marruecos a la hora de concluir y defender en las instancias judiciales de la UE los controvertidos acuerdos en materia comercial y pesquera en los que se incluye el Sáhara Occidental [al respecto véase nuestra contribución «"¿Retorno a la historia?" El Tribunal General de la UE ante el Acuerdo de Pesca UE-Marruecos de 2019. Consideraciones en torno a la Sentencia TG (Sala 9.ª) de 29 de septiembre de 2021, *Frente Polisario c. Consejo de la Unión Europea,* asuntos acumulados T-344/2019 y T-356/19», *AEDI*, 2022, vol. 38, pp. 9-61].

[5] Hubo intentos de alterar esta posición. Y sin duda el más llamativo se produjo con ocasión de la elaboración de la primera Estrategia de acción exterior, cuando el documento de trabajo preparado desde el RI Elcano aludía a apoyar «una solución de autogobierno genuino y garantizado que permita satisfacer los deseos de Marruecos y del Frente Polisario» [cfr. Molina, I. (ed.), *Hacia una renovación estratégica de la política exterior española Elementos para conectar mejor el proyecto colectivo de país con el mundo globalizado*, Madrid, Real Instituto Elcano, 2014, Informe núm. 15, p. 77, disponible en *http://129.35.96.157:10040/wps/wcm/connect/ec53e280430c03c1a760afc959dd21c2/InformeElcano15_PolExtEspana.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ec53e280430c03c1a760afc959dd21c2*], aunque el documento finalmente aprobado por el Consejo de Ministros no retuvo esta solución (véase *infra,* nota 33).

término definitivamente a su presencia en el territorio del Sáhara y estima necesario dejar constancia de lo siguiente:

a) España se considera desligada en lo sucesivo de toda responsabilidad internacional con relación a la administración de dicho territorio, al cesar su participación en la Administración temporal que se estableció para el mismo.

b) La descolonización del Sáhara Occidental culminará cuando la opinión de la población saharaui se haya expresado válidamente»[6].

Como es «ahora» conocido, el 14 de marzo de 2022 el Presidente del gobierno español, P. Sánchez Castejón, dirigía una carta al Rey de Marruecos, Mohamed VI, en la que, entre otras cosas, se afirmaba:

«Reconozco la importancia que tiene la cuestión del Sáhara Occidental para Marruecos y los esfuerzos serios y creíbles de Marruecos, en el marco de Naciones Unidas, para encontrar una solución mutuamente aceptable. En este sentido, España considera que la propuesta marroquí de autonomía presentada en 2007 como la base más seria, creíble y realista para la resolución de este diferendo»[7].

Por otra parte, la misiva, más adelante resaltaba el propósito de «garantizar la estabilidad e integridad territorial *de nuestros dos países*»[8].

Sin duda, el aspecto más sorprendente[9] deriva del hecho de que el giro en la posición española sobre la cuestión del Sáhara Occidental se instrumenta a través de una carta del Presidente Sánchez al Rey de Marruecos[10]. En rela-

---

[6] Carta de fecha 26 de febrero de 1976 dirigida al secretario general por el representante permanente de España ante las Naciones Unidas, *Doc. NU,* A/31/56-S/11997 (cursivas añadidas).

[7] Texto disponible en «La carta de Pedro Sánchez a Mohamed VI: "Debemos construir una nueva relación que evite futuras crisis"», *El País,* España (*elpais.com*).

[8] *Ibid.* Cursivas añadidas.

[9] Pero no el único. Pues recuérdese que la carta —fechada en Madrid el 14 de marzo— no es conocida sino parcialmente el 18 de marzo, merced a un comunicado del Gabinete real marroquí (disponible en *Comunicado del Gabinete Real, Maroc.ma*). Una difusión que obligará ese mismo día a la Presidencia del Gobierno español a emitir un lacónico comunicado al respecto (véase *infra*). La reacción del gobierno español en ese momento no puede ser más insólita; lejos de dar a conocer el contenido de la carta, se remite a «los comunicados marroquíes» al respecto, incluyendo ahora —de ahí el plural— un comunicado del mismo día 18 —del Ministerio de AAEE— sobre el tema y en el que incidiremos más adelante, cuyo contenido no es difundido oficialmente en España. De hecho, en un giro aún más esperpéntico, la difusión del contenido de la carta en su integridad solo tendrá lugar finalmente el 24 de marzo mediante una filtración al diario *El País,* que en un artículo firmado por M. González, reproducía el pdf de la misiva (cfr. «La carta de Pedro Sánchez a Mohamed VI: "Debemos construir una nueva relación que evite futuras crisis"», *El País,* España (*elpais.com*).

[10] Se ha sostenido que la carta ha sido «dictada casi literalmente por la Subsecretaria de Estado norteamericana Wendy Sherman» (cfr. entrevista a D. Garí, en *Eldiario.es,* 15 de mayo de 2022, disponible en *https://www.eldiario.es/canariasahora/internacional/entrega-sahara-marruecos-pretendia-frenar-influencia-argelina-independentismo-canario_128_8991690.html*). Quien eso afirma es un profundo conocedor de la influencia estadounidense en el desarrollo del conflicto, como acredita su reciente trabajo *Estados Unidos en la guerra del Sáhara Occidental,* Madrid, Libros de la Catarata, 2022, aunque desconocemos las fuentes en que se basa para su afirmación. Con todo, es cierto que la presencia de altos funcionarios estadounidenses en Madrid en momentos inmediatos y la entrevista del pasado enero del Ministro Albares en Washington con el Secretario de Estado norteamericano, A. Blinken, en la que se abordó el tema (véase Mars, A., «España y EE UU acuerdan "unir fuerzas" para resolver el conflicto del Sáhara Occidental», *El País,* 18 de enero de 2022, disponible en *https://elpais.com/espana/2022-01-18/espana-y-ee-uu-acuerdan-unir-fuerzas-para-resolver-el-conflicto-del-sahara-occidental.html*) permiten imaginar una cierta influencia del Departamento de Estado sobre la decisión adoptada y no son pocos

ción con ello lo primero que ha de advertirse es que —por insólito que resulte este medio— no existe inconveniente alguno para que desde una perspectiva jurídica internacional una autoridad del Estado con competencia para ello se sirva de este conducto para realizar cualesquiera actos de su política exterior, sea cual sea su contenido y alcance. En este orden, conviene reiterar una vez más que el Derecho internacional no impone formalidad alguna al actuar del Estado, siendo otras consideraciones las que pueden justificar el recurso a procedimientos de naturaleza más formal y solemne. En puridad, lo único que exige el Derecho internacional es que el acto en cuestión posea un contenido preciso en relación con una situación de hecho o de Derecho y del que se desprenda claramente su intención. Así las cosas, es evidente que —con independencia del mayor o menor acierto en la redacción de la misiva—[11] el texto dado a conocer revela a las claras la intención inequívoca del Reino de España —por boca del titular de la función de dirección de nuestra política exterior de acuerdo con el art. 97 CE— de fijar su «nueva» posición en relación con la situación del Sáhara Occidental, al alinearse firmemente con la posición oficial marroquí en relación con la cuestión[12].

Más compleja en cambio resulta la apreciación del carácter unilateral o concertado del acto. En un momento inicial solo se supo de la existencia de la carta, pero la emisión ulterior de un comunicado por parte del Ministerio de AAEE marroquí obligó a la Presidencia del Gobierno a difundir un lacónico comunicado en el que se afirmaba que:

> «Ante los comunicados del Palacio Real de Marruecos y del Ministerio de Asuntos Exteriores, de la Cooperación Africana y de los Marroquíes Residentes en el Extranjero, el Gobierno de España manifiesta lo siguiente: Hoy iniciamos una nueva etapa de la relación con Marruecos basada en el respeto mutuo, el cumplimiento de los acuerdos, la ausencia de acciones unilaterales y la transpa-

---

los que ven el influjo de los «acuerdos de Abraham» —sobre la normalización de las relaciones entre Israel y los países árabes— en todo el asunto (sobre estos véase Vázquez Serrano, I., «El último capítulo del conflicto israelí-palestino: el Acuerdo del Siglo y la reciente cooperación árabe-israelí con los Acuerdos de Abraham», *Anuario Español de Derecho Internacional,* 2022, vol. 38, pp. 387-422).

[11] Desaciertos hay y muchos. Y nos referimos no solo a los crasos errores vertidos en su redacción sobradamente conocidos, sino a la oportunidad misma de servirse de la vía epistolar para plantear un giro de la naturaleza del realizado: existe un punto de humillación en seguir los cauces protocolarios caros a la monarquía alauita pero impropios de un Estado democrático avanzado como el nuestro; por no hablar de la absoluta falta de transparencia seguida en el caso, sobre la que vendremos en el curso del presente comentario.

[12] En atención a ciertas posiciones mantenidas desde algunos medios, no nos resistimos a plantear hipotéticamente —aunque la descartamos de raíz— la idea de que el alineamiento con las tesis marroquíes pueda verse como una (nueva) renuncia a nuestras supuestas responsabilidades sobre el Sáhara Occidental en tanto que potencia administradora *de iure* del territorio, de lo que podría deducirse una afectación a la integridad territorial del Estado *apud* art. 94.1.*c)* CE, precisada de la consiguiente conclusión de un tratado al efecto. Ni qué decir tiene que la conclusión de un tratado de estas características resulta inconcebible en razón de su radical nulidad por oponerse a una norma de *ius cogens* como es la relativa a la libre determinación de los pueblos. Pero es que, además, la condición de España como potencia administradora no es cuestión pacífica —pese a lo afirmado en su día por el Juzgado Central de Instrucción de la AN— ni la integridad territorial del Estado se ve puesta en cuestión cuando hablamos de un «territorio no autónomo» que, como tal, posee una condición jurídica distinta de la potencia que lo administra.

rencia y comunicación permanente. Esta nueva etapa se desarrollará, tal y como indican los comunicados del Gobierno de Marruecos, en una hoja de ruta clara y ambiciosa. *Todo ello para garantizar la estabilidad, la soberanía, la integridad territorial y la prosperidad de nuestros dos países*» [13].

De suerte que el inicial acto aislado parecía revelarse más bien como uno de los elementos de un supuesto acuerdo más amplio y ambicioso articulado a través de la carta del Presidente Sánchez y del comunicado del Ministerio de AAEE marroquí. En concreto, en este último, difundido a través de sucesivos tuits a partir de las 17.25 (hora marroquí) del mismo día 18 de marzo, se afirmaba lo siguiente:

«*Le Maroc apprécie hautement les positions positives et les engagements constructifs de l'Espagne au sujet de la question du Sahara marocain, contenus dans le message adressé à Sa Majesté le Roi Mohammed VI par le Président du Gouvernement d'Espagne, M. Pedro Sánchez.*

Les termes de ce message permettent d'envisager une feuille de route claire et ambitieuse afin d'inscrire, durablement, le partenariat bilatéral dans le cadre des bases et des paramètres nouveaux, soulignés dans le Discours Royal du 20 aout dernier.

Sa Majesté le Roi Mohammed VI avait appelé, dans ce Discours, à "inaugurer une étape inédite dans les relations entre Nos deux pays, fondée sur la confiance, la transparence, la considération mutuelle et le respect des engagements".

C'est dans cet esprit que s'inscrit la visite à Rabat, à la fin de ce mois de mars et avant le mois de Ramadan, du Ministre espagnol des Affaires étrangères*, de l'Union Européenne et de la Coopération, M. José Manuel Albares.*

Une visite au Royaume du Maroc, du Président du Gouvernement espagnol sera également programmée ultérieurement» [14].

Ciertamente el supuesto acuerdo revestiría una naturaleza en extremo singular, tanto por su gestación como por su contenido. En cuanto a lo primero va de suyo que no es común elaborar un texto concertado a través de una concatenación de comunicados y menos aún cuando estos son difundidos desde las respectivas instancias, en lenguas distintas y por cauces informales —como acontece con los tuits marroquíes—; con todo ha de reconocerse que su formulación se asemeja a la propia de una «declaración conjunta», si bien por razones evidentes no hay tal sino una serie de «declaraciones unilaterales sucesivas». Esta circunstancia, por otra parte, explica las singularidades presentes en su contenido, toda vez que, junto a una serie de compromisos aceptados por las partes, afloran en el caso español planteamientos específicos carentes de refrendo por parte de Marruecos.

En este sentido, cotejando los diferentes textos producidos cabe reparar tanto en las coincidencias que reflejan los textos como en sus divergencias. En cuanto a lo primero es evidente que el alineamiento de nuestro Estado con el plan de autonomía marroquí es contemplado positivamente —¡cómo

[13] Disponible en La Moncloa. 18 de marzo de 2022. Comunicado del Gobierno de España (Prensa/Actualidad/Presidencia del Gobierno). Cursivas añadidas.

[14] Disponible en *https://twitter.com/MarocDiplomatie*.

no!— por Marruecos y también existe coincidencia respecto a la nueva relación a establecer basada en «la transparencia», «el respeto mutuo (*consideration mutuelle*)» y «el respeto a los acuerdos firmados (*engagements*)», así como el objetivo compartido de desarrollar una «hoja de ruta clara y ambiciosa» para futuros compromisos [15]. Sin embargo, quedan fuera del consenso alcanzado la «confianza» reclamada por Marruecos que para España se troca en «comunicación permanente» [16], sin que, a su vez, España vea refrendadas en la posición marroquí su reclamo respecto a «la abstención de toda acción unilateral» [17], ni las alusiones «a garantizar la estabilidad y la integridad territorial de nuestros dos países» [18].

En todo caso no hay cuidado. Al margen de las divergencias advertidas, los términos empleados en la redacción de los textos alejan la idea de la exis-

---

[15] En este sentido, la carta del Presidente Sánchez afirmaba que «el objetivo debe ser construir una nueva relación, *basada en la transparencia y la comunicación permanente, el respeto mutuo y el respeto a los acuerdos firmados por ambas partes* y la abstención de toda acción unilateral» (*loc. cit.*). Cursivas añadidas.

[16] Y no es para menos, tal como tendría ocasión de demostrar la ulterior revelación del espionaje sufrido por el presidente del gobierno español y otros miembros de su gobierno durante la primavera de 2021, a raíz del asunto *Pegasus*. Si bien el gobierno se parapetaba en la incierta autoría del hecho, diferentes medios atribuían a Marruecos la responsabilidad del mismo. Obviamente, por cauces informales este refutaba toda implicación en el asunto (al respecto véase «Pegasus: Does the Spanish press attack Morocco to cover up the Catalan spying scandal», en el blog *Sahara Question,* 9 de mayo de 2022, disponible en *https://sahara-question.com/en/opinion/22164?ct=t(RSS_EMAIL_CAMPAIGN)&mc_cid=84a1dc17b8&mc_eid=42508b6571*).

[17] Por otra parte, tampoco Marruecos acoge las pretensiones del Presidente Sánchez respecto a «la cooperación gestión (*sic*) de los flujos migratorios en el Mediterráneo y el Atlántico, actuando siempre con un espíritu de total cooperación» ni con relación a «restablecer la plena normalidad en la circulación de personas y bienes, en beneficio de nuestros pueblos» (*loc. cit.*); de hecho, ninguna alusión se recoge al respecto en el comunicado del Ministerio marroquí de AAEE. En todo caso, el binomio control migratorio y Sáhara Occidental quedó patente tanto con ocasión de la crisis migratoria en las islas Canarias en 2020 como en la posterior «crisis de Ceuta» en mayo de 2021 (al respecto véase Acosta Sánchez, M. A., «La crisis migratoria de 2020 en las Islas Canarias: algunas opciones de solidaridad europea», *Anuario Español de Derecho Internacional,* 2022, vol. 38, p. 458; González García, I., «La ruta migratoria de África occidental hacia Canarias. De la crisis de los cayucos de 2006 a la crisis migratoria 2020-2021. Análisis y valoraciones», *Ordine internazionale e Diritti Umani,* 2022, núm. 2, p. 397).

[18] El Presidente Sánchez perseguía con todo ello «garantizar la estabilidad e integridad territorial de nuestros dos países» (*ibid.*); propósito que recalcaba el comunicado de la Presidencia al aludir a «garantizar la estabilidad, la soberanía, la integridad territorial y la prosperidad de nuestros dos países» (*loc. cit.*), sin que el mencionado comunicado del Ministerio de AAEE marroquí confiera atención alguna a estas cuestiones. Ello nos ahorra incidir en la cuestión —harto comentada en los medios— de si se habría alcanzado algún compromiso al respecto —no lo hay— y si ello supondría la preservación de la integridad territorial de España —léase, Ceuta, Melilla, los islotes y Canarias— y el consiguiente reconocimiento de la integridad territorial marroquí, incluido ahora el Sáhara Occidental. En todo caso, no está de más recordar que ya existe un compromiso jurídico en tal sentido —que no incluye obviamente al Sáhara Occidental— plasmado en el vigente Tratado de Amistad, Buena vecindad y Cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, hecho en Rabat el 4 de julio de 1991 (*BOE* núm. 49, de 26 de febrero de 1993), donde se afirma que «las Altas Partes Contratantes respetarán mutuamente su igualdad soberana y su individualidad, así como todos los derechos inherentes a su soberanía y comprendidos en ella, incluyendo, en particular, el derecho a la igualdad jurídica*, a la integridad territorial* y a la libertad y a la independencia política» (cursivas añadidas). Sobre el particular véase nuestra contribución «En torno a recientes manifestaciones de la práctica convencional española en materia de Tratados de amistad y cooperación», *Revista Española de Derecho Internacional,* 1994, vol. 46, pp. 425-432.

tencia de un acuerdo y mucho menos de nada parecido a un tratado internacional. En puridad, en ellos Marruecos se limita a tomar nota del cambio adoptado en la posición española, se plantea la eventualidad de elaborar una «hoja de ruta» para abordar en el futuro una revisión de los acuerdos ya existentes —en consonancia con los «valores» antevistos— y se anuncia la inminente visita a Rabat del ministro español de AAEE, a la que seguiría la ulterior del Presidente Sánchez en un momento ulterior, aún por concretar.

Existen unos versos medievales que afirman que «quien va a Compostela y no al Salvador atiende al criado y descuida al Señor»[19]. Viene lo anterior a que, de sorpresa en sorpresa, a principios del mes de abril se produce la «inesperada» cancelación de la comprometida visita del Ministro de AAEE, Sr. Albares, efectuada desde las más altas instancias marroquíes —léase, el rey— para «imponer» la previa presencia del Presidente Sánchez en Rabat. En este sentido, en un tuit de 31 de marzo de la Casa Real marroquí se da a conocer una entrevista telefónica entre el Rey de Marruecos y el Presidente Sánchez en la que se habría acordado tal decisión[20], que, afortunadamente en esta ocasión, también era difundida por la Presidencia del Gobierno. De suerte que, el 5 de abril el Ministerio de la Casa Real, Protocolo y Cancillería de Marruecos anunciaba que:

> «Por invitación de S. M. el Rey Mohammed VI, [...], S. E. Sr. Pedro Sánchez, Presidente del Gobierno español, realizará una visita al Reino de Marruecos, el jueves 5 de Ramadán de 1443 de la Hégira correspondiente al 7 de abril de 2022»[21].

Como es conocido, el resultado de la reunión se plasmaría —ahora sí— en una declaración conjunta en la que finalmente encontrarían acomodo casi todas las cuestiones esbozadas en los textos y comunicados precedentes, con la única salvedad de las alardeadas garantías acerca de nuestra integridad territorial, que tampoco ahora encontrarían reflejo en el texto político consensuado[22].

---

[19] En su origen se hallan unos versos franceses que afirman «*celui qui va à Saint Jacques de Compostelle et qui ne se rend pas à la Cathédrale du Sauveur rend visite au servant et non au Seigneur*». Enmarcado en las rivalidades entre las mitras ovetense y compostelana, la primera hace valer que dado que está consagrada al Salvador tiene preminencia sobre la sede compostelana, consagrada al apóstol.

[20] *ps://bit.ly/3qQHLQT, Communiqué du Cabinet Royal: Entretien téléphonique entre Sa Majesté le Roi Mohammed VI et le Président du Gouvernement espagnol, S. E. M. Pedro Sánchez.*

[21] Cfr. *https://www.diplomatie.ma/es/comunicado-del-ministerio-de-la-casa-real-protocolo-y-canciller%C3%ADa*. Dada la relevancia que ha cobrado el Ramadán en estos devaneos diplomáticos, no está de más señalar que su inicio se rige tanto en Marruecos como en Ceuta y Melilla por los dictados del Rey de Marruecos que es el comendador de los creyentes —el *Miramamolín* de nuestros textos medievales— allí. No ocurre lo mismo en el resto de España donde la Comunidad Islámica de España (CIE) fija un calendario levemente diferente: de hecho, el de este año empezaba un día antes (cfr. *https://elfarodeceuta.es/ramadan-2022-ayuno-ceuta-melilla/*). Por otra parte, es interesante la interpretación de la simbología que presidió la reunión de Rabat con una estatua ecuestre del Caudillo Tariq y una bandera española invertida (al respecto véase MULAY, B. A., «El arte de la guerra en las relaciones entre España y Marruecos», *El Independiente,* 13 de abril de 2022, disponible en *https://www.elindependiente.com/opinion/2022/04/13/el-arte-de-la-guerra-en-las-relaciones-entre-espana-y-marruecos/?utm_source=web&utm_medium=module&utm_campaign=relacionadas*).

[22] Texto disponible en *https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2022/070422-declaracion-conjunta-Espana-Marruecos.pdf*. La declaración también anuncia la futura revi-

Finalmente, a su tiempo se produciría también el pospuesto encuentro entre los respectivos ministros de AAEE, si bien su carácter accesorio quedaba reflejado meridianamente por el hecho de que la visita del Ministro Albares a Rabat —realizada finalmente el 11 de mayo— no se desarrollaba en un marco estrictamente bilateral sino con ocasión de la celebración de un evento multilateral, en el curso del cual los respectivos responsables de Exteriores tuvieron ocasión de repasar el contenido de las materias previamente abordadas por el Presidente Sánchez y el monarca alauí[23]; un gesto meramente protocolario que, dada su brevedad, nada aportaba al contenido de los compromisos concertados en abril.

Situada en contexto, la decisión española no constituye un acto aislado, tal como bien se ha cuidado de advertir nuestro ministro de AAEE. Ciertamente, iniciábamos este comentario hablando de la proclamación del Presidente Trump de diciembre de 2020 y ya hemos tenido ocasión de destacar que desde aquella Marruecos ha intensificado sus presiones con miras a obtener pronunciamientos semejantes de otros Estados, particularmente de los miembros de la UE. En este sentido, en aquel lugar mencionábamos la crisis en la que casi coetáneamente con nuestro país se veía inmersa Alemania, cuyas relaciones con Marruecos también se veían afectadas por la cuestión, saldándose igualmente con una llamada a consultas de la Embajadora marroquí en Berlín, Z. Alahoui, en mayo de 2021[24]. En este caso, la paulatina normalización de las relaciones germano-marroquíes se veía facilitada por el cambio de gobierno en Alemania, a la que seguían una serie de declaraciones positivas en diciembre de 2021[25], así como un intercambio epistolar entre el Presidente alemán,

---

sión del ya mencionado tratado de amistad hispano-marroquí de 1991, confirmando la naturaleza política del documento y de los compromisos en él plasmados, precisados por consiguiente de los oportunos arreglos jurídicos a instrumentar en la anunciada revisión del tratado. De hecho, la conclusión de una declaración conjunta como antesala a ulteriores compromisos convencionales fue la fórmula seguida con motivo de la revisión del convenio de cooperación para la defensa con Estados Unidos en 2002 (al respecto véase nuestra contribución «¿Sin novedad en el frente? Anotaciones en torno al Protocolo de enmienda de 10 de abril de 2002 al Convenio de cooperación para la defensa entre España y EEUU», *Revista Española de Derecho Internacional,* 2002, vol. 54, pp. 991-998).

[23] Cfr. Reunión Ministerial de la Coalición Global contra el Dáesh y encuentro con el ministro de Asuntos Exteriores marroquí, 11 de marzo de 2022, disponible en *https://www.exteriores.gob.es/es/Comunicacion/Noticias/Paginas/Noticias/20220512_MINISTERIO06.aspx*.

[24] Sobre el particular véase «El reconocimiento...», *op. cit*. Rabat justificaba entonces la medida al advertir «una acumulación de actitudes hostiles contra los intereses superiores del Reino por parte de Alemania» (cfr. *https://es.rue20.com/2022/01/05/el-rey-de-marruecos-recibe-una-carta-del-presidente-aleman-buenas-senales-y-una-invitacion/*).

[25] Tras unas declaraciones elogiosas hacia Marruecos de la Ministra alemana de AAEE, A. Baerbock, realizadas el pasado otoño, el 13 de diciembre la página web del Ministerio de Exteriores alemán actualizaba una nota diplomática sobre las relaciones bilaterales en la que aludía al plan de autonomía presentado por Marruecos en 2007 como «una importante contribución» para resolver el contencioso del Sáhara Occidental, aunque se precisaba igualmente que la posición del gobierno alemán respecto al tema no había cambiado y seguía inscrito dentro del marco de la ONU (cfr. «Presidente de Alemania envió mensaje al rey de Marruecos para llegar a un acuerdo», *Columna Digital,* 6 de enero de 2022, disponible en *https://columnadigital.com/presidente-de-alemania-envio-mensaje-al-rey-de-marruecos-para-llegar-a-un-acuerdo/*; «Alemania y Marruecos zanjan su crisis con un nuevo embajador en Rabat», SWI, *Swissinfo.ch,* 16 de febrero de 2022, disponible en *https://www.swissinfo.ch/spa/marruecos-alemania_alemania-y-marruecos-zanjan-su-crisis-con-un-nuevo-embajador-en-rabat/47354318*), tras lo cual el

F. W. Steinmeier y el Rey de Marruecos[26], que han posibilitado el pleno restablecimiento de relaciones este mismo mes de mayo con la llegada a Rabat de un nuevo embajador alemán[27]. Por otra parte, incansable, la diplomacia marroquí no ha cesado en su empeño de atraer a más Estados a su posición, como revela el hecho de que en la misma reunión de Rabat de la Coalición Global contra el Daesh de 11 de mayo de 2022 —ya mencionada— en la que participaba el Ministro Albares, el Ministro de AAEE marroquí, N. Bourita, aprovechaba para mantener un breve encuentro bilateral con el Ministro de AAEE de los Países Bajos, W. Hoekstra, tras el cual se emitía un comunicado conjunto en el que se consideraba el plan de autonomía marroquí presentado en 2007 ante Naciones Unidas como una solución «seria y creíble» para resolver el conflicto del Sáhara Occidental, si bien se precisaba asimismo que:

> «Países Bajos y Marruecos afirman su apoyo al enviado personal del secretario general de Naciones Unidas para el Sáhara Occidental y sus esfuerzos para continuar un proceso político destinado a alcanzar una solución justa, duradera y mutuamente aceptable conforme a las resoluciones de la ONU»[28].

Por otra parte, no conviene desconocer la posición oficialmente expresada por Francia sobre la cuestión. En este sentido, aunque es por todos conocido

---

Ministerio de AAEE marroquí emitía un comunicado el 22 de diciembre en el que decía «apreciar los anuncios positivos y las posiciones constructivas hechas recientemente por el nuevo gobierno federal de Alemania» que «permiten vislumbrar un relanzamiento de la cooperación bilateral y un retorno a la normalidad» (cfr. «Marruecos plantea recuperar relaciones diplomáticas con Alemania», *Deutsche Welle,* 23 de diciembre de 2022, disponible en *https://www.dw.com/es/marruecos-plantea-recuperar-relaciones-diplom%C3%A1ticas-con-alemania/a-60233812*). Como resultado ya en ese mismo mes se anunciaba el retorno de la embajadora marroquí a Berlín (Redondo, R., «Nuevo acercamiento entre Marruecos y Alemania con la vuelta de la embajadora Zehour Alaoui», *Atalayar,* 23 de diciembre de 2021, disponible en *https://atalayar.com/content/nuevo-acercamiento-entre-marruecos-y-alemania-con-la-vuelta-de-la-embajadora-zehour-alaoui*).

[26] En concreto, en un mensaje dirigido a Mohamed VI el 5 de enero con motivo del Año Nuevo, el presidente alemán destacaba «las amplias reformas llevadas a cabo bajo la dirección de Su Majestad el Rey» y consideraba la iniciativa de autonomía marroquí como «un esfuerzo serio y creíble» y una «buena base» para la resolución de la cuestión del Sáhara [cfr. «Satisfacción marroquí por el mensaje del presidente alemán a S. M. el Rey (Portavoz del Gobierno)», *MAP,* 6 de enero de 2022, disponible en *https://www.mapnews.ma/es/actualites/pol%C3%ADtica/satisfacci%C3%B3n-marroqu%C3%AD-por-el-mensaje-del-presidente-alem%C3%A1n-sm-el-rey-portavoz*], pero también aprovechaba para reiterar el apoyo de su país a los esfuerzos de Naciones Unidas para alcanzar una solución «justa, duradera y mutuamente aceptable para todas las partes» (cfr. «Presidente alemán envía un mensaje a Mohamed VI en nueva señal de deshielo», SWI, *Swissinfo.ch*, 5 de enero de 2022, disponible en *https://www.swissinfo.ch/spa/marruecos-alemania_presidente-alem%C3%A1n-env%C3%ADa-un-mensaje-a-mohamed-vi-en-nueva-se%C3%B1al-de-deshielo/47240290*). La carta era correspondida un mes más tarde por el Rey de Marruecos, felicitando al presidente alemán por su reelección y asegurándole el «deseo ... de dar un nuevo aliento a las relaciones de amistad y cooperación» (cfr. «El Rey de Marruecos dirige una carta al Presidente alemán», *Rue 20 en español*, 15 de febrero de 2022, disponible en *https://es.rue20.com/2022/02/15/el-rey-de-marruecos-dirige-una-carta-al-presidente-aleman/*).

[27] El anuncio se hacía en el comunicado conjunto adoptado tras la reunión por videoconferencia mantenida entre los respectivos ministros de AAEE el pasado 16 de febrero (véase «Alemania y Marruecos zanjan su crisis...», *op. cit.*). Obtenido el plácet a principios de abril, el nuevo Embajador, R. Dölger, se incorporaba en mayo a su puesto.

[28] «Países Bajos apoya el plan marroquí para el Sáhara Occidental», *Deutsche Welle,* 11 de mayo de 2022, disponible en *https://www.dw.com/es/pa%C3%ADses-bajos-apoya-el-plan-marroqu%C3%AD-para-el-s%C3%A1hara-occidental/a-61762677*.

que los sucesivos gobiernos franceses vienen apoyando la posición marroquí —particularmente a través de sus actuaciones en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas— ello no es óbice para que su Ministerio de AAEE insista en que:

> «*La position de la France sur ce sujet est bien connue. La France soutient les efforts du Secrétaire général des Nations unies en faveur d'une solution politique juste, durable et mutuellement acceptable, conformément aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies*» [29].

Si bien, con ocasión del giro experimentado en la posición española, el mismo Ministerio se ha permitido precisar este mes de marzo que:

> «*La position de la France concernant le Sahara occidental est constante, en faveur d'une solution politique juste, durable et mutuellement acceptable, conformément aux résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies.* Dans cette perspective, le plan d'autonomie marocain est une base de discussions sérieuse et crédible» [30].

Con todo, ha de advertirse —«el diablo está en los matices»— que ni el curso de los acontecimientos, ni los pronunciamientos efectuados por estos Estados llegan al punto del contundente alineamiento presente en la reciente decisión española.

En otro orden de cosas, ya hemos advertido que la decisión, se ha producido por la libérrima voluntad del presidente del gobierno, que en este punto se ha revelado como un acérrimo partidario de la «doctrina del poder exterior» (posiblemente al modo del burgués gentilhombre y su manejo de la prosa). En todo caso, como señaláramos ninguna censura puede hacerse desde el Derecho español a esta decisión, inserta en el marco de sus competencias constitucionales *apud* art. 97 de nuestra Carta Magna. Los intentos de controlar jurisdiccionalmente el acto so pretexto de la violación de las obligaciones internacionales que nos atañen se nos antojan abocados al fracaso [31]. Por otra parte, el hecho de que la decisión se desmarque de la supuesta política de Estado observada hasta ahora tampoco tiene —a nuestro juicio— recorri-

---

[29] *Sahara Occidental —Q&R— Extrait du point de presse (12 avril 2021),* disponible en *https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/maroc/evenements/article/sahara-occidental-q-r-extrait-du-point-de-presse-12-04-21*. La declaración se formulaba a propósito del anuncio de la apertura de una «antena local» del partido La République en Marche, del Presidente E. Macron, en Dajla.

[30] *Sahara Occidental —Q&R— Extrait du point de presse (21 mars 2022),* disponible en *https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/maroc/evenements/article/sahara-occidental-q-r-extrait-du-point-de-presse-21-03-22*. Redondas añadidas.

[31] Se trata de la denuncia cursada a la Fiscalía General del Estado solicitando la apertura de diligencias informativas con base en la supuesta violación de las obligaciones de España como potencia neutral, *apud* arts. 590, 591 y concordantes CP, en el conflicto entre Marruecos y el Sáhara Occidental, interpuesta por la Liga Española Pro Derechos Humanos el 23 de marzo de 2022 y firmada por los Abogados F. J. Alonso Rodríguez y A. J. Vázquez Vaamonde (disponible en *https://ligaproderechoshumanos.org/carta-a-la-fiscalia-general-del-estado/*). Recordemos que anteriores intentos por enjuiciar penalmente la conducta del presidente del gobierno en el ámbito exterior so pretexto de la violación de obligaciones internacionales fueron sobreseídos: *ad exemplum* el ATS (Sala 2.ª) de 11 de julio de 2016 la descartó respecto a la participación del Presidente M. Rajoy en la conclusión de la Declaración UE-Turquía de 18 de marzo de 2016 (al respecto véase nuestra contribución «El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la declaración UE-Turquía», en la obra colectiva *La crisis de personas refugiadas y su impacto sobre la UE*, Vitoria, Eurobask, 2016, pp. 182 y 186-188).

do jurídico. Y otro tanto cabe decir del hecho de que se desvíe de las líneas conformadoras de nuestra acción exterior plasmadas en la declaración de febrero de 1976 y en las sucesivas Estrategias de acción exterior aprobadas por el gobierno del Presidente M. Rajoy Brey en 2015 y por el actual gobierno en abril de 2021. En concreto, en la actualmente vigente se afirma el compromiso de impulsar «los esfuerzos de la ONU para alcanzar soluciones políticas en el Sáhara Occidental», «de acuerdo con los parámetros internacionales» [32], lo que no parece encajar con el giro ahora experimentado. Sin embargo, desde una perspectiva política todos estos factores hacen abiertamente cuestionable la decisión; a lo que ha de sumarse el hecho de la absoluta falta de transparencia mantenida por el gobierno cuando el «giro» ya era conocido a través de su difusión desde Marruecos, así como la resistencia mostrada para justificar las razones de la decisión a los representantes de la soberanía nacional, los cuales cuasi unánimemente denunciaban las formas seguidas al adoptar una medida tan drástica [33]. Por eso mismo entra dentro de lo posible la eventual revocación de la decisión adoptada [34]; de hecho, como hemos destacado en otro lugar, no existen inconvenientes jurídicos de ningún orden —ni de índole interna y menos aún de carácter internacional— para abandonar el giro impreso por el Presidente Sánchez. Si bien los hechos demuestran las dificultades político-diplomáticas que puede suponer abandonar la posición ahora sustentada; en este sentido, baste recordar lo acontecido en el caso de Estados Unidos tras el acceso del Presidente J. Biden al poder [35].

---

[32] *Estrategia de acción exterior 2021-2024,* pp. 57-58 y 113 (texto disponible en *https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Documents/2021/270421-estrategia_de_accion_exterior_2021-2024.pdf*). Si es cierto que el precedente documento hablaba *expliciter* de la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental (cfr. *Estrategia de acción exterior,* Madrid, MAAEEC, febrero de 2015, p. 113, disponible en *https://www.exteriores.gob.es/es/ServiciosAlCiudadano/PublicacionesOficiales/2015_ExtrategiadeAccionExterior.pdf*), donde ahora solo se mencionan unos evanescentes «parámetros internacionales».

[33] Así ocurría en la sesión de la Comisión de AAEE del Congreso de los Diputados (cfr. Cortes Generales, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados,* Comisiones, XIV Legislatura, núm. 629, Asuntos Exteriores, 23 de marzo de 2022). Con posterioridad, el 7 de abril el Pleno del Congreso aprobaba una Proposición no de Ley de rechazo (cfr. *BOCG,* Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie D, 1 de abril de 2022, núm. 431, pp. 8-9, *https://www.congreso.es/notas-de-prensa?p_p_id=notasprensa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_notasprensa_mvcPath=detalle&_notasprensa_notaId=41870*) y el Pleno del Senado hacía lo propio el 28 de abril al aprobar una moción que condenaba «el cambio radical e histórico del gobierno» en el asunto, reiterando «su apoyo a las resoluciones de Naciones Unidas» (texto disponible en *https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/sesionesplenarias/pleno/rwdsesionespleno/detalle/index.html?id=50&legis=14*). Por otra parte, como era previsible, un sector del gobierno exteriorizaba sus diferencias sobre el tema manteniendo una reunión con la representación en España del Frente Polisario (cfr. «El ministro Garzón se reúne con el Polisario y carga contra la alianza de Sánchez con Marruecos», *El Mundo,* 28 de abril de 2022, disponible en *https://www.elmundo.es/espana/2022/04/28/626aedd1e4d4d810378b457f.html*).

[34] En este sentido, conviene destacar las declaraciones realizadas por el actual líder del Partido Popular, Sr. A. Núñez Feijoo, tras su entrevista con el primer ministro marroquí en el que anunciaba esa intención en el caso de acceder al gobierno (al respecto véase «Feijóo se reúne por sorpresa con el primer ministro de Marruecos y se desmarca de la "carta clandestina de Sánchez" sobre el Sáhara», *El Mundo,* 31 de mayo de 2022, disponible en *https://www.elmundo.es/espana/2022/05/31/6295f901e4d4d8cb688b45ac.html*). Respecto de la naturaleza esencialmente revocable de estos actos véase nuestra contribución «El reconocimiento...», *op. cit.*

[35] *Ibid.*

Con ser reprochables las implicaciones antevistas, más lo es lo inoportuno del giro en la posición española si se atiende a las circunstancias presentes en el momento en que se decide dar este cuestionable «golpe de timón» en el asunto. Como destacan en sus contribuciones nuestros compañeros, el Embajador Yturriaga y el Profesor Soroeta, no puede ser más lamentable el pasar en el lapso de una veintena de días de condenar la violación del Derecho internacional en el caso de la agresión rusa a Ucrania a apoyar sin fisuras la permanente transgresión de nuestro sistema jurídico por parte de Marruecos en el caso del Sáhara Occidental. Ciertamente, a nadie sorprende el doble estándar del que hacen gala los Estados en su aproximación al Derecho internacional, aunque los acontecimientos en curso hubieran debido aconsejar una mayor cautela en el proceder. Desafortunadamente, sin embargo, lo que parece evidente es que la decisión española se ha fraguado al margen de las circunstancias de tiempo y de lugar, como confirma, aparte de la consabida suspensión de los contactos con el Frente Polisario[36], la coetánea crisis con Argelia a la que ha abocado la decisión española, plasmada en la llamada a consultas de su Embajador en Madrid, Sr. Sais Moussi. No es lugar este para extenderse en el asunto pero es indudable —en contra de las afirmaciones vertidas desde nuestro Ministerio de AAEE— que, pese a los relevantes intereses en juego —léase, suministro gasístico en un momento crítico— y al conocido alineamiento del gobierno argelino con el Frente Polisario[37], este actor ha sido, consciente o inconscientemente, tenido de lado —si no abiertamente ignorado— al adoptar la decisión, lo que dice muy poco bueno de las supuestas dotes negociadoras de nuestros responsables políticos[38]. Baste recordar, como contrapunto, lo que al respecto aconsejaba el Cardenal Richelieu en su *Testamento político*:

> «*Négocier sans cesse, ouvertement ou secrètement, en tous lieux, encore mesme qu'on n'en reçoive pas un fruit préesent et que celuy qu'on peut attendre à l'avenir ne soit pas apparent, est chose toute à fait nécessaire pour le bien des États*»[39].

---

[36] Al respecto véase comunicado de la Secretaría General del Frente Polisario, Bir Lehlu, 9 de abril de 2022, disponible en *https://www.spsrasd.info/news/es/articles/2022/04/10/39167.html*.

[37] Sobre la relevancia del conflicto en las siempre tensas relaciones argelino-marroquíes véase Sour, L., «The Western Sahara conflict in the Algerian Moroccan relations: Understanding the Geopolitical Rivalry in the Struggle for the Hegemony in the Maghreb Region», *Revista UNISCI/UNISCI Journal,* enero de 2022, núm. 58, pp. 9-26.

[38] Sobre la situación véase Cembrero, I., «Argel supedita la reconciliación con Sánchez a que respete "el Derecho internacional"», *El Confidencial,* 20 de abril de 2022, disponible en *https://www.elconfidencial.com/espana/2022-04-20/argel-supedita-reconciliacion-sanchez-respeto-derecho-internacional-sahara_3411155/.*

[39] Richelieu, F., *Testament Politique,* París, Perrin, 2017, p. 237; cit. en Jouanneau, D., *Dictionnaire amoureux de la Diplomatie,* París, Plon, 2019, p. 570. De hecho, la prensa se hacía eco del malestar de ciertos sectores de nuestra diplomacia acerca de la desacertada gestión del asunto. Al respecto véase Carrión, F., «Albares no consultó el cambio de posición con los expertos del "dossier saharaui" en Exteriores», *El Independiente,* 26 de marzo de 2022, disponible en *https://www.elindependiente.com/internacional/2022/03/26/albares-no-consulto-el-cambio-de-posicion-con-los-expertos-del-dossier-saharaui-en-exteriores/*; *id.,* «Estupor en Exteriores por la carta de Sánchez a Mohamed VI impropia de un gobierno», *The Objective,* 24 de marzo de 2022, disponible en *https://theobjective.com/espana/2022-03-24/exteriores-carta-sanchez-mohamed/*.

A modo de conclusión hemos de abordar las implicaciones que desde la perspectiva de la política de comunicación plantean los hechos descritos y particularmente el papel que ha correspondido en este episodio al Ministerio de AAEE. Empecemos recordando que, en su momento, el giro estadounidense en relación con el Sáhara fue criticado acerbamente por haberse plasmado en un tuit. Sin embargo, tal y como hemos tenido ocasión de demostrar en nuestra contribución sobre el tema[40], tal afirmación carecía de fundamento; de hecho, Estados Unidos concretó en un documento solemne —una proclamación presidencial publicada en el diario oficial de la Unión— su drástico cambio sobre la cuestión.

No ha ocurrido lo mismo en el caso español. De hecho, empezando por el hecho de que su conocimiento se produjera, como nos recuerda el Embajador Yturriaga, a través de «una filtración interesada autorizada por el Rey de Marruecos», desvelando —errores gramaticales aparte— el desconocimiento de la propia denominación del departamento ministerial en la carta de referencia, el papel tanto de la Presidencia del Gobierno como —particularmente— del Ministerio de AAEE español no ha podido ser menos gratificante. Sirva como muestra el que todavía en el momento que escribimos estas líneas, el portal del Ministerio no da cuenta del giro experimentado en la posición española, limitándose a consignar que:

> «En lo relativo al Sáhara Occidental, España apoya una solución política, justa, duradera y mutuamente aceptable que prevea la libre determinación del pueblo saharaui en el marco de los principios y propósitos de la Carta de las Naciones Unidas. España apoya el papel central de las Naciones Unidas en la búsqueda de una solución y mantiene su compromiso humanitario con el pueblo del Sáhara Occidental, situándose como primer donante bilateral de ayuda a campamentos de refugiados»[41].

En cambio, en el momento de conocerse la decisión sí se produjo el recurso a las redes sociales para acallar la inquietud generada, siendo *twiter* y *youtube* los medios utilizados para «visibilizar» el giro experimentado en nuestra política exterior[42]. En relación con su empleo, tal como hemos advertido en otro lugar, el hecho no tiene en sí nada de insólito; de hecho, es-

---

[40] Véase «El reconocimiento...», *op. cit*.

[41] Cfr. *https://www.exteriores.gob.es/es/PoliticaExterior/Paginas/MagrebOrienteProximo.aspx*. Consultado el 13 de mayo de 2022. Ciertamente, la ausencia de modificaciones en la web departamental se compadece con la numantina posición del gobierno que sostiene que no ha habido cambio alguno en nuestra posición (al respecto véase Carrión, F., «El PSOE rechaza someter a las bases su cambio de posición sobre el Sáhara: "Es que no hay cambio"», *El Independiente,* 13 de abril de 2022, disponible en *https://www.elindependiente.com/espana/2022/04/13/el-psoe-rechaza-someter-a-las-bases-su-cambio-de-posicion-sobre-el-sahara-es-que-no-hay-cambio/*).

[42] En cuanto a *youtube* ese será el medio empleado para expresar la posición oficial de nuestro gobierno al desvelarse el contenido de la carta de Sánchez; en concreto, el Ministro Albares se encontraba en Barcelona participando en un seminario sobre el Indo-Pacífico organizado por CIDOB y Casa Asia, por lo que el «estallido» de la noticia obligó a anunciar por tuit a las 19.00 h. su comparecencia en una rueda de prensa que tendría lugar en la sede de la Delegación del Gobierno en Cataluña a las 19.30 h. del mismo viernes 18, siendo transmitida y archivada en *youtube* (*https://www.youtube.com/watch?v=mDiS2aMEb3Q*).

tos ágiles mecanismos de comunicación se han generalizado en los medios diplomáticos a nivel global, llegando a hablarse incluso de la «*twitplomacy*» para caracterizar este fenómeno[43]. En este orden, como señalábamos entonces:

> «Es evidente que el recurso a estos medios de comunicación posibilita la rauda transmisión de informaciones a la par que posibilita su difusión en un amplio espectro de destinatarios, pero no deja de ser menos cierto que en cuestiones de gran relevancia se antoja un mecanismo escasamente apropiado y esto es particularmente importante cuando hablamos de la comunicación diplomática. El laconismo inherente a los mensajes transmitidos por esta red social casa mal con las cautelas y prevenciones que deben rodear a toda comunicación relativa a cuestiones de carácter internacional y aunque, como afirmara nuestro Gracián "lo bueno, si breve, dos veces bueno" no es seguro que sea aplicable en toda circunstancia a las comunicaciones diplomáticas. Por otra parte, el hecho de que los Estados utilicen como cauce de transmisión de sus comunicaciones oficiales un soporte cuya fragilidad es notoria y que, además, es administrado por una empresa privada transnacional con unos criterios propios, casa mal con el desempeño de las funciones inherentes al Estado, más aún —como es el caso— si hablamos de su proyección oficial en el exterior. Señalemos, por último, que la supuesta transparencia inherente al empleo de las redes sociales resulta harto relativa cuando es bien conocida la posibilidad de eliminar —o manipular— los documentos subidos a la red o los mensajes efectuados»[44].

Por todo ello, es de lamentar que la utilización de estos medios tenga por efecto relegar las vías oficiales de comunicación, tal como confirman los hechos en examen. En efecto, los cauces formales de información del Ministerio de AAEE no registran el más leve indicio de estos acontecimientos: ni las noticias, ni las notas de prensa, ni los comunicados del Ministerio recogen la más leve mención[45]. Llegados a este punto conviene plantearse si es posible desarrollar una auténtica política de comunicación en relación con nuestra acción exterior cuando se desdeñan de plano los tradicionales canales de difusión en favor de unas redes sociales acerca de cuyo cabal conocimiento, independencia y fiabilidad habría mucho que decir[46], siquiera sea porque nos

---

[43] Sobre la cuestión véase Copeland, D., «Digital Technology», en Cooper, A. F., Heine, J. y Takur, R. (eds.), *The Oxford Handbook of Modern Diplomacy*, Oxford, Oxford UP, 2015, p. 457. De hecho, se registra ya una incipiente práctica en la que estos medios pueden desempeñar un papel sustancial en la realización de actos jurídicos internacionales, como revela Milo, C., «L'uso dei social network per esprimere una promesa unilaterale», *Rivista de Diritto Internazionale,* 2021, vol. 104, pp. 499-507.

[44] «El reconocimiento por EEUU...», *op. cit.*

[45] Lo ocurrido viene a confirmar el relegamiento en la práctica de las funciones de la Subdirección General de Información Diplomática, en beneficio de la paralela Subdirección General de Comunicación estratégica, diplomacia pública y redes, pese a que la reciente reestructuración del Ministerio de AAEE mantenga salomónicamente repartidas sus respectivas competencias (véase art. 23.2 del Real Decreto 267/2022, de 12 de abril, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, *BOE* núm. 88, de 13 de abril de 2022).

[46] Dudas aumentadas a raíz de la creciente concentración de estos medios en manos de individuos —y ya no de empresas transnacionales al uso— como atestigua los intentos de adquisición de *twiter* por el controvertido magnate Elon Musk.

sumergen en un auténtico «banquete de Heliogábalo» del que resulta difícil escapar[47].

[47] Nos referimos con ello al mítico episodio en el que el excéntrico emperador romano ahogo a sus invitados con toneladas de pétalos de rosas. Con su consabida lucidez, de esa imagen se servía hace ya años A. Remiro para prevenir acerca de los riesgos de la, entonces incipiente, información digital (cfr. Remiro Brotóns, A., Riquelme Cortado, R., Díez-Hochleitner, J., Orihuela Calatayud, E. y Pérez-Prat Durbán, L., *Derecho internacional,* Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 1149).

Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
El gobierno español y la propuesta de autonomía
para el Sáhara Occidental/
The spanish government ant the proposal
of autonomy for the Western Sahara
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 447-461
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.2b.03
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

GIRO COPERNICANO DE SÁNCHEZ EN EL CONFLICTO SAHARIANO

COPERNICAN TURN BY SÁNCHEZ IN THE SAHARAN CONFLICT

José Antonio de Yturriaga Barberán*

SUMARIO: 1. CARTA DE PEDRO SÁNCHEZ A MOHAMED VI.—2. BREVE HISTORIA DEL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN DEL SÁHARA OCCIDENTAL.—3. MEJORA DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE MARRUECOS CON RESPECTO AL SÁHARA OCCIDENTAL.—4. CONCLUSIONES.

Tras la decisión unilateral de España de renunciar en 1976 a cualquier responsabilidad internacional sobre su colonia/provincia del Sáhara Occidental, los distintos gobiernos españoles han mantenido una política de supuesta neutralidad y equidistancia entre las posiciones enfrentadas de Marruecos y del Frente Polisario (FP) sobre el modo de poner fin a la situación colonial del territorio. Esta actitud —seguida desde entonces a lo largo de los últimos cuarenta y seis años— se ha visto alterada de forma drástica por la decisión personal del Presidente del Gobierno, Pedro Sánchez, quien —por sí y ante sí y sin siquiera haber consultado con su ministro de Asuntos Exteriores y con los demás miembros de su gobierno— ha inclinado la balanza del lado marroquí en detrimento del bando saharaui.

1. CARTA DE PEDRO SÁNCHEZ A MOHAMED VI

Gracias a una filtración interesada autorizada por el rey de Marruecos, los españoles nos enteramos de que Sánchez, había enviado una misiva a Mohamed VI, en la que —según Francisco Rosell— «la mala gramática se ajusta al mal proceder» [1]. En ella afirmaba que la propuesta marroquí de conceder una

* Embajador de España.

[1] Rosell, F., «La carta marrueca de un Sánchez a la violeta», *El Mundo,* 27 de marzo de 2022.

mini-autonomía al Sáhara Occidental era la base más seria, realista y creíble para la resolución del diferendo entre Marruecos y el FP sobre el futuro del Sáhara Occidental[2]. No era mera coincidencia que estas palabras reprodujeran literalmente las pronunciadas por el entonces Presidente de Estados Unidos, Donald Trump, cuando reconoció a finales de 2020 la soberanía de Marruecos sobre dicho territorio.

Como ha señalado el Profesor de Derecho Internacional Juan Soroeta, en un excelente artículo que suscribo de la cruz a la raya, todo parece indicar que la difusión de esta misiva respondía a una jugada de la diplomacia marroquí. «Aunque a estas alturas uno llegue a pensar que todo es posible, no parece mínimamente sensato pensar que, en plena guerra en el corazón de Europa, nuestro país pueda dar el paso tan torpe como grave en relación con el conflicto que dificulta permanentemente sus relaciones con el vecino del sur». Mas, en realidad, no había nada nuevo porque —desde hace décadas— España y la UE vienen pagando religiosamente a Marruecos su impuesto revolucionario a través de Acuerdos de libre comercio y de pesca, o de aportaciones voluntarias, como la que el gobierno español llegó a hacer cuando Marruecos se pavoneaba públicamente de abrir la puerta de las vallas de Ceuta. Era un equilibrio difícil pero que, mal que bien, se mantenía.

El reconocimiento de Trump de la soberanía marroquí sobre el Sáhara Occidental animó al Sultán a apretar las tuercas a España y a la Unión para que hicieran lo propio. España en principio su opuso y la Ministra de Asuntos Exteriores, Arancha González Laya, se negó a convertir la Oficina de Intereses Españoles en El-Aiún —que actuaba como un Consulado oficioso— en un Consulado oficial de España en Marruecos, pero su implicación en el «caso Ghali» le costó el puesto. Pese a la imagen pusilánime que una vez más daba España ante el mundo, nadie se inmutó. Pero lo más sorprendente del contenido de este correo diplomático era que el contexto internacional actual dejaba en evidencia al gobierno español. «Hace tan solo unos días, Pedro Sánchez decía que la invasión rusa constituía una violación flagrante del Derecho internacional, de la soberanía nacional y de la integridad territorial de Ucrania, un ataque frontal a los principios y a los valores que han proporcionado a Europa años de estabilidad y también de prosperidad». España compartía con la UE los valores de la paz y del respeto a la legalidad internacional y estaba comprometida con ella, y la manera más efectiva de trabajar por esa legalidad internacional era sancionar su violación. «Leer esta declaración y leer a continuación la carta mencionada produce, además de una gran indignación, perplejidad».

Los órganos principales de la ONU han reconocido el derecho del pueblo saharaui a su libre determinación, que debe llevarse a cabo mediante la celebración de un referéndum en el que participen los saharauis y solo ellos. Marruecos y el FP acordaron un Plan de Paz en el que se preveía la celebración de dicho referéndum con una pregunta con dos opciones: inde-

[2] «Carta de Pedro Sánchez a Mohamed VI de Marruecos, de 14 de marzo de 2022», *El País*, 23 de marzo de 2022.

pendencia del territorio o integración en Marruecos. Cuando se hizo pública la composición del censo sahariano y se hizo evidente que la opción independentista prosperaría, Marruecos se negó a celebrar la consulta, Fue entonces cuando propuso el plan de autonomía que ahora el gobierno español califica de solución realista y creíble, lo que equivalía a decir que la independencia libremente decidida por los saharauis no lo sería. Las autoridades marroquíes ofrecían a los saharauis una simple forma de integración en el reino. La autonomía podría ser una de las opciones ofrecidas, siempre que la otra fuera la independencia, pero era algo que solo el pueblo del Sáhara debería decidir. «Lo que ha hecho nuestro gobierno ha sido apoyar la integración del Sáhara Occidental en Marruecos o, lo que es lo mismo, apoyar la violación del Derecho internacional. Esa misma legalidad internacional que hace solo tres semanas decía defender». España, en realidad, no ha cambiado su posición, que ha venido calificando eufemísticamente de «neutralidad activa», porque nunca ha sido neutral. «Lo que acaba de hacer es reconocerlo públicamente, incurriendo en responsabilidad internacional por contribuir a la consolidación de una violación grave del Derecho internacional, como es la ocupación militar. Tan grave en Ucrania como en el Sáhara Occidental» [3].

Las proclamas de tinte «churchiliano» de Sánchez han quedado en agua de borrajas, pues su solemne compromiso de defender a cualquier coste la legalidad internacional parece ser que se aplica al este de Europa, pero no en el norte de África, y Sánchez está dispuesto a permitir a Mohamed VI lo que le niega a Vladimir Putin. Veamos cómo se ha llegado a esta situación desde que el gobierno español decidió unilateralmente en 1975 abandonar a su suerte al Sáhara Occidental y, un año más tarde, retiró sus tropas y su administración del territorio dejando a los saharauis en manos de Marruecos y de Mauritania.

2. BREVE HISTORIA DEL PROCESO DE DESCOLONIZACIÓN DEL SÁHARA OCCIDENTAL

Por los Acuerdos de Madrid de 1975, España declaró su intención de poner fin a las responsabilidades y poderes que tenía sobre el Sáhara Occidental como potencia administradora y de proceder a instituir una administración temporal en el territorio en la que participarían Marruecos y Mauritania en colaboración con la Yemáa, a la cual serían transmitidas tales responsabilidades y poderes, y a través de la cual expresaría la voluntad del pueblo saharaui. La terminación de la presencia española se llevaría a efecto definitivamente antes del 28 de febrero de 1976[4]. Los Acuerdos no fueron publicados en el *BOE*, por lo que —con independencia de su legalidad— nunca fueron de apli-

[3] Soroeta, J., «España cede al chantaje de Marruecos y apoya ya sin disimulo la ocupación militar del Sáhara Occidental», *Público,* 19 de marzo de 2022.

[4] Declaración de Principios entre España, Marruecos y Mauritania sobre el Sáhara Occidental, Madrid, 14 de noviembre de 1975. Fue publicada en el núm. 142 de *Posible,* 29 de septiembre de 1977 y, un año más tarde, en la revista *Interviu,* 16 de enero-1 de febrero de 1978.

cación en España. Si fueron inscritos por Marruecos en el Registro de Tratados de la ONU y publicados por la Secretaría General de la Organización[5].

España abandonó unilateralmente su responsabilidad como potencia administradora del Sáhara Occidental el 25 de febrero de 1976, dejando constancia de lo siguiente: «*a)* España se considera desligada en lo sucesivo de toda responsabilidad de carácter internacional con relación a la administración de dicho territorio al cesar de participar en la administración temporal que se estableció para el mismo, y *b)* la descolonización del Sáhara Occidental culminará cuando la opinión de la población se haya expresado válidamente»[6].

El segundo párrafo reflejaba la mala conciencia del gobierno español por haber arrojado a los saharauis en manos de Marruecos y de Mauritania, y dejaba la puerta abierta al ejercicio por el pueblo saharaui de su derecho a la libre determinación. El texto evitaba hablar de transferencia de soberanía y se limitaba a hacer referencia a la cesión de la administración del territorio. Por otra parte, lanzaba un torpedo contra la línea de flotación de los Acuerdos de Madrid, que habían establecido que la opinión de los saharauis sería expresada a través de la Yemáa. España cedía la administración temporal del territorio a Marruecos y a Mauritania, pero no su soberanía —a lo que no estaba autorizada—, hasta que el pueblo saharaui pudiera expresar libremente su voluntad[7].

Como señaló en 2002 el Subsecretario General para Asuntos Jurídicos de la ONU, Hans Corell, los Acuerdos de Madrid no transfirieron la soberanía sobre el territorio, ni confirieron a ninguno de los signatarios la condición de potencia administradora, condición que España, por sí sola, no podía haber transferido unilateralmente. La transferencia de la administración sobre el territorio a Marruecos y a Mauritania en 1975 no afectó la condición internacional del Sáhara Occidental como territorio no autónomo[8]. Así, pues, al no haber sido transferida la soberanía del Sáhara ni a Marruecos ni a Mauritania, España sigue siendo *de iure* la potencia administradora y el territorio continúa pendiente de ser descolonizado hasta que su población exprese libremente su decisión a través de un referéndum.

España retiró sus tropas y su administración del territorio, que fue ocupado por Marruecos y Mauritania, y el FP se alzó en armas contra los ocupantes. En 1979 el Frente firmó un Acuerdo de paz con Mauritania[9], que se retiró de

---

[5] UN Treaty Series, 1975, p. 258.

[6] Carta del Representante Permanente de España ante la ONU, Jaime de Piniés, al Secretario General, Kurt Waldheim, 25 de febrero de 1976. Piniés, J., *La descolonización del Sáhara: un tema sin concluir,* Madrid, Espasa Calpe, 1990, p. 62.

[7] Yturriaga, J. A., *El Sáhara español; un conflicto aún por resolver,* Madrid, Sial-Casa de África, 2018, pp. 291-292.

[8] Informe de Han Corell, 29 de enero de 2002.

[9] Acuerdo de Paz mauritano-sahariano, Argel, 10 de agosto de 1979, Doc. A/34/427-S//13.504, de esa misma fecha, Anexo I. El Acuerdo no fue inscrito en el Registro de Tratados de la ONU por estimar la Secretaría General que el FP no era un sujeto de Derecho internacional.

los territorios que ocupaba —que fueron ocupados a su vez por Marruecos—, y en 1991 un alto el fuego con este país. Ya en 1988, el Secretario General, Javier Pérez de Cuéllar, había presentado un Plan para la pacificación y la libre determinación del Sáhara Occidental, que fue endosado en 1990 por el Consejo de Seguridad. Pérez de Cuéllar presentó a petición del Consejo sendos documentos que constituirían la base del Plan de Paz: una propuesta conjunta de la ONU y de la OUA para lograr un Acuerdo de paz, y un Plan de Aplicación[10]. El primero preveía el alto el fuego entre los contendientes el 9 de septiembre de 1991 y la celebración de un referéndum de libre determinación del pueblo saharaui bajo los auspicios de la ONU[11], y fue aceptado tanto por Marruecos como el FP. Ambos se comprometieron a que el pueblo saharaui pudiera expresar su voluntad a través del citado referéndum. Conforme al segundo, el secretario general dictaría las normas e instrucciones requeridas para la celebración de la consulta, y su representante especial velaría por su aplicación[12].

El Consejo de Seguridad creó una Misión Internacional encargada de realizar un referéndum de libre determinación (MINURSO), y expresó su apoyo total a los esfuerzos del secretario general en relación con la organización y supervisión del mismo por parte de la ONU[13]. Marruecos, sin embargo, ha hecho cuanto ha estado en su mano para boicotear su celebración, y hasta ahora no se ha realizado, ni hay visos de que se celebre. La MINURSO —órgano *ad hoc* creado para la organización del citado referéndum— está haciendo un triste papel de impotencia ante el boicot sistemático de las autoridades marroquíes de ocupación.

Ya en 1979, la Asamblea General había adoptado una resolución por la que deploraba profundamente la agravación de la situación de persistente ocupación del territorio del Sáhara Occidental por Marruecos y de ampliación de dicha ocupación a los territorios evacuados por Mauritania, y pedía encarecidamente a Marruecos que participara en la dinámica de paz y pusiera fin a la ocupación de los territorios[14]. Un año después, la Asamblea instó a Marruecos y al Frente Polisario —«representante del pueblo del Sáhara Occidental»— a que entablaran negociaciones directas «con miras a llegar a una solución pacífica de la cuestión del Sáhara Occidental»[15]. En esta resolución se produjo un importante punto de inflexión que pasó al principio un tanto desapercibido. Hasta entonces, la Asamblea se había limitado a pedir a los beligerantes que pusieran fin al conflicto y firmaran la paz, pero —a partir de ese momento— se introdujo un importante cambio cualificativo, ya que la

---

[10] Soroeta, J., *El conflicto del Sáhara Occidental, reflejo de contradicciones y carencias de Derecho Internacional,* Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2001, p. 253.

[11] Informe del secretario general de la ONU, Doc. S/21360, 20 de agosto de 1988.

[12] Informe del secretario general de la ONU sobre el Plan de Aplicación, 18 de agosto de 1990.

[13] Resolución 690 (1991), del Consejo de Seguridad, de 29 de abril, *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad,* Nueva York, 1991.

[14] Resolución 34/37, de la Asamblea General, de 21 de noviembre de 1979, *Documentos Oficiales de la Asamblea General,* Nueva York, 1979.

[15] Resolución 35/19, de la Asamblea General, de 11 de noviembre de 1980, *Documentos Oficiales de la Asamblea General,* Nueva York, 1980.

Asamblea les instó a que llegaran a una solución pacífica del conflicto, con lo que se pasó de un requerimiento de carácter militar a otro de carácter político. De esta forma, la Asamblea —consciente o inconscientemente— otorgó a Marruecos una cierta legitimidad de la que carecía, ya que —una vez transcurrido el periodo de administración temporal— su presencia en el territorio derivaba únicamente de una ocupación militar sin base jurídica alguna, ya que —según el principio general del Derecho— *ex injuria nec oritur ius* —«de la injusticia no nace el Derecho»—.

La negativa de Marruecos a celebrar el referéndum por todos aceptado se basaba fundamentalmente en la ausencia de un censo adecuado de la población saharaui, pese a que la Administración española había presentado antes de su retirada del Sáhara Occidental un respetable censo de muy difícil elaboración por el carácter nómada de la población saharaui, que no conocía fronteras y pasaba de un territorio a otro de la región con total normalidad. Para alterar el equilibrio poblacional, las autoridades marroquíes fomentaron la inmigración al territorio de miles de marroquíes que carecían de vínculos saharauis, y pretendieron que dicha población artificial de acarreo pudiera participar en las consultas previstas para decidir sobre el futuro del Sáhara. El Rey Hassan II modificó en 1992 la Constitución marroquí para permitir que el citado territorio formara parte de Marruecos, mediante un referéndum «a la búlgara» en la que el 99 por 100 de los votantes respaldaron esa forzosa integración de las «provincias del sur» en el reino hachemita.

Al ser nombrado Secretario General, Kofi Annan quiso dar un impulso a la descolonización del Sáhara Occidental y en 1997 nombró como Representante Especial al ex Secretario de Estado norteamericano James Baker, quien realizó una extraordinaria labor para tratar de encontrar una solución al conflicto sahariano, mediante la realización de reuniones informales de consulta entre las partes interesadas —Marruecos, el FP, Argelia y Mauritania—, a la par que creó una Comisión de Identificación para decidir sobre el censo, y que, en el año 2000, cifró en 87.497 el número de saharauis con derecho a voto —no muy lejos del censo elaborado en su día por España—, frente a la exorbitante pretensión marroquí de que se concediera ese derecho a 131.000 «saharauis de nuevo cuño».

Baker presento en 2001 un proyecto de Acuerdo-marco sobre el estatuto del Sáhara Occidental que —según él mismo reconoció— era «de inspiración marroquí» [16], por lo que fue rechazado por el FP y por Argelia. En 2003, Baker revisó completamente su anterior proyecto y presentó otro más personal, elaborado y equilibrado [17]. Según Kofi, el nuevo proyecto daba a cada una de las Partes algo de lo que quería, ya que incorporaba elementos del Plan Baker-I y del Plan de Arreglo de Houston [18]. El Consejo de Seguridad respaldó unáni-

[16] De hecho, había sido redactado por un equipo jurídico patrocinado por Marruecos.

[17] Plan Baker-II para la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental, 17 de abril de 2003.

[18] López García, B., «Iniciativa de negociaciones en el Sáhara Occidental. Historia de la búsqueda de una solución política», *Análisis del Real Instituto Elcano,* 23 de julio de 2007, núm. 85.

memente el Pan Baker-II «como solución política óptima basada en el acuerdo entre las partes» [19], si bien Francia se opuso a que tuviera carácter jurídico vinculante y se limitara a ser una declaración política.

Tanto Marruecos como el FP rechazaron de entrada el citado Plan. El gobierno marroquí afirmó que no podía aceptar ningún referéndum en el que se incluyera la independencia como una de las opciones y que la autonomía del Sáhara Occidental dentro del reino de Marruecos era la única fórmula viable para solucionar el problema [20].

El FP criticó la pretensión marroquí de considerarse la potencia administradora del territorio, cuando solo era su ocupante ilegal, y el abandono del Plan de Arreglo —que era el único documento que había sido aceptado por las dos Partes—, y su sustitución por otro que dejaba sin resolver cuestiones importantes como el acantonamiento de los contingentes militares, el regreso de los refugiados saharauis a su país, la liberación de los prisioneros de guerra, la necesidad de medidas para impedir la repetición de otras «marchas verdes», o la garantía de que se respetarían los resultados del referéndum. No aceptaba el mantenimiento de los símbolos de soberanía marroquíes, la cláusula de injerencia contra los movimientos nacionalistas —que implicaba que el Sáhara era parte integrante de Marruecos—, ni la participación en la consulta de los colonos marroquíes, que excedían considerablemente en número a los 86.495 saharauis censados por la MINURSO y a los refugiados en Tinduf censados por la ACNUR [21].

La propuesta de Baker era bastante razonable y —dada su ambigüedad en algunos puntos controvertidos— podía haber sido aceptada por ambas partes con una interpretación «*pro domo*» que les favoreciera. Fue el momento en que se estuvo más cerca de lograr un acuerdo, que no se pudo alcanzar por el cerrilismo intransigente de Marruecos. Hastiado con la situación, Baker presentó su dimisión en marzo de 2004 y —en unas declaraciones realizadas en agosto— culpó a Marruecos del fracaso del proceso. El FP lamentó su dimisión y Marruecos se regocijó de ella [22].

Cuando vieron la oposición de Marruecos al Plan Baker, algunos de sus impulsores —como Estados Unidos y Francia— renegaron del mismo y se mostraron sensibles a las pretensiones del sultán de solucionar la descolonización del Sáhara Occidental mediante la fórmula autonómica presentada por su país. Algo similar ocurrió con España. El Gobierno de Aznar había apoyado el Plan Baker-II, pero Rodríguez Zapatero se inclinó del lado marroquí, no insistió en la necesidad de celebración de un referéndum de libre

---

[19] Resolución 1495 (2003), del Consejo de Seguridad, de 31 de julio, *Documentos Oficiales del Consejo de Seguridad,* Nueva York, 2003.

[20] Observaciones del Reino de Marruecos a la propuesta de James Baker, Doc. S/2003/565. Anexo III

[21] Carta del secretario general del FP al secretario general de la ONU, 8 de marzo de 2003, Doc. S/2003/565.

[22] YTURRIAGA, J. A., *op. cit.,* nota 7, pp. 342-344.

determinación, y dejó entrever que podría aceptar la descolonización del Sáhara mediante la concesión al territorio de un régimen amplio de autonomía bajo la soberanía del reino de Marruecos, porque el Plan Baker había quedado obsoleto[23].

Tras unos años sin contactos entre las Partes, en abril de 2007, tanto Marruecos como el FP expusieron sus posiciones al secretario general. Marruecos propuso conceder un régimen limitado de autonomía al Sáhara Occidental dentro del Reino, que no era más que una propuesta de descentralización de escaso alcance y contenido. El gobierno marroquí ejercería las competencias en materia de relaciones exteriores, defensa, seguridad nacional e integración territorial, ordenamiento jurídico y explotación de los recursos naturales, por lo que a los saharauis solo les quedarían unas migajas. El rey conservaría sus atribuciones constitucionales y religiosas, y el pueblo saharaui podría ejercer su derecho a la libre determinación mediante un referéndum en el que se pronunciara únicamente sobre el estatuto de autonomía[24]. La ONU dio credibilidad y beligerancia a esta limitada propuesta, hasta el extremo que en las resoluciones anuales posteriores de la Asamblea General solo se hicieron referencias genéricas a la libre determinación y ya no aparecía mención alguna a la celebración de un referéndum.

3. MEJORA DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE MARRUECOS CON RESPECTO AL SÁHARA OCCIDENTAL

Marruecos tenía una sólida posición política porque dominaba militarmente la mayor parte del Sáhara Occidental, pero su posición jurídica era muy débil ya que ni un solo miembro de la Comunidad internacional había reconocido la legalidad de la ocupación marroquí del territorio. A finales de 2020, sin embargo, «*Father Christmas*» —en la persona de Donald Trump— le hizo un portentoso regalo de Navidad al proclamar que Estados Unidos afirmaba su apoyo «a la propuesta de autonomía presentada por Marruecos como la única base para una solución justa y duradera al conflicto sobre el territorio del Sáhara Occidental. Por tanto, a partir de hoy, Estados Unidos reconoce la soberanía de Marruecos sobre todo el territorio del Sáhara Occidental y reafirma su apoyo a la autonomía seria, creíble y realista propuesta, como la única válida para una solución justa y duradera de la controversia sobre el territorio del Sáhara Occidental. Estados Unidos cree que un Estado independiente no es una opción realista para resolver el conflicto y que la única solución viable es una genuina autonomía bajo soberanía de Marruecos. Instamos a las partes a que entren en discusión sin tardanza y utilicen la

[23] YTURRIAGA, J. A., «La descolonización del Sáhara Occidental», *Anuario del IHLADI,* 2011, vol. 20, pp. 149-150.

[24] Carta al secretario general de la ONU sobre «Iniciativa marroquí para la negociación de un estatuto de autonomía para la región del Sáhara», 11 de abril de 2007. Informe del secretario general sobre el Sáhara Occidental, Doc. S/2007/2002, 13 de abril de 2007.

propuesta de autonomía de Marruecos como el único marco para negociar una solución mutuamente aceptable. Para avanzar hacia ese objetivo, Estados Unidos alentará el desarrollo económico y social de Marruecos, incluido el Sáhara Occidental, y —a tal efecto— abrirá un consulado en Dajla para promover oportunidades económicas y de negocios en la región. Yo, Donald J. Trump, Presidente de los Estados Unidos de América, en virtud de la autoridad a mi conferida por la Constitución y las leyes de Estados Unidos, por la presente proclamo que Estados Unidos reconoce que todo el territorio del Sáhara Occidental forma parte del Reino de Marruecos» [25].

La iniciativa fue seguida por otros 22 Estados —incluidos Bahrein, Emiratos Árabes Unidos y Jordania—, entre los que no figuraba ningún país europeo. Desde entonces, Alemania ha suavizado su posición y declarado que la propuesta marroquí de concesión de autonomía podría servir para solucionar el conflicto, y España —o, para ser más preciso, Sánchez— ha seguido esta vía en su misiva al rey de Marruecos. El presidente del gobierno ha dado un paso más en la postura pro-marroquí de su predecesor Rodríguez Zapatero y aceptado la postura autonomista de Marruecos, que impone la integración en el Reino de sus «provincias del sur» como *conditio sine qua non*. Si España apoya la negativa de Marruecos a reconocer al pueblo saharaui su derecho a la libre determinación y solo le ofrece como alternativa una autonomía de chichinabo, estaría abandonando su postura de neutralidad, por mucho que el gobierno repita una y otra vez, con escasa convicción, que España no había cambiado su posición y seguía preconizando una solución en el marco de la ONU.

Ana Palacio parece compartir esta tesis al afirmar que el gobierno español no ha reconocido la soberanía de Marruecos sobre el Sáhara, sino que ha mostrado su preferencia por el plan marroquí de autonomía presentado al Consejo de Seguridad, quien ha manifestado que acogía con beneplácito los esfuerzos serios y creíbles de Marruecos para hacer avanzar el proceso hacia una solución, por lo que «el giro resulta consecuentemente armónico con la línea del Consejo» [26]. No estoy en esta ocasión de acuerdo con la antigua ministra de Asuntos Exteriores porque, si bien Sánchez no ha aceptado explícitamente las soberanía de Marruecos, si lo ha hecho implícitamente al condonar la propuesta marroquí que impide al pueblo saharaui el ejercicio de su derecho a la libre determinación, lo que en modo alguno está en línea con las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General.

Según han declarado numerosos miembros de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, la Resolución 658 (1990), del Consejo, aprobó el Plan de Arreglo —aceptado por Marruecos y por el FP— que preveía la celebración de un referéndum de

[25] Proclama de Donald Trump sobre la ocupación del Sáhara Occidental por Marruecos, de 10 de diciembre de 2020. «Trump firma proclamación reconociendo la soberanía marroquí en el Sáhara Occidental», *El Confidencial*, 10 de diciembre de 2020.

[26] Palacio, A., «Con el Sáhara de fondo», *El Mundo,* 26 de marzo de 2022.

autodeterminación, y por la Resolución 690 (1991) creó la Misión de las Naciones Unidas para el Referéndum en el Sáhara Occidental, que concluyó con éxito la elaboración del censo en 2000, y solo el veto de Francia impidió que la MINURSO concluyera su labor de organizar el citado referéndum, en el que el pueblo saharaui debería decidir entre la independencia del territorio y su integración en Marruecos. La propuesta de autonomía es una oferta de integración del Sáhara Occidental en Marruecos y no constituye una expresión del derecho a la libre determinación de los pueblos si no es libremente decidida por el pueblo saharaui en un referéndum en el que se incluya la opción de la independencia. Después de rechazar el referéndum, Marruecos presentó en 2007 un plan de autonomía que nunca ha obtenido el respaldo del Consejo o de la Asamblea, y ha sido rechazado de plano por el FP.

El Derecho internacional establece la obligación de todos los Estados de no reconocer una situación derivada del uso de la fuerza, como es la de imponer a un pueblo colonial un régimen de ocupación por otro Estado, y de no contribuir a la consolidación y legitimación de una invasión. «La decisión del gobierno español de apoyar no oficialmente el plan de autonomía propuesto por Marruecos en 2007 constituye la denegación expresa del ejercicio del derecho a la libre determinación del pueblo saharaui y, en consecuencia, una grave violación del Derecho internacional. Igualmente esta decisión supone el reconocimiento implícito de la soberanía marroquí sobre la parte del Sáhara Occidental que ocupa ilegalmente, Por todo ello, esta decisión conlleva la responsabilidad internacional de nuestro Estado, en la medida en que contribuye a consolidar la violación grave de una norma imperativa del Derecho internacional» [27].

4. CONCLUSIONES

La propuesta minimalista de Marruecos, genérica sin concreción alguna y en la que se subordina el ejercicio de las escasas competencias conferidas a las provincias marroquíes —de las que el Sáhara Occidental sería una más— ha sido la que Trump y Sánchez han considerado como «seria, realista y creíble», y «la única base para una solución justa y duradera al conflicto sobre el territorio del Sáhara Occidental». La propuesta no es seria porque le falta contenido específico y apenas concede competencias a las regiones autónomas, que están férreamente sometidas al centralismo del gobierno marroquí; no es realista, porque no puede prosperar ya que ha sido rechazada de antemano por el FP y por Argelia; y no es creíble, porque va contra el derecho fundamental de los pueblos a la libre determinación.

Tampoco cabe aceptar que sea la única solución posible. Es una opción más de solución pero no es *la solución*, y solo sería válida si fuera aceptada por el pueblo saharaui, cosa que dudo lo hiciera si se mantuviera la

[27] AEPDIRI, «Declaración sobre el Sáhara Occidental y el Derecho internacional», marzo de 2020.

formulación de 2007, Era una pirueta de Hassan II para aparentar espíritu negociador, ya que solo ofrecía humo, pese a que el rey afirmara que anhelaba para su país un régimen similar al federal alemán o al español de las autonomías. Es una propuesta más a tener en cuenta en una negociación de buena fe entre las Partes interesadas, pues —según la Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General— se podría lograr la descolonización de un territorio no autónomo como el Sáhara Occidental mediante la independencia del territorio, su integración en la antigua metrópoli o su asociación a un tercer Estado[28], siempre que lo decidiera libremente el pueblo en cuestión, Así pues, sería conforme con el Derecho internacional que el pueblo saharaui decidiera libremente integrarse en el Reino de Marruecos y —según Ana Palacio— habría que discutir a fondo sobre la autonomía ofrecida por Marruecos y sobre su amplitud.

La propuesta marroquí es excesivamente genérica e imprecisa y consiste en un plan de regionalización. Según el Presidente del Consejo Real Consultivo para Asuntos del Sáhara, Halihenna Uld Errachid, la propuesta real seguía el modelo español y reconocía distintos regímenes autonómicos, pero cualquier parecido con la realidad es pura coincidencia, ya que apenas concedía autogobierno al pueblo saharaui, que quedaba totalmente supeditado al gobierno central. Para despertar el interés de los saharauis a un plan de Autonomía, Marruecos tendría que ofrecerle un genuino autogobierno, con amplias competencias —como en el caso de las autonomías españolas— y garantías para su cumplimiento, a ser posible a nivel internacional. El punto crucial es hasta donde estaría dispuesto Marruecos a llegar en su concesión de competencias a una eventual Comunidad Autónoma para hacerla suficientemente atractiva para los saharauis hasta el punto de que renunciaran a su derecho a la independencia y aceptaran integrarse en el Reino alauita. Si Mohamed VI estuviera dispuesto a conceder a una región sahariana las competencias reconocidas al País Vasco o a Cataluña, puede que se lo plantearan los saharauis, hartos de vivir en los degradados campos de refugiados en Tinduf o amordazados y perseguidos en el Sáhara ocupado por Marruecos.

Hay dos líneas roja en una posible negociación sobre el futuro del Sáhara Occidental: una línea política derivada de la «*real politik*», porque ni Estados Unidos ni la OTAN —ni por supuesto Marruecos— van a aceptar la creación de un Estado artificial al sur de Marruecos; la otra jurídica, porque la Comunidad internacional no puede tolerar que se niegue al pueblo saharaui su derecho a la libre determinación, consagrado en la Carta de Naciones Unidas, exigido por el Consejo de Seguridad y por la Asamblea General en numerosas resoluciones, y aceptado por todos los Estados, incluido Marruecos[29].

---

[28] «Principios que deben guiar a los Estados miembros para determinar si se les aplica la obligación de comunicar la información prevista en el art. 73.*e)* de la Carta. Resolución 1541 (XV), de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1960», *Documentos Oficiales de la Asamblea General,* Nueva York, 1960.

[29] Yturriaga. J. A., *op. cit*., nota 7, pp. 525-526.

Con su repentino e inesperado cambio de política en una cuestión de Estado, Sánchez ha entregado en almoneda a los saharauis y les ha negado su derecho a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones y en numerosas resoluciones de la Asamblea General y del Consejo de Seguridad. La frivolidad del presidente al tomar por su cuenta y riesgo una decisión tan injustificada en un tema de alta política de Estado es motivo de sonrojo y vergüenza propia para todos los españoles.

Creo que todos los panelistas estamos de acuerdo sobre el diagnóstico de la grave enfermedad que padece el Sáhara Occidental, pero no así sobre el tratamiento a aplicar al paciente saharaui. Todos concordamos en que Marruecos está ocupando ilegalmente la mayor parte del territorio sahariano sin base jurídica alguna, que se niega a permitir al pueblo saharaui que ejerza el derecho a la libre determinación —salvo que opte por la integración en el Reino alauita—, que España renunció unilateralmente a su responsabilidad como potencia administradora del Sáhara Occidental y no transfirió a Marruecos su soberanía —por lo que sigue siendo un territorio no autónomo pendiente de descolonización—, que el gobierno español ha pasado de una supuesta «neutralidad constructiva» al apoyo a la propuesta marroquí de concesión al Sáhara de una autonomía limitada —en contra de la opinión de las Cortes—, y que el pueblo saharaui tiene un derecho inalienable a la libre determinación y no culminará la descolonización del territorio hasta que no lo haya ejercido.

No comparto la opinión de González Vega de que el drástico cambio de posición de España solo sea objetable políticamente, pero no jurídicamente. Como potencia administradora *de iure,* España no puede reconocer —aunque sea implícitamente— la legalidad de ocupación del Sáhara Occidental por Marruecos mediante el uso de la fuerza, ni respaldar una solución que implique negar al pueblo saharaui su derecho a la libre determinación. De aquí que —desde un punto de vista jurídico— el gobierno español podría y debería objetar la posición marroquí y respetar las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General que le han reconocido dicho derecho, de conformidad con los principios de la Carta de la ONU y con el Derecho internacional.

Discrepo con Soroeta sobre las posibles formas de resolver el conflicto, al tener una diferencia básica de concepción, pues él —como la paloma kantiana— se mueve en el ámbito del «deber ser», que no coincide necesariamente con el «ser». Afirma que la propuesta de autonomía marroquí es plenamente política —¡por supuesto!— y que no la puede aceptar como profesor de Derecho internacional porque supondría una violación de dicho Derecho. Yo —que además de profesor en la materia soy diplomático— sí puedo aceptarla en teoría como una fórmula más a negociar, porque la Asamblea General ha reconocido que un territorio colonizado puede terminar su situación de dependencia mediante su integración en un Estado —sea la antigua metrópoli o un tercer Estado—. Hay una condición esencial para ello: el pueblo colonizado —en este caso el saharaui— deberá aceptar libremente esa in-

tegración mediante la expresión de su derecho de autodeterminación. Para que el pueblo saharaui acepte su integración en el Reino de Marruecos será indispensable que su rey —que es quien controla de forma absoluta el poder ejecutivo— le ofrezca unas condiciones de autogobierno tales, que le convenza. No es muy probable porque Marruecos —que no es un Estado democrático— tiene poco margen de maniobra, ya que —aparte de que la concesión al Sáhara de un régimen autonómico como el español supondría modificar sustancialmente la Constitución del país—, detrás del Sáhara vendría el Rif y puede que alguna otra región insatisfecha del Reino. Jurídicamente es posible, aunque políticamente resulte poco viable, pero en ningún caso imposible, si hay voluntad para lograrlo.

La independencia del Sáhara Occidental no resulta políticamente viable. Quizá podría haberlo sido a principios de los años sesenta cuando se independizó Mauritania con la oposición de Marruecos, que la consideraba parte del «*Grand Maroc*» preconizado por el Partido Istiqlal, al igual que al Sáhara. Francia ofreció su ayuda a España, pero el gobierno no se decidió a dar el paso por el enfrentamiento que había entre Presidencia y el Ministerio de Asuntos Exteriores. Marruecos acabó por reconocer a Mauritania y mejoró sus relaciones con Francia, que se convirtió en su hada madrina. Francia y Estados Unidos temían la creación de un Estado débil al sur de Marruecos, controlado por Argelia y bajo los auspicios de la Unión Soviética. De ahí la oposición del Pentágono y la decisión de Henry Kissinger de convertir a Marruecos en el aliado preferente de Estados Unidos en el Norte de África. La situación estratégica no ha variado desde entonces y Estados Unidos respalda plenamente a Marruecos y ha llegado con Donald Trump a reconocer la soberanía de este país sobre el Sáhara Occidental.

Desde el punto de vista jurídico, el pueblo saharaui es muy libre de optar por la independencia del país en el ejercicio de su derecho de autodeterminación, pero —desde una perspectiva política— no parece aconsejable que lo haga, porque crearía un importante foco de tensión y de desestabilización en el noroeste africano. No creo que Estados Unidos y la OTAN lo permitieran, y para Marruecos y su Monarca Mohamed VI es una cuestión de vida o muerte, pues la corona alauita —ya desde la época de Hassan II— ha unido su pervivencia a la anexión del Sáhara. Ante esta situación, una posible forma de solucionar el conflicto sería que Marruecos ofreciera al Sáhara Occidental un amplísimo régimen de autonomía, con las adecuadas garantías internacionales, para atraerse al pueblo saharaui, y que este aceptara en un referéndum celebrado bajo los auspicios de la ONU integrarse en el Reino de Marruecos. Ello constituiría una solución «*win-win*», con la que todas las partes involucradas saldrían favorecidas. Soy consciente de que resulta muy difícil, pero merecería la pena intentarlo, porque apenas hay otras alternativas que respeten el Derecho internacional.

Lleva razón Soroeta cuando apunta que el Plan de Paz adoptado por el Consejo de Seguridad en 1991 —que preveía la celebración de un referéndum de libre determinación por parte del pueblo saharaui— había sido aceptado

por todas las partes, pero también es cierto que Marruecos lo rechazó cuando vio que era harto improbable que de él resultara un pronunciamiento favorable a la incorporación del Sáhara a Marruecos. Este ha visto fortalecido su posición por la decisión de Estados Unidos, que ha sido seguida por otros 25 Estados no europeos —el último de ellos Surinam—, que han reconocido la soberanía de Marruecos sobre el Sáhara Occidental y establecido consulados en El Aiún o Dajla. Se de la paradoja de que algunos Estados miembros de la Unión Africana —de la que también es miembro la República Árabe Saharaui Democrática— han reconocido la soberanía de un Estado sobre el territorio de otro Estado, siendo ambos miembros de la Unión, en contra de la lógica más elemental de que no se puede reconocer la soberanía de dos Estados sobre un mismo territorio. Asimismo, no se podría aplicar el régimen de autonomía ofrecido por Marruecos en la parte del Sáhara Occidental que no ocupa.

La decisión de España de apoyar la propuesta de autonomía de Marruecos no va a ayudar a encontrar una solución al conflicto, porque inducirá a Marruecos a endurecer su posición al creer que tiene ya ganada la partida, mantener su postura intransigente y negarse a negociar de buena fe con el FP, pero me parece excesivo afirmar que forzará al Frente a intensificar la guerra contra Marruecos. La reanudación de las hostilidades ha sido un error del FP y está abocada al fracaso, porque las milicias saharianas no tienen la fuerza que llegaron a tener en los años ochenta, la población saharaui está fatigada tras tantos años de lucha estéril y sufriendo las penosas condiciones de los campos refugiados de Tinduf o la opresión y discriminación en el Sáhara ocupado, y las nuevas generaciones —que no vivieron los tiempos gloriosos de la guerra contra Mauritania y Marruecos— pasan bastante del conflicto y tienen otras prioridades. En el plano internacional, Argelia —que fue, y sigue siendo, el principal respaldo militar, político, económico, logístico y humanitario del FP— no atraviesa sus mejores momentos, Libia es un Estado fallido, Rusia tiene bastante con la guerra contra Ucrania —aparte de que últimamente se había desentendido del conflicto del Sáhara—, y China —primer inversor del mundo en África— parece preferir la penetración económica a la militar. El paso del tiempo favorece a Marruecos que disfruta del *uti possidetis* del territorio y del respaldo de Estados Unidos, Francia, y la mayoría de los Estados occidentales y africanos.

Respecto al problema marítimo, concuerdo con Soroeta y con Aznar en que —como ha declarado en diversas sentencias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea—, el Sáhara Occidental no forma parte del territorio de Marruecos, por lo que España no tiene que negociar con este país la delimitación de la zona económica exclusiva entre Canarias y el Sáhara. Los acontecimientos derivados de la malhadada carta de Sánchez a Mohamed VI no han afectado en lo más mínimo a la delimitación entre las Islas Afortunadas y el litoral marroquí. La situación de solapamiento de las aguas jurisdiccionales de los dos países subsiste desde que Marruecos —al igual que España— estableció en 1981 una zona económica exclusiva de 200 millas. A la hora de la

delimitación, el gobierno español deberá mantener como base de la negociación el objetivo criterio de la equidistancia, frente a la subjetividad y la evanescencia de los «principios equitativos» alegados por Marruecos, y oponerse firmemente a la pretensión marroquí de que las islas tienen menos derechos a espacios marinos que las masas continentales.

La actuación de Sánchez que ha llevado —solo por su voluntad de monarca absolutista— a la modificación de la posición tradicional de España al margen del Gobierno, de las Cortes y de las fuerzas políticas no ha podido ser más desastrosa, tanto en el fondo como en la forma. El Congreso desautorizó al presidente —que solo contó con el respaldo de los diputados socialistas— al adoptar por 161 votos a favor, 116 en contra y 58 abstenciones —de las bancadas de Vox y de Ciudadanos— una proposición que ratificaba su apoyo a las resoluciones de la ONU que reconocían el derecho a la libre determinación del pueblo saharaui. Cabe señalar, que, tras una reunión celebrada el 31 de mayo con el Primer Ministro marroquí, Aziz Ajanuch, el Presidente del PP, Alberto Núñez Feijóo, ha dicho lo siguiente: «El problema del Sáhara no se puede solucionar con una carta clandestina. Al problema del Sáhara le tenemos que poner luz, taquígrafos, transparencia y acuerdos internacionales. Esto es justamente lo contrario a lo que ha hecho el Gobierno [...], lo que provoca más incertidumbre y menos responsabilidad hacia el pueblo saharaui, hacia Marruecos y hacia las Naciones Unidas [...]. Fuera de las resoluciones de la ONU, los pactos no van a producir efectos internacionales»[30]. Es un suficiente aviso a los que navegan por las procelosas aguas del Sáhara Occidental.

[30] *El Mundo,* 1 de junio de 2022.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
El gobierno español y la propuesta de autonomía
para el Sáhara Occidental/
The spanish government ant the proposal
of autonomy for the Western Sahara
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 463-471
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.2b.04
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

POR QUÉ LA INTEGRACIÓN EN MARRUECOS (LA AUTONOMÍA) NO ES LA FORMA DE RESOLVER EL CONFLICTO (LA DESCOLONIZACIÓN) DEL SÁHARA OCCIDENTAL

WHY INTEGRATION IN MOROCCO (AUTONOMY) IS NOT THE WAY TO SOLVE THE CONFLICT (DECOLONIZATION) OF THE WESTERN SAHARA

Juan Soroeta Liceras*

Las consecuencias jurídicas de la carta que remitió el Presidente Sánchez al rey de Marruecos, objeto de este foro de la *REDI*, pueden analizarse desde diferentes perspectivas. En las líneas que siguen voy a tratar de explicar las razones por las que el apoyo de nuestro gobierno a la propuesta de autonomía marroquí como solución al conflicto no solo no es «creíble, realista y duradera», sino que constituye una violación más de sus obligaciones como potencia administradora del territorio[1], y que, pese a ello, previsiblemente, no tendrá consecuencia jurídica alguna.

Esta carta constituye un paso más dirigido a aplacar la enorme presión que desde hace décadas ejerce Marruecos contra España y la Unión Europea (inmigración organizada desde y por este Estado, Ceuta y Melilla, tráfico de drogas y estupefacientes, cooperación en materia antiterrorista...), que no tiene otro objetivo que presionar a ambos para que reconozcan la soberanía de este Estado sobre el Sáhara Occidental.

---

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad del País Vasco (*juanfrancisco.soroeta@ehu.eus*). Todas las web mencionadas en este estudio fueron consultadas por última vez el 9 de mayo de 2022.

[1] En otros trabajos he explicado las razones por las que España es la potencia administradora del territorio, por más que esta condición sea negada de forma reiterada por los sucesivos gobiernos españoles. Véase, por ejemplo, *https://blogs.publico.es/otrasmiradas/52966/senor-ministro-espana-si-es-la-potencia-administradora-del-sahara-occidental/.* Esta afirmación constituye un lugar común de la doctrina española (*https://www.aepdiri.org/index.php/actividades-aepdiri/declaracion-sahara*).

Si hasta hace un año esta presión era persistente, a partir del reconocimiento por Trump de la soberanía marroquí sobre el Sáhara Occidental[2] se convirtió en implacable. Esta decisión vinculaba este reconocimiento a la normalización de las relaciones diplomáticas entre Marruecos e Israel, provocando el desconcierto de una sociedad civil marroquí que hasta entonces había considerado a su rey como el principal valedor de los derechos del pueblo palestino ante la comunidad internacional, cuando la realidad era muy distinta: la colaboración entre estos Estados se remonta al menos a la época en que, en plena guerra (años ochenta del siglo pasado), se construyó el muro que hasta hoy divide en dos el territorio saharaui. Pese a ello, y aunque es poco probable que vuelva sobre la decisión de su predecesor (no debe olvidarse que tras esta decisión de Trump está el poderoso *lobby* judío, sin cuyo apoyo es imposible acceder a la presidencia de Estados Unidos), lejos de aplicar y consolidar el reconocimiento de la soberanía marroquí sobre el territorio, el Gobierno de Joe Biden ha dado pasos significativos en sentido contrario[3].

La decisión de Trump animó a la monarquía alauita a intensificar su presión sobre España y la Unión Europea, convencida de que, contando ya con el apoyo de Estados Unidos, conseguir tal objetivo era una simple cuestión de tiempo.

La decisión del gobierno español, apoyada por la Ministra González Laya, de acoger en estado grave en un hospital español a Brahim Ghali, Presidente de la República Árabe Saharaui Democrática (un Estado que no es reconocido por España, pero que comparte membresía con Marruecos en la Unión Africana), fue la excusa del gobierno marroquí para aumentar esta presión, que retiró a su Embajadora en Madrid, Karima Benyaich, aunque posteriormente reconocería que la causa real de la «crisis» diplomática no había sido este hecho, sino que España no diera el paso de reconocer su soberanía sobre el territorio saharaui.

---

[2] Sobre la legalidad del reconocimiento otorgado por Trump, véanse González Vega, J. A., «El reconocimiento por EE.UU. de la anexión marroquí del Sáhara Occidental en perspectiva: aspectos jurídicos y políticos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, junio de 2021, núm. 41, pp. 1-33; Hamza Hadj, Ch., «When Recognition Violates the Obligation of Non-Recognition: A Legal Criticism of the U.S. Proclamation of Recognition of the "Sovereignty" of Morocco over the Western Sahara», *Technium Social Sciences Journal*, junio de 2021, vol. 20, pp. 377-389.

[3] Así, por ejemplo, el Jefe de Gobierno marroquí, Saadeddine El Othmani, celebró públicamente que las maniobras militares, denominadas «African Lion», que desarrollan conjuntamente Estados Unidos y otros nueve Estados, fueran a desarrollarse por vez primera en el territorio saharaui. Esta afirmación fue desmentida por la Portavoz del Comando Central de las Fuerzas Armadas de Estados Unidos para África (AFRICOM), Bardha Azari, que señaló que estas maniobras se desarrollarían en Marruecos, Túnez y Senegal, fuera del Sáhara Occidental (*https://www.efe.com/efe/espana/mundo/ee-uu-confirma-maniobras-militares-en-el-sur-de-marruecos-fuera-del-sahara/10001-4551393*). Cuando Marruecos dio a conocer falsamente que las maniobras se realizarían en territorio saharaui, el Gobierno de España se vio obligado a rehusar participar en ellas, alegando cuestiones presupuestarias (*El País*, 29 de mayo de 2021). Por otra parte, el 17 de marzo, la víspera de la publicación de la carta de Sánchez, el Congreso de Estados Unidos rehusó incluir las ayudas al desarrollo para el Sáhara Occidental en el paquete de las destinadas a Marruecos. «*Unlike recent years, the Congress did not list the Western Sahara under Morocco in the Act. That is because the Fiscal Year 2022 Act, like the United Nations, does not recognize Western Sahara as part of Morocco [...]. The political status of Western Sahara is an issue to be resolved by the parties to the conflict, not by the Congress*» (*https://www.leahy.senate.gov/press/assistance-for-morocco-and-for-western-sahara*).

En un principio, nuestro gobierno no cedió. Así, por ejemplo, la Ministra González Laya se negó a que la *Oficina Depositaria de los Intereses españoles* en El Aaiún, conocida popularmente en aquella ciudad como «la Casa de España», y que hacía las veces de consulado oficioso en el Sáhara Occidental para a atender a los ciudadanos españoles que continúan en el territorio (aproximadamente 12.000), se convirtiera en consulado de España en Marruecos, como pretendía este Estado, una decisión que, junto a la de acoger a Brahim Ghali en España, le terminarían costando el cargo[4]. Tras la destitución de la ministra, diez meses después de haber abandonado España amenazando de forma no velada a nuestro gobierno («Marruecos toma nota y actuará en consecuencia»)[5], la embajadora marroquí volvió a Madrid después de constatar la sorprendente capacidad de Mohamed VI de poner y quitar ministros en nuestro país.

Pese a la indignación que ha producido en la sociedad civil y en el propio parlamento español[6] el hecho de que nuestro gobierno haya cedido una vez más a las presiones de la monarquía alauita, reforzando la imagen pusilánime de España en el mundo en sus relaciones con Marruecos[7] (¿es esa la «Marca España» a que se refiere Pedro Sánchez?)[8], lo cierto es que no supone un cambio real en su posición tradicional sobre el conflicto saharaui[9]. Y es que, con la excepción, quizá, del primer gobierno de la Unión de Centro Democrático (UCD), los que le han seguido han apoyado la ocupación militar del territorio[10], escudándose en una supuesta posición de «neutralidad activa», que, por otra parte, nunca han mantenido. Todos ellos se han jactado de ser los ma-

---

[4] Finalmente, el 13 de febrero de 2020 el gobierno español se doblegó una vez más a la presión marroquí, y decidió paralizar los servicios administrativos y burocráticos que venía ofreciendo la Depositaría desde 1976 (emisión de certificados oficiales, permisos de viaje para acompañar a menores, etc.) que, a partir de entonces, deben realizarse en el Consulado General de España en Rabat, sito a más de 1.100 km. de la capital del Sáhara Occidental.

[5] *El País*, 21 de mayo de 2021.

[6] *El País*, 7 de abril de 2022.

[7] Sirva como botón de muestra el hecho de que, mientras la policía marroquí abría las puertas de la valla de Ceuta ante las cámaras de televisión de todo el mundo, mostrando sin pudor que no se trataba de una crisis humanitaria, sino de una acción más de presión, el Consejo de Ministros español aprobaba una partida de 30 millones de euros «para ayudar a Marruecos en su despliegue policial contra la inmigración irregular» (*El País*, 18 de mayo de 2021).

[8] *https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2021/241121-sanchez_marca_espana.aspx*.

[9] Los ex Presidentes Felipe González Márquez y José Luis Rodríguez Zapatero, que han apoyado desde hace décadas la ocupación militar del Sáhara Occidental, han reiterado recientemente, una vez más, que «la autonomía es "la mejor solución" para resolver el conflicto» (*El Mundo*, 1 de abril de 2022), y que, en efecto, la carta de Sánchez no supone un giro en la política española (*El País*, 23 de marzo de 2022).

[10] Probablemente, la última oportunidad en que España defendió con firmeza el derecho de autodeterminación del pueblo saharaui fue a través de la intervención de Julio González Campos ante la CIJ en 1975 (véase Fernández Rozas, J. C., «El profesor Julio D. González Campos y el arte de la paz», *Pacis artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos,* t. I, Madrid, UAM, Eurolex, 2005, esp. pp. 136-138). Lástima que nuestros gobiernos sigan ignorando una afirmación suya que refleja a la perfección la situación de entonces y de ahora del territorio: Los acuerdos tripartitos de Madrid «condenaron al pueblo saharaui a una nueva dominación colonial» (González Campos, J., «Los acuerdos nulos de Madrid», *El País*, 18 de setiembre de 1977). Nuestro país está apoyando la consolidación de esa dominación colonial.

yores donantes de ayuda humanitaria a los campamentos de refugiados de Tinduf, pretendiendo ignorar que estas ayudas, que ciertamente sirven para tranquilizar algunas conciencias, y son, además, imprescindibles para la mera supervivencia de la población refugiada, no solucionan, sino que perpetúan el conflicto que el propio Estado español propició, al entregar el territorio a quien, sin título jurídico para ello —tal y como dejó claramente establecido la Corte Internacional de Justicia (CIJ)—, desde 1975 somete al pueblo saharaui a la sistemática y permanente violación de sus derechos humanos. La novedad consiste en que, por primera vez, España lo ha dicho de forma expresa.

Aunque era difícil creer que nuestro gobierno pudiera llegar tan lejos, lo cierto es que hacía ya años que venía apoyando, cada vez de forma menos disimulada, la ocupación del territorio. Entre otras cuestiones, debe recordarse que España participa en los procedimientos judiciales promovidos por el Frente Polisario ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no para defender la soberanía permanente del pueblo saharaui sobre sus recursos naturales, como le corresponde como potencia administradora, sino para apoyar su explotación ilegal por la potencia ocupante del territorio. Esta actitud contrasta enormemente con la que mantuvo Portugal en relación con Timor Oriental hasta la independencia del territorio, pues, pese a no controlar efectivamente el territorio, que había sido ocupado militarmente por Indonesia el mismo mes del mismo año en que el Sáhara Occidental lo fue por Marruecos y Mauritania (noviembre de 1975), reivindicó siempre su condición de potencia administradora, llegando incluso a interponer una demanda ante la CIJ para defender la soberanía permanente del pueblo timorense sobre sus recursos naturales[11]. Sin duda, la firme defensa de los derechos del pueblo timorense por la potencia administradora favoreció que en 2002 se proclamara la independencia del nuevo Estado. Lamentablemente no es la posición de nuestro país respecto del Sáhara Occidental.

Por otra parte, la carta del Presidente Sánchez se apoya en las palabras huecas utilizadas por las resoluciones del Consejo de Seguridad (CS), cuyos proyectos de resolución emanan del denominado «Grupo de Amigos del Sáhara Occidental» («amigos»..., ¡qué ironía!), del que forma parte España, por lo que conoce a la perfección su calculada falta de contenido. Estas resoluciones insisten en apoyar los esfuerzos por «alcanzar una solución política justa, duradera, y aceptable para ambas partes, basada en la avenencia, y que prevea la libre determinación del pueblo del Sáhara Occidental», y «acoge con beneplácito los esfuerzos serios y creíbles de Marruecos por hacer avanzar el proceso hacia una solución».

¿Una solución «*mutuamente aceptable* por las partes que prevea *la libre determinación* del pueblo saharaui», cuando una de las partes, Marruecos, rechaza públicamente este derecho desde hace más de diez años?

¿«Solución justa y duradera»? La única solución justa, y por ello duradera, es la aplicación del Derecho internacional. No hay paz sin justicia. ¿Por

[11] *East Timor (Portugal c. Australia), Judgment, ICJ Reports 1995.*

qué extraña razón el pueblo saharaui aceptaría, precisamente ahora que se ha visto obligado a retomar las armas, su integración en Marruecos como solución al conflicto? Cuarenta y siete largos años de resistencia son la prueba evidente de lo contrario. La autonomía que propugnan los gobiernos español y marroquí es una solución injusta, y desde luego no duradera, porque tendría siempre enfrente al pueblo saharaui... y a la legalidad internacional. Por el contrario, una autonomía, libremente decidida por el pueblo saharaui en un referéndum en el que se incluyera la opción de la independencia, sería perfectamente válida desde la perspectiva del Derecho internacional. Pero no es esta la propuesta que defiende España.

¿«Esfuerzos *serios y creíbles de Marruecos* por hacer avanzar el proceso hacia una solución»? Esos esfuerzos deberían encaminarse a alcanzar un acuerdo con el Frente Polisario. Pero es que este acuerdo ya existe. Tras quince años de guerra (1975-1991), Marruecos y el Frente Polisario acordaron un plan de paz en el que se preveía la celebración del referéndum de autodeterminación en un plazo de seis meses. En aquel momento, el CS creó la Misión de las Naciones Unidas *para el Referéndum* en el Sáhara Occidental (MINURSO), que, pese a los obstáculos sistemáticamente puestos por el gobierno marroquí en el proceso de identificación de votantes[12], concluyó exitosamente la elaboración del censo diez años más tarde[13]. Fue entonces cuando, ante la evidencia de que la opción independentista iba a vencer de forma abrumadora, Marruecos hizo pública su decisión definitiva de no celebrar nunca el referéndum, después de acusar a la ONU de haber favorecido a los saharauis. Otra ironía, porque lejos de favorecer a los saharauis, la pasividad de la Organización ha favorecido siempre la ocupación del territorio. Desde entonces, solo el veto de Francia en el Consejo de Seguridad y el seguidismo de España y de la Unión Europea de la posición de este Estado impiden que la MINURSO concluya su labor, organizando el referéndum.

Debe recordarse, además, que desde la entrada en vigor del alto el fuego en 1991, una parte del territorio se encuentra bajo la ocupación marroquí y otra es controlada por la República Árabe Saharaui Democrática. Por ello, este plan de autonomía es, además, de imposible aplicación en la parte no ocupada del territorio sin el consentimiento del pueblo saharaui, que, como ha establecido el Tribunal General (TG)[14], debe ser manifestado por el Frente Polisario, que, por activa y por pasiva, ha afirmado que nunca lo aceptará si no forma parte de una consulta en la que se incluya igualmente la opción de la independencia.

---

[12] Sobre el proceso de identificación, véase nuestro estudio «El plan de Paz del Sáhara Occidental, ¿viaje a ninguna parte?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2005, núm. 10, pp. 1-33.

[13] En efecto, pese a ser un argumento recurrente entre quienes defienden la imposibilidad de celebrar un referéndum de autodeterminación [Felipe González: «Hasta ahora nadie ha conseguido desentrañar uno de los nudos centrales de ese conflicto, como es quiénes estarían habilitados para votar en un referéndum de autodeterminación: el que conozca el censo (de votantes) que puede desbloquear esta situación, que venga y me lo diga» (*El Mundo*, 1 de abril de 2022)], la confección del censo concluyó exitosamente en 2000. Su actualización a 2022 se podría realizar en un muy breve espacio de tiempo.

[14] SSTG de 29 de septiembre de 2021, T-279/19, ECLI:EU:T:2021:639, T-344/19 y T-356/19, EU:T:2021:640.

Por tanto, ese acuerdo existe ya desde hace más de treinta años. Si no se cumple es porque una de las partes, Marruecos, se niega a hacerlo. ¿Por qué ahora habría que buscar un nuevo acuerdo, cuando existe ya uno aceptado libremente por las partes? El Plan de Paz preveía la celebración de un referéndum de autodeterminación en el que los saharauis incluidos en el censo decidieran entre dos opciones: la independencia del Sáhara Occidental y la integración del territorio en Marruecos. La opción de la independencia no necesita aclaraciones. La de la integración parece que sí. Un pueblo puede decidir integrarse en un Estado descentralizado como el español, o extremadamente centralizado, como el marroquí. Pero ambas posibilidades son dos versiones distintas de una misma opción: la integración[15]. Por ello, el gobierno español está apoyando la integración del Sáhara Occidental en Marruecos, y está apoyando la violación del Derecho internacional. ¿Se puede afirmar sin sonrojo que los esfuerzos de Marruecos son *serios y creíbles*, cuando desde hace más de treinta años este Estado no ha hecho otra cosa que incumplir los acuerdos que firmó libremente... y someter sistemáticamente a coacción pública a nuestro país?

La afirmación del gobierno español, en el sentido de que la nueva relación hispano-marroquí estará «basada en el respeto mutuo, el cumplimiento de los acuerdos, la ausencia de acciones unilaterales y la transparencia y comunicación permanente»[16] constituye un reconocimiento expreso de varias cuestiones realmente graves: que Marruecos no respeta a España (la forma en que se ha hecho público el contenido de la carta, cuestión analizada en

[15] No creo que el objeto principal de este foro sea valorar las contribuciones que aportan quienes participan en él, pero parece al menos necesario hacer algunas precisiones en relación con la que presenta José Antonio Yturriaga, pues además de hacer algunas afirmaciones que demuestran su desconocimiento de la realidad que vive el pueblo saharaui —«las nuevas generaciones pasan bastante del conflicto» (*sic*)—, incurre en imprecisiones y contradicciones que, al menos a mí, me hacen incomprensible tanto su propuesta como sus críticas al «monarca absolutista» que preside nuestro gobierno. Así, por ejemplo, después de afirmar que «el Sáhara Occidental no forma parte del territorio de Marruecos», defiende que este Estado «disfruta del *uti possidetis* del territorio». No merece la pena desarrollar el contenido de este principio en un foro académico como este, pero cabe recordar que el mismo presume la soberanía del poseedor sobre el territorio, justamente lo contrario de lo que sucede en relación con el territorio saharaui, sobre el que Marruecos no posee ningún título jurídico. Por otra parte, defiende planteamientos sospechosamente parecidos a los del gobierno español, al que, pese a utilizar sus mismos argumentos, critica duramente: la autonomía que apoya España no es la solución, pero, a su vez, es la única solución posible, pues «la independencia del Sáhara Occidental no resulta políticamente viable [...] ni es aconsejable». «El pueblo saharaui deberá aceptar *libremente esa integración* mediante la expresión de su derecho de autodeterminación [...]. Será indispensable que el rey [...] le ofrezca unas condiciones de autogobierno tales, que le convenzan para que *renuncie a su derecho a la independencia*». Es decir, autodeterminación sí, pero sin la opción de la independencia; o lo que es lo mismo: no a la autodeterminación del pueblo saharaui. Por otro lado, mantiene, como Pedro Sánchez, José Luis Rodríguez Zapatero o Felipe González, que con la autonomía «todas las partes involucradas saldrían favorecidas», una sorprendente afirmación, cuando una de ellas consolidaría una ocupación militar que viola el Derecho internacional y la otra sucumbiría definitivamente a ella.

[16] «Hoy iniciamos una nueva etapa de la relación con Marruecos basada en el respeto mutuo, el cumplimiento de los acuerdos, la ausencia de acciones unilaterales y la transparencia y comunicación permanente. [...] Todo ello para garantizar la estabilidad, la soberanía, la integridad territorial y la prosperidad de nuestros dos países» (*https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/presidencia/Paginas/2022/180322-comunicado_marruecos.aspx*).

detalle en este mismo foro por el Profesor González Vega, es tan solo un botón de muestra de ello), que no cumple sus acuerdos (ni los concluidos con España ni los concluidos con el Frente Polisario y aprobados incluso por el CS), que lleva a cabo acciones unilaterales contra nuestro país (persistentes «crisis migratorias» en Canarias, Ceuta y Melilla)[17], y que su política no es transparente; o mejor dicho, sí lo es, aunque en el sentido contrario a lo exigible a un Estado «amigo» —caso *Pegasus*—[18]. Ciertamente, hay que ser muy ingenuo para creer que esta forma de actuar va a cambiar.

El Plan de Paz, única solución respetuosa con el Derecho internacional y con la doctrina y práctica de la ONU en materia de descolonización, y que cuenta con el consentimiento de las dos partes (ocupante y ocupado), fue aprobado por el CS en 1991. Por el contrario, la propuesta de autonomía marroquí de 2007 que apoya nuestro gobierno no ha sido aprobada ni por la Asamblea General ni por el CS, precisamente por no ser más que una versión de la opción de la integración[19]. Como profesor de Derecho internacional estaría fuera de lugar que valorara la virtualidad de esta propuesta, por ser una propuesta pura y llanamente política. Obviamente, si el Frente Polisario la aceptara, algo que no va a ocurrir, no habría nada que objetar. Pero está fuera de lugar en un foro académico como este. Además, cualquiera que conozca el sistema político marroquí sabe que es, además, una quimera. He tenido la oportunidad en varias ocasiones de participar como observador internacional en juicios celebrados en Marruecos contra activistas de derechos humanos saharauis, pero también contra los dirigentes de las movilizaciones pacíficas del Rif, que no reclaman la independencia del territorio, sino una mínima autonomía que les permita superar la pobreza perenne a la que les tiene condenados desde hace décadas la monarquía alauita. En esas farsas de juicios, duramente criticadas por organizaciones de la credibilidad de *Am-*

[17] La «crisis migratoria» provocada por Marruecos en Ceuta en mayo de 2021, en la que más de 10.000 ciudadanos marroquíes entraron en esta ciudad, y que provocó incluso la crítica de periódicos que tradicionalmente ignoran la existencia misma del Sáhara Occidental (*https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/05/21/crise-des-migrants-a-ceuta-il-est-temps-de-sortir-d-une-certaine-naivete-dans-le-regard-porte-sur-le-maroc_6081001_3232.html*), fue tan solo un paso más en esta escalada de la presión contra nuestro país. Desde entonces, y hasta la publicación de la carta de Sánchez, Marruecos ha continuado fomentando activamente la llegada de inmigrantes a Ceuta y Melilla. En el mes de marzo de 2022, poco antes de que fuera hecha pública la carta, más de 4.000 personas saltaron la valla de Melilla (*El País*, 23 de marzo de 2022).

[18] Según *The Guardian*, Marruecos se encuentra detrás del sistema de espionaje *Pegasus*, que controló los teléfonos móviles de políticos españoles durante la «crisis» provocada por la llegada a España de Brahim Ghali, y de la consiguiente apertura de las vallas de Ceuta por la policía marroquí (*The Guardian*, 3 de mayo de 2022). Entre ellos se encuentran el mismísimo Presidente del gobierno, Pedro Sánchez, y las Ministras de Defensa, Margarita Robles, y de Asuntos Exteriores, Arancha González Laya (*El País*, 3 de mayo de 2022). La forma en que se ha hecho pública la carta del presidente español es una muestra de la intranquilizadora «transparencia» de la monarquía alauita, ya que se ha producido a través de una filtración interesada, algo de lo que no hay duda, pues se hizo público en el diario *Le360*, periódico «independiente» según su web, pero de consulta obligatoria cuando se quiere conocer la posición oficial de este Estado en cualquier materia.

[19] Cabe recordar que el denominado «Acuerdo Marco» o «Plan Baker I», una versión más moderada de este plan, preparado por James Baker en 2000, ni siquiera llegó a ser presentado al Consejo de Seguridad.

nistía internacional o *Human Rights Watch*[20], se condenó a saharauis y rifeños a crueles condenas de entre veinte años de reclusión y cadena perpetua. Mientras España apoya esa imposible autonomía, desde hace más de diez años los activistas no solo sufren la privación de libertad, sino que lo hacen en condiciones inhumanas y degradantes en las lúgubres cárceles del Estado autor de esa «seria y creíble» propuesta[21].

Aunque a día de hoy se desconoce a ciencia cierta la contrapartida que en pura lógica debe existir por el apoyo español a la propuesta de integración, es inaceptable que los intereses políticos, económicos o estratégicos españoles o de cualquier otro Estado puedan prevalecer sobre el cumplimiento del Derecho internacional y el respeto de los derechos humanos. No en vano constituye, al menos en el plano teórico, uno de los principios sobre los que se erige el proyecto de integración europeo. El presidente español ha afirmado que estas nuevas relaciones sientan «las bases para una relación mucho más sólida y sincera basada en el respeto mutuo y la integridad territorial de ambos países»[22]. Resulta sorprendente que justifique el acuerdo con el argumento de salvaguardar la integridad territorial española que, por lo visto, está en juego, y más que pretenda que este acuerdo vaya a solucionar la cuestión. Por una parte, el estatuto jurídico de Ceuta y Melilla es intocable para ambos Estados; por otra, la decisión española es irrelevante a la hora de abordar la importante cuestión de la delimitación de las fronteras marítimas entre las islas Canarias y el Sáhara Occidental. Aunque desde la perspectiva del Derecho internacional es obvio, a mayor abundamiento, y tal y como han establecido las sentencias del TJUE, debe insistirse en que el Sáhara Occidental no forma parte de Marruecos. Por ello, tal y como apunta en este mismo foro el Profesor Mariano Aznar, negociar no ya la explotación de los recursos naturales, sino la delimitación del territorio y de las aguas jurisdiccionales saharauis con Marruecos constituiría una violación grave del Derecho internacional, que daría lugar a la responsabilidad internacional de España. Por ello, las consecuencias jurídicas de esta carta en el estatuto jurídico del Sáhara Occidental son, en mi opinión, inexistentes, más allá de la responsabilidad internacional en que incurre nuestro país, lo que no es poco. Si hasta la actualidad, y pese al apoyo de nuestro país a las pretensiones soberanistas de Marruecos, ambos países no han delimitado sus fronteras marítimas ha sido porque constituiría una violación grave de una norma de derecho imperativo, es impensable que ambos Estados se sienten ahora a negociar la delimitación

[20] Sobre el desarrollo del procedimiento desarrollado ante el Tribunal Militar de Rabat contra los activistas de derechos humanos saharauis por haber organizado el campamento de Gdeim izik, puede consultarse el informe redactado por quien suscribe el presente texto en *https://aiodh.org/wp-content/uploads/2022/05/1informe-aiodh.pdf*.

[21] Por otra parte, tal y como ha señalado Isaías Barreñada, la autonomía es inviable en un régimen político como el marroquí: «*Morocco raises autonomy as a blocking resource in negotiations, on the sidelines of the decolonisation process defined by the United Nations*». Barreñada, I., «Autonomy and Natural Resources: the self-Determination process in New Caledonia as a Counter-Lesson for Western Sahara», *The Journal of North African Studies*, 2021, pp. 18-19.

[22] *https://www.rtve.es/noticias/20220323/sanchez-acuerdo-marruecos-sahara/2321150.shtml.*

de sus fronteras marítimas sin contar con el Frente Polisario, pues jurídicamente la situación permanece inalterada.

El Derecho internacional general establece la obligación de todos los Estados de no reconocer una situación derivada de la violación grave de una norma imperativa como es la que se deriva de imponer a un pueblo colonial un régimen de ocupación por otro Estado, así como la obligación de todos los Estados de no contribuir a su consolidación. La decisión del gobierno español de apoyar oficialmente el plan de autonomía constituye el rechazo expreso del derecho a la libre determinación del pueblo saharaui, y conlleva la responsabilidad internacional de nuestro país, en la medida en que contribuye a consolidar la ocupación del territorio.

El TG hizo una serie de afirmaciones en sus Sentencias de 21 de septiembre de 2021[23] que se contradicen frontalmente con la decisión expresada en la carta del presidente, y que conviene recordar. Por una parte, el tribunal afirmó lo obvio: que el Sáhara Occidental no forma parte de Marruecos, y que la Unión Europea (y, por ende, España) no puede reconocer la soberanía de este Estado sobre el territorio; por otra, que los acuerdos entre Marruecos y la Unión Europea solo serán válidamente aplicables en el Sáhara Occidental si cuentan con el consentimiento del pueblo saharaui, que debe ser expresado a través del Frente Polisario, un tercero diferente de Marruecos y de la UE, respecto del cual no se pueden crear derechos u obligaciones sin su consentimiento.

Por esta razón, la carta del Presidente Sánchez no tendrá más consecuencias que la de haber animado aún más a Marruecos a tratar de consolidar la ocupación militar y a continuar con la represión de la población saharaui en su propia tierra, la de forzar al Frente Polisario a intensificar la guerra a la que renunció en 1991, cuando aceptó sustituir las armas por las urnas, y a la que se ha visto obligado a volver tras treinta años de frustración por un plan de paz nunca aplicado, y la de haber entregado una vez más el pueblo saharaui al Estado ocupante. Pero no servirá para «normalizar» las relaciones diplomáticas con un Estado que viola con luz y taquígrafos el Derecho internacional: las fronteras marítimas con nuestro vecino del sur seguirán sin delimitarse, las reivindicaciones marroquíes sobre Ceuta y Melilla se retomarán más pronto que tarde, y no se habrá avanzado lo más mínimo hacia la resolución del conflicto, que solo llegará cuando el pueblo saharaui ejerza su derecho a la libre determinación.

[23] Sobre estas últimas sentencias y los aspectos más relevantes de las previas, véase nuestro estudio «El Tribunal General pone fin a la sinrazón del Consejo y la Comisión (Sentencias de 29 de septiembre de 2021): No habrá más acuerdos para explotar los recursos naturales del Sáhara Occidental sin el consentimiento del Frente Polisario», *Revista General de Derecho Europeo*, 2022, núm. 56, pp. 34-80. Igualmente véanse los estudios mencionados en el mismo.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección FOROS
El gobierno español y la propuesta de autonomía
para el Sáhara Occidental/
The spanish government ant the proposal
of autonomy for the Western Sahara
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 473-480
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.2b.05
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

CONSECUENCIAS TERRITORIALES MARÍTIMAS DE LA (PRESUNTA) CESIÓN EN EL SÁHARA

MARITIME TERRITORIAL CONSEQUENCES OF THE (ALLEGED) CESSION OF THE SAHARA

Mariano J. Aznar Gómez*

Acompañando el dictamen de la Corte Internacional de Justicia de 1975 sobre el Sáhara Occidental, el Juez Dillard decía que «*[i]t is for the people to determine the destiny of territory and not the territory the destiny of the people*»[1]. Otros jueces de la Corte, actuando en calidad de tal o no, han incidido en la misma idea[2]. Algunos, sin embargo, han alterado el orden: así, Rosalyn Higgings, refiriéndose precisamente a la opinión del Juez Dillard, mantenía que «*[a]ttractive an aphorism though it is, it still has to be said that the territorial issue does come first. Until it is determined where territorial sovereignty lies, it is impossible to see if the inhabitants have a right of self-determination*»[3]. Mucho me temo que esa *obsesión por el territorio*, de la que provocativamente hablara George Scelle[4], sigue hoy muy presente. Y el caso que aquí nos ocupa —el Sáhara y las conse-

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universitat Jaume I (*maznar@uji.es*). Todas las páginas web mencionadas han sido consultadas el 19 de junio de 2022.

[1] *Western Sahara, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975*, p. 122.

[2] Pueden verse, por ejemplo, Lauterpacht, H., *The Function of Law in the International Community*, CUP, 1933, pp. 430-431; de Visscher, Ch., *Problèmes de confins en droit international public*, Pedone, 1969, p. 7; o Cançado-Trindade, A., por ejemplo, en sus opiniones a los asuntos *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion (2010) ICJ Reports 2010*, p. 617, párr. 239, y *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia c. Thailand), Provisional Measures, ICJ Reports 2011*, p. 590, párr. 70.

[3] Higgins, R., «International Law and the Avoidance, Containment and Resolution of Disputes. General Course on Public International Law», *RCADI*, 1991, vol. 230, p. 174. El desprecio a la voluntad de las poblaciones ha sido una constante en los procesos de delimitación territorial, como he tratado de demostrar en «The human dimension in territorial disputes», en Kohen, M. G. y Hébie, M. (eds.), *Research Handbook on Territorial Disputes in International Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 291-342.

[4] Scelle, G., «Obsession du territoire», *Symbolae Verzijl*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1958, pp. 347-361.

cuencias jurídicas de la carta enviada el 14 de marzo de 2022 por el presidente del gobierno español al rey de Marruecos—[5] es buena muestra de ello.

Entre otras posibilidades, la carta del presidente del gobierno puede analizarse formalmente —su alcance jurídico como acto unilateral—, materialmente —su acomodo entre las obligaciones jurídicas internacionales de España— e histórica y políticamente —en relación con la política jurídica exterior de España respecto del Sáhara en estas últimas décadas—. Estos tres aspectos en particular son analizados en este Foro por Javier González Vega, Juan Soroeta y Juan Antonio Yturriaga, respectivamente. En mi caso, pretendo ocuparme de las consecuencias jurídicas que la nueva posición española —de confirmarse— podría generar en relación con la delimitación marítima entre España y Marruecos en la fachada atlántica, esto es, en la proyección marítima de la (nueva) costa marroquí en esa fachada teniendo en cuenta los solapamientos espaciales entre las respectivas zonas económicas exclusivas (ZEE) y plataformas continentales generadas en nuestro caso por las Islas Canarias[6].

Entre el continente africano y la más oriental de nuestras islas hay poco más de 50 millas náuticas (mn). Ello permite la existencia a uno y otro lado tanto de un mar territorial como de una zona contigua sin solapamientos[7].

---

[5] Por no repetir mucho lo que es por todos conocido, el 18 de marzo de 2022 la casa real y el gobierno marroquíes hacían pública esa carta en la que Pedro Sánchez declaraba que el plan de autonomía presentado por Marruecos a la ONU en 2007 era «la base más seria, realista y creíble para la resolución del contencioso». El plan marroquí es público (véase Doc. UN S/2007/206, de 13 de abril de 2007); de la carta conocemos la versión publicada por la prensa española el 23 de marzo de 2022 (*https://elpais.com/espana/2022-03-23/la-carta-de-pedro-sanchez-a-mohamed-vi-debemos-construir-una-nueva-relacion-que-evite-futuras-crisis.html*), cuyos términos fueron confirmados por el presidente del gobierno y por el ministro de asuntos exteriores en confusas comparecencias posteriores.

[6] No se tratará, por tanto, ni el contencioso territorial (también marítimo) con Marruecos respecto a las plazas y territorios de soberanía española en el norte de África, ni tampoco el proceso delimitador de la plataforma continental extendida, regulado en el art. 76 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y a discutir en la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (CLPC), aunque nada impediría que se resolviese en un contencioso aparte [*Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012*, p. 100, párr. 379; *Maritime delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Merits, Judgmente, ICJ Reports 2021*, párr. 189]. En todo caso, cuando en 2015 España llevó a cabo una presentación parcial ante la CLPC con respecto a la zona al oeste de las Islas Canarias «se resaltaba una posible superposición con una futura presentación relativa a la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas medidas desde el territorio del Sáhara Occidental, que era un Territorio No Autónomo que estaba transitando un proceso de descolonización»; y que, en tal sentido, «España estaba dispuesta a negociar una solución equitativa basada en el Derecho internacional [...] con la entidad que tenía el control soberano de las costas y el territorio del Sáhara Occidental, una vez que se considerara concluido el proceso de descolonización» (Doc. NU CLCS/90, de 1 de octubre de 2015, p. 16). Marruecos no solo protestó esta presentación (Nota Verbal de 16 de mayo de 2009, disponible en *https://www.un.org/depts/los/clcsnew/submissionsfiles/preliminary/marreesp2009e.pdf*), sino que: 1) ha declarado su plataforma continental, tanto hasta 200 como hasta 350 mn en la confusa redacción del art. 3 de su *Dahir n.º 1-20-03* (citado *infra* en nota 8), y 2) también ha sometido a la CLPC una presentación preliminar en julio de 2015 (disponible en *https://www.un.org/depts/los/clcsnew/submissionsfiles/preliminary/Mor2015preliminaryinfo.pdf*). Véase Jiménez García-Carriazo, Á., *La ampliación de la plataforma continental más allá de las doscientas millas marinas en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar - Especial referencia a España*, Madrid, Dykinson, 2017.

[7] España declaró un mar territorial de 12 mn mediante la Ley 10/1977, de 4 de enero, sobre mar territorial (*BOE* núm. 7, de 8 de enero de 1977) y una zona contigua de 24 mn mediante la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (*BOE* núm. 283, de 25 de noviem-

No ocurre lo mismo en relación con las respectivas ZEE y plataformas continentales: ambos Estados han declarado una ZEE hasta un máximo de 200 mn[8], generando varios solapamientos en la zona, aunque solo Marruecos ha declarado una plataforma continental de 200 mn[9].

España entiende que el criterio general para la delimitación de los espacios marinos debe ser el de la equidistancia[10], mientras que Marruecos sostiene ahora que el criterio delimitador debe ser el de una solución equitativa, al menos para su ZEE[11]. Ambos Estados hacen referencia al Derecho internacional y/o a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CNUDM), de la que ambos son parte: España desde 1997 y Marruecos desde 2007. Están, por tanto, sujetos a sus normas relativas a la delimitación de espacios marinos, muy particularmente las contenidas en los arts. 15, 74 y 83, que establecen como primera opción delimitadora el acuerdo entre las Partes. A falta del mismo, la jurisprudencia internacional ha adoptado un criterio de sucesivas etapas —equidistancia, circunstancias especiales, test de proporcionalidad— para la delimitación del mar territorial, la ZEE y la plataforma continental[12] que, sin ser obligatorio, sí ofrece seguridad jurídica a las Partes por su persistente y consistente uso[13].

---

bre de 1992). Marruecos ha revisado sus declaraciones de 1973 y declarado un mar territorial de 12 mn mediante el *Dahir n.º 1-20-02 du 11 rejeb 1441 (6 mars 2020) portant promulgation de la loi nº 37-17 modifiant et complétant le dahir portant loi nº 1-73-211 du 26 moharrem 1393 (2 mars 1973) fixant la limite des eaux territoriales* (*Bulletin officiel* núm. 6.870, de 2 de abril de 2020); y en 1973 declaró una zona contigua de 24 mn en su *Dahir n.º 1-81-179 portant promulgation de la loi n.º 1-81 instituant une zone économique exclusive de 200 milles marins au large des côtes marocaines* (no alterado en la modificación de 2020, véase la nota siguiente).

[8] España mediante la Ley 15/1978, de 20 de febrero, sobre zona económica (*BOE* núm. 46, de 23 de febrero de 1978); y Marruecos mediante el *Dahir nº 1-20-03 du 11 rejeb 1441 (6 mars 2020) portant promulgation de la loi n.º 38-17 modifiant et complétant la loi n.º 1-81 instituant une zone économique exclusive de 200 milles marins au large des côtes marocaines* (*Bulletin officiel* núm. 6.870, de 2 de abril de 2020).

[9] Art. 12 de la *Loi n.º 1-81* según la redacción del *Dahir n.º 1-20-03* precitado (*supra* nota 8).

[10] Art. 4 de la Ley 10/1977 para el mar territorial y art. 2(1) de la Ley 15/1978 para la ZEE. Nada se dice en relación con la zona contigua ni a la plataforma continental.

[11] Así lo determina el nuevo art. 11 de la *Loi n.º 1-81* según la redacción del *Dahir n.º 1-20-03* precitado (*supra* nota 8) para la ZEE, pero no para la plataforma continental. Su texto es el siguiente: «*La délimitation de la zone économique exclusive du Royaume du Maroc est effectuée sur la base des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer adoptée à Montego Bay le 10 décembre 1982, en tenant dûment compte de tous les facteurs pertinents, notamment géographiques, géomorphologiques et/ou de circonstances particulières et des intérêts du Royaume, aux fins de* parvenir à un résultat équitable, *en particulier avec les Etats dont les côtes sont adjacentes ou font face à celles du Royaume du Maroc*» (redonda añadida).

[12] Véanse *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain), Merits, Judgment, ICJ Reports 2001*, p. 94, párr. 176; *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports 2009*, pp. 101-103, párrs. 115-122; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012*, pp. 64-68, párrs. 225-240, o *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh v. India), Award of 7 July 2014, International Law Reports*, vol. 167, pp. 111-114, párrs. 336-346. Entre la doctrina reciente, puede verse Vidas, D., «The Delimitation of the Territorial Sea, the Continental Shelf, and the EEZ: A Comparative Perspective», en Oude Elferink, A., Henriksen, T. y Busch, S. (eds.), *Maritime Boundary Delimitation: The Case Law; Is It Consistent and Predictable?*, Cambridge, CUP, 2018, pp. 33-61.

[13] *Maritime delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya), Merits, Judgment, ICJ Reports 2021*, párr. 128.

En el caso que nos ocupa, al menos hasta ahora, el acuerdo es poco probable[14]; y no existe entre España y Marruecos cláusula de sometimiento obligatorio a tribunal internacional alguno en la materia. Mientras que Marruecos declaró al ratificar la CNUDM que «se reserva[ba] el derecho de formular, en el momento oportuno, declaraciones con arreglo a los arts. 287 y 298 relativos a la solución de controversias»[15], España modificó en 2002 su declaración de 1997, reconociendo al Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) y a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) como medios para la solución de las controversias relativas a la interpretación o a la aplicación de la CNUDM salvo «para la solución de las controversias relativas a la interpretación o la aplicación de los arts. 15, 74 y 83 concernientes a la delimitación de las zonas marítimas, o las relativas a bahías o títulos históricos»[16].

Nos queda, pues, especular sobre la posible solución ante un (también improbable) litigio sobre la delimitación marítima entre España y Marruecos en la fachada atlántica[17]. Nos encontraríamos ante un diferendo entre una parte con territorio insular y otra con territorio continental enfrentados, similar hasta cierto punto al que opuso a Nicaragua y Colombia ante la CIJ, que esta resolvió en su Sentencia de 19 de noviembre de 2012[18], y que acaso puede servir como referencia de contraste en nuestra controversia.

En aquel asunto, tras zanjar problemas de jurisdicción e intervención de terceros[19] así como confirmar la soberanía colombiana sobre distintas islas y elevaciones (§ 103)[20], la CIJ procedió a delimitar —en razón del *petitum* nicaragüense— el trazado de la frontera marítima única entre ambas partes, incluyendo el mar territorial, la ZEE y la plataforma continental (§ 136)[21]. Aplicando la metodología de tres etapas en el caso de la ZEE y plataforma continental (§§ 190-193), la CIJ tuvo previamente que determinar dos conceptos indispensables para la delimitación: la determinación de la costa relevante y del área relevante.

---

[14] Entre 2003 y 2005 se llevaron a cabo conversaciones entre ambos Estados, discutiéndose la opción de la equidistancia como parte de un acuerdo general. Véase Espósito Massicci, C., «Sobre el establecimiento de una línea mediana como límite marítimo provisional entre España y Marruecos frente a las costas de las Islas Canarias», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2005, vol. 13, pp. 91-107.

[15] *Boletín de Derecho del Mar*, 2007, núm. 64, p. 15.

[16] *BOE* núm. 170, de 17 de julio de 2003. Debe advertirse sin embargo que, contrariamente a nuestra declaración de 1990 en virtud del art. 36 del Estatuto de la CIJ (*BOE* núm. 275, de 16 de noviembre de 1990), la declaración relativa al TIDM no incluye las cautelas procesales y temporales, aunque sí materiales en relación con las controversias de delimitación, que mantenemos ante la CIJ.

[17] Como advierte Esperanza Orihuela, lo impredecible del resultado dificulta que los Estados implicados cedan el control sobre la solución de la disputa territorial. Orihuela Calatayud, E., «Pending delimitations», *Spanish Yearbook of International Law*, 2017, vol. 21, p. 306.

[18] *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia), Judgment, ICJ Reports 2012,* p. 624. Para simplificar su cita, los párrafos de esta sentencia que citaremos a continuación vendrán entre paréntesis precedidos del símbolo §.

[19] El caso fue planteado por Nicaragua, oponiéndose Colombia, decidiendo la Corte en 2007 sobre su jurisdicción, y en 2011 sobre la no intervención solicitada por Costa Rica y Honduras.

[20] En nuestro caso, esto último no sería necesario pues no hay duda alguna en relación con la soberanía española sobre las Islas Canarias, cuya consideración de «islas» según la CNUDM es asimismo indiscutible.

[21] Pero no la plataforma continental extendida (§ 132).

En relación a la costa relevante, su identificación permite, primero, determinar contextualmente en cada caso concreto las reclamaciones superpuestas en las zonas en litigio; y, después, comprobar la posible existencia de alguna desproporcionalidad entre los espacios atribuidos a cada Parte, cuestión que se verá más adelante. En el caso de Marruecos, de reconocer España su soberanía sobre el Sáhara, la fachada atlántica desde el Cabo Espartel hasta La Agüera supera ligera y aproximadamente los 2.140 km entre líneas de bajamar escorada y líneas de base rectas. En el caso de España, toda vez que el solapamiento afecta a la totalidad de las siete islas canarias[22], su línea de costa relevante supondría 1.583 km; y aún sin contar La Palma, serían 1.421 km[23]. Habría pues una relación aproximada provisional entre 1:1,3 y 1:1,5 favorable a Marruecos, que habría que revisar en virtud del área relevante.

Tal área debe —según la CIJ, de manera aproximada, no exacta— comprender la parte del espacio marítimo en la que los derechos potenciales de las Partes se superponen (§ 159), a los efectos de evitar un resultado final desproporcionado (§ 158), no debiendo afectar a derechos de terceros Estados (§§ 160-162). En relación a esto último, en nuestro caso podría tratarse de Portugal, cuyas Islas Salvajes se encuentran a unas 200 mn del punto más cercano de la costa marroquí y unas 80 mn del norte de Canarias[24]; pero en ningún caso de Mauritania porque el punto más al sur de las Islas Canarias dista más de 400 mn del punto más al norte de dicho Estado y, según la CIJ, el área relevante no podrá extenderse más allá del área en la que los derechos de las Partes se superponen (§ 163). En consecuencia, el área relevante aproximada no debería extenderse ni más al norte del paralelo 31 ºN (a la altura de Esauira) y más al sur del Trópico de Cáncer, ni más al oeste del meridiano 18 ºO. Ello supondría que la costa relevante marroquí en esa área relevante se reduciría a 1.240 km, esto es, inferior a la del archipiélago canario.

Así determinadas la costa y área relevantes en nuestro contencioso, el trazado de la línea equidistante entre los respectivos territorios sería la línea mediana, trazada con métodos geométricamente objetivos y apropiados

---

[22] Siguiendo la doctrina de la CIJ en el asunto *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports 2009,* p. 97, párr. 99.

[23] Contando las 11 islas y no los roques, esto es: Las Palmas, Fuerteventura, Gran Canaria, Lanzarote, Graciosa, Alegranza, Lobos, Montaña Clara, Santa Cruz de Tenerife, Tenerife, La Palma, El Hierro y La Gomera. *Fuente*: Instituto Geográfico Nacional. Gobierno de España (disponible en *https://www.ign.es/web/ane-datos-geograficos/-/datos-geograficos/datosGenerales?tipoBusqueda=longCosta*). Debe advertirse que los efectos de la Ley 44/2010, de 30 de diciembre, de aguas canarias (*BOE* núm. 318, de 31 de diciembre de 2010) lo son a título doméstico, esto es, de ejercicio de las competencias estatales o autonómicas sobre tales aguas, careciendo de efectos internacionales como así señala su DA Única y fue comunicado al secretariado de Naciones Unidas el 22 de abril de 2015 (*https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/submissions_files/esp77_14/2015_04_22_ESP1_NV_UN_004_15-00366.pdf*). De hecho, Marruecos no protestó su promulgación. Véase Orihuela Calatayud, E., «La delimitación de los espacios marinos en los archipiélagos de Estado. Reflexiones a la luz de la Ley 44/2010, de 30 de diciembre, de aguas canarias», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 21, 2011.

[24] Sobre esto último, puede verse Sereno, A., «The new maritime map of Portugal and the case of the "Salvajes" Islands», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2014, núm. 28, pp. 17-28; y, en general, Pastor Palomar, A., *Delimitación Marítima entre Estados. Formaciones Insulares y Bajíos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

para la geografía de la zona, salvo que alguna razón de peso no permitiera trazar esa línea equidistante de los puntos más cercanos en las dos costas relevantes enfrentadas (§ 191)[25]. En el punto más cercano entre ambas costas hay suficiente espacio para trazar dicha línea mediana sobre los puntos geográficos que el tercero imparcial determine (§ 200)[26].

Para verificar que la línea mediana así trazada no es percibida como inequitativa a la luz de las circunstancias particulares del caso[27], se procedería a continuación a evaluar las circunstancias que pudieran requerir un ajuste o desplazamiento de dicha línea (§ 207). Es de esperar que, al igual que Nicaragua hizo en su caso, Marruecos alegue, de un lado, la (des)proporción entre las costas relevantes; y, de otro, determinadas circunstancias geográficas (que veremos en el siguiente párrafo). En cuanto a la longitud de las respectivas costas relevante, la CIJ ha estimado su incidencia en caso de diferencia *sustancial* a la par que evitado traducir la disparidad proporcionalmente (§ 210). En el caso *Nicaragua c. Colombia* la disparidad era de 1:8,2 a favor de Nicaragua[28]; en el nuestro —recordemos— no habría disparidad tras las correcciones antes mencionadas.

Otras consideraciones posiblemente argumentadas por Marruecos serían: 1) que las Islas Canarias *estarían* en la plataforma continental marroquí, y 2) la concavidad de su costa en la fachada atlántica. Respecto a lo primero, la CIJ ha dejado claro en repetidas ocasiones que las consideraciones geológicas y geomorfológicas no son relevantes para la delimitación de derechos superpuestos dentro de las 200 mn frente a las costas de los Estados (§ 214), teniendo no obstante en cuenta un resultado final equitativo[29]. Respecto a la concavidad —como ha sido bien explicado—[30] además de no constituir *per se* una circunstancia relevante para la delimitación[31], aquella comienza justo al norte del área relevante y no produce un efecto de corte (*cut-off effect*).

---

[25] Como señaló la CIJ, «*[a]t this initial stage of the construction of the provisional equidistance line the Court is not yet concerned with any relevant circumstances that may obtain and the line is plotted on strictly geometrical criteria on the basis of objective data*» [*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports 2009*, p. 101, párr. 118].

[26] El diferendo entre Nicaragua y Colombia era de 63 mn, frente a las 50 mn de nuestro caso.

[27] *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine), Judgment, ICJ Reports 2009*, p. 112, párr. 155.

[28] Similar a los casos conocidos por la Corte entre *Libia/Malta* (1985) o *Dinamarca c. Noruega* (1993).

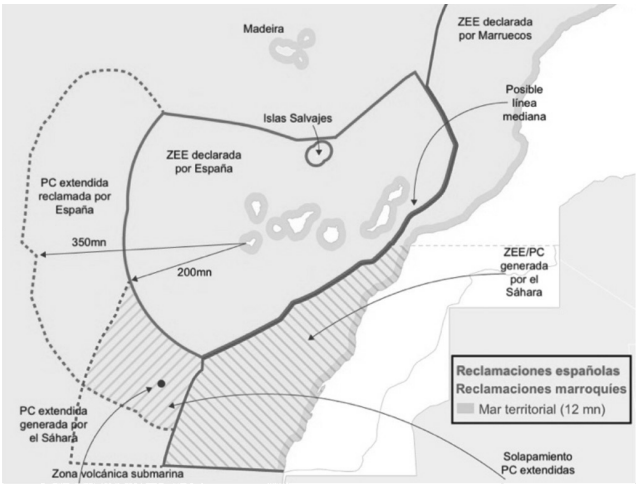
[29] Evitando, por ejemplo, que el trazado delimitador deje aisladas (*cut-off effect*) zonas de un Estado en los espacios marítimos de otro. No sería nuestro caso atendiendo al área relevante, siendo además geológicamente erróneo considerar a las Islas Canarias *situadas* en la plataforma continental marroquí.

[30] Jiménez Pineda, E., «The Pending Maritime Delimitations between Spain and Morocco: Sovereignty, Status and Feasibility», *Maritime Safety and Security Law Journal*, vol. 4, 2021, p. 77. Véase asimismo, sobre la delimitación en la zona, García Pérez, R., «Canarias y la previsible ampliación de su plataforma continental: el difícil equilibrio entre España, Marruecos y Sáhara Occidental», *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, 2019, núm. 26, pp. 117-143; y Jiménez García-Carriazo, A., «La plataforma continental de las Islas Canarias: ampliación y cuestiones afines», *REDI*, vol. 70, 2018, núm. 2, pp. 239-263.

[31] *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), Judgment, ITLOS Reports 2012*, p. 81, párr. 292. Y ello aún más en delimitaciones de costas frente a frente como es el nuestro [*North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, ICJ Reports 1969*, p. 45, párr. 79].

Tampoco serían de recibo argumentos relativos al aprovechamiento de los recursos naturales en la zona como proyección de posibles derechos y aquiescencias. En el caso de concesiones para prospecciones petrolíferas, su valor relativo ya ha sido advertido por la jurisprudencia internacional[32]; y en el caso de aprovechamiento pesquero, sucesivos acuerdos de pesca entre ambas Partes, primero, y entre Marruecos y la Unión Europea, después, no presuponen jurisdicción adicional alguna en el área relevante y han regulado el acceso equitativo a tales recursos[33].

En definitiva, para alterar la línea mediana tan solo cabría atender a la disparidad entre las costas relevantes y, acaso, a la disparidad entre el territorio continental marroquí y el insular español en el área relevante. En el caso *Nicaragua c. Colombia,* la disparidad *sustancial* entre las costas relevantes (1:8,2) hizo que la Corte moviera la línea mediana hacia el este en favor de Nicaragua en razón de 3:1 en relación con sus puntos de base, y desde allí hacia el este siguiendo los paralelos (§§ 234-236). ¿Y en nuestro caso? Entiendo que no debería hacerse[34]: ausente una diferencia *sustancial* entre las costas relevantes, el área relevante no alcanza mucho más allá del occidente canario, mientras que en el caso ante la Corte todas las islas colombianas se encontraban geográficamente *dentro* de las 200 mn nicaragüenses.



[32] *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening), Judgment, ICJ Reports 2002*, pp. 447-448, párr. 304; *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, *Judgment, ICJ Reports 2007 (II)*, p. 735, párr. 253; *Delimitation of the maritime boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Judgment, ITLOS Reports 2017,* p. 71, párr. 215.

[33] Que en todo caso tampoco ha sido tenido muy en cuenta como criterio delimitador por parte de la jurisprudencia internacional (véase, p. ej., el asunto *Barbados/Trinidad y Tobago,* que se hacía eco de análogos pronunciamientos anteriores: *Tribunal Award of 11 April 2006, RIAA,* vol. XXVII, p. 214, párr. 241).

[34] En similar sentido, véase Orihuela Calatayud, E., «La delimitación de los espacios marinos españoles», en Sobrino Heredia, J. M., *Mares y océanos en un mundo en cambio, XXI Jornadas de la AEPDIRI 2005*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 66.

La última etapa de la delimitación sirve para determinar si, teniendo en cuenta todas las circunstancias, existe una desproporcionalidad significativa —no matemáticamente proporcional— que requiriera un ajuste adicional (§§ 239-240). Es una última verificación de equidad[35] para lograr una correlación aproximada entre la proporción de las longitudes y superficies de las costas y áreas relevantes de las Partes, evitando una desproporción tan grave como para «manchar» el resultado y hacerlo inequitativo (§ 242). En nuestro caso, ya hemos visto como la ausencia de desproporción entre las costas relevantes no debería suponer una traslación de la línea mediana. Tampoco pareciera que deba ser así a tenor de la cautela mostrada por la CIJ y otras instancias judiciales internacionales a la hora de corregir la línea mediana trazada, teniendo en cuenta la búsqueda de una solución equitativa. La imagen que acompaña este texto[36], mostrando indicativamente las posibles zonas de jurisdicción reclamadas, dan buena muestra de esa falta de desproporción, comparándola incluso con la ZEE reclamada por Portugal.

Muchos son los intereses que España se juega en la zona. Nada se conoce de posibles contrapartidas a la Carta de 14 de marzo, tampoco en el ámbito territorial. De confirmarse la posición española sugerida en esa carta, la fachada atlántica marroquí sería mucho más extensa. Cualquier decisión que se adopte a partir de ahora, como todas las que se adoptaron en su momento, podrán jugar en el plano de las aquiescencias. La firmeza en las posiciones y su defensa jurídica marcarán el futuro de la presencia española en una zona tan estratégica como la aquí discutida, muy especialmente en relación con la plataforma continental extendida.

Lógicamente, todo ello solo sería posible de aceptarse subjetiva y objetivamente la *marroquinidad* del Sáhara: subjetivamente, en cuanto nueva relación bilateral entre España y Marruecos[37]; objetivamente, en cuanto que la comunidad internacional acepte jurídicamente el nuevo estatuto jurídico del Sáhara[38]. Más allá de lo explicado en las dos notas al pie anteriores, debe quedar clara mi postura: Marruecos no tiene ningún derecho soberano sobre el Sáhara Occidental; y la obligación de España en el Sáhara sigue siendo y debe ser la de coadyuvar, como potencia administradora, al ejercicio de la libre determinación del pueblo saharaui sobre su territorio en virtud de las reglas de Derecho internacional.

---

[35] Esto es, «*a final check upon the equity of a tentative delimitation to ensure that the result is not tainted by some form of gross disproportion*» (*Tribunal Award of 11 April 2006*, *RIAA,* vol. XXVII, p. 214, párr. 238).

[36] *Fuente*: *El País*, 22 de enero de 2020, y elaboración propia.

[37] A tenor de la Carta de 14 de marzo y más allá de nuestra responsabilidad latente como potencia administradora y la posible nulidad de cualquier acuerdo en virtud del art. 53 del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

[38] Esto es, que Naciones Unidas finiquite (como muchos nos tememos) el proceso de libre determinación del pueblo saharaui, diluyéndolo en el plan propuesto por Marruecos en 2017, lo que —a mi entender— sería una violación grave de una norma imperativa del Derecho internacional.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL
Práctica Española de Derecho Internacional Público/
Studies on Spanish Public International Law Practice
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 481-489
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.3a.01
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

III. PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

Coordinación a cargo de
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
(Derecho Internacional Público)
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS
(Derecho Internacional Privado)

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

UNA SENSIBLE MEJORA DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DE JUECES EUROPEOS EN ESPAÑA: EL REAL DECRETO 972/2020, DE 10 DE NOVIEMBRE

A REMARKABLE IMPROVEMENT IN THE PROCEDURE FOR THE SELECTION OF EUROPEAN JUDGES IN SPAIN: THE ROYAL DECREE 972/2020 OF 10 NOVEMBER

Carlos ESPÓSITO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES DEL REAL DECRETO 972/2020, DE 10 DE NOVIEMBRE.—3. EL SISTEMA DE SELECCIÓN DEL DECRETO 972/2020, DE 10 DE NOVIEMBRE.—4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

El método de elección de jueces debe ser impecable para que los tribunales posean legitimidad, autoridad e independencia, cualidades indispensables para sostener el prestigio del sistema judicial. La realización de ese valioso

* Catedrático de Derecho Internacional Público, Universidad Autónoma de Madrid. Agradezco a Carmen Martínez Capdevila y a Vanesa Menéndez Montero sus observaciones sobre esta nota.

objetivo precisa un proceso de selección de las personas que ocupen los cargos judiciales ajustado a criterios profesionales transparentes, basados en el mérito y la capacidad, así como la independencia y la imparcialidad. En todos los sistemas jurídicos existen desafíos para que los procesos de selección de jueces de los más altos tribunales cumplan esos requisitos tan preciados [1] y el contexto internacional, donde el número de tribunales se ha multiplicado en las últimas décadas, acrecentado su influencia [2], no es una excepción: existe una miríada de tribunales internacionales con competencia general o especializada, regulados por reglas y prácticas diversas de carácter nacional y supranacional [3].

En relación con el sistema de elección de jueces europeos, las normas convencionales pertinentes tienen diversas redacciones y han experimentado, como es lógico, sus propias evoluciones conforme a las prácticas que se han desarrollado bajo su sombra en las organizaciones internacionales y en los Estados parte del Consejo de Europa o en los Estados miembros de la Unión Europea que participan en los procesos de elección [4]. En la Convención Europea de Derechos Humanos las condiciones para la elección de jueces al Tribunal Europeo de Derechos Humanos están previstas en el art. 21 CEDH. En ese texto se exige que los potenciales miembros del Tribunal no solo reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las altas funciones judiciales en sus países de origen o que sean jurisconsultos de reconocida competencia, sino que, además, deben «gozar de la más alta consideración moral» [5]. Por su parte, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europa, en sus arts. 253 y 254, establece que los jueces elegidos deben ofrecer absolutas garantías de independencia y reunir las condiciones requeridas para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales en el caso del Tribunal de Justicia y altas funciones jurisdiccionales para el Tribunal General. El TFUE obliga a consultar al Comité del art. 255 TFUE antes de la designación de los jueces.

La relativa indeterminación del texto de esas normas y su falta de especificidad ha dado lugar a controversias interpretativas [6]. Al inevitable desafío de la interpretación se le une un hecho que complica aún más la situación:

---

[1] Bustos Gisbert, R., «La controvertida composición y renovación de los órganos judiciales situados en la cúspide», *AFDUAM*, 2018, núm. 22, pp. 217-257.

[2] Alter, K., *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

[3] Mackenzie, R. *et al., Selecting International Judges*. *Principle, process and politics*, Oxford, OUP, 2010.

[4] Bobek, M. (ed.), *Selecting Europe's Judges. A critical review of the Appointment Procedures to the European Courts,* Oxford, OUP, 2015. Véase también Burgorgue-Larsen, L., «Des idéaux à la réalité. Réflexions comparées sur les processus de sélection et de nomination des membres des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme», *La Revue des droits de l'homme* (*online*), 2014, núm. 6.

[5] Se trata de un requisito común, por ejemplo, art. 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 («juristas de la más alta autoridad moral»).

[6] Por ejemplo, en el caso del reemplazo del abogado general Yves Bot en Francia. Véase Cour de Justice de L'union Européenne, *Communique de presse,* núm. 34/20, «Entrée en fonctions d'un nouvel avocat général à la Cour de justice» (23 de marzo de 2020). Disponible en *https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2020-03/cp200034fr.pdf* (última consulta: 2 de noviembre de 2021).

la inexistencia de procedimientos unificados de selección de jueces en las diversas sedes nacionales. La falta de unificación ha generado opacidad y fragmentación[7], dando lugar a la utilización, y en ocasiones la primacía, de criterios distintos a los estrictamente profesionales, de mérito y capacidad, en la elección de jueces europeos, afectando la reputación de los tribunales y generando dudas sobre la idoneidad de algunos jueces[8].

En un nivel europeo, la creación del Comité del art. 255 TFUE el 1 de marzo de 2010 constituye una respuesta a esos desafíos. La práctica del Comité ha aportado grandes beneficios al sistema de elección, porque su existencia misma es un incentivo para mejorar los procesos nacionales de selección y también porque su práctica es cada vez más exigente y sofisticada[9]. Esto no ha evitado las críticas al Comité sobre cierta falta de transparencia en algunas de sus decisiones o respecto de las normas que aseguran su confidencialidad e independencia[10].

En España, el gobierno introdujo algunas pautas para la propuesta de candidatos a jueces y abogados generales del TJUE y jueces del Tribunal General por Acuerdo de 16 de enero de 2015 y para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de juez titular del TEDH por Acuerdo de 20 de enero de 2017. En 2020, se adoptó el Real Decreto 972/2020, de 10 de noviembre, que regula el proceso de designación de las candidaturas a jueces y abogados generales del TJUE/TG y la terna de jueces titulares y *ad hoc* del TEDH[11].

Esta nota tiene por objeto informar y hacer algunos comentarios sobre el sistema español de elección de jueces europeos tras la reforma operada por el Real Decreto 972/2020, de 10 de noviembre, que introduce claras mejoras en un procedimiento esencial para garantizar la selección de jueces idóneos para ocupar cargos de tanta responsabilidad en las instituciones judiciales europeas[12].

---

[7] Dumbrowvsky, T., Petkova, B. y van der Sluis, M., «Judicial Appointments: the article 255 TFEU Advisory Panel and Selection Procedures in the Member States», *Common Market Law Review*, 2014, vol. 51, pp. 455-482, esp. p. 456.

[8] Cancio Fernández, R. C., «Constitucionalidad, *soft law* y elección de jueces para el TEDH: Comentario a la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2017», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, núm. 41, pp. 449-459, esp. p. 450.

[9] Según la página oficial del Comité 255, se han emitido un 19,2 por 100 de informes desfavorables a candidatos a primeros mandatos (14 de 73). Ninguno de estos informes desfavorables ha recaído en casos de renovación. Los informes del Comité están disponibles en *https://comite255.europa.eu/en/work*.

[10] Dumbrowvsky, T., Petkova, B. y van der Sluis, M., «Judicial Appointments...», *supra* nota 7, p. 461. Estos autores ponen el acento en la necesidad de asegurar la confidencialidad y la independencia de quienes forman parte de este Comité, y no tanto de los candidatos que se someten a su evaluación.

[11] Real Decreto 972/2020, de 10 de noviembre, por el que se regula el procedimiento de selección para la propuesta de candidaturas por el Reino de España en la designación de miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, art. 1 (*BOE* núm. 297, de 11 de noviembre de 2020, pp. 98655-98663).

[12] Petit de Gabriel, E., «Sin prisa, pero sin pausa: "normalizando" el acceso a los tribunales europeos», *Aquiescencia*, 19 de noviembre de 2020. Disponible en *https://aquiescencia.net/2020/11/19/*

2. ANTECEDENTES DEL REAL DECRETO 972/2020, DE 10 DE NOVIEMBRE

Con anterioridad a los últimos desarrollos normativos que son el objeto de este comentario, España tenía un sistema bastante opaco, que dejaba totalmente en manos del gobierno la selección y nominación de los jueces a los tribunales europeos. Esa situación de opacidad ha ido mejorando paulatinamente para la selección de jueces europeos, aunque sigue gobernando la selección de jueces para otros tribunales internacionales. Aunque la historia de la selección de jueces europeos en España ha producido grandes jueces europeos y abogados generales, es un hecho que la falta de transparencia en cualquier proceso de selección genera un velo de dudas que cubre la forma en que se produce la decisión electiva, permitiendo la elección de candidatos mediocres o incluso no idóneos. Además, estos procesos sin pautas transparentes carecen necesariamente de un sistema de rendición de cuentas apropiado.

El Tribunal Supremo trató el problema general de la legalidad del proceso de decisión enteramente política de selección de jueces del TEDH en su Sentencia 6073/2008, de 27 de octubre[13]. El Tribunal Supremo asimiló, en ese caso, la figura del juez del TEDH al magistrado del Tribunal Constitucional, justificando así la selección de carácter político de sus jueces, teniendo en cuenta que, en todo caso, la decisión final recae en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. El Tribunal Supremo afirmó, en ese sentido, que «no se comprende por qué lo que es bueno para el Tribunal Constitucional, no lo es para el TEDH»[14]. La referencia a la bondad es criticable, pero el Tribunal Supremo no se equivocaba al sostener la legalidad del sistema anterior. Otra cosa es que fuese un sistema deficiente por falta de transparencia, publicidad, eficiencia, rendición de cuentas y, en definitiva, por permitir que se produzcan selecciones ineficientes.

Los Acuerdos del Consejo de Ministros, de 20 de enero de 2017, intentaron establecer algunos parámetros de eligibilidad para los jueces del TEDH, que fueron impugnados ante la justicia en relación con la edad máxima de los candidatos. En su Sentencia de 31 de mayo de 2017[15], el Tribunal Supremo niega que exista un margen de apreciación nacional para establecer la edad máxima de los candidatos a jueces del TEDH mediante una interpretación restrictiva del CEDH[16]. El Tribunal Supremo sostuvo que:

> «El punto impugnado del Acuerdo impide presentar su candidatura a personas mayores de 61 años sin que el Convenio, en la redacción vigente, establezca

---

sin-prisa-pero-sin-pausa-normalizando-el-acceso-a-los-tribunales-europeos/; Santos Vara, J., «El procedimiento de selección de jueces europeos en España: un Decreto insuficiente en la buena dirección», *Revista General de Derecho Europeo*, 2021, núm. 53, pp. 276-288.

[13] STS 6073/2008, de 27 de octubre (RJ 366/2007).

[14] *Ibid.*, FJ VI.

[15] STS 968/2017, de 31 de mayo (RJ 88/2017).

[16] *Ibid.*, FJ IX.

> una restricción de tal naturaleza ni tampoco confiera potestad a los Gobiernos para añadir requisitos adicionales de esa naturaleza. Por tal razón entendemos conculcado el artículo 14 CE al establecer el Acuerdo recurrido una discriminación por edad carente de cobertura en el Instrumento internacional al que se refiere» [17].

En el mismo sentido, conviene llamar la atención sobre el voto particular del Magistrado Díez-Picazo Giménez, porque resulta especialmente ilustrativo sobre los límites al amplio margen de apreciación de los Estados para proponer sus candidatos. Aquí va una larga pero justificada cita de ese voto:

> «En ningún lugar del CEDH se otorga a los Estados parte un apoderamiento o habilitación para que desarrollen las normas convencionales reguladoras de las condiciones que deben reunir los Jueces del CEDH. Ciertamente, las autoridades nacionales gozan de un notable margen de apreciación para proponer a quienes estimen más idóneos para el cargo [...]. Pero eso no implica reconocer que dispongan de un poder normativo de desarrollo del CEDH. Tal poder normativo no solo carece de fundamento explícito o implícito, sino que sería probablemente incompatible con la propia naturaleza de un tratado internacional multilateral [...] el inciso impugnado del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 no es ajustado a derecho porque establece —con alcance general y sentido obligatorio— un requisito para poder presentar la candidatura a Juez del TEDH que no está contemplado en el CEDH, ni es producto de una potestad normativa de desarrollo conferida por el propio CEDH a los Estados parte [...] no es lo mismo quedar excluido de entrada —tal como ocurre con el acto impugnado— que saber que la propia candidatura será examinada por más que tal vez tenga escasas probabilidades de éxito».

Estas claras palabras no precisan mayor elucidación. El Tribunal Supremo, en consecuencia, anuló el apdo. 6 del Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017. Ese Acuerdo fue utilizado para convocar la presentación de candidaturas para cubrir la plaza que dejaba libre el Juez López Guerra en el TEDH. Una comisión eligió una terna en un procedimiento con una convocatoria abierta, pero mejorable en varios aspectos. El proceso fue muy controvertido porque el candidato preferido del gobierno, el Magistrado López de los Cobos, no obtuvo la mejor posición en la entrevista de los jueces de la Asamblea Parlamentaria, que examinaron a los tres candidatos sobre el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. Los jueces de la Asamblea Parlamentaria distinguieron al Profesor Martín y Pérez de Nanclares, Catedrático de Derecho Internacional Público, como el más valorado. Aún así, descartado su primer candidato, el gobierno decidió dar su apoyo a la Profesora María Elósegui Ichazo, Catedrática de Filosofía del Derecho, quien fue elegida juez del TEDH con una mayoría de 114 votos de los 324 miembros de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. Este hecho demuestra que, una vez superado el proceso de selección basado en el mérito, el apoyo político y la diplomacia siguen siendo determinantes para ser elegido juez de los tribunales europeos.

---

[17] *Ibid.,* FJ X.

3. EL SISTEMA DE SELECCIÓN DEL DECRETO 972/2020, DE 10 DE NOVIEMBRE

Como se dijo en la introducción, el Real Decreto 972/2020, de 10 de noviembre, contiene la regulación del proceso de designación de las candidaturas a jueces y abogados generales del TJUE/TG y la terna de jueces titulares y *ad hoc* del TEDH[18].

Con el fin de reforzar las exigencias de transparencia y objetividad en estos procedimientos, una vez activada la comunicación interna interministerial, el Real Decreto 972/2020 exige que se realice una convocatoria, que debe ser publicada en el *BOE*, por orden del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, a propuesta conjunta del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación. El art. 3.2 del Real Decreto 972/2020 establece que en la orden ministerial se regulen las bases de la convocatoria con un contenido mínimo que debe incluir:

> «Los requisitos que han de concurrir en las candidaturas, los méritos que se tendrán en cuenta, los criterios de valoración de tales méritos y la forma de acreditar todos ellos, de conformidad, según el procedimiento de designación de que se trate, con las recomendaciones del comité regulado en el artículo 255 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o del Comité de Ministros del Consejo de Europa y el Panel consultivo de Expertos sobre candidatos para la elección de jueces titulares al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como con las especificaciones que hubieran fijado las instituciones europeas con carácter general o al abrir el proceso de selección correspondiente, y los demás elementos necesarios para llevar a buen fin la convocatoria».

La orden ministerial deberá establecer también «los criterios y la forma de realizar entrevistas a los candidatos» por parte de un comité de selección (art. 6), que estará encargado de entrevistar a los distintos candidatos. El comité tiene una composición específica en atención al órgano judicial europeo cuya vacante se deba cubrir[19], pero siempre estará presidido por el representante del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación

---

[18] Real Decreto 972/2020, de 10 de noviembre, art. 1.

[19] Art. 6.2: «Cuando el procedimiento se refiera a puestos en el Tribunal de Justicia o en el Tribunal General de la Unión Europea, el comité estará compuesto por las personas titulares de la Secretaría de Estado de Justicia, de la Secretaría de Estado para la Unión Europea y de la Subsecretaría de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, por un miembro de la carrera judicial con al menos categoría de magistrado designado por el Consejo General del Poder Judicial, así como por un jurista de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional, preferiblemente entre personas que hayan sido miembros del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Cuando el procedimiento se refiera a puestos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el comité estará compuesto por las personas titulares de la Secretaría de Estado de Justicia, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores y para Iberoamérica y el Caribe y de la Subsecretaría de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, por un miembro de la carrera judicial con al menos categoría de magistrado designado por el Consejo General del Poder Judicial, así como por un jurista de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional, preferiblemente entre personas que hayan sido miembros del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

con la ayuda de un miembro de la Abogacía del Estado, que asistirá a las reuniones con voz, pero sin voto (art. 6.3).

En cuanto a los requisitos que han de reunir los candidatos, el Real Decreto 972/2020 se remite a la normativa internacional[20] y, si bien el procedimiento de selección debe regirse por los principios de igualdad, mérito y capacidad[21], cada proceso tiene sus particularidades derivadas de las condiciones impuestas por cada una de las normativas que rigen a los distintos tribunales. Por esa razón, dichos procedimientos están regulados en el Real Decreto 972/2020 en dos capítulos diferentes, el Capítulo III para el TJUE y el TG, y el Capítulo IV para el TEDH.

Tras el examen de los antecedentes de los candidatos y, en su caso, la realización de entrevistas, el comité valora las candidaturas y propone al candidato o los candidatos. El comité decide por mayoría y, en todo caso, la decisión final sobre las candidaturas que se elevarán ante las instituciones europeas recae en el Consejo de Ministros, que adoptará un acuerdo al efecto[22]. Si el gobierno considerase que la propuesta del Comité no es idónea, la devolverá al «comité de selección mediante acuerdo motivado, otorgándole un nuevo plazo para que formule nueva propuesta al Consejo de Ministros» (art. 12).

El sistema del Real Decreto 972/2020 ya ha sido aplicado en un caso concreto, que terminó con la propuesta de nominación de la entonces candidata Lourdes Arastey Sahún, que en ese momento era magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y ahora es juez del Tribunal de Justicia desde su toma de posesión el 7 de octubre de 2021.

La nueva regulación contiene un procedimiento apropiado y ajustado al Derecho internacional, que, repito, es un gran avance normativo. Los comentarios de las novedades introducidas por el nuevo procediendo coinciden en resaltar sus beneficios. Aunque también se han planteado diversas críticas.

Entre otras, se ha criticado el grado de transparencia que exige la nueva normativa. El art. 4 dispone la publicación de la convocatoria del procedimiento de selección en el *BOE* y las páginas web de varios Ministerios. En opinión de Petit de Gabriel, este es un avance importante, pero insuficiente, si se tiene en cuenta todo el procedimiento. Para esta autora «sería recomendable que se publicara igualmente, si no en el *BOE*, en las páginas electrónicas oficiales, el resultado de la selección y la documentación del proceso», una práctica que ya se da en los procesos selectivos de órganos especializados de derechos humanos en el Consejo de Derechos Humanos[23]. Sería apropiado que se anuncien también los temas que serán objeto de la entrevista del Comité, sobre el cual no se da información ni se establece su duración. Se ha sostenido que las razones que limitan la transparencia en el Comité del art. 255 podrían encontrar su motivación en la autoprotección del proceso frente a la

[20] *Id.,* arts. 9 y 11.
[21] *Id.,* art. 7.
[22] *Id.,* arts. 10.3 y 12.3.
[23] *https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/SP/Pages/Nominations.aspx.*

intervención gubernamental[24]. Este argumento no resulta convincente para el comité de selección español, porque su composición asegura la presencia del gobierno en todo el proceso. Por su parte, Bustos Gisbert sostiene que un proceso de selección nacional totalmente transparente puede ser un elemento disuasorio para los potenciales candidatos, dado que, si son rechazados, puede dar una imagen de desprestigio profesional[25]. No estoy convencido de que esto sea así. De hecho, cumplir con los requisitos para presentarse al proceso de selección y, si son convocados a las entrevistas, causar una buena impresión a los miembros del comité de selección, aumenta el prestigio de los candidatos, con independencia del resultado final.

Otras críticas se centran en que el procedimiento para las renovaciones conserva un carácter exclusivamente político. En efecto, según el art. 8 del Real Decreto, las renovaciones de jueces y magistrados del TJUE y el TG se resuelven mediante acuerdo del Consejo de Ministros. Desde mi perspectiva, sin embargo, salvo que haya datos bien fundados que lo contraindiquen, no me parece inadecuado que se proceda a la renovación de jueces y magistrados que ya han pasado un proceso de selección para acceder a sus cargos.

Este dato brinda la oportunidad para considerar cuál es el grado óptimo de discrecionalidad política para la elección de los jueces a tribunales internacionales. En el Derecho comparado se distinguen dos posibles escenarios: una selección exclusivamente dominada por el poder ejecutivo; o una selección de tipo mixto, que requiere la consulta previa de órganos consultivos, o en algunos casos de los parlamentos nacionales, antes de la decisión definitiva por parte del gobierno[26]. El primer sistema, cada vez más minoritario, era el que tenía España antes de las reformas recientes. En Italia, el art. 17 de la Ley 234/2012 *sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa europea*, que obliga al primer ministro a informar al parlamento sobre el procedimiento que ha seguido para la selección de las candidaturas, se acerca al primer supuesto ya que otorga un amplio margen de discrecionalidad al poder ejecutivo. La mayoría de los países adoptan un sistema mixto, que en muchos casos se implantó como consecuencia del establecimiento del Comité del art. 255 TFUE. Así ocurrió en Bulgaria, Croacia, República Checa y Finlandia. Hay diferencias sobre el grado de transparencia, la composición de los comités de selección, las exigencias de motivación. En unos pocos países se exige la participación de los parlamentos nacionales, como es el caso de Austria o Eslovenia. En todos los casos termina decidiendo el gobierno. La nueva regulación española está en armonía con la mayoría de los sistemas nacionales europeos de selección de jueces europeos. Y, aunque parece inevitable que finalmente haya una decisión política, desde

---

[24] Dumbrowvský, T., Petkova, B. y van der Sluis, M., «Judicial Appointments...», *op. cit., supra*, p. 482.

[25] Bustos Gisbert, R., «La controvertida composición...», p. 251.

[26] Véase Dumbrowvský, T., Petkova, B. y van der Sluis, M., «Judicial Appointments...», *op. cit., supra*, pp. 466 y ss.

mi punto de vista, hubiera sido mejor tener un comité de selección con una conformación más independiente, con menor peso gubernamental.

4. CONCLUSIÓN

El Real Decreto 972/2020 representa una mejora significativa del sistema de selección de jueces para los tribunales europeos. Así quedó demostrado en la única experiencia que se ha dado hasta la fecha, que dio lugar a la nominación de la actual Jueza del TJUE Lourdes Arastey Sahún. El sistema puede seguir mejorando, por ejemplo, aumentando la independencia del comité de selección, acrecentando en la medida de lo conveniente su transparencia, ofreciendo información fiable sobre el tipo y el contenido de las entrevistas a los candidatos y, como ha sugerido la Profesora Petit de Gabriel, estableciendo normas explícitas sobre paridad de género. El sistema actual, sin embargo, representa una mejora sustantiva, ya que evita la selección de candidatos no idóneos y favorece la elección de los mejores candidatos. Confiemos en que se extienda el ejemplo y se abra un diálogo sobre la regulación de los procesos de selección de jueces e integrantes de listas de árbitros y mediadores para otras cortes y tribunales internacionales.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL
Práctica Española de Derecho Internacional Público/
Studies on Spanish Public International Law Practice
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 491-498
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.3a.02
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

EL ESPAÑOL COMO LENGUA DE TRADUCCIÓN DE CORTESÍA EN EL REGISTRO Y PUBLICACIÓN DE TRATADOS EN NACIONES UNIDAS: UN NUEVO HITO PARA EL PROGRESO DEL IDIOMA EN EL SISTEMA JURÍDICO INTERNACIONAL

THE SPANISH AS LANGUAGE OF COURTESY TRANSLATION IN THE UNITED NATIONS REGISTRATION AND PUBLICATION OF TREATIES: A NEW MILESTONE IN THE ADVANCEMENT OF LANGUAGE IN THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM

Ricardo García López*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ORIGEN DEL MARCO NEGOCIADOR PARA LA REFORMA DEL REGLAMENTO DE REGISTRO Y PUBLICACIÓN DE TRATADOS.—3. PROPUESTA DE LENGUAJE DE RESOLUCIÓN EN EL 75.º PERIODO DE SESIONES (OCTUBRE-DICIEMBRE DE 2020).—4. LA FORMULACIÓN DE LA PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO.—5. CONCLUSIÓN VALORATIVA.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el pasado 1 de febrero de 2022 los Estados miembros y Organizaciones Internacionales pueden hacer uso de la lengua española como lengua de traducción de cortesía al presentar sus tratados y acuerdos internacionales a registro y publicación por la Secretaría de las Naciones Unidas con arreglo a lo dispuesto en art. 102 de la Carta. Esta nueva posibilidad responde a la entrada en vigor en esa fecha de la Resolución de la Asamblea General 76/120, de 9 de diciembre de 2021[1], en cuyo anejo se recoge la nueva versión del reglamento

* Consejero para Asuntos Culturales y Científicos en la Embajada de España en el Perú. Hasta 2022 fue Secretario de Embajada y Asesor Jurídico en la Representación Permanente de España ante las Naciones Unidas. Vicepresidente WEOG de la Sexta Comisión (Asuntos Jurídicos) de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 76.º periodo de sesiones.

[1] Resolución A/RES/76/120, de 9 de diciembre de 2021, cuyo Anexo contiene el Reglamento para la aplicación del art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

que regula la operación de registro y publicación de los tratados y acuerdos internacionales por parte de la Secretaría de las Naciones Unidas (por su División de Tratados en su Oficina de Asuntos Jurídicos). Así, la novedad se recoge en el nuevo art. 5.3 del Reglamento, en los siguientes términos:

> «Además de una copia certificada y de la declaración mencionadas, toda presentación puede incluir también, cuando se disponga de ellas, traducciones de cortesía del texto a cualquiera de los idiomas oficiales de las Naciones Unidas, con el fin de agilizar las traducciones al francés y al inglés a efectos de su publicación de conformidad con el art. 12 del presente Reglamento».

Así, desde la entrada en vigor de la Resolución 76/120 se rompe con la tradición histórica de la Secretaría de únicamente aceptar traducciones de cortesía al inglés y al francés (que son las lenguas de traducción para publicación históricas del Repertorio de Tratados de Naciones Unidas), para dar entrada a cualquiera de las seis lenguas oficiales a desempeñar esa función, y significativamente al español. Esta innovación reglamentaria ha sido posible dentro de un marco de negociación y de adopción de acuerdos muy complejo, por requerirse tradicionalmente la adopción por consenso en las resoluciones de la Asamblea General que prepara su Sexta Comisión (Comisión Jurídica), y por la especial sensibilidad política detrás de cualquier iniciativa que afecte al régimen de utilización de las lenguas oficiales en las Naciones Unidas.

Estos dos factores, la exigencia de la adopción por consenso, y la especial sensibilidad política del régimen lingüístico en Naciones Unidas, han exigido una intensa y laboriosa actividad de negociación para que la iniciativa de hacer el español lengua de traducción de cortesía para el registro y publicación de tratados llegase a buen puerto. Esta acción diplomática se ha concebido, impulsado y coordinado por la Misión Permanente de España ante las Naciones Unidas junto a un grupo de países hispanohablantes y Portugal, principalmente, y en las líneas que sigue se describe sucintamente el proceso.

2. ORIGEN DEL MARCO NEGOCIADOR PARA LA REFORMA DEL REGLAMENTO DE REGISTRO Y PUBLICACIÓN DE TRATADOS

El punto de partida de las dos últimas reformas del reglamento de registro y publicación de tratados, y que ha resultado en última instancia en la equiparación de los seis idiomas oficiales de Naciones Unidas como posibles lenguas de traducción de cortesía de tratados hay que buscarlo en el verano de 2018, antes del inicio del 73.º periodo de sesiones de la Asamblea General. Un grupo de Estados lanza una propuesta de inserción de un nuevo tema en el programa de trabajo de la Asamblea General, bajo el epígrafe denominado «Fortalecimiento y promoción del marco de tratados internacionales» [2].

[2] Los Estados proponentes son Argentina, Austria, Brasil, Italia y Singapur, quienes mediante Carta de 7 de junio de 2018 de sus representantes permanentes ante las Naciones Unidas proponen el tema con un memorando justificativo, recogido en el documento A/73/1411.

La idea de los Estados proponentes es integrar dentro de los trabajos de la Sexta Comisión de la Asamblea General, la Comisión Jurídica, un tema de cariz más técnico, menos susceptible de polarización política, y de este modo ayudar a dinamizar y desbloquear el funcionamiento de la Sexta Comisión, que tiene adoptada la práctica de adopción de decisiones por consenso (sin recurso a la votación).

Propuesto el tema, su tratamiento por la Sexta Comisión arranca con el examen muy concreto de aquellos aspectos del procedimiento de registro y publicación de tratados con arreglo al art. 102 de la Carta que pudieran mejorarse, para la modificación del reglamento mediante resolución de la Asamblea General. En este primer examen, y merced también al informe del secretario general que sirve para el tratamiento del tema [3] aparece la cuestión, junto a otras [4], del régimen lingüístico que rodea la operación de registro y publicación de tratados [5].

La cuestión de las lenguas se plantea, sin embargo, en esta discusión en relación con un problema muy puntual y concreto: el tiempo que es necesario invertir en traducir los tratados y acuerdos internacionales al inglés y al francés (cuando no están concluidos como versiones auténticas en uno de esos idiomas o en ambos) para ser publicados junto a sus versiones auténticas en la recopilación, supone un retraso acusado en los tiempos de publicación final de los tratados y acuerdos internacionales. Varios años pueden llegar a transcurrir entre la presentación para registro de un tratado a la Secretaría, y su publicación final, en sus versiones auténticas y en su caso, junto a las traducciones al inglés y al francés, en el Repertorio de Naciones Unidas [6].

A este desafío se plantean de forma muy preliminar posibles fórmulas de reforma del reglamento por un número de delegaciones, incluida la reducción solamente al inglés como lengua de traducción para publicación, o bien al inglés o al francés (una única lengua de traducción), según la opción del Estado/Organización Internacional que presenta el tratado para registro y publicación. Con todo, este «aluvión de propuestas» diversas en un ámbito tan sensible como el lingüístico en Naciones Unidas, unido a la práctica de la Sexta Comisión de adoptar decisiones por consenso lleva a una parálisis clara de adopción de modificación reglamentaria alguna en este ámbito lingüístico, mientras que se adopta un nuevo reglamento que sí recoge algunas

[3] Informe del secretario general, Examen del reglamento para la aplicación del art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas, recogido en el documento A/72/86.

[4] Otras cuestiones se tratan en los meses de discusión en la Sexta Comisión, como son las posibles modernizaciones de los métodos electrónicos de presentación para registro de tratados y acuerdos internacionales a la Secretaría, el reconocimiento de la función prioritaria de registro y publicación en la figura del depositario, en aquellos tratados y acuerdos internacionales que recojan esta figura; la posibilidad de recoger formalmente el registro y publicación de tratados que están en fase de aplicación provisional, o bien la necesidad de abrir una vía para el registro y publicación de tratados y acuerdos internacionales que se refieren a tratados o a acuerdos internacionales en su texto, siendo que estos últimos no han sido objeto a su vez de registro y publicación con carácter previo.

[5] Apdos. 38 a 44 del Informe del secretario general contenido en el documento A/72/86.

[6] En concreto, apdos. 41 a 43 del Informe del secretario general contenido en el documento A/72/86.

otras modificaciones, como anejo a la Resolución 73/210, de 20 de diciembre de 2018[7], que se adopta por consenso.

Así las cosas, en el 73.º periodo de sesiones de la Sexta Comisión de la Asamblea General no resultó posible alcanzar ninguna modificación reglamentaria que ofreciese alguna fórmula de mejora en el sistema de traducciones de tratados para paliar el retraso entre su presentación para registro y su publicación en la recopilación oficial de tratados en papel. Sin embargo, y gracias a la concertación principalmente entre las delegaciones de Argentina y España, se acordó dejar viva la reflexión mediante la identificación en el párrafo dispositivo 4 de la Resolución 73/210, de una serie de «cuestiones pendientes» sobre los que la Asamblea General debe volver a pronunciarse en el 75.º periodo de sesiones, sobre la base de un informe al efecto elaborado por el secretario general[8].

Así, el inicio del tratamiento de esta cuestión en el 73.º periodo de sesiones pone de manifiesto la dificultad de poder llegar a alguna decisión de reforma del reglamento para responder al desafío que supone el retraso en la publicación de tratados por el régimen lingüístico actual de publicación contenido en el art. 12 del Reglamento (versiones auténticas de los tratados más traducciones al inglés y al francés). La razón principal reside en las posiciones defensivas de muchas delegaciones en un tema tan sensible como el lingüístico, lo que unido a la necesidad de la adopción por consenso de cualquier reforma del reglamento dificulta la negociación.

En esta situación, desde la Misión de España se percibió la apertura de esta reflexión en términos de oportunidad para la mejora de la posición relativa de la lengua española en este ámbito, y así se planteó al grupo de Estados hispanohablantes. La reflexión sobre posibles fórmulas de mejora de un sistema que prevé un régimen de traducción para publicación limitado exclusivamente al inglés y al francés desde tiempo atrás era una ventana de oportunidad para tratar de encontrar vías de mejora del idioma español en este ámbito.

3. PROPUESTA DE LENGUAJE DE RESOLUCIÓN EN EL 75.º PERIODO DE SESIONES (OCTUBRE-DICIEMBRE DE 2020)

Planteado el examen de la cuestión del régimen lingüístico en el procedimiento de registro y publicación de tratados en Naciones Unidas como una de las «cuestiones pendientes» de las que se ocuparía la Sexta Comisión de la Asamblea General en su 75.º periodo de sesiones (octubre-diciembre

[7] Resolución A/RES/73/210, de 20 de diciembre de 2018, cuyo Anexo contiene el Reglamento para la aplicación del art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

[8] Según el párrafo dispositivo 12 de la misma Resolución 73/210. Este informe sería finalmente el contenido en el documento A/75/136, que sirvió para el examen de la cuestión en el 75.º periodo de sesiones.

de 2020), los esfuerzos de la Misión de España ante Naciones Unidas se dirigieron a identificar una propuesta viable para ser adoptada en el reglamento que se reforma vía Resolución de la Asamblea General.

De los trabajos de impulso de esta cuestión por la delegación de España en la Sexta Comisión de la Asamblea General resultó muy pronto claro que la única opción viable de progreso, capaz de atraer una adopción por consenso, es recurrir a la equiparación de los seis idiomas oficiales de Naciones Unidas en la potenciación del recurso a las traducciones de cortesía.

Desde este convencimiento, y con el propósito prioritario de encontrar la vía de mejorar la posición del español en este proceso, la fórmula de compromiso se suscitó en los siguientes términos: España, a través de su liderazgo y coordinación del grupo de Estados hispanohablantes más otros posibles interesados, propondría una fórmula para el reglamento de registro y publicación de tratados que potenciaría las traducciones de cortesía, pero con una novedad: esas traducciones de cortesía podrían presentarse en cualquiera de las seis lenguas oficiales de las Naciones Unidas, y no solo como hasta la fecha en inglés o en francés.

Sin embargo, el advenimiento de la pandemia de covid-19 en el 75.º periodo de sesiones de la Sexta Comisión obligó a que los procedimientos de negociación se hiciesen en gran medida mediante plataformas virtuales, sin reuniones presenciales, y a que las delegaciones acordaran postergar cualquier reforma del reglamento al periodo de sesiones ulterior (76.º periodo de sesiones), centrándose los trabajos en la negociación de un texto para la resolución (sin reformas al reglamento)[9].

En este contexto, España, en coordinación con su grupo, propuso lenguaje para la resolución en torno a la recomendación de hacer uso de traducciones de cortesía en las seis lenguas oficiales de la organización, para agilizar la traducción de los tratados y acuerdos internacionales al inglés y el francés para su publicación, y de este modo acortar los tiempos entre la presentación a registro de los tratados y su publicación en la recopilación oficial.

Sin embargo, la adopción de este lenguaje de resolución se vio impedida por el bloqueo de la delegación de la Federación Rusa, que de forma aislada (ninguna otra delegación manifestó su oposición al párrafo propuesto por España) impidió su adopción por consenso. Su postura la argumentó sobre la base de considerar la fórmula del uso voluntario de lenguas de cortesía como una vía insuficiente y «de maquillaje» para resolver el problema del retraso acumulado en la publicación de tratados. Para la delegación rusa la solución al problema residía únicamente en incrementar el presupuesto de traducción a disposición de la División de Tratados, y cualquier otra propuesta que no fuese esta no obtendría su apoyo.

[9] Párrafo dispositivo 12 de la Resolución 75/144, adoptada el 15 de diciembre de 2020, documento A/RES/75/144.

Con todo, el «fracaso» en la adopción de la propuesta española sobre traducciones de cortesía como lenguaje de resolución no hizo sino poner la primera piedra para un objetivo más ambicioso: consagrar en lenguaje de reglamento (no de mera resolución), mediante una reforma de contenido, la posibilidad de presentar traducciones de cortesía en cualquiera de los seis idiomas de la Organización para agilizar las traducciones al inglés y francés con vistas a la publicación.

4. LA FORMULACIÓN DE LA PROPUESTA DE REFORMA DEL REGLAMENTO

Sobre la base de las negociaciones y contraste de posiciones alrededor de posibles reformas del reglamento en el ámbito del régimen lingüístico, desde la Misión de España se retomó el contacto con el grupo de Estados hispanohablantes, las principales delegaciones representativas de los distintos bloques de posición, y la Secretaría, para esta vez elaborar una propuesta concreta de reforma del reglamento de registro y publicación, en forma ya de texto articulado.

La propuesta finalmente se estructuró en la forma de un añadido a los arts. 5 y 13 del reglamento. Al art. 5 para abrir la posibilidad de presentar traducciones de cortesía en cualquiera de las seis lenguas oficiales de Naciones Unidas (con carácter voluntario y siempre según la disponibilidad de las citadas traducciones de cortesía) para agilizar y facilitar la labor de la Secretaría de traducción al inglés y al francés para publicación. Al art. 13 para reflejar en el reglamento la buena práctica de la Sección de Tratados, consistente en poner a disposición los tratados en su versión auténtica en su página web tan pronto son registrados, y las traducciones preliminares al inglés y al francés tan pronto estén disponibles, de forma que pueda aliviarse en cierta medida el retraso en la publicación formal, que lleva más tiempo debido a las labores de traducción.

Dentro del art. 5.4, letra *e)* en la propuesta, a su vez, se recoge expresamente que, dentro de los campos del registro de los tratados y acuerdos internacionales, se recoja expresamente la lengua en la que, en su caso, se han presentado traducciones de cortesía del tratado[10].

La presentación formal de la propuesta fue hecha por España, en nombre propio y de la práctica totalidad de Estados hispanohablantes, más la delegación de Portugal[11]. Con mínimas variaciones ha sido la propuesta adoptada finalmente en el nuevo reglamento adoptado por consenso mediante la Resolución de la Asamblea General 76/120 precitada.

---

[10] Véase documento de intervención de España en el debate general sobre el tema, disponible en *https://www.un.org/en/ga/sixth/76/pdfs/statements/treaty_framework/10mtg_spain.pdf*.

[11] Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guinea Ecuatorial, Honduras, México, Paraguay, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela, junto a España.

5. CONCLUSIÓN VALORATIVA

Resulta indiscutible que el nuevo reglamento de registro y publicación de tratados de Naciones Unidas que adopta la Resolución 76/120 abre un nuevo horizonte de posibilidades para la lengua española en su utilización dentro de los medios jurídicos en el sistema de las Naciones Unidas. La actividad de registro y publicación de tratados y acuerdos internacionales con arreglo al art. 102 de la Carta constituye una de las más emblemáticas históricamente en el sistema multilateral, que entronca con la Sociedad de Naciones y con el compromiso de evitar la denominada «diplomacia secreta», en que el desconocimiento de las obligaciones bilaterales de los Estados se considera un factor negativo en la preservación de la paz y seguridad internacionales.

Es cierto que el español no alcanza con esta modificación normativa el rango de «lengua de traducción para publicación», que permanece reservado en exclusiva para el inglés y el francés en el art. 12 del reglamento, pero también es cierto que no es una novedad despreciable haber roto el «dique» que supone en el sistema de Naciones Unidas que el concepto mismo de «traducción de cortesía», la noción misma, también se reserve al inglés y al francés en exclusiva. Esta apertura del concepto de traducción de cortesía a las seis lenguas oficiales de la Organización es un escenario en el que muy probablemente la lengua que mayor potencial tenga de progreso sea el español, pues es la que se encuentra en una posición más atractiva para ser utilizada como lengua de traducción de cortesía alternativa al inglés y al francés.

Corresponde ahora al dinamismo de la práctica de registro y publicación de tratados de los Estados y Organizaciones Internacionales, como se decía al principio de este trabajo, hacer uso de esta nueva posibilidad. La oportunidad para la lengua española esta ahí, en el nuevo art. 5.4, letra *e)* del Reglamento, que además prevé que en el registro de los tratados y acuerdos internacionales la División de Tratados pueda dejar constancia de la elección concreta de lengua de traducción de cortesía por Estados y Organizaciones Internacionales a la hora de agilizar el registro y publicación de sus tratados. Qué mejor manera de medir un hipotético «éxito» del español como lengua de traducción de cortesía que dejar un «rastro formal» en el registro de tratados de todas y aquellas ocasiones en que la lengua española sea escogida como lengua de traducción de cortesía de un tratado internacional.

En cualquier caso, y atendida la situación de partida, la innovación del reglamento recogida en la Resolución 76/120 constituye un hito en la potencial mejora de la posición de la lengua española en el sistema de Naciones Unidas en el ámbito del Derecho internacional, y a esta buena noticia se une el protagonismo que ha tenido España en el seno de Naciones Unidas para llegar a este resultado. Nuestro país no estuvo, por razones conocidas, entre los actores protagonistas de que en los momentos constitutivos de Naciones Unidas

la lengua española alcanzase el rango de una de las seis lenguas oficiales de la Organización, bien está que haya liderado y coordinado una iniciativa que pone las bases para que el español alcance dentro de la Organización el rango que se merece, al poder ser utilizado desde el pasado 1 de febrero como lengua de traducción de cortesía de tratados y acuerdos internacionales.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección PRÁCTICA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL
Práctica Española de Derecho Internacional Privado/
Studies on Spanish Private International Law Practice
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 499-506
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.3b.01
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

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

A PROPÓSITO DEL NUEVO REGLAMENTO (UE) NÚM. 2109/1111

IN CONNECTION WITH THE NEW REGULATION (EU) 2109/1111

Joaquín Bayo Delgado*

Palabras clave: Reglamento 2019/1111, responsabilidad parental, supresión del exequátur, ejecución de resoluciones, interés superior del menor.

Keywords: Regulation (EU) 2109/1111, parental responsibility, exequatur suppression, enforcement of decisions, the best interest of the child.

SUMARIO: 1. NUEVA DISPOSICIÓN FINAL 22.ª DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (LEC).—2. SUMISIÓN INTERNACIONAL TÁCITA.—3. RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS.—4. ENUMERACIÓN DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS.—5. RECURSO DE APELACIÓN SUSPENSIVO EN EL PROCEDIMIENTO SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES.—6. OTROS ASPECTOS DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE MENORES.—7. COMPETENCIA TERRITORIAL PARA LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ADOPTADAS POR SENTENCIAS EXTRANJERAS.—8. CAUCE PROCESAL PARA LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ADOPTADAS POR SENTENCIAS EXTRANJERAS.—9. REGLAMENTO (UE) NÚM. 606/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 12 DE JUNIO, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL.—10. MODIFICACIÓN DEL ART. 22 QUÁTER, *C)* DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL (LOPJ).—11. MODIFICACIÓN DEL ART. 22 QUÁTER, *D)* LOPJ.—12. PARIENTES ACOGEDORES EXENTOS DE APROBACIÓN.—13. EXIGENCIA DE LEGALIZACIÓN.

---

* Abogado. Ex Magistrado A.P. Barcelona, Sección 12.ª (Familia), *j.bayo@icab.es*. Todas las páginas web mencionadas han sido consultadas el 20 de agosto de 2022,

El Reglamento (UE) núm. 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[1], es de aplicación a partir del 1 de agosto de 2022, pero la información que España ha dado a la Comisión Europea según su art. 103 debería estar basada en cambios legislativos o reglas complementarias de aplicación del nuevo reglamento. Con fecha 1 de agosto de 2022, ha aparecido en el *Atlas Judicial Europeo en materia civil*[2] la información que ha dado España y resulta una incógnita en qué ha basado esa información. Los problemas prácticos de esta situación fueron reflejados en las conclusiones del Encuentro organizado por el Consejo General del Poder Judicial (EN21059) durante los días 3, 4 y 5 de noviembre de 2021, entre la Judicatura y la Abogacía especializada en Derecho de Familia y Gabinetes Técnicos de Psicología Jurídica del Menor y Forense[3].

Con posterioridad a ese encuentro, el Gobierno ha remitido a las Cortes los Proyectos de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia (Proyecto de eficiencia procesal) y de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para la implantación de los Tribunales de Instancia y las Oficinas de Justicia en los municipios (Proyecto de eficiencia organizativa)[4]. Nada se prevé en esos proyectos sobre la inmediata aplicación del Reglamento 2019/1111 ni sobre cambios legislativos aconsejables en su ámbito material y, de hecho, hay errores en la propuesta legislativa.

Aquí se recogen los aspectos más destacados para la práctica forense que el legislador debería abordar con urgencia (y preferiblemente en una norma *ad hoc*, precisamente por la urgencia), para hacer posible una aplicación coherente y clara del nuevo reglamento.

1. NUEVA DISPOSICIÓN FINAL 22.ª DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL (LEC)[5]

Sin duda se trata de la necesidad más urgente. La nueva DF 22 debería recoger los aspectos de la hasta ahora vigente y los de la DF 25 que corresponde al Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[6], cuyas pautas sigue el nuevo Reglamento 2019/1111 en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones, documentos públicos y acuerdos.

---

[1] *DOUE* L 178, de 2 de julio de 2019.

[2] *https://e-justice.europa.eu/37842/ES/brussels_iib_regulation__matrimonial_matters_and_matters_of_parental_responsibility_recast_?SPAIN&member=1*.

[3] *https://www.icab.es/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/Conclusiones-EN21059-Guia-buenas-practicas.pdf*.

[4] *BOCG* núm. 98-1, Congreso de los Diputados, de 22 de abril de 2022.

[5] Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, *BOE* núm. 7, de 8 de enero de 2000.

[6] *DOUE* L 351, de 20 de diciembre de 2012.

El nuevo reglamento ha introducido más resoluciones y, por tanto, más certificaciones que el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000[7], al que está dedicada la actual DF 22. Siguiendo la misma, solo la emisión de las certificaciones generales (Anexos II y III) debería ser competencia de los letrados de la Administración del Justicia; la emisión del resto debería ser competencia del juez. El incidente de nulidad parece la forma más apropiada para la revocación prevista en el apdo. 2 del art. 48 del Reglamento.

Creemos que la idea de «hechos nuevos» del art. 286 LEC es adecuada para el mecanismo de prevalencia («*overriding*») del apdo. 3 del art. 29 del Reglamento y atribuiría la competencia al tribunal que todavía no ha resuelto un procedimiento sobre el fondo de la custodia, en tanto que se debería mantener la misma competencia que en el caso de la decisión sobre sustracción (juzgados de capital de provincia) si el proceso está visto para sentencia al recibir la remisión de la certificación del tribunal del otro Estado miembro de la UE (apdo. 5). Pese a que la STJUE asunto C-498/14 PPU, ECLI:EU:C:2015:3, permite la concentración de competencia en el supuesto equivalente del art. 11.7 del Reglamento 2201/2003, no tiene sentido que conozca el juzgado de la capital de provincia mientras otro juzgado de esa provincia está todavía conociendo del fondo de la custodia. La alternativa, peor, sería la acumulación en el juzgado de la capital de provincia, pero sería al revés de lo normal, acumulación de un proceso más antiguo al más reciente, contra el art. 79.1 LEC.

En cuanto al resto de puntos de la nueva DF 22, debería seguir el esquema de la DF 25, adaptado a la mayor complejidad y especificidad de las resoluciones previstas en el nuevo Reglamento 2019/1111. Sorprendentemente, la información española citada ha ignorado la competencia funcional del juzgado de ejecución en la denegación de la ejecutividad y el recurso extraordinario por infracción procesal ante el TS.

Para la emisión de certificados en los supuestos de documentos notariales y decretos de los letrados de la Administración de Justicia en materia matrimonial, hay que tener en cuenta que, en España, no hay escrituras públicas ni decretos en materia de responsabilidad parental con ejecutividad; sí, en cambio, debe complementarse el reconocimiento y ejecución de los documentos de otros Estados miembros.

2. SUMISIÓN INTERNACIONAL TÁCITA

Debe regularse procesalmente la información en casos de sumisión tácita prevista en el art. 10.1.*b)*ii) del Reglamento 2019/1111 y en los arts. 8.2 de los Reglamentos (UE) núm. 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio, por el

[7] *DOUE* L 338, de 23 de diciembre de 2003.

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[8] y el paralelo núm. 2016/1104, en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas[9]; de hecho esa obligación informativa ya existe desde el Reglamento 1215/2012 (art. 26.2). Un nuevo párrafo en el art. 38 LEC sería adecuado para ello, incluyendo la información en la cédula de emplazamiento.

3. RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS

El Proyecto de eficiencia procesal, en su art. 20, punto 86, modifica el art. 477 LEC (en el contexto de unificar los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal), pero olvida la casación de los verbales del apdo. 4 de la DA 25 LEC y de su paralelo en la futura DF 22 y, peor aún, la casación de todos los exequátur según el art. 55.2 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC)[10]. El Proyecto no debería aprobarse sin las rectificaciones necesarias.

4. ENUMERACIÓN DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS

El Proyecto de eficiencia procesal, en su art. 20, punto 103, modifica el art. 517 LEC para listar, en principio exhaustivamente, los títulos ejecutivos, pero, como acostumbra, el legislador español olvida lo internacional y no incluye los títulos ejecutivos comunitarios de ejecución directa, que en materia de familia son los supuestos de los arts. 17.2 del Reglamento (CE) núm. 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2018, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos[11], y 34.1 del Reglamento 2019/1111. También esa omisión debería ser subsanada con la mención de los títulos ejecutivos directos de los reglamentos europeos, aunque solo sea por razón pedagógica para los operadores forenses.

5. RECURSO DE APELACIÓN SUSPENSIVO EN EL PROCEDIMIENTO SOBRE RESTITUCIÓN DE MENORES

El Proyecto de eficiencia procesal, en su art. 20, punto 141, modifica el apdo. 11 del art. 778 quinquies LEC, para adecuarlo al nuevo recurso de apelación, que se interpondrá ante la Audiencia Provincial. Eso soluciona

[8] *DOUE* L 183, de 8 de julio de 2016.
[9] *Ibid*.
[10] *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015.
[11] *DOUE* L 7, de 10 de enero de 2009.

el problema de ausencia de plazo entre instancias, que el art. 24 del Reglamento 2019/1111 ignora. Pero se plantean dos problemas en la práctica. El primero es la falta de coherencia de plazos entre el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores[12]; esa incoherencia introducida por el nuevo reglamento no es fácil de resolver con legislación interna, concretamente en el art. 778 quinquies LEC. El segundo problema es que el Proyecto ha olvidado el apdo. 6 del art. 27 del nuevo Reglamento, que permite la ejecución provisional excepcional en caso de restitución. Debe ser recogido en el nuevo apdo. 11 del art. 778 quinquies LEC.

6. OTROS ASPECTOS DEL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE MENORES

En el apdo. 4 del art. 778 quáter LEC, debería constar la necesidad de que la Autoridad Central Española informe al demandante que puede designar abogado y procurador de su elección o ser representada y defendida por la Abogacía del Estado o por procurador y abogado de oficio, que deberían pertenecer a un turno especializado en la materia.

Debería establecerse un plazo a la Autoridad Central para presentar la solicitud de restitución. El art. 23 del Reglamento 2019/1111 solo establece plazo para el acuse de recibo.

Cuando la demanda de restitución se interponga por el abogado del Estado por orden de la Autoridad Central española, se debería prohibir que este pueda desistir de la demanda de restitución, forzando así el archivo de procedimiento, sin antes dar la oportunidad al demandante de buscar abogado y procurador de su elección o solicitarlos especializados de oficio.

Conviene regular el procedimiento de mediación en sustracción de menores para que no se alargue el procedimiento de restitución más de seis semanas (que ahora se puede alargar hasta varios meses) y formar a personal de los servicios correspondientes para que existan mediadores especializados en sustracción internacional de menores.

7. COMPETENCIA TERRITORIAL PARA LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ADOPTADAS POR SENTENCIAS EXTRANJERAS

El Proyecto de eficiencia procesal no modifica el actual art. 775.1 LEC, que atribuye la competencia funcional para la modificación de medidas de Derecho de familia al juzgado que las adoptó. Eso plantea siempre problemas

[12] Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980. Ratificado por España el 28 de mayo de 1987, *BOE* núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

prácticos, por la tendencia a la aplicación mecánica de la norma interna sin haber aplicado antes la competencia internacional[13]. Lo ideal sería que ese art. 775.1 LEC volviera a su redacción de 2005. En cualquier caso, además, para supuestos donde el art. 769 LEC no designa competencia territorial, debería introducirse un punto específico en ese art. 769 LEC con el 50 LEC y, si tampoco resuelve el caso (frecuentemente en competencia internacional basada en la nacionalidad), designar como competente el partido judicial con un vínculo más estrecho con el caso o con la eventual ejecución.

8. CAUCE PROCESAL PARA LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ADOPTADAS POR SENTENCIAS EXTRANJERAS

Otro aspecto falto de claridad en la práctica forense se da en los supuestos de resoluciones extranjeras con reconocimiento automático, como es el caso de los reglamentos europeos y algunos convenios internacionales. No es infrecuente que se exija exequátur previo (pues ni siquiera se contempla el reconocimiento incidental). Sería necesario indicar que la modificación se podrá solicitar si se aporta, con la propia demanda de modificación, el documento auténtico de la resolución, con la preceptiva traducción y certificado previsto en el reglamento o convenio. Solo si la otra parte considera que hay una causa de no reconocimiento, la podrá esgrimir en incidente de previo pronunciamiento (art. 44.2 LCJIMC). Se podría hacer la precisión en el art. 45.1 LCJIMC, donde ya se abordan las modificaciones.

9. REGLAMENTO (UE) NÚM. 606/2013, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 12 DE JUNIO, RELATIVO AL RECONOCIMIENTO MUTUO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN MATERIA CIVIL[14]

España ha comunicado sobre ese reglamento lo siguiente:

> «En España no hay órdenes de protección como las descritas en el Reglamento 606/2013 y, por tanto, no hay autoridades judiciales competentes para la emisión de esta orden y sus certificados en los términos del art. 5 del Reglamento»[15].

Esa «información» está erróneamente basada en la idea de que las medidas de protección son «penales» porque las dispone un juzgado penal (en realidad mixto civil-penal, Juzgados de Violencia sobre la Mujer), pero las medidas son «civiles» en el Derecho europeo según su definición en el art. 1 del Reglamento 606/2013. Tal información debería rectificarse, para facilitar la ejecución en otros Estados miembros de las órdenes de protección españolas.

---

[13] En una normativa procesal anterior equivalente (modificación como incidente en la ejecución) ya se producía: STC 61/2000, de 13 de marzo.

[14] *DOUE* L 181, de 29 de junio de 2013.

[15] *https://e-justice.europa.eu/content_mutual_recognition_of_protection_measures_in_civil_matters-352-es-es.do?init=true&member=1*.

Por otra parte, la coordinación del Reglamento 606/2013 (cuando es conocido por los operadores forenses) con el Reglamento 2019/1111 (y su antecesor 2201/2003) presenta dudas y debería no solo introducirse en el art. 778 quinquies LEC la mención expresa del Reglamento 606/2013, para promover su uso, sino también atribuir la competencia para adoptar esas medidas civiles (relativas a los progenitores o terceras personas) al juzgado de la restitución en caso de sustracción intracomunitaria y complementar así las del art. 27.5 del Reglamento 2019/111 [también ejecutivas en el EM de retorno del menor, según los arts. 2.1.*a)* y 34 del Reglamento 2019/1111].

10. MODIFICACIÓN DEL ART. 22 QUÁTER, *C)* DE LA LEY ORGÁNICA 6/1985, DE 1 DE JULIO, DEL PODER JUDICIAL (LOPJ)[16]

En el Proyecto de eficiencia organizativa se modifica la LOPJ, pero nada se hace en materia internacional. El art. 22 quáter (introducido en 2015) tiene una redacción incorrecta en varios puntos, que causa problemas en la práctica de los tribunales, y debería aprovecharse el Proyecto para su rectificación.

En primer lugar, en el apdo. *c)*, el inciso «y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia» debería ser suprimido. Ambos aspectos de ese inciso presuponen una intelección errónea de los aspectos internacionales. Incluir las modificaciones denota que se ignora el «*dépeçage*» y se parte de la idea de que las medidas (incluida la liquidación del régimen) siguen la competencia de la declaración de divorcio, separación o nulidad matrimonial (art. 91 CC); la supeditación a la ausencia de competencia extranjera es una de las malas transposiciones del Reglamento 2201/2003 (art. 7.1) e ignora las frecuentes competencias concurrentes. La otra mala transposición, que también debe corregirse, es haber puesto «desde la interposición de la demanda» en lugar de «antes de...».

Debería aprovecharse, según se concluyó en el citado Encuentro, para introducir la competencia en caso de nacionalidad española de uno de los cónyuges para supuestos de mutuo acuerdo. De esta manera, se haría útil este apdo. *c)*, cuando sea aplicable según el art. 6.1 del Reglamento 2019/1111.

11. MODIFICACIÓN DEL ART. 22 QUÁTER, *D)* LOPJ

También debería suprimirse el inciso «o, en todo caso,», que resulta ininteligible, y cambiar la nacionalidad española del demandante por la del hijo, que cubriría los mismos casos en la práctica (pues el hijo normalmente será español por filiación) y haría posible acumular la acción de alimentos según el art. 3.*d)* del Reglamento 4/2009, evitando así la excepción de sola nacionalidad de una de las partes.

[16] *BOE* núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Debería considerarse separar la competencia internacional para la filiación y para la responsabilidad parental y medidas de protección.

12. PARIENTES ACOGEDORES EXENTOS DE APROBACIÓN

El art. 82.2 del Reglamento 2019/1111 prevé, para el caso de acogimiento en otro Estado miembro, la exención de aprobación en ese EM y la notificación a la Comisión para su publicación. Contrariamente, el nuevo art. 20 ter de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor[17], ignora esa excepción, que tiene sentido si se trata de parientes próximos. La información remitida a la Comisión Europea se hace eco de la inexistencia de esa excepción en España.

13. EXIGENCIA DE LEGALIZACIÓN

En ese mismo precepto de la Ley Orgánica 1/1996, en su apdo. 6, se exige traducción legalizada. En la realidad, una norma tan explícita y clara hará que se ignore la norma prevalente de los arts. 90 del Reglamento 2019/111 y 43 del Convenio de La Haya de 1996, que el legislador español ha ignorado precisamente en ese art. 20 ter, que lleva por título «Tramitación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad en España remitidas por un Estado miembro de la Unión Europea o por un Estado parte del Convenio de La Haya de 1996».

[17] Por la DF 8.ª8 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, *BOE* núm. 134, de 5 de junio de 2021.

Revista Española de Derecho Internacional
Sección BIBLIOGRAFÍA
Vol. 74/2, julio-diciembre 2022, Madrid, pp. 507-547
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4
© 2022 Asociación de Profesores
de Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales
ISSN: 0034-9380; E-ISSN: 2387-1253

IV. BIBLIOGRAFÍA

Sección coordinada por Joana Abrisketa Uriarte (Derecho Internacional Público), Andrés Rodríguez Benot (Derecho Internacional Privado) y Rafael Grasa Hernández (Relaciones Internacionales)

RECENSIONES

Abrisketa Uriarte, J. (dir.), *Políticas de asilo de la UE: convergencias entre las dimensiones interna y externa*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 396 pp.

Esta obra colectiva *recoge los frutos*, como destaca Abrisketa en un breve prólogo, del proyecto de investigación homónimo y reúne en sus 14 capítulos diversas perspectivas sobre las políticas de migración y asilo en la Unión Europea (UE). La publicación aborda el difícil reto de encontrar sinergias y paralelismos entre la dimensión externa del asilo, centrándose en los problemas fronterizos y el discurso imperante sobre la seguridad, y la dimensión interna. Ambas confluyen en el Nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo (PEMA) de 2020 que pretende convertir las relaciones exteriores de la UE en el instrumento base de sus políticas. La carencia de una estructura temática dificulta la sistematización de los capítulos, dado que todos abordan problemáticas, retos y deficiencias que incluyen ambas dimensiones. Por ello, analizaremos su contenido también respetando esta presentación *líquida* de resultados y nos referiremos a *lo que es* y *lo que podría ser*, en un momento en que las nuevas políticas se encuentran aún en discusión.

Comenzando por *lo que es*, el Capítulo I nos muestra ya los problemas que varios autores han ido encontrando. Guild apunta que la UE sigue sin enfocar bien la cuestión, centrándose más en la solidaridad entre los Estados miembros a la hora de acoger y repartir solicitantes de asilo y migrantes, que en la consecución de unas condiciones de acogida acordes con las normas comunes. El Capítulo II ahonda en la realidad de los Centros de Acogida e Identificación, los llamados *hotspots*. El análisis de Churruca sobre su eficacia nos muestra la desagradable certeza de que los procedimientos usados en la frontera —Grecia e Italia— chocan en numerosos aspectos con los Derechos Humanos (DDHH) —de obligatorio cumplimiento para la UE, arts. 6 y 2 TFUE— y resultan además inefectivos e ineficientes. Trasladar los procedimientos de recepción a la frontera parece ser, no obstante, la pretensión de la UE, basándose en la «securitización» de las migraciones como respuesta a las actitudes de algunos Estados miembros como Hungría y Polonia, que rechazan los

valores de la UE (Gómez Isa, Cap. IV). Esta, en su lucha contra los Estados díscolos y la expansión continental de las tendencias populistas, trata de llevar las riendas y fortalecer una narrativa *euronacionalista*, a veces renunciando a sus principios fundacionales. Este no es el camino según la perspectiva sudamericana, donde Caballero (Cap. V) aboga por situar la «periferia en el centro» y dejar de plantear las migraciones como una amenaza.

Al analizar el sistema de asilo de la UE, Moreno-Lax (Cap. VIII) pone el acento en el principio de confianza mutua entre los Estados, relevante para el ordenamiento comunitario pero que *debe dejar paso a la realidad práctica y tener en cuenta las obligaciones legales pertinentes para con los solicitantes de asilo.* Se refiere a estándares mínimos de protección presentes en los instrumentos de DDHH relevantes para la UE (la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2007). Además, los DDHH en esta obra no solo se han valorado con base en instrumentos regionales, sino que se han ampliado al sistema universal y sus órganos de control. Así, Nagore Casas (Cap. IX) nos dirige hacia la Observación General núm. 36 del Comité de Derechos Civiles y Políticos que amplía la concepción de la extraterritorialidad. Tanto la UE como los Estados que firmen acuerdos de capacitación con terceros Estados de origen o tránsito de migrantes y refugiados tendrán en esta nueva jurisdicción extraterritorial el límite a sus posibles abusos o malas actuaciones. Morgades Gil (Cap. X) nos aclara la dimensión europea de los llamados *visados humanitarios* desde una visión crítica de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH.

Además, en materia de DDHH, resulta muy conveniente la introducción del análisis de las dos sentencias del TEDH y del Tribunal Constitucional español sobre la práctica de las devoluciones en caliente que realiza Intxaurbe Vitorica (Cap. XIII), mostrando su alejamiento de los derechos humanos. Por último, se incluyen también acertadas referencias a los rescates en la mar llevados a cabo por ONG, actores secundarios en la legislación «estatocéntrica» internacional, como muy bien expresa González Vega (Cap. XI). Sin poder concluir si la legislación actual es suficiente, el autor sugiere un posible papel futuro de las ONG en la búsqueda y el salvamento marítimo, complementario al de los Estados.

Respecto a lo que *podría ser*, a pesar de su desunión a la hora de negociar los pactos auspiciados por la ONU, la UE puede utilizarlos para desarrollar la teoría de los bienes públicos globales según Pérez González (Cap. VI), constituyendo un instrumento jurídico único para la migración y el asilo, con incentivos para los Estados miembros. La Unión no debería excusarse en la falta de base jurídica en los Tratados para no ser más ambiciosa en el despliegue de su política de asilo hacia terceros países. Como bien nos hace ver García Andrade (Cap. VII) en su conciso análisis jurídico, no basta con lo que ya existe, principalmente la asistencia financiera a países como Turquía, sino que es preciso ir más allá y utilizar todo el marco constitucional disponible. Abrisketa (Cap. XII) reconoce en el nuevo PEMA el intento de abordar las migraciones con una perspectiva amplia y contemporánea, aunque lamenta que *se tiende a proteger la seguridad en las fronteras frente a los derechos de los solicitantes de protección*. La futura aceptación o no del Pacto y la reforma de la correspondiente Directiva de acogida deberán abordar las cuestiones relativas a la vulnerabilidad de estas personas y su integración en las sociedades receptoras como apunta La Spina (Cap. XIV).

En definitiva, este trabajo rico, que ahonda en los entresijos del sistema de asilo europeo, su situación actual y fu-

tura, concluye que no hay soluciones fáciles a problemas complejos al tiempo que se aportan ideas que aúnen las bases ontológicas y jurídicas fundacionales de la UE con los retos que suponen las migraciones y el asilo. Animo a su lectura y consulta a todas las personas interesadas en conocer los detalles de la realidad actual, pero más aún a su posible (y deseable) evolución futura.

M. Avello Martínez
Universidad de Oviedo
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.01

Alventosa del Río, J., *Derechos sucesorios del cónyuge y Reglamento sucesorio de la Unión Europea,* Valencia, Universitat de València/Publicacions PUV, 2021, 396 pp.

La complejidad del tema sucesorio, así como sus particularidades en cada uno de los ordenamientos internos de los Estados miembros de la UE, ha requerido, no solo en España, la necesidad de analizar la interrelación del Reglamento (UE) 650/2012 con cada uno de los Derechos nacionales para su adecuada aplicación. En el caso del ordenamiento español, con gran acierto, la obra de la Profesora Alventosa del Río abarca el impacto de la norma comunitaria sobre el Derecho de sucesiones interno, de manera concreta, sobre la cuestión de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite. Su regulación y observación en el sistema de Derecho civil español está vinculada tanto a la existencia de los regímenes forales y sus particulares especificidades como, por ejemplo, a situaciones en las que personas del mismo sexo contraigan matrimonio. Es claro que un contexto normativo nacional en el que coexisten legislaciones civiles diferentes que regulan la misma materia puede ser origen de conflictos, tanto internos como internacionales, ante supuestos en que resulte de aplicación la ley española. Junto a esta cuestión de diversidad regulatoria interna, la autora destaca como la ausencia de regulación específica en el Reglamento respecto a la figura del cónyuge viudo puede dar lugar a situaciones complejas y provocar, en ocasiones, vacíos legales. Con este punto de partida, la obra examina la repercusión de la norma comunitaria respecto a los derechos sucesorios del cónyuge sobre la base de lo expuesto por la jurisprudencia del TJUE, las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y las distintas aproximaciones doctrinales que existen en referencia a la cuestión.

La estructura del libro resulta de la sistematización de las distintas cuestiones que nos permiten entender el supuesto y su tratamiento. En una primera parte, a modo introductorio, realiza una aproximación conceptual y normativa tanto a la figura del cónyuge viudo como al marco jurídico de la sucesión *mortis causa*. Es un punto de partida útil dada la cuestión a tratar. En segundo lugar, con ese orden lógico, y en la idea de la especial complejidad que se plantea en un sistema plurilegislativo como el español, la autora analiza la regulación sustantiva de la figura del cónyuge supérstite en nuestro ordenamiento, considerando la importancia de distinguir la regulación en el Derecho civil común frente a la que realizan, en competencia, los distintos Derechos forales. En tal contexto, resuelve como se produce la aplicación de uno u otro a través de las normas de nuestro Código Civil, cuyo resultado está vinculado al criterio de vecindad civil, sin obviar la complejidad que supone este escenario normativo de fuentes diversas.

El tercer bloque plantea el supuesto de la sucesión *mortis causa* con elemento extranjero en España, centrándose en la determinación del Derecho aplicable a

estos supuestos. Con tal fin, en una primera parte, se realiza una aproximación al Reglamento 650/2012, a su ámbito de aplicación y a las normas de ley aplicable (Cap. III del Reglamento, arts. 20 a 38). La autora analiza de una forma clásica los puntos de conexión utilizados en las normas de conflicto del Reglamento: la *professio iuris* y su limitación, el criterio de la residencia habitual, como regla general, y la cláusula de escape de los vínculos manifiestamente más estrechos. Finalmente, examina el ámbito de aplicación de la ley que resulta designada por las normas de conflicto del Reglamento remarcando los principios de unidad y universalidad que inspiran la norma comunitaria y que determinan que la misma se aplique a la totalidad de la sucesión, remarcando como entre las cuestiones específicas en que rige la ley designada está la determinación, como beneficiario, del cónyuge viudo, así como sus derechos respecto a la sucesión. En la segunda parte, a modo de cierre, se plantean los supuestos en que, aun siendo el Reglamento (UE) 650/2012 y los criterios contenidos en este los que han de determinar qué ley rige la sucesión transfronteriza, dada su prevalencia sobre las normas de Derecho internacional privado internas ante este tipo de supuestos, podemos encontrar sucesiones transnacionales en las que las normas de conflicto internas mantienen su operatividad bien porque se localizan en un momento anterior a la entrada en vigor del Reglamento (17 de agosto de 2015), bien porque nos encontremos ante un supuesto de sucesión transnacional en el que la ley designada por las normas de conflicto del Reglamento sea la española y deba resolverse, a su vez, un conflicto de leyes interno, encontrándonos ante un supuesto de Derecho interregional. En este último caso, también la norma del art. 9.8 CC permanecerá operativa, como norma de conflicto interna, para resolver tal situación en aplicación de lo que determina el art. 38 del Reglamento (UE) 650/2012.

Para finalizar, la Profesora Alventosa del Río aborda los derechos sucesorios del cónyuge viudo en una sucesión transnacional realizando, en una primera parte, la distinción de supuestos en base al momento temporal en que se produce la apertura de la sucesión del cónyuge causante (antes de la entrada en vigor del Reglamento, en el periodo transitorio y una vez la norma comunitaria entro en vigor). Se echa de menos en esta parte, a pesar de aparecer referido, un breve análisis de la cuestión de la ley aplicable al régimen económico matrimonial, ya que la misma puede determinar grados de protección sucesoria muy distintos respecto al cónyuge supérstite. Recordemos que la precisión de dicha ley no es una cuestión sucesoria pero afecta a la sucesión del cónyuge y a sus derechos. La vinculación jurídica entre la sucesión *mortis causa* y la extinción y liquidación del régimen económico matrimonial son evidentes. En tal sentido, no solo la referencia al Reglamento (UE) 2016/1103 sino su tratamiento e interrelación con el Reglamento (UE) 650/2012 resultan de importancia. En la segunda parte de este último capítulo la autora analiza los derechos sucesorios del cónyuge viudo en una situación transnacional que debe ser resuelta por la ley española, por aplicación de las normas del Reglamento ante diferentes situaciones (*de cujus* con nacionalidad española que ha elegido, o no, la ley aplicable a su sucesión o causante extranjero con residencia habitual en España). En todo caso, son supuestos que van a requerir la resolución de un conflicto interno de leyes y la determinación del Derecho sustantivo sucesorio que deba ser aplicado, común o especial de una determinada unidad territorial, en cada caso. En esta parte se incluye, a modo de cierre, una interesante referencia al supuesto de la sucesión intestada del cónyuge supérstite.

Se trata, como conclusión, de un estudio riguroso y didáctico en el que la

Profesora Alventosa del Río, afronta de una manera ordenada cuestiones propias de Derecho civil y Derecho internacional privado, todo ello desde el apoyo de abundantes fuentes jurisprudenciales y doctrinales de ambas ramas del Derecho; focalizando su libro en la figura del cónyuge viudo y sus derechos sucesorios. En este sentido, su aportación es enriquecedora, dado que sistematiza, desde lo general a lo particular, a través de un catálogo de supuestos, el entramado normativo y las distintas cuestiones que determina la aplicación del Reglamento (UE) 650/2012 respecto a la sucesión del cónyuge supérstite.

J. M. Velasco Retamosa
Universidad de Castilla-La Mancha
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.02

Aznar, M. J., *Maritime Claims and Underwater Archaeology: When History Meets Politics*, Leiden (Países Bajos), Brill, 2021, 131 pp.

El Profesor Mariano Aznar se ha convertido en uno de mayores y más prestigiosos expertos en el Derecho de la protección del patrimonio cultural subacuático. Sus contribuciones sobre la materia son un punto de referencia obligado para la doctrina y la práctica jurídicas en todo el mundo. En esta nueva obra, el Profesor Aznar aplica todo su amplio y profundo conocimiento de esta especialidad jurídica al análisis de las reclamaciones marítimas que invocan a la arqueología submarina como causas a favor de reivindicaciones de jurisdicción o soberanía sobre espacios marinos. El libro ofrece una clara, documentada y persuasiva explicación sobre la forma en que estas reivindicaciones se han formulado y analiza sus bases jurídicas, sin olvidar sus objetivos políticos y su dimensión ética.

El Profesor Aznar comienza su argumentación estableciendo los fundamentos del Derecho que protege al patrimonio cultural subacuático. La formidable Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar no fue clara ni convincente en su regulación sobre esta materia por razones jurídicas, pero también porque en la época en que se negocia la Convención la arqueología marina no era considerada aún una disciplina científica independiente ni existían los avances tecnológicos que la han impulsado en las últimas dos décadas. Solo dos artículos se refieren a la materia, el 149 y el 303, y ninguno de los dos aporta soluciones satisfactorias; más bien al contrario, reflejan las evidencias de las lagunas de ese incipiente régimen de protección del patrimonio cultural subacuático. Esas deficiencias fueron objeto de deliberaciones en diversos foros científicos, que impulsaron un proceso que tuvo como resultado un borrador de artículos que, tras varios años de negociación, eventualmente se convirtió en la Convención de la UNESCO sobre protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001.

El autor resume en unas pocas páginas de forma magistral las cuestiones centrales sobre la Convención de la UNESCO y destaca dos puntos controvertidos: el estatuto de los buques de Estado y el problema de la jurisdicción rampante. En relación con los buques de Estado, el conflicto se revela en el art. 7.3 de la Convención, donde se opta por un verbo recomendatorio («deberían») antes que obligatorio («deberán»). Las potencias marítimas, pasadas y presentes, hubiesen preferido establecer la obligación de informar al Estado del pabellón acerca del descubrimiento de buques y aeronaves de Estado identificables en sus aguas archipelágicas y el mar territorial. La cuestión de la jurisdicción rampante aparece asociada con los derechos y los deberes que la Convención adscribe a los Estados parte en relación con actividades

realizadas en la Zona Económica Exclusiva o en la plataforma continental. Esta cuestión es central para el propósito del autor. El Profesor Aznar sostiene que la Convención establece claros frenos a las ambiciones jurisdiccionales de los Estados que estén en contra del Derecho del Mar, como ocurre cuando afirma en su art. 2.11 que «[n]ingún acto o actividad realizado en virtud de la presente Convención servirá de fundamento para alegar, oponerse o cuestionar cualquier reivindicación de soberanía o jurisdicción nacional», o cuando establece en su art. 3 que «[n]ada de lo dispuesto en esta Convención menoscabará los derechos, la jurisdicción ni las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del Derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar». El Profesor Aznar acepta, sin embargo, que el art. 8 constituye una base para extender la jurisdicción de los Estados según la Convención porque en esa norma se afirma que «los Estados parte podrán reglamentar y autorizar las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático en su zona contigua».

En autor constata el escaso impacto de las actividades y vestigios arqueológicos en la jurisprudencia internacional. Se han aportado argumentos arqueológicos ante la Corte Internacional de Justicia en el asunto del *Templo de Preah Vihear* (1962) y en *Qatar c. Bahrain* (2001). En ninguno de esos asuntos fue un argumento determinante, asignándoseles, en el mejor de los casos, un valor probatorio secundario. Como curiosidad, pero también mostrando las diferencias y posibilidades que brinda la tecnología actual, el Profesor Aznar cuenta que una expedición de arqueología submarina de 2009 pudo determinar la posición exacta de uno de los buques británicos hundidos por minas en el conflicto que dio lugar al asunto del *Canal de Corfú* (1949), aportando datos que hubieran sido determinantes para la solución de la controversia.

El resto de la obra se ocupa de su objeto central, es decir, las reclamaciones marítimas basadas en argumentos de arqueología subacuática. El Profesor Aznar analiza dos tipos de reclamaciones. Las primeras incluyen prácticas estatales que utilizan a la protección del patrimonio subacuático o su regulación para realizar pretensiones jurisdiccionales en la zona contigua, la ZEE o la plataforma continental. En el libro se detallan de manera exhaustiva estas prácticas, que incluyen numerosas leyes internas de los Estados, generalmente en el ámbito de la cultura, y prácticas convencionales. Las leyes difieren en su forma y alcance, ya que algunas se refieren exclusivamente a las actividades dentro de la zona contigua, mientras que otras establecen zonas arqueológicas marítimas de grandes dimensiones, llamadas «zonas culturales marítimas», como es el caso de las Islas Mauricio o la República de Sudáfrica. En cuanto a las prácticas convencionales, el Profesor Aznar se refiere a las declaraciones hechas por los Estados al ratificar la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y, particularmente, al acuerdo de los Estados parte en la Convención de 2001 sobre el contenido del art. 8, que supone la extensión de la jurisdicción de los Estados para regular y autorizar actividades de dirigidas a la protección del patrimonio cultural subacuático dentro de la zona contigua. Según el autor, esta práctica estatal ha cristalizado una nueva regla de Derecho internacional, que reemplaza a la fórmula contenida en el art. 303.2 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, creando un nuevo régimen jurídico para los Derechos de los Estados ribereños en sus zonas contiguas en materia de protección del patrimonio cultural subacuático.

El segundo tipo de reclamaciones consideradas en el libro se caracterizan por utilizar argumentos y prácticas arqueológicas para demandar soberanía sobre grandes espacios marinos. Se ana-

lizan tres casos. El primero se refiere a las pretensiones de Canadá sobre el Ártico, que están basadas en sus derechos históricos heredados de Reino Unido, las consecuencias del deshielo y los derechos de los pueblos indígenas de estos territorios. Resulta que las investigaciones de arqueología marina que han hallado los restos de los buques *HMS Erebus* y *HMS Terror,* que formaban parte de la expedición de Sir John Franklin de 1845 y que fueron encontrados en 2014 y 2016, respectivamente, han sido utilizados como argumentos de Canadá a favor de sus reclamaciones de soberanía sobre amplias zonas del Ártico, incluyendo el Pasaje Noroeste, pudiendo afectar, en consecuencia, a la libertad de navegación. El segundo caso se construye en torno a las reclamaciones de jurisdicción y soberanía de China sobre el inmenso espacio marino conocido como el Mar de China del Sur. El Profesor Aznar demuestra una extraordinaria capacidad de síntesis para describir los orígenes históricos y el estado actual de las pretensiones chinas sobre el Mar de China del Sur. China tiene un programa de arqueología subacuática potente, apoyado por legislación interna y tecnologías avanzadas, que parecen indicar una voluntad cierta de utilizar al patrimonio cultural subacuático como un elemento de sus argumentos a favor de sus reclamaciones de jurisdicción y soberanía. Aznar es cuidadoso en su juicio: considera que China puede tener pretensiones legítimas sobre el Mar de China del Sur, pero que las pruebas históricas chinas no parecen suficientes para fundamentar esas pretensiones, y que si pretende utilizar a su favor al patrimonio cultural subacuático de los espacios disputados, China debería aceptar una corroboración científica apropiada de ese patrimonio, preferentemente mediante colaboración regional e internacional y actividades arqueológicas conjuntas según recomienda la Convención de la UNESCO, de la que, sin embargo, no es un Estado parte. El tercer caso se refiere a Rusia y difiere de los anteriores porque aquí no se trata de aportar patrimonio cultural subacuático para apoyar pretensiones de jurisdicción y soberanía, sino de destruirlo. El Profesor Aznar se refiere a la situación creada como consecuencia de la anexión ilegal de Crimea por parte de Rusia, que se agravará, por supuesto, tras la invasión de Rusia a Ucrania iniciada el 24 de febrero de 2022. A pesar de los acuerdos de cooperación relativos al Mar de Azov y el estrecho de Kerch previos a la anexión y la incoación de un procedimiento según el Anexo VII de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que incluye alegaciones ucranianas a favor de la protección del patrimonio cultural subacuático, Rusia, que ha renegado de la Convención de la UNESCO, estaría arruinando este patrimonio en los espacios marinos circundantes a Crimea.

El Profesor Mariano Aznar sostiene que este tipo de reclamaciones no son aceptables ni legal ni éticamente. Su tesis se basa en argumentos jurídicos robustos y en una concepción profundamente respetuosa del patrimonio cultural subacuático para beneficio de la humanidad. Una concepción que el autor defiende apasionadamente con su certera pluma y su equipo de buceo.

C. Espósito
Universidad Autónoma de Madrid
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.03

Barbé, E. (dir.), *Las normas internacionales ante la crisis del orden liberal*, Madrid, Tecnos, 2021, 176 pp.

Con *Las normas internacionales ante la crisis del orden liberal* se reitera la importante contribución que la Profesora Esther Barbé, coautora y directora, lle-

va realizando a la doctrina española de las Relaciones Internacionales desde los inicios de su carrera académica e investigadora. Como en ocasiones anteriores, la Profesora Barbé aborda uno de los temas centrales y más actuales de las Relaciones Internacionales, y analiza sus consecuencias sobre algunas de las normas fundamentales en las que se sustenta la gobernanza de ámbitos y sectores de interés global para la sociedad internacional como son: el libre comercio, la lucha contra el cambio climático, la no proliferación de armas nucleares y, por último, la salud y los derechos sexuales y reproductivos.

En un primer Capítulo Introductorio de los cuatro ámbitos objeto de análisis posterior, Esther Barbé examina cómo la crisis del orden liberal afecta a los mecanismos multilaterales de gobernanza, no sin antes analizar la creación de las normas internacionales desde su promoción, pasando por su consolidación e internacionalización hasta llegar a su cuestionamiento, a través de una aproximación más constructivista que funcional-cuantitativa. Además, la autora ofrece ejemplos de contestación a normas de distintas categorías —normas de coexistencia, normas de cooperación y normas solidaristas— en las que se han sustentado las Relaciones Internacionales en las últimas décadas, apoyadas por una arquitectura de instituciones internacionales ahora cuestionada como consecuencia de la crisis del orden. La autora plantea si la contestación de las normas del orden liberal se debe al declive de las potencias liberales, que fueron las grandes promotoras de la creación de estas normas y de las instituciones en las que se sustentan, y que en muchas ocasiones no las han aplicado correctamente o han hecho una aplicación sostenida en parámetros realistas, o se debe a la actitud de algunas potencias emergentes que no participaron en su creación, las consideran injustas o, simplemente, ya no les parecen adecuadas para sus intereses nacionales.

Una de las grandes virtudes de esta obra es que mantiene la estructura analítica a lo largo de los cuatro capítulos siguientes en los que se analizan los casos de estudio, sin alejarse de los ejes: promoción de la norma/poder, consolidación/instituciones, crisis del orden/contestación. Ello denota la coherencia y claridad con la que se ha proyectado este trabajo, alejándose de otros tipos de fórmulas sumatorias de análisis elaborados desde perspectivas y métodos dispares, que confunden a los destinatarios sobre la naturaleza del producto científico que se les ofrece.

El segundo capítulo, que aborda el primer estudio de caso, con el título *Libre comercio: los intercambios económicos nos benefician a todos*, escrito por Marc Ibáñez y Patricia García-Durán, afronta, con claridad y profundidad, la creación, consolidación y contestación de la norma más exitosa y asentada del orden liberal, lo que hace muy interesante a la vez que llevadera su lectura. Entre las distintas contestaciones que puntualmente recibe el libre comercio, los autores examinan las de gobiernos proteccionistas como el de Trump, las disputas en torno a la solución de controversias en el seno de la Organización Mundial del Comercio o la actividad de movimientos sociales transnacionales, que han tomado conciencia individual y colectiva de las consecuencias de la expansión sin control de la liberalización del comercio para países que no se encuentran en las circunstancias más adecuadas para poder asumir políticas neoliberales.

Oriol Costa nos ilustra sobre una de las normas que más dificultades ha sufrido para pasar de la agenda científica-social internacional a la agenda política internacional en estas tres últimas décadas, la lucha contra el cambio climático. El autor consigue guiarnos a través de los distintos vaivenes en las preferencias normativas de los promotores, las dificultades del multilateralismo para poder difundir el régimen del cambio cli-

mático, hasta llegar a las consecuencias de las alteraciones en la distribución de poder en el sistema internacional desde el Protocolo de Kioto hasta los Acuerdos de París.

Benjamin Kienzle es el autor del capítulo relativo a la no proliferación nuclear, el cual subtitula como *Una norma injusta, pero asentada,* lo que nos pone en antecedentes sobre cuál va a ser su línea argumental. En él se aborda de qué manera el orden nuclear internacional es reflejo de la distribución del poder derivada del final de la Segunda Guerra Mundial, y cómo la no proliferación es una norma ampliamente aceptada y producto de una compleja arquitectura de acuerdos, instituciones y foros informales de cooperación. El autor, aunque asume el éxito de la no proliferación nuclear para frenar el incremento de Estados con armas nucleares, también expone las situaciones y razones por las que algunos Estados han querido mantenerse al margen de esta norma, no han aceptado sus instituciones o las han abandonado, como fue el caso de Corea del Norte. Ahora bien, a pesar del éxito del régimen de no proliferación, el autor también explora los escasos logros en materia de desarme nuclear, teniendo en cuenta que se trata de un compromiso que asumieron los Estados nucleares del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares y que fue, sin duda, un incentivo para que otros participaran en estas instituciones y renunciaran a desarrollar armas nucleares a cambio de acceder a la tecnología nuclear con fines pacífico.

Finalmente, la Profesora Barbé junto con Diego Badell cierran la obra con un capítulo, *Salud y Derechos Sexuales y Reproductivos,* dedicado a una de las normas más representativas del orden liberal, aunque también de las más controvertidas desde que hiciera su aparición en escena en los años noventa en las Conferencias de El Cairo y Beijin. Sus grandes promotores han sido los Estados con gobiernos liberales, fundamentalmente occidentales, junto con el gran apoyo del multilateralismo impulsado desde Naciones Unidas y los movimientos de la sociedad civil. El tema se aborda desde una doble perspectiva, primero, desde el punto de vista de las necesidades de la salud reproductiva y, segundo, desde los derechos sexuales y reproductivos como un proceso de empoderamiento. Con esta doble dimensión, los autores analizan la promoción de la norma, las distintas etapas por las que ha pasado su aceptación y también los principales momentos de contestación, fundamentalmente por parte de las Administraciones norteamericanas republicanas (ni Reagan ni Bushes ni Trump), la Santa Sede y la Organización Mundial de la Familia.

Tanto el planteamiento de esta obra como la elección de los casos de estudio contribuyen sobradamente a ilustrarnos tanto sobre el proceso de creación de normas internacionales como sobre los vínculos de este proceso con el orden liberal y las consecuencias normativas de su supuesta crisis. Es evidente que la intensa investigación que hay detrás de esta monografía se terminó en la etapa marcada por la covid-19, que sin duda agudizó más los argumentos favorables a identificar elementos de crisis en el orden liberal. Pero nos encontramos en una nueva etapa en la que la invasión de Ucrania por parte de Rusia ha activado muchos mecanismos de cooperación y solidaridad, lo que se interpreta como una vuelta al multilateralismo, a la puesta en valor de las instituciones internacionales, y al convencimiento de actores, como las corporaciones internacionales y las organizaciones de la sociedad civil, sobre la necesidad de hacer valer las normas liberales y sus principales instituciones internacionales para mantener el progreso humano, la paz y la seguridad internacional.

I. Marrero Rocha
Universidad de Granada
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.04

BONET PÉREZ, J. y ALIJA FERNÁNDEZ, R. A. (eds.), *La extraterritorialidad y la protección internacional de los derechos humanos respecto a conductas de los actores privados*, Madrid, Marcial Pons, 2021, 357 pp.

El creciente protagonismo de los actores no estatales en la arena internacional es una realidad incontestable, y con ello la participación de los actores privados no estatales en la vulneración de los derechos humanos (fenómeno no solo actual sino que se intensifica con crudeza en los últimos años), aspecto este que, a la luz de sus actividades transnacionales, se ha constituido en un factor importante no solo para interpretar el alcance (espacial) de las obligaciones jurídicas internacionales que para los Estados se derivan del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) y para determinar la existencia y contenido de dichas obligaciones, sino también para delimitar dichas obligaciones en el marco del Derecho internacional penal.

Sin duda, una de las cuestiones más apasionantes del Derecho internacional actual, también de las más debatidas y hasta cierto punto un «cuello de botella» persistente en los trabajos doctrinales, trata de las circunstancias y condiciones bajo las que un Estado *debe o puede* extender su jurisdicción respecto a violaciones de derechos humanos cometidas por actores privados no estatales fuera de su territorio o con efectos más allá de su territorio conforme al DIDH. Así lo han sabido apreciar los co-editores del libro colectivo, fruto de un previo proyecto de investigación, los Profesores Jordi Bonet Pérez y Rosa Ana Alija Fernández, y lo han sabido articular los excelentes análisis realizados por el conjunto de autores que contribuyen a esta obra colectiva.

El libro que reseñamos trata de ofrecer una visión de conjunto sobre esta cuestión mediante el análisis de diversos aspectos convenientemente ilustrativos. La Profesora Alija Fernández en el planteamiento general identifica la raíz de los problemas jurídicos «a menudo derivados de una falta de voluntad política para regular el alcance de la jurisdicción extraterritorial de manera más decidida» (p. 8). El debate está plenamente justificado por la agenda internacional actual, como, por ejemplo, ponen de manifiesto las discusiones de varios proyectos en los que este tema constituye un eje central (tales como los trabajos sobre el proyecto de instrumento jurídicamente vinculante en materia de empresas y derechos humanos desarrollados en el seno del grupo intergubernamental creado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU).

Esta obra colectiva se estructura en tres bloques temáticos y se compone de doce contribuciones. Contiene tres estudios de carácter general (una introducción general y dos estudios generales que abren las partes segunda y tercera) y nueve estudios sobre materias específicas. Como de todos es sabido, el Profesor Bonet es uno de los especialistas internacionales de referencia sobre actores no estatales y derechos humanos y así se evidencia en su valiosa contextualización e identificación de las cuestiones jurídica suscitadas por las violaciones de derechos humanos por los actores privados no estatales y la jurisdicción estatal en materia de derechos humanos, que son posteriormente analizadas en los diferentes trabajos.

En el primer bloque podemos encontrar tres capítulos. Todos ellos abordan cuestiones relativas al alcance de la jurisdicción estatal y la persecución de los crímenes de Derecho internacional. Los dos primeros analizan los criterios de atribución de jurisdicción penal sobre conductas cuya tipificación está prevista en el Derecho internacional convencional o general y la intensidad variable con la que la aplicación de tales criterios se dispone en el ordenamiento jurídico internacional en función de la tipología de actor no estatal que cometa violaciones

de derechos humanos fuera del territorio del Estado. El trabajo realizado por la Doctora Alija Fernández presta una especial atención a las particularidades que presenta el principio de jurisdicción universal. El estudio elaborado por la Doctora Calvet Martínez examina específicamente el alcance jurídico que tiene para el Estado el principio *aut dedere aut judicare* centrándose en los trabajos de la CDI en esta materia y delimitando el alcance de la obligación de extraditar o juzgar en el Derecho internacional tanto convencional como general. El trabajo del Doctor Fernández Pons tiene por objeto la responsabilidad de las sociedades mercantiles y otras personas jurídicas internas por crímenes de Derecho internacional mediante el examen de la evolución jurídico internacional y las distintas alternativas que se observan en la práctica a la hora de exigir responsabilidad a dichos actores.

En el segundo bloque temático de la obra se abordan distintos aspectos relativos a la jurisdicción estatal extraterritorial sobre las conductas de actores no estatales que repercuten en particular sobre el disfrute de derechos civiles y políticos. El Profesor Bonet analiza brillantemente y desde una perspectiva general los principales problemas jurídicos que plantea el ejercicio de jurisdicción estatal tanto penal como civil ante la participación de los actores privados no estatales en la comisión fuera de su territorio de prácticas especialmente aberrantes. En los estudios que siguen, la Doctora Ortega Gómez examina los límites del ordenamiento jurídico internacional en la regulación del ciberespacio y para hacer frente a conductas lesivas para los intereses de los Estados y los derechos humanos llevadas a cabo en este entorno. En el trabajo de la Doctora Torroja Mateu muy oportunamente se analizan los problemas derivados de la atribución de responsabilidad de empresas nacionales con funciones coercitivas con el fin de poder ejercer jurisdicción extraterritorial sobre violaciones de derechos humanos cometidas por estas. Finalmente, la contribución del Doctor Bondía García contiene un detallado análisis sobre el alcance extraterritorial del concepto de jurisdicción que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha desarrollado en su jurisprudencia relativa a las medidas de represión del terrorismo.

El tercer bloque temático se abre con un capítulo general elaborado por el Profesor Bonet sobre jurisdicción y obligaciones jurídicas del Estado en la materia, donde específicamente se detiene en la cuestión de la extraterritorialidad y los derechos económicos, sociales y culturales que son objeto de análisis en tres estudios dedicados a la extraterritorialidad frente a violaciones de derechos económicos sociales y culturales desde la perspectiva de la labor de la Organización Internacional del Trabajo (contribución de la Doctora Huici Sancho) y de la UE (por la Doctora Barcelò) así como desde el prisma de una legislación nacional (la *Modern Slavery Act* de Reino Unido) destinada a desplegar efectos extraterritoriales frente a violaciones de derechos humanos en las cadenas de suministros de los actores económicos que desarrollan su actividad en aquel país (contribución de la Doctora Martín Ortega).

Estamos ante una obra oportuna y rigurosa, que viene a ofrecer una visión integradora de la complejidad que caracteriza el estado del Derecho internacional en esta materia. Como bien concluyen acertadamente los editores del libro, el Derecho internacional ofrece una variedad de respuestas normativas que se explican «en función del tipo de actor privado no estatal —personas jurídicas, en particular empresas, personas físicas, grupos terroristas— cuya conducta lesiona derechos humanos fuera del territorio estatal», razón por la cual «la propia estructura compleja de algunos de estos actores, es el caso en particular de las empresas transnacionales, supone un

obstáculo adicional al ejercicio efectivo de jurisdicción por parte del Estado a lo que se suma el incremento de violaciones de derechos humanos cuya causación ni siquiera tiene lugar en el ámbito físico que integra el territorio estatal sino un entorno que no conoce fronteras como es el ciberespacio» (p. 8).

Estamos, en definitiva, ante una obra que aborda los principales aspectos que presenta la jurisdicción extraterritorial en el marco de las violaciones de derechos humanos (tanto respecto de los derechos civiles y políticos, como económicos, sociales y culturales) cometidas por actores privados no estatales ocurridas fuera del territorio del Estado (ejercicio de jurisdicción extraterritorial por el Estado de carácter civil y de carácter penal, existencia de obligaciones jurídicas internacionales extraterritoriales en el marco de tratados internacionales de derechos humanos, en particular en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su aplicabilidad, violaciones de derechos humanos no estatales en el ciberespacio, etc.) que supera con creces el reto de identificar las particularidades normativas que el Derecho internacional de los derechos humanos presenta al respecto.

El libro reseñado es de indudable interés para los internacionalistas, por lo que es preciso felicitar a los Doctores Bonet y Alija Fernández por su coedición y la reciente publicación de esta brillante obra.

C. Márquez Carrasco
Universidad de Sevilla
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.05

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (Dirs.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 630 pp.

El objetivo de la monografía es analizar las aportaciones del Tribunal de Justicia a la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y a la garantía de las libertades de los ciudadanos y las empresas consagradas en el TFUE. La publicación de este libro colectivo dirigido por los Profesores Alfonso Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González colma una importante laguna en la doctrina española y llega en el momento oportuno en el que los tribunales españoles, incluido el Tribunal Supremo deben enfrentarse a la aplicación del Derecho internacional privado europeo. No existía hasta el momento, una obra de referencia en español que ofreciese un panorama de la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia respecto de los principales reglamentos europeos de Derecho internacional privado.

La obra en la que participan 25 autores se ocupa, a lo largo de 630 páginas, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE dictada en torno a la interpretación de los principales instrumentos del sistema europeo de Derecho internacional privado.

El contenido se divide en 22 capítulos que analiza dicha tarea jurisprudencial en relación con numerosas materias de distinta naturaleza justificando la diferente estructura de cada uno de ellos. Comienza la obra con el análisis de las sentencias dictadas sobre la competencia judicial internacional y la libre circulación de decisiones en el ámbito del Reglamento Bruselas I bis (Caps. 1 a 7) para, a continuación, abordar las dictadas en aplicación del Reglamento Bruselas II bis, distinguiendo los litigios relativos al divorcio (Cap. 8) de los relativos a los menores (Cap. 9). El hecho de que una parte importante de los capítulos estén dedicados a la jurisprudencia sobre el Reglamento Bruselas I bis se explica por el gran número de sentencias que han recaído en relación con

cuestiones prejudiciales solicitando su interpretación.

Los Capítulos 10 a 12 analizan la jurisprudencia relativa a las normas europeas sobre la determinación de la ley aplicable. En el Capítulo 10 se estudian con profundidad y sentido crítico las cuestiones relativas a la ley aplicable a los contratos internacionales, tales como la cuestión del control de la autonomía de las partes, la determinación de la ley aplicable en defecto de elección o la aplicación de las disposiciones imperativas. La jurisprudencia recaída en interpretación del Reglamento Roma II se describe en el Capítulo 11 que se ocupa, fundamentalmente, de la calificación extracontractual, para establecer los límites entre materia contractual y extracontractual y así determinar la aplicación del Reglamento Roma II. En relación a la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, en el Capítulo 12 se examina la jurisprudencia recaída a cerca del Reglamento Roma III que ha aclarado su ámbito de aplicación en relación con los divorcios privados y a la delimitación de los supuestos en que se puede dar cabida a la aplicación del Derecho del foro (ex art. 10).

Los Capítulos 13 a 15 se centran en las sentencias dictadas en interpretación de los reglamentos triples, el de alimentos (Cap. 13), el de la insolvencia (Cap. 14) y el sucesorio (Cap. 15). En estos capítulos se hace una tarea de elaboración sistemática y de síntesis de cuestiones complejas digna de mención.

Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia en interpretación de los Reglamentos sobre notificación y pruebas (Cap. 17) y los relativos a la tutela del crédito transfronterizo (Caps. 17 y 18 para la tutela ejecutiva y cautelar y declarativa, respectivamente) se exponen con profundidad, por lo que pueden extraerse interesantes consecuencias.

Los cuatro últimos capítulos se ocupan de distintas e importantes cuestiones resultas por el Tribunal de Justicia que afectan, por un lado, a los ciudadanos europeos en su vida privada: el Derecho al nombre y la libre circulación de las personas (Cap. 19) y la reagrupación familiar (Cap. 22), por un lado. Por otro lado, se exponen los pronunciamientos del Tribunal en relación con la determinación de la *lex societatis* y el traslado de la sede social (Cap. 20) y a la libre circulación de los abogados (Cap. 21). El primero de ellos analiza las distintas sentencias en las que se aplica el importantísimo principio del reconocimiento mutuo en relación con la determinación al nombre, mientras que los otros tres abordan tanto el Derecho europeo originario y derivado en cada uno de los temas de los que se ocupan.

Se trata de una obra especialmente valiosa para los académicos del Derecho internacional privado que reciben un análisis de la jurisprudencia del Tribunal en aplicación de los principales instrumentos de la asignatura. Pero también resulta especialmente útil, diría más bien imprescindible, para los profesionales del Derecho que deben resolver las cuestiones jurídicas clásicas de competencia judicial internacional, ley aplicable y validez extraterritorial de decisiones en aplicación de los reglamentos europeos y de otras normas que regulan los derechos de las personas físicas y jurídicas en sus relaciones internacionales.

N. Goñi Urriza
Universidad Pública de Navarra
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.06

Cardona Lloréns, J., Sanz Caballero, S. y Arrufat Cárdava, A., *La protección internacional de la persona*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 283 pp.

La protección internacional de la persona es una obra necesaria y cualitativamente importante en el ámbito de la ciencia jurídica en español. Es una obra

necesaria porque viene a ocupar una laguna en las referencias sobre la protección internacional de la persona humana. En un contexto universitario en el cada vez son más las universidades que ofrecen cursos específicos sobre la protección internacional de los derechos humanos en distintos grados universitarios, apenas existen manuales que abarquen el conjunto de las normas internacionales sobre la materia, pertenezcan al sistema universal o a los subsistemas regionales. Junto a ello, los autores de esta obra, en especial, Jorge Cardona reúnen la doble condición de docentes universitarios y de personas con experiencia práctica en los diversos órganos (nacionales e internacionales) de protección de derechos humanos. Además, como se ha apuntado, es una obra cualitativamente importante en el ecosistema académico en español porque, a diferencia de otras lenguas [véase, entre otros ejemplos, A. Peters, *Beyond Human Rights. The Legal Status of the Individual in International Law*, trad. J. Huston, Cambridge, Cambridge University Press, 2016 (1.ª ed. en alemán 2014)], no existía una obra de estas características.

La obra está estructura en ocho capítulos: el primero, de carácter introductorio, sobre la condición del individuo en el Derecho internacional; el segundo y el tercero sobre el marco normativo e institucional de la protección internacional de los derechos humanos en el ámbito universal; el cuarto sobre la protección de los derechos humanos en el ámbito regional, con especial referencia al subsistema europeo pero que incluye también el interamericano y el africano; el quinto tiene por objeto la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional con una importante referencia a la aplicación de los actos de las institucionales internacionales en el sistema español; el sexto examina la protección del individuo durante los conflictos armados; el capítulo siete presenta la protección internacional de los refugiados; y la obra se cierra con el capítulo octavo en el que se analiza la responsabilidad internacional del individuo por crímenes internacionales y las diferentes posibilidades de exigir dicha responsabilidad tanto en el ámbito interno como en el internacional.

La idea fundamental que vertebra toda la obra es que en la actualidad existe un sistema internacional de protección de los derechos humanos en el que están integrados también los sistemas estatales: «El sistema internacional es, en principio autónomo respecto de los sistemas estatales, aunque [...] finalmente los sistemas estatales terminan integrándose en el sistema internacional al suponer la vía última de garantía y aplicación del marco internacional, del que, además, deriva su propio fundamento, alcance y límites» (pp. 30 y 186). El conjunto de la obra expone el sistema internacional, los subsistemas regionales y la imbricación de los sistemas estatales como instrumentos de garantía y cumplimiento de aquellos. La presentación y argumentación de esta tesis contiene aportaciones novedosas de gran valor. En esta recensión se van a destacar dos de ellas: por un lado, la existencia de un sistema internacional de protección de los derechos humanos y sus características y, por otro lado, la noción de medidas de aplicación y, en particular, el estatuto jurídico de los diferentes actos de las instituciones internacionales en el Derecho español.

Una de las principales aportaciones de la obra es la identificación, características y presentación de un *sistema internacional de derechos humanos*. Como señala J. Cardona, aunque la idea de sistema de protección de derechos humanos no está en la Carta de las Naciones Unidas, en la actualidad se puede defender su existencia como resultado de un proceso evolutivo en el que se pueden identificar varios elementos que se han interrelacionado de forma dialéctica. El primero es «la consideración del individuo y de su dignidad como un valor autónomo de

la sociedad internacional que, de esta forma, se convierte, no solo en un bien jurídico protegible en sí mismo por el Derecho internacional, con independencia de la condición o circunstancias en que se encuentre el particular objeto de protección, sino en *un interés público global*» (p. 28). El segundo es la adopción de un conjunto de normas sustantivas (algunas de ellas de *ius cogens*) que reconocen derechos fundamentales a las personas por medio de diferentes tratados internacionales de ámbito universal que integran el marco normativo del sistema. El tercero es la progresiva creación de «mecanismos de control que ofrecen al particular protección frente al Estado en el plano internacional» que constituyen el marco institucional del sistema. Y, por último, como ya se ha destacado, la integración entre el sistema internacional, los subsistemas regionales y los sistemas estatales de protección de los derechos humanos.

Otra de las aportaciones destacadas de la obra, como consecuencia de la integración entre el sistema internacional, los subsistemas regionales y los sistemas estatales y de que estos encuentran su fundamento, alcance y límites en el sistema internacional, es la consideración del sistema nacional como el último garante del sistema de protección internacional (p. 181). En este proceso de aplicación nacional de la protección internacional, es especialmente encomiable el análisis que se hace en la obra del valor jurídico que tienen los diferentes actos de las instituciones internacionales en España. Se trata de una cuestión tan importante como polémica en la jurisprudencia y en la doctrina española, en particular a raíz de la STS 1263/2018, de 17 de julio, en el asunto *Ángela González Carreño*. Para abordar tan delicada cuestión, J. Cardona propone precisar tres cuestiones previas: la necesidad de distinguir entre los diversos actos que adoptan los órganos de tratados; el objeto y fin de los dictámenes y de las medidas provisionales; y la aplicabilidad interna de los actos jurídicamente vinculantes en el ámbito internacional. Asimismo, propone también distinguir entre tres tipos de actos: las Observaciones finales, los Comentarios generales y los dictámenes y las medidas provisionales.

En suma, *La protección internacional de la persona* es una obra necesaria por su valor científico y por su oportunidad para cubrir una necesidad docente como manual de referencia en las asignaturas sobre la protección internacional de los derechos humanos. Además, ofrece una construcción teórica propia articulada alrededor de la existencia integrada de un sistema de protección internacional de los derechos humanos. Y, por último, el análisis de la aplicación nacional de los distintos actos de las instituciones internacionales y de su diferente valor jurídico es de una extraordinaria finura jurídica. Solo una sugerencia para las próximas ediciones de la obra, que a buen seguro las tendrá. Dadas la ambición y la entidad de la obra quizá convendría incluir un Capítulo Introductorio de carácter más teórico en el que presentar al individuo como destinatario de derechos y obligaciones internacionales, cuya posición en el ordenamiento jurídico internacional ha evolucionado de objeto a sujeto de Derecho internacional. Un análisis del individuo como sujeto de Derecho internacional ayudaría a entender mejor los presupuestos conceptuales implícitos de la obra, su contenido y las consecuencias sistémicas que ha tenido sobre el sistema jurídico internacional. Una de ellas es la humanización del Derecho internacional que lo ha transformado cualitativamente después de la Segunda Guerra Mundial.

Á. J. Rodrigo Hernández
Universitat Pompeu Fabra
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.07

CARRERA HERNÁNDEZ, F. J. (dir.), *The economic policy of the European Union in the context of the covid-19 crisis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 285 pp.

La monografía que se reseña a continuación es una obra colectiva dirigida por el Profesor Jesús Carrera Hernández y se encuadra dentro de las actividades de un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología. La publicación explica gran parte de las medidas adoptadas por la Unión Europea (UE) encaminadas a reforzar la solidaridad financiera para prestar asistencia a los Estados miembros en un escenario de crisis ocasionada por la covid-19.

El volumen se estructura en nueve capítulos. En el primero, que tiene un carácter introductorio, el director nos contextualiza los instrumentos de gobernanza económica y de ayuda financiera de carácter excepcional patrocinados por la UE. Ello se hace a partir de la experiencia de la crisis financiera iniciada en 2008, que actuó como catalizador para acometer reformas que han permitido profundizar en el desarrollo de la dimensión económica de la UEM. El Profesor Jesús Carrera afirma, y estoy plenamente de acuerdo con él, que, de no haberse producido esta crisis, la política económica de la UE no hubiera podido dotarse de gran parte de los instrumentos de los que disponemos actualmente. Aunque estas herramientas son mejorables, representan una importante evolución en términos de coherencia, eficacia y coordinación de las políticas económicas nacionales, y han permitido también perfeccionar la solidaridad entre los Estados miembros para apoyar financieramente a los que se encuentran en situaciones desfavorables (p. 14).

Con este planteamiento general el trabajo se sistematiza a partir del estudio de algunos de los instrumentos y mecanismos que se han activado para reducir las consecuencias de la covid-19. Así en los dos capítulos siguientes la Profesora Ariadna Salazar Quiñónez explora los programas de soporte ofrecidos por el Banco Europeo de Inversiones (BEI) y el Profesor Jorge Urbaneja Cillán examina los instrumentos de apoyo proporcionados por el Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) y la flexibilización de la reglamentación bancaria. En el caso de MEDE, el escaso éxito de las acciones planteadas para paliar las consecuencias de la crisis certifica la reticencia de los Estados miembros a su intervención; probablemente, como indica el Profesor Jorge Urbaneja, los estrictos programas de ajuste y la condicionalidad establecida en los esquemas de asistencia financiera acordados en respuesta a la crisis financiera de 2008 han provocado que los Estados miembros se resistan a la intervención del MEDE (p. 97).

Los capítulos cuatro, cinco y seis se dedican a la actuación de la UE desde el presupuesto. En primer lugar, la Profesora Matilde Lavouras y la Letrada Thais Martins, analizan la negociación y el resultado del Marco Financiero Plurianual (MFP), que fue consensuado durante la pandemia, y al cual se han de ceñir los presupuestos de la UE durante el periodo 2021-2027. El MFP ha surgido, como se señala en el texto, en el marco de una economía contraída tras la crisis pandémica que, además, se produce en un entorno económico ya debilitado por las consecuencias derivadas de fenómenos como el *Brexit*, las medidas de austeridad económica, el resurgimiento de movimientos políticos extremos y las corrientes migratorias (p. 119). En la contribución siguiente el Profesor José María Porras Ramírez, se interna en el Instrumento de Recuperación de la UE (IRUE, NextGenerationEU), la herramienta financiera diseñada por la UE, y estrechamente vinculada con el MFP, que puede representar una profundización del proceso de integración europea.

En esta aportación se reconocen los diferentes aspectos que configuran el IRUE y se subrayan aquellas características que se consideran más relevantes. El autor asevera que la UE ha implantado un precedente de emisión masiva de deuda conjunta para financiar sus políticas, y esta circunstancia imprimirá la pauta para la intervención de la UE en futuras crisis y, con suerte, iniciará la transformación de la arquitectura de la eurozona. Ahora bien, nos avisa de que la incorporación de decisiones sobre deuda e impuestos requerirá, tarde o temprano, una revisión de los Tratados, ya que la legitimidad democrática de la Unión está en juego (pp. 153-154). El sexto capítulo realizado por la Profesora Tamara Capeta explora el papel que puede corresponder al Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en relación con el paquete financiero acordado. En su contribución indaga en los diferentes escenarios donde el TJUE, hipotéticamente, podría intervenir. Parece ineludible que así será, no solo por las cuestiones jurídicas que se plantean con respecto al nuevo paquete financiero, sino también porque su aplicación comportará la formulación de cuestiones prejudiciales por los órganos jurisdiccionales internos que deberá resolver el TJ. En consecuencia, nos recuerda la autora, la implicación del TJUE en temas relacionados con la gobernanza económica de la UE es inevitable, influirá necesariamente en los contornos de la futura constitución económica (p. 176).

La monografía se cierra con tres contribuciones que se refieren a la dimensión externa de la acción económica de la UE. Así, el Profesor Víctor Calvete analiza las perspectivas de futuro respecto a la proyección internacional del euro en la situación actual; el Profesor Felipe Figueiredo Martins examina el Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, en el marco de la política comercial de la UE; y la Profesora Isabel Cabrita, centra su estudio, en una dimensión más universal, en la presentación de la iniciativa de la UE en Naciones Unidas proponiendo objetivos y prioridades de actuación para paliar el descalabro mundial derivado de la pandemia.

En definitiva, esta obra colectiva dirigida por el Profesor Jesús Carrera es un trabajo riguroso de indudable calidad que nos introduce en los instrumentos de recuperación económica adoptados como consecuencia de la crisis de la covid-19.

A. Olesti Rayo
Universitat de Barcelona
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.08

Carrillo Pozo, L. F., *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 376 pp.

El día 1 de agosto se comenzará a aplicar el Reglamento UE 2019/1111 en materia matrimonial, de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores (Bruselas II ter), que sustituirá al Reglamento de Bruselas II bis actualmente vigente. Por ello, esta monografía del Profesor Carrillo Salcedo, que aúna su dilatada experiencia académica con la de diez años como magistrado en la Audiencia de Barcelona, no puede ser más oportuna, constituyéndose en mapa imprescindible para que —tanto el estudioso como el operador jurídico— consigan navegar con éxito en un sistema en el que las normas internacionales y las internas se enmarañan de tal manera, que dificultan la adopción de soluciones expeditivas para la protección de los menores en situaciones internacionales.

La obra se divide en tres capítulos, dedicado el primero de ellos a cuestiones introductorias, el segundo a la competencia judicial internacional en materia de protección de menores, y el tercero y

último, al reconocimiento y/o ejecución de estas resoluciones. En la introducción, tras un muestrario de situaciones internacionales en las que hay que adoptar determinadas medidas sobre menores, se definen los conceptos básicos de responsabilidad parental e interés superior del niño. A continuación, se delimita el objeto de estudio, en el que, junto a las cuestiones procesales de protección del menor en el marco internacional, se incluyen de forma tangencial algunos aspectos de la sustracción internacional de menores y otros referidos a la reclamación de pensiones de alimentos. Se finaliza esta introducción con la enumeración del catálogo de normas aplicables y una cumplida explicación sobre su interacción.

En el segundo capítulo dedicado a la competencia judicial internacional se analizan, no solo los foros de competencia de las diferentes normas aplicables (reglamento comunitario, convenios internacionales o ley interna), sino igualmente, cuestiones como la identificación en cada norma de los menores destinatarios de protección, o del lugar de su residencia habitual en casos especiales (cuándo es un recién nacido, cuándo no reside de forma fija en un determinado Estado, cuándo se encuentra estudiando en un Estado en el que no residen sus padres, cuándo es un menor refugiado o internacionalmente desplazado...), que tradicionalmente tanta literatura ha generado. Lo más interesante de este capítulo se refiere a las principales novedades que introduce el Reglamento de Bruselas II ter, y que en materia de competencia en responsabilidad parental son: la sumisión de las partes a los tribunales de un Estado miembro en el que no reside el menor; la regulación de la transferencia de competencia entre Estados miembros; y los procedimientos de responsabilidad parental ligados como cuestión incidental a procedimientos de filiación. Interesante en este capítulo resulta también el análisis sobre el impacto del *Brexit* en las relaciones con Inglaterra en este sector, lo que ocurre con las situaciones transitorias y con los procedimientos iniciados tras la desconexión. Por último, se abordan situaciones, menos frecuentes pero no por ello más fáciles de tratar, referidas a los acogimientos familiares transfronterizos o a medidas de internamiento de menores en instituciones públicas. Se deduce de todo este estudio, que, en competencia judicial internacional en protección de menores, el foro más adecuado es el que señala como competentes los tribunales del lugar de la residencia del menor, por la proximidad con dicho menor y por el control que estos tribunales tienen sobre él. Se justifica igualmente por qué en algunos casos se desplaza este foro, bien en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, o bien, porque el interés del menor aconseja que sean competentes para tratar de determinadas cuestiones (*v. gr.* protección de los bienes del menor) otros tribunales que no son los de la residencia del mismo.

En el último capítulo el autor analiza, de una forma exhaustiva y minuciosa, todos los mecanismos para que una resolución que acuerda medidas sobre un menor, dictada en un país extranjero, pueda desplegar sus efectos en el foro. También aquí merecen un especial interés las modificaciones en el sistema intracomunitario que introduce el Reglamento de Bruselas II ter, con la regulación de la ejecución directa de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, y que están en la línea de las que ya se habían regulado en el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos, o en el Reglamento de Bruselas I bis en materia civil y mercantil. También en este capítulo, dependiendo del país de origen de las resoluciones, se guía al lector en la selección de la norma correcta. Se explican los diferentes tipos de reconocimiento y ejecución existentes —exequátur, reconocimiento automático, ejecución directa y régimen privilegiado de ejecución—, y se

desgranan los principales problemas que se plantean en la eficacia transfronteriza de las resoluciones, tanto desde el punto de vista formal (traducciones, formularios, etc.), como desde la óptica de las condiciones de fondo que tiene que cumplir una resolución extranjera para desplegar sus efectos en el foro, dedicando especial atención al orden público, criterio de oposición a esa validez presente en todos los sistemas de reconocimiento y/o ejecución. Es preciso destacar, por último, el minucioso análisis que se efectúa de los aspectos procedimentales de la ejecución directa en el nuevo reglamento, y de la coordinación de la ejecución interna con la comunitaria.

En conclusión, se trata de una obra imprescindible para comprender, no solo cómo funcionaba hasta ahora el sistema procesal internacional vigente en materia de protección de menores, sino, igualmente, para descubrir cómo se incardina en el mismo el nuevo reglamento comunitario y qué modificaciones produce en todo el sistema.

F. Calvo Babío
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.09

Casado Raigón, R. y Martínez Pérez, E. J. (dirs.), y Jiménez Pineda, E. (coord.), *La contribución de la Unión Europea a la protección de los recursos biológicos en espacios marinos de interés internacional,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 610 pp.

Fruto de una iniciativa que merece ser reconocida y felicitada, esta obra, que se publica con el apoyo de la AEPDIRI, precede a un «congreso aun no celebrado», a causa de la pandemia. Dirigida por Rafael Casado Raigón y Enrique Jesús Martínez Pérez, y coordinada por Eduardo Jiménez Pineda, trata un tema a la vez altamente especializado y especialmente necesario en el contexto actual de negociaciones internacionales para la obtención de un mejor régimen mundial para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina. La contribución de la UE a la protección de recursos biológicos en espacios marinos de interés internacional es en efecto un tema importante y de actualidad cuyo análisis por especialistas de universidades de varios países se muestra a la vez detallado y estructuralmente bien construido.

Completo, polifacético y altamente interesante, el libro se compone de cuatro partes interconectadas pero diferenciadas entre ellas, y de 30 contribuciones en tres idiomas, castellano, inglés y francés. Precedida de unas palabras previas de los Directores, Rafael Casado Raigón y de Enrique J. Martínez Pérez, y de una reflexión general de Tullio Treves, la primera parte aborda el asunto de la protección de los recursos pesqueros en la zona económica exclusiva, planteando la cuestión de si esta zona ha sido útil para permitir la conservación de los recursos marinos vivos. En la segunda parte, se trata la protección de los recursos pesqueros en alta mar. La tercera se centra en la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica en las zonas más allá de los límites de la jurisdicción nacional. Por su parte, la cuarta parte analiza los problemas medioambientales que condicionan la protección de los recursos biológicos en los espacios polares. Las cuatro partes se completan con unas conclusiones generales de Giuseppe Cataldi, en las que se menciona su denominador común: la necesidad de intervenir rápidamente para salvaguardar los recursos biológicos antes de que sea demasiado tarde, tanto por parte de los Estados como de la UE, responsable principal tras la recepción de numerosas competencias transferidas en la materia.

La protección de estos recursos aparece en la obra como una prioridad mundial por razones de peso: una quinta parte del pescado proviene de la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, estadísticas que además agravan el problema de la sobrepesca. Así, la diversidad biológica marina es objeto de estudio específico de la contribución de José Manuel Sobrino Heredia, que ve en ella una posible nueva manifestación de la tensión entre una gobernanza zonal y una gobernanza global de los mares y océanos. Ante la prioridad dada a los Estados costeros para la protección de los recursos y la carencia de efectividad práctica de este método, la asunción de competencias por una organización internacional como la UE parece desempeñar un papel fundamental, ejemplo de un multilateralismo necesario ante ciertas tendencias unilateralistas y a veces contrarias a la Convención de Montego Bay. En este sentido, el artículo de Gabriela A. Oanta sobre las contribuciones de la Unión al desarrollo normativo de la pesca en alta mar explica a la vez su papel en la elaboración de textos obligatorios y de *soft law*, en la ONU y en la FAO. Con sus competencias exclusivas en materia de pesca, el rol de la UE es ampliamente analizado en la obra, conjuntamente con el de otras instituciones, Estados y organizaciones con los que debe necesariamente colaborar, como las organizaciones regionales de pesca. Este aspecto está minuciosamente tratado en la contribución de Guillaume Le Floch sobre la participación de la UE en las ORGP, en las que su influencia es importante debida a su estatuto de miembro de numerosas de estas organizaciones. Numerosos otros puntos son examinados en cada una de las 30 contribuciones, como, por ejemplo, las interesantes consideraciones sobre el posible sistema de arreglo de controversias del tercer acuerdo de aplicación de la CNUDM, por Eduardo Jiménez Pineda, o la influencia de la UE en la protección de los recursos biológicos de la Antártida, por Marie Lemey, que muestra las limitaciones de la influencia europea con un análisis crítico y lúcido.

Imposible citarlas todas, pero debe resaltarse que las 30 contribuciones son de muy alta calidad, resultado del proceso de selección de doble filtro basado en el comité científico del congreso, y constituyen un auténtico aporte sobre el tema que es objeto de la obra, en la disciplina del Derecho internacional del mar. Cabe destacar, finalmente, el carácter muy actual de los datos utilizados en el libro, y sus numerosas propuestas constructivas y en algunos casos *de lege ferenda*. Lejos de tratarse de un análisis estático, contiene proposiciones dinámicas de interpretación y de mejora de las normas actuales y se erige por ello en una obra de referencia en la materia.

Por todo ello, cabe felicitar a los autores de este trabajo colectivo, así como a sus directores y coordinador, como artífices de un magnífico ejemplo de cooperación doctrinal entre academias de varios países, de gran rigor científico y de aplicación práctica indiscutible.

J. Ríos Rodríguez
Université de Perpignan Via Domitia
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.10

Forriol Campos, M. C., *Al Qaeda y el Estado Islámico*, Roquetas de Mar, Círculo Rojo, 2022, 366 pp.

Centrados como estamos en la injustificable agresión de Rusia a Ucrania y en las veladas alusiones a una posible extensión del conflicto a otros Estados, parece que últimamente se nos esté olvidando que también existen otras amenazas que atenazan a la sociedad, y más en concreto a Europa, como es el yihadismo y muy

especialmente el que practican Al Qaeda y el Estado Islámico.

Para recordarnos que ese peligro no ha desaparecido del panorama internacional y que hay que conocer al enemigo para poder enfrentarse a él, la investigadora Mari Carmen Forriol Campos, publica su segunda obra relativa al terrorismo internacional, en este caso, el libro *Al Qaeda y el Estado Islámico. Una amenaza a la seguridad de Europa*. En el currículum de la autora figuran dos doctorados en Derecho internacional público, ambos enfocados en temas de seguridad internacional y terrorismo. En esta su segunda monografía, Forriol aborda con maestría y exhaustividad los principales puntos que conviene conocer para estar familiarizados con el proceder de estas organizaciones: cómo se organizan, quiénes las lideran, dónde han atentado, qué razones han alegado para atentar en cada lugar, cómo reclutan a sus miembros o cómo se financian.

El libro comienza con una crónica histórica (una biografía del terror) de los distintos cabecillas que han liderado Al Qaeda y el Estado Islámico así como el perfil de sus colaboradores, sus ramificaciones y las células más o menos asociadas o inspiradas en ellas. Esta primera parte se antoja como un *who is who* exhaustivo y muy bien documentado de quiénes crearon estas organizaciones, quiénes les sustituyeron a medida que se les iba deteniendo o morían, el grado de belicosidad de cada cual, su crueldad..., en definitiva, su siniestro y sangriento currículum terrorista. Y todo ello tanto respecto a quienes han atentado en Estados Unidos, como en Francia, Túnez, Marruecos, Nigeria, Níger, Bélgica, Países Bajos, Reino Unido, España, Italia, Alemania, Dinamarca...

El número y extensión de los grupos ligados al terrorismo global llegan a abrumar: Jabhat al Nusra, Boko haram, Yema islamiya, Emirato del Cáucaso, Al Qaeda en la península arábiga, Al Qaeda en el Magreb, el Estado Islámico en Irak, Siria y Levante, Al Qaeda en el Sahel, Estado Islámico del Gran Sáhara, Estado Islámico en África Occidental, Ansar al sharía libia, AI Morabitoun, Ansar Beit al madis, Wilayat sayna... Prácticamente todos, de una u otra manera, están bajo el paraguas de Al Qaeda —que fue la primera que surgió— o del Estado Islámico, que se desgajó de Al Qaeda para superar en terror a esta. La autora diferencia estos grupos por sus ideas, métodos, objetivos e incluso por su uso de las redes sociales para captar adeptos, en lo que es maestro el Estado Islámico pero no así Al Qaeda.

Seguidamente, el libro se pregunta por los fundamentos ideológicos que sustentan la brutalidad de estos grupos, su apología del terrorismo, especialmente el salafismo y el wahabismo, sus dogmas y el afán expansionista de estas corrientes según las cuales hay que instaurar un califato universal que acabe con la división en países del mundo. Y estudia el papel que juega la democracia en todo este plan o, si queremos, el mundo libre, que no es otro que el de ser el enemigo a batir, así como el victimismo de los yihadistas, que culpan a las democracias de las penalidades que sufre el mundo islámico, considerando que tienen una moral superior que trasciende lo religioso para extenderse a lo político. El libro habla del enfrentamiento entre Al Qaeda y el Estado Islámico por controlar África tras su derrota en Afganistán, Irak y Siria. También de su expansión en Egipto y Libia. Y considera el Sahel como el principal foco de yihadismo actualmente.

Especialmente preocupante es la información que aporta sobre las finanzas. Este capítulo está particularmente bien documentado. Resulta inquietante que estos grupos funcionen como si de asociaciones caritativas se tratara ya que reciben dinero de donantes, mecenas y voluntarios. Es el horror disfrazado de ONG. Obviamente cuentan también con otras fuentes de financiación igualmente preocupantes que principalmente pro-

vienen de extorsiones, rescates por secuestros, tráfico de drogas, impuestos en los lugares que controlan —una especie de impuesto revolucionario—, del contrabando, expolio y venta del patrimonio arqueológico en el mercado negro o de la delincuencia común y la delincuencia organizada. Lamentablemente el tema financiero parece ser un auténtico éxito de Al Qaeda y el Estado Islámico.

El libro aborda el tema de los combatientes extranjeros, o sea, los conversos al yihadismo que han viajado para luchar en Siria, Irak o Libia, así como de los islamistas infiltrados en la policía en países como Países Bajos o Francia y que son holandeses o franceses de segunda o tercera generación. Tampoco olvida el llamativo caso de las yihadistas y sus hijos, y el de las mujeres que se ofrecen a casarse con terroristas para contribuir a la lucha contra los infieles. Ni el rol que desempeñan imanes radicalizados y educadores de centros de menores en la captación de adeptos. Otra de las cuestiones que estudia a fondo la Doctora Forriol son los atentados en suelo español, sobre todo la célula que atentó el 11M y la que perpetró los ataques en las Ramblas y Cambrils.

En definitiva, el libro se ocupa de un tema complejo y lo hace de modo meticuloso y eficiente. Pero además es prospectivo porque hace sugerencias que pueden servir a los gobiernos, a los servicios de seguridad e incluso a la sociedad civil y a la comunidad islámica que reside en Europa para prevenir y proteger a la población. En ese sentido la obra no se limita a explicar los riesgos que entraña este panorama, sino que brinda recomendaciones prácticas sobre cómo proceder para evitar nuevos atentados. Porque, aunque la atención pública esté volcada en la invasión de Ucrania, no debemos caer en el error de pensar que se ha derrotado al terrorismo yihadista.

S. Sanz Caballero
Universidad Cardenal Herrera CEU
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.11

García Juanatey, A., *Alimentación sostenible, hambre y transición ecológica en el Derecho internacional*, Madrid, Reus, 2022, 255 pp.

La renovada crisis alimentaria mundial que la guerra de Ucrania está generando agravará la crítica situación que comporta, desde hace tiempo y para millones de seres humanos, un entorno persistente de inseguridad alimentaria o, dicho en palabras más llanas, de hambre y desnutrición. Una situación cronificada y que atenta directamente contra el derecho humano a la alimentación. En este sentido, la acción de las Naciones Unidas, con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) —y antes con los Objetivos de Desarrollo del Milenio— y, de manera especial, la actuación de la FAO —con sus Directrices voluntarias sobre este derecho—, trata de focalizar el esfuerzo internacional en la erradicación del hambre, pretendiendo modificar las tendencias actuales para alcanzar el objetivo de hambre cero para el año 2030. Pero el reto y las dificultades son inmensas y no invitan al optimismo.

La monografía de la Doctora García Juanatey se ocupa de estas cuestiones y de la realización del derecho a la alimentación en el contexto de la seguridad alimentaria nacional. Lo hace con una perspectiva específica y metodológicamente original desde el punto de vista del Derecho internacional. De un lado, abordando su estudio desde esta disciplina científica, aunque integrando en el análisis a otras disciplinas próximas, como las relaciones internacionales o la ciencia política. De otro lado, utilizando el marco metodológico del desarrollo sostenible, es decir, un enfoque en el que

deben tenerse en cuenta las necesidades de las generaciones presentes y de las futuras, de manera integradora e inclusiva, y teniendo en cuenta la dimensión social y de derechos humanos, así como la dimensión ambiental. Ello permite a la autora poner en valor determinadas herramientas jurídicas que sirven tanto para aportar principios jurídicos de naturaleza sustantiva como para deducir un modelo de referencia que permita elaborar políticas y estrategias integradas encaminadas a la realización del derecho a la alimentación y la seguridad alimentaria a escala nacional. Porque este derecho, para poder ser sostenible, depende también del estado del medioambiente y de los recursos naturales disponibles.

Con este enfoque, la obra se organiza en tres grandes partes que responden también a la lógica interna y al punto de vista del que parte la autora al abordar su estudio. La primera parte se ocupa del problema del hambre en el contexto actual de cambio ambiental global. La segunda parte aborda diversos aspectos relativos al derecho a la alimentación, tanto en relación con su formulación en el Derecho internacional, como respecto de las obligaciones que de este derecho se derivan, así como, finalmente, respecto de su realización. La tercera parte analiza, específicamente, el potencial y utilidad del marco metodológico por el que se ha optado —y de sus herramientas jurídicas— para facilitar una implementación más sostenible del derecho a la alimentación y, en definitiva, favorecer la elaboración de políticas públicas nacionales sobre el derecho a la alimentación.

El abordaje del problema del hambre que se realiza en la primera parte de la monografía conlleva, a su vez, una doble perspectiva, de la que se ocupa cada uno de los dos capítulos que integran esta parte. Así, de un lado, se analiza la noción de la seguridad alimentaria, su origen, evolución y configuración actual como eje principal en la lucha contra el hambre y la desnutrición. De otro lado, se examinan las bases históricas y conceptuales de la noción de desarrollo sostenible para fundamentar su aplicación a la sostenibilidad de los sistemas alimentarios y su potencial en la lucha contra el hambre.

La segunda parte, que se ocupa del derecho a la alimentación, se organiza, a su vez, en tres capítulos en los que se estudia, respectivamente, la configuración del derecho a la alimentación y su naturaleza jurídica en el Derecho internacional contemporáneo; las obligaciones que genera este derecho a la alimentación como derecho humano, especialmente las obligaciones estatales de respetar, proteger y realizar este derecho, y sus características; y, finalmente, el proceso de implementación y de tutela judicial del derecho a la alimentación en el plano nacional, que se ha desarrollado en muchos países —a nivel constitucional y legislativo— durante las últimas décadas.

La tercera parte de la obra acaba resultando la más sugerente y original, atendiendo al enfoque que presenta la Profesora García Juanatey. Bajo el título «Normas, principios y políticas para un derecho a la alimentación sostenible», la autora se ocupa, precisamente, de verificar la utilidad del marco metodológico del que parte —y de las herramientas y principios jurídicos que se derivan de este marco— a los efectos de favorecer la adopción de políticas públicas a escala nacional sobre el derecho a la alimentación. Bajo esta perspectiva, el capítulo sexto se ocupa del estudio de este marco integrado y de su potencial para la realización del derecho a la alimentación en el marco de la Agenda 2030. Con base en ello, el capítulo séptimo se focaliza directamente en la aportación a la implementación de este derecho que pueden realizar cinco principios del Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible: los principios de integración, de uso sostenible de los recursos naturales, de equidad intra e intergeneracional, de responsabilidades comunes pero diferen-

ciadas y de precaución. Analizados los principios pertinentes y su contribución, el capítulo octavo y último de la obra —con un cierto carácter conclusivo— explora el rendimiento que aportan todas estas herramientas jurídicas para poder elaborar —y evaluar— políticas públicas sobre el derecho a la alimentación, que equilibren y coordinen las diferentes dimensiones del desarrollo sostenible, proporcionando así soluciones más justas, integradas e integradoras.

La obra tiene, en este sentido, además de un valioso rigor técnico-jurídico sobre el objeto de estudio, una dimensión comprometida y propositiva que, desde la teoría y la metodología integrada del desarrollo sostenible, pretende también fomentar la aplicación práctica y la elaboración de marcos legales y de estrategias y políticas nacionales en relación con el derecho a la alimentación y la seguridad alimentaria, y la evaluación de su impacto. Lo que hace de esta monografía una obra doblemente interesante y útil para el público general interesado en el tema y, especialmente, tanto para los lectores procedentes del mundo académico como para los lectores que, desde los poderes públicos internos, operan como definidores y ejecutores de políticas públicas en materia de alimentación y seguridad alimentaria.

X. Pons Rafols
Universitat de Barcelona
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.12

García Rico, E. del M. y Martín Martínez, M. M. (dirs.), y Bautista-Hernáez, A. y Jiménez Sánchez, C. (coords.), *Cooperación internacional penal. Una aproximación criminológica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 163 pp.

La imbricación del Derecho internacional público en ámbitos como el ejercicio de la actividad policial y judicial es incuestionable. Conscientes de esa realidad, un grupo de profesores de la Universidad de Málaga no dudaron en aprovechar la oportunidad que ofrecía su docencia en varios y diversos grados, para elaborar una obra extraordinariamente útil. Bajo la dirección de las Profesoras García Rico y Martín Martínez, la coordinación de los Profesores Bautista-Hernáez y Jiménez Sánchez, y la autoría de todos ellos, junto con la Profesora Torres Cazorla, ve la luz una obra colectiva con gran poder expansivo, por el tema y la perspectiva. En efecto, esta obra pretende la profundización en el fenómeno de la cooperación internacional penal en general, y en particular, en la dirigida a la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Lograr desvelar cuáles son las respuestas que el ordenamiento jurídico internacional proporciona al reto que ofrece este tipo de delincuencia resulta esclarecedor y eficaz.

En esta obra se detecta la innegable vocación docente de un grupo de profesores que, preocupados por sus alumnos, deciden realizar un trabajo de investigación que no está destinado al lucimiento. Este trabajo va más allá. El equipo investigador ha decidido parar en el camino para reflexionar, recopilar los elementos resultantes de una docencia prolongada, y ofrecernos un libro que clarifique y ordene. Es un trabajo cuyo fin persigue que los alumnos (de la Universidad, y de otros ámbitos como Escuelas Policiales o Judiciales) comprendan los conceptos de nuestro ordenamiento jurídico internacional, trabajen bien, entiendan la utilidad del Derecho internacional público, y tomen este ordenamiento como el eje conductor que guía la lucha contra la delincuencia transnacional organizada. El esfuerzo es más que meritorio, y toma en consideración nuestra principal motivación para trabajar: los alumnos.

Así, los autores comienzan con una lección que debería ser tomada en con-

sideración en muchas de las profesiones que se ejercen en nuestros días: las nociones básicas de Derecho internacional público, específicamente aplicadas a la cooperación penal internacional. A continuación, se dedican a abordar un panorama general sobre la cooperación internacional y sus principales mecanismos, en relación con la delincuencia organizada transnacional (Lección 2). Evidentemente, una de las herramientas más relevantes para la lucha contra esta clase de delincuencia merecía un capítulo exclusivo: la extradición (Lección 3). Las tres siguientes lecciones abordan la cooperación internacional penal en el ámbito multilateral (Lección 4), y dicha cooperación en dos ámbitos regionales: el Consejo de Europa (Lección 5) y la UE (Lección 6).

Los contenidos anteriormente descritos se desgranan de una manera sistemática y clara, pensando siempre en los destinatarios de la obra. Así, se incluyen diagramas, cuadros explicativos, y códigos QR con los cuales los lectores pueden ampliar conocimientos. Al final de cada lección se ofrecen recursos didácticos de gran utilidad, como preguntas de repaso, actividades, y casos prácticos. Finalmente, en el caso de que el lector quiera profundizar en los conocimientos adquiridos, se nos ofrece una bibliografía básica y otra especializada, sin olvidar los recursos virtuales y audiovisuales, así como los documentales y las sentencias y dictámenes jurisprudenciales o arbitrales.

La perspectiva y el enfoque del libro son muy acertados, puesto que siempre se intenta que todos los temas tratados se hagan desde el punto de vista práctico. De hecho, se presta especial énfasis, al hablar de convenios internacionales, en el estado de ratificaciones de los mismos por parte de España. Del mismo modo, cuando se trata de una organización internacional, los autores especifican los avances significativos de las mismas, y los pasos más recientes a tomar en consideración.

De lo anteriormente expuesto, podríamos deducir que el libro es sencillo, pero no es así. En primer lugar, un trabajo de estas características solo puede ser fruto de una experiencia docente consolidada y de una profunda reflexión sobre las necesidades de los alumnos. En segundo lugar, el libro, aunque aparentemente breve (unas 163 pp.) ofrece herramientas y recursos adicionales suficientes para una profundización en todos los temas trabajados por los autores. En tercer lugar, el hecho de que el libro sea didáctico y fresco no implica que se pierda un ápice de rigor. Cualquier actor jurídico y policial puede servirse de esta obra para analizar, profundizar, y entender las principales claves de la cooperación internacional penal en la lucha contra el fenómeno de la delincuencia transnacional organizada.

En la contraportada del libro se dice que esta es una obra única en su género, y estoy totalmente de acuerdo. Los profesores universitarios no podemos olvidar que los destinatarios de nuestra docencia precisan más obras de este tipo. Obras que pueden ser objeto de estudio en otras instituciones docentes del ámbito práctico de nuestra sociedad (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, miembros del Poder Judicial, etc.). El alumnado, nuestra motivación primera, está presente en todas y cada una de las hojas de esta obra. ¡Enhorabuena a directoras, coordinadores y autores por su vocación docente!

C. Quesada Alcalá
Universidad Nacional de Educación
a Distancia (UNED)
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.13

GARCÍA SEGURA, C., IBÁÑEZ, J. y PAREJA, P. (eds.), *Actores regionales y normas globales: la Unión Europea y los BRICS como actores normativos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 233 pp.

Como apunta Josep Ibáñez en la nota introductoria de la obra, «[l]os procesos constitutivos de la globalización contemporánea han transformado la política mundial de manera acelerada e imprevisible» (p. 13). Y es que hoy en día, al contexto de la (pos)pandemia de la covid-19, en tanto que reto global, se le ha sumado la reciente invasión de Ucrania por parte de la Federación Rusa. No se trata únicamente de la agresión armada interestatal, sino de las subsiguientes crisis humanitaria, económica y alimentaria cuyos estragos se empiezan a sentir por todo el planeta. Y todo ello sin poder olvidar las amenazas globales ya endémicas como el cambio climático, la lucha contra la pobreza, o las nuevas amenazas a la seguridad. En este contexto, la obra resulta fundamental para poder analizar la contribución de los actores regionales a la construcción de normas globales, y en concreto el papel de actores normativos como la UE y de los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Suráfrica) con respecto a la gobernanza de algunos de estos retos.

La estructura de la obra se ajusta fielmente a este objetivo y está dividida en tres partes. En la primera de ellas, dos contribuciones constituyen el marco teórico para el análisis. Resulta especialmente relevante el capítulo de Caterina García y Pablo Pareja Alcaraz, que aporta un «nuevo» [(*sic*), p. 41] marco teórico para el estudio de la construcción de normas globales en el contexto internacional contemporáneo. Sus principales características se resumen en que: los procesos de cambio y de difusión de las normas globales se entienden mejor como procesos dinámicos, multidireccionales, no cumulativos y plurales; estos procesos con frecuencia se entremezclan o se influyen de forma recíproca; y la sustitución de una norma global por otra nueva es más probable cuando se produce la acumulación de varias aplicaciones erróneas o no aplicaciones de la norma global y cae drásticamente el apoyo de los actores internacionales (estatales o no) a la norma global existente. En su opinión, el contenido y la complejidad de estos procesos se enmarca en tres transformaciones del contexto internacional actual: la crisis del orden internacional liberal, el avance del cosmopolitismo blando, y el resurgir de *Westfalia*. También en esta primera parte, Robert Kissack se pregunta si, además de la UE, otras organizaciones regionales han podido contribuir a ampliar el apoyo a las restricciones a la pena de muerte. Adoptando un enfoque diferente al predominante, el autor concluye que la presencia de coautores de la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2007 en otras organizaciones regionales muestra una correlación positiva con el aumento de la cohesión entre sus miembros y el signo de las votaciones de algunos de ellos se modifica para ampliar el apoyo internacional a esta moratoria.

En la segunda parte, las contribuciones sobre el papel de la UE aportan un elenco de casos que muestran la pérdida de exclusividad estatal en la articulación del orden internacional y del Derecho internacional público. En términos generales, estos trabajos arrojan luz sobre la consideración de si la UE es una potencia normativa y, de serlo, en qué medida. Se trata de los trabajos de Inmaculada Marrero sobre la contribución de la UE en el ámbito del control del comercio de armas; el de Karlos Pérez de Armiño sobre el discurso de construcción de paz de la UE; el trabajo sobre la proyección de la UE en el vecindario de Europa oriental (y compartido con la Federación Rusa) de José Ángel López Jiménez; y el trabajo de Leonardo Pasquali sobre los acuerdos entre la UE y el Mercosur.

En la tercera parte, los casos de estudio dedicados a los BRIC sacan a relucir las dificultades cada vez mayores que tienen estos Estados para llegar a acuerdos multilaterales jurídicamente vinculantes y con un contenido normativo sustantivo fuerte. En este parte cabe mencionar el capítulo de Armando Alvares García Jr. sobre los factores que han dificultado la adquisición de un mayor protagonismo de los BRICS en los procesos de construcción de normas globales; el trabajo de José Luis López Aranguren sobre las dimensiones o ejes que articulan el desplazamiento del centro de gravedad de la política mundial hacia el Pacífico; el análisis sobre la norma global relativa a la Responsabilidad de Proteger, de Miquel Caum; el trabajo de Jonathan Pass que interpreta el Banco Asiático de Inversión en Infraestructuras como una organización internacional utilizada por las élites dominantes chinas; el capítulo por Montserrat Pintado, quien analiza la contribución de China como potencia emergente en la reconfiguración normativa en el orden internacional contemporáneo; y, finalmente, el trabajo de Meije Jiang que analiza cómo China proyecta una estrategia de redes en la que la política exterior integra ideas, comportamientos e instituciones, al tiempo que redefine su propia identidad como actor normativo. En suma, se evidencia la resistencia y contestación por parte de los BRICS de aquellas normas globales que suponen una delegación de autoridad a entidades supranacionales o un refuerzo de la estructura liberal de gobernanza. Así es hasta el punto de que Caterina García y Pablo Pareja llegan a considerar a estos actores, y en especial a las potencias asiáticas, como «antiemprendedores» o «resistentes creativos» (p. 44).

Con todas las virtudes de esta obra, a nuestro parecer, sin embargo, se echa en falta un análisis más pormenorizado de la contribución de los actores no gubernamentales. Si el «nuevo» marco teórico nos habla de la participación de «oenegés, *think tanks*, empresas multinacionales [...] o asociaciones de la sociedad civil», ¿por qué el papel que juegan estos actores no se ve reflejado en los casos de estudio? Lejos de poner en cuestión la validez del marco teórico o de los casos estudiados, esta ausencia subraya la necesidad de abrir nuevos espacios o líneas de investigación que arrojen aún más luz sobre la contribución normativa de las organizaciones internacionales, las potencias emergentes y los actores no gubernamentales. Esta obra inicia esa senda necesaria y se constituye una aportación novedosa y original al estudio de algunos actores internacionales como actores normativos, como son o pretenden ser la UE y los BRICS.

A. Rodríguez-Pérez
Universitat Rovira i Virgili
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.14

Giles Carnero, R., *El régimen jurídico internacional en materia de cambio climático*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, 185 pp.

El Derecho internacional del medio ambiente es un productivo laboratorio jurídico, donde podemos encontrar experimentos normativos, estructuras institucionales y mecanismos de control *sui generis*. Esto sucede, sin lugar a dudas, en el marco del régimen jurídico internacional del cambio climático, objeto de la presente obra, cuya capacidad de innovación, en palabras de la autora de esta monografía, «hace particularmente interesante su análisis desde la perspectiva del diseño y la implementación de la obligación ambiental». Así, desde la óptica de los procedimientos de creación normativa, nos encontramos con mecanismos flexibles que garantizan un acoplamiento rápido de los nuevos conocimientos

técnico-científicos, caracterizados, como apuntó algún autor, por constituir un *processus normatif continu*. Otra peculiaridad radica en la implantación de estructuras institucionales flexibles que sirven de foro para el diálogo continuo entre los Estados parte, con un sistema orgánico que no difiere mucho de las estructuras institucionales clásicas de las Organizaciones internacionales, aunque, por supuesto, existen pequeñas diferencias. Contienen además obligaciones de *estructura integral,* que son debidas a todos los Estados destinatarios, de modo que su incumplimiento afecta a todos los Estados parte o incluso a la comunidad en su conjunto. Se recurre, asimismo, a la técnica normativa de la asimetría convencional, con el Acuerdo de París de 2015 como su máximo exponente, pues aquí, como afirma la doctrina, hemos pasado de la tradicional diferenciación binaria hasta la diferenciación contextualizada. Y, además, desde la perspectiva del control de la aplicación, incorpora mecanismos de supervisión peculiares, con instrumentos económicos disuasorios como los presentes en el mecanismo de flexibilidad del Protocolo de Kioto. Todo ello merece la pena ser estudiado, como hace la autora, desde una perspectiva histórica, analizando la evolución experimentada en estas últimas décadas.

La obra está estructurada en cuatro partes, amén de un Capítulo Introductorio y otro dedicado a las conclusiones. La primera de ellas analiza cuáles son los objetivos del régimen jurídico internacional sobre cambio climático (la mitigación y la adaptación) y los principios de actuación en su desarrollo y aplicación, con especial referencia al principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas y respectivas capacidades. Comparando el Acuerdo de París con el Protocolo de Kioto, considera que se va más allá de la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero, con más amplias y diversas actuaciones, y un enfoque centrado en la persona y las sociedades. Y, como apuntábamos en la introducción, subraya el nuevo sistema de obligaciones, diversificado en una gradación de los compromisos adquiridos.

La estructura orgánica ocupa el segundo capítulo, precedido de un breve estudio del proceso negociador de los tres instrumentos jurídico-internacionales básicos en la materia. Aborda con detalle las cuatro instituciones fundamentales, como son la Conferencia de las Partes, la Secretaría de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático y los órganos subsidiarios de asesoramiento: el Órgano Subsidiario de Asesoramiento Científico y Tecnológico y el Órgano Subsidiario de Ejecución. Compartimos con ella, entre otras afirmaciones, que estamos ante un sistema institucional de aplicación de todo el régimen climático que asegura la coherencia de sus actuaciones.

El tercer capítulo trata de los cuatro compromisos jurídico-internacionales climáticos. En primer lugar, la obligación de cooperación internacional en diferentes ámbitos: la investigación y la transferencia de conocimiento y tecnología climática; la promoción de la educación, la capacitación, la información y la participación; y la respuesta para afrontar pérdidas y daños relacionados con los efectos del cambio climático. En segundo lugar, las obligaciones relativas a la mitigación, de las cuantificadas a las diferenciadas. En tercer lugar, las obligaciones de adaptación en Kioto y París. Y, en cuarto lugar, las relativas a la financiación. Seguramente, de todo ello, el aspecto más interesante es el relativo a la diferenciación de las obligaciones climáticas, donde, como señala la autora, la falta de voluntad política ha llevado a soluciones basadas en la interacción entre el Derecho internacional y los sistemas nacionales.

El trabajo se completa con un capítulo centrado en los mecanismos de cumplimiento en el régimen jurídico interna-

cional en materia de cambio climático y el marco de transparencia. Al respecto, se apunta al carácter asistencial del sistema, su naturaleza facilitadora, dejando al margen los aspectos punitivos. Es, como se indica en la monografía, uno de los puntos más controvertidos del régimen climático, cuyas dudas sobre su eficacia no hacen más que alimentar un crónico debate entre los juristas que se dedican al estudio del Derecho internacional del medio ambiente, en concreto al control de sus normas.

Creemos, a tenor de lo dicho anteriormente, que estamos ante un riguroso trabajo que, con total seguridad, se convertirá en una obra de obligada lectura para todos aquellos investigadores de esta rama del Derecho internacional. Se trata, también, de un estudio de gran utilidad para todos aquellos operadores jurídicos que deseen adentrarse en alguno de los temas que se plantean en el libro. Y, claro está, será igualmente una referencia bibliográfica muy valiosa para todos aquellos estudiantes que vayan a cursar asignaturas como el Derecho internacional del medio ambiente.

E. J. Martínez Pérez
Universidad de Valladolid
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.15

González Marimón, M., *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 501 pp.

La monografía objeto de recensión es un trabajo riguroso y reposado, muy bien documentado que, como se indica en el prólogo, responde a la constancia y al esfuerzo de la autora. El tema elegido, aunque no es novedoso —se han publicado artículos, capítulos de libro e incluso monografías recientes sobre el tema objeto de la investigación— se aborda de forma muy exhaustiva y con gran solvencia, características que hacen de esta obra una monografía imprescindible para quienes decidan adentrarse o continuar en el estudio de la materia.

El libro está compuesto por tres capítulos más uno introductorio que como punto de partida se centra en la delimitación de los dos términos que dan título a la obra: de un lado, el concepto de menor y, de otro lado, el concepto de responsabilidad parental.

En relación al concepto de menor desde el comienzo la autora define o concreta a quién se refiere, y se va a referir a lo largo del libro con este término (p. 25). También desde el inicio, deja claro el reconocimiento de lo que denomina de forma gráfica: «centralidad del menor», idea que posteriormente vuelve a proyectar y desarrollar cuando trata la evolución de la responsabilidad parental (p. 53).

En referencia al término menor, el libro destaca su complejidad o diversidad en torno a su concreción, circunstancia que relaciona con el sistema de fuentes de la normativa que organiza el régimen jurídico protector del menor. La autora se detiene para explicar este complicado aspecto con el propósito de aproximar al lector a la situación actual.

La responsabilidad parental, categorizada como «término de referencia en la materia», encuentra su origen tanto en los textos de la UE, como en los instrumentos convencionales. Su evolución se relaciona con la idea previamente expuesta de «centralidad del menor», sin que entre las pretensiones del estudio esté la de ofrecer una noción cerrada. El análisis detallado de los instrumentos que se refieren a la responsabilidad parental —en particular el Reglamento Bruselas II bis— se hace desde diferentes aproximaciones que permiten poner de manifiesto tanto la evolución como el afianzamiento del concepto en el panorama internacional.

Para finalizar el capítulo la autora, con acierto, examina cuál es la situación de los ordenamientos de los Estados miembros ante la noción. En concreto profundiza en el ordenamiento español poniendo de manifiesto que, a pesar del esfuerzo modernizador del legislador, la evaluación no es positiva debido a las diferencias entre el término de responsabilidad parental a nivel interno y el recogido a nivel internacional.

El Capítulo Primero, profundiza en los métodos de resolución de controversias ante una situación transfronteriza en materia de responsabilidad parental en la UE. Son dos los ejes de análisis: el primero, la mediación y el segundo, el recurso a los tribunales, que como reconoce la autora es el modo más habitual de resolver las disputas, a pesar del fomento de la mediación.

Pues bien, en relación con la mediación, trazado el panorama actual de la situación en el ámbito de la UE, resultan relevantes las ideas que en la obra se proyectan en torno al Reglamento Bruselas II ter y sobre las que puede concluirse: en primer lugar, el optimismo por el fomento de los ADR en el marco del citado instrumento, para en segundo lugar, dejar constancia, con toda la razón, de un cierto pesimismo frente a la regulación incorporada, en particular, sobre la circulación de los acuerdos en el marco de la UE.

La mayor parte de este capítulo la ocupa la regulación del recurso a los tribunales como vía más común de resolución de controversias en materia de responsabilidad parental. En referencia a la competencia judicial internacional es de sobra conocida y aprobada la *ecuación residencia habitual, mayor proximidad, mejor salvaguarda de los intereses del menor* (p. 117). Sin embargo, la autora, lejos de conformarse con la simple reproducción o aceptación de esta afirmación la cuestiona desarrollando un estudio con gran profundidad del criterio de residencia habitual como foro de competencia judicial. Principalmente son tres los ejes de análisis: primero, parte de los Reglamentos Bruselas II bis y Bruselas II ter adentrándose en el debate sobre la necesidad o no de una definición del término en los citados instrumentos (aspecto sobre el que la autora no manifiesta de forma abierta su postura dejando que el lector decida, p. 125); segundo, recorre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) —especialmente rica en este aspecto—, para aislar y analizar los elementos que identifican el lugar de residencia del menor; tercero, profundiza en cómo los tribunales españoles han utilizado la jurisprudencia del TJUE cuando, en no pocas ocasiones y frente al desacuerdo de los progenitores, se ha cuestionado el lugar de residencia del menor. El balance del segundo y del tercer eje es positivo, tal y como lo expone la autora con claridad a través del estudio de la jurisprudencia española que concreta el concepto de forma acertada aplicando los criterios del TJUE al respecto.

Se centra ahora la obra en analizar el impacto en la competencia judicial internacional cuando: de un lado, se produce un cambio en la residencia habitual del menor; de otro lado, en aquellas situaciones en las que se traslada la competencia a autoridades distintas de las del lugar de residencia habitual. Para el primer caso, el estudio se sitúa en el cambio lícito *vs.* ilícito de la residencia del menor. Para el segundo caso, se detiene en el resto de los foros de competencia incluidos en los distintos instrumentos cuando suponen una excepción al criterio general. Para ambas situaciones la autora profundiza en el análisis: de la jurisprudencia —principalmente del TJUE, aunque también hay referencias interesantes a la práctica judicial española—, de los propios textos y de la abundante doctrina existente.

El Capítulo Segundo está dedicado a la eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia de responsabilidad parental en el marco de la UE. Desde el comienzo expone la idea sobre la que planea

el desarrollo posterior: *búsqueda del equilibrio entre el interés superior del menor y la libre circulación de decisiones*. En este capítulo la autora lleva a cabo una comparativa entre el Reglamento Bruselas II bis y Bruselas II ter, y en los títulos de los dos grandes epígrafes se vislumbra la directriz cuando describe la relación entre el interés del menor y la libre circulación de decisiones en el modelo Bruselas II bis con el término «tensión» y, en el caso del Reglamento Bruselas II ter con el término «equilibro». Equilibrio aún inestable debido, entre otros aspectos, a la falta de confianza mutua entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Sobre este último aspecto resultan interesantes las reflexiones que hace al terminar el capítulo (pp. 371-373).

Por último, el Capítulo Tercero gira en torno al análisis de tres aspectos: la tutela cautelar, la cooperación entre autoridades y la audiencia del menor. De las tres materias indicadas dos se señalaron por la Comisión como áreas de intervención, y aunque la tutela cautelar no fue una de ellas, los asuntos resueltos por el TJUE dejaron clara la necesidad de su modificación.

El modo de análisis de cada una de las tres materias es similar, en primer lugar, se detiene el trabajo en evaluar la situación del Reglamento Bruselas II bis a través de un minucioso estudio, para pasar a profundizar en la jurisprudencia del TJUE, y finalmente, la autora valora cuál es la situación que ha quedado tras la reforma en el Reglamento Bruselas II ter. En definitiva, la evaluación es positiva si bien, como se indica, desde una perspectiva teórica, dado que solo la práctica permitirá hacer un diagnóstico real del acierto de las modificaciones incorporadas.

Para finalizar solo cabe felicitar a la autora y volver a recomendar la lectura reposada de esta obra a aquellos que, como indicamos al comienzo, se inicien o deseen continuar y profundizar en el estudio de la materia.

M. Herranz Ballesteros
Universidad Nacional de Educación
a Distancia (UNED)
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.16

Hinojosa Martínez, L. M. y Roldán Barbero, J. (coords.), *Derecho internacional económico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 486 pp.

Este libro colectivo proporciona una completa y rigurosa visión de conjunto del Derecho internacional económico, que es una de las ramas más relevantes del ordenamiento jurídico internacional y clave para tratar de comprender el proceso de globalización, sus dispares beneficiarios y los actuales retos económicos, sociales, ambientales y geopolíticos mundiales.

Los coordinadores de este libro, Luis M. Hinojosa Martínez y Javier Roldán Barbero, Catedráticos de Derecho internacional público en la Universidad de Granada, y el resto de sus autores constituyen un fecundo referente académico en este ámbito jurídico, tanto a escala nacional como internacional. En el año 2010 ya publicaron una primera edición de esta obra colectiva con la editorial Marcial Pons. Ahora, en 2022, alumbran una nueva versión del libro, bajo el sello de Tirant lo Blanch.

El presente libro mantiene, esencialmente, la misma estructura original, pero su contenido, como indican los coordinadores en un sugerente prólogo, «se ha repensado, ampliado y actualizado» (p. XV). Ciertamente, no son pocos los fenómenos que, en estos últimos años, han venido incidiendo en la evolución de las instituciones y normas del Derecho internacional económico y su aplicación en la práctica.

El libro cuenta con un total de 18 capítulos, agrupados en cinco partes. La primera parte aborda los fundamentos

del Derecho internacional económico, incluyendo en su Capítulo 1 (Luis M. Hinojosa Martínez) unas ilustrativas reflexiones sobre las relaciones entre Derecho, economía y política, el análisis económico del Derecho y los fundamentos teóricos del sistema económico internacional actual. El Capítulo 2 (Javier Roldán Barbero y Luis M. Hinojosa Martínez) se dedica a la noción del Derecho internacional económico, su autonomía, sus sujetos y sus formas de creación y aplicación.

La parte segunda, dedicada al comercio internacional, comprende ocho capítulos y es la más extensa del libro, siendo comprensible al tratarse de uno de los sectores jurídicamente más desarrollados del Derecho internacional económico. El Capítulo 3 (Carmela Pérez Bernárdez y Luis M. Hinojosa Martínez) se refiere a los aspectos institucionales de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y se adentra en el incierto futuro de esta institución y su necesaria, aunque muy dificultosa, reforma. El Capítulo 4 (Carmen López-Jurado Romero de la Cruz y Pablo Martín Rodríguez) examina los principios rectores del comercio internacional de mercancías y analiza, entre otros aspectos, la regulación de medidas de defensa comercial. El Capítulo 5 (Pablo Martín Rodríguez y Eva Díez Peralta) prosigue con el análisis de la regulación del comercio internacional de mercancías, ocupándose de diversos mecanismos de flexibilización y ciertos regímenes sectoriales. El Capítulo 6 (Antonio Segura Serrano) se dedica al comercio internacional de servicios. El Capítulo 7 (Manuel López Escudero) se refiere a los derechos de propiedad intelectual en el comercio internacional. El Capítulo 8 (Carmen López-Jurado Romero de la Cruz) estudia el sistema de solución de diferencias de la OMC, analizando la crisis que atraviesa actualmente, concretada en el bloqueo del nombramiento de nuevos miembros del Órgano de Apelación por los Estados Unidos desde la presidencia de Donald Trump y las propuestas para remediarlo. El Capítulo 9 (Luis M. Hinojosa Martínez y Teresa Fajardo del Castillo) aborda nuevos problemas del comercio internacional, como, por ejemplo, la protección del medio ambiente, los derechos sociales y el comercio electrónico. El Capítulo 10 (Antonio Segura Serrano) se dedica a los acuerdos comerciales regionales, incorporando el estudio de los más recientes y destacados acuerdos mega-regionales auspiciados por grandes potencias avanzadas y emergentes, como China.

La parte tercera, relativa al sistema financiero y monetario internacional, se articula en tres capítulos. El Capítulo 11 (Manuel López Escudero) se centra en el Fondo Monetario Internacional y sus funciones. El Capítulo 12 (Manuel López Escudero) examina diversos grupos y foros económicos y monetarios (como el G-20) y otras instituciones internacionales con competencias en estas esferas. El Capítulo 13 (Luis M. Hinojosa Martínez) analiza la regulación de los movimientos internacionales de capital y de las inversiones extranjeras, incluyendo la propuesta de creación de un Tribunal Permanente de Arbitraje de Inversiones.

La parte cuarta, sobre la cooperación para el desarrollo, consta de tres capítulos. Los Capítulos 14 y 15 (Javier Roldán Barbero) se dedican, respectivamente, a sus fundamentos y sujetos y a la formación y ejecución de sus normas. El Capítulo 16 (Javier Roldán Barbero e Inmaculada Marrero Rocha) se centra en los sistemas regionales y el sistema español.

La quinta y última parte, sobre el Derecho internacional de la empresa y de los trabajadores, comprende los Capítulos 17 y 18 (Luis M. Hinojosa Martínez), que se refieren, respectivamente, a cuestiones tales como el control de la actividad de las empresas multinacionales (atendiendo a las más recientes novedades en materia de responsabilidad social corporativa) y los instrumentos interna-

cionales para la defensa de los derechos laborales.

El libro incluye, además de unas actualizadas listas de bibliografía al final de cada capítulo, unos útiles índices de jurisprudencia y de materias. El cuerpo del texto distingue dos niveles de lectura con tipos de letra diferentes, que permiten profundizar más en determinadas cuestiones y ejemplos.

En conclusión, se trata de una obra sumamente valiosa para la enseñanza del Derecho internacional económico en estudios de grado y posgrado y para cualquier especialista o profesional que se adentre en esta apasionante rama jurídica y sus más recientes desarrollos.

X. Fernández Pons
Universidad de Barcelona
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.17

Moya Escudero, M. (dir.), *Movilidad internacional de personal y nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 404 pp.

La obra coordinada por la Doctora Mercedes Moya Escudero es fruto de los trabajos realizados en el seno del Proyecto I+D+i denominado «Movilidad internacional de personas: el impacto jurídico-social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población migrante». Como muy bien afirma la directora en el Prólogo de la obra, como investigadora principal del mismo, ha tenido a su lado a un equipo de 11 especialistas de reconocido prestigio en Derecho internacional privado. La obra plantea interrogantes sobre importantes problemas que suscita la vinculación entre nacionalidad y movilidad internacional aportando soluciones que coadyuvarán a redefinir y resignificar el marco jurídico del Derecho de la nacionalidad añadiendo que la nacionalidad es una cuestión esencial a nivel jurídico y más aún a nivel humanitario. El hilo conductor de la obra se puede observar claramente: el vínculo de la nacionalidad está presente en los diez trabajos que la componen, diferenciándose dos bloques. De un lado, las aportaciones en las que la nacionalidad representa un papel protagonista; y, un segundo bloque en los que la nacionalidad se tiene en cuenta como criterio diferenciador para la delimitación de un régimen normativo concreto.

Entre los primeros se pueden ubicar los siete primeros capítulos: el primero de ellos, bajo el título «Adquisición de la nacionalidad española y los documentos públicos extranjeros», corre a cargo de la Doctora Diago Diago. En segundo lugar, la Doctora Ángeles Lara Aguado se centra en las cuestiones de nacionalidad que se plantean en relación con los niños nacidos de contratos de gestación subrogada en Estados Unidos y en Ucrania. Bajo el título «Seguridad jurídica e interés superior del menor no acompañado en el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española», las Doctoras Lucía Serrano Sánchez y M. Dolores Huete Morales profundizan en el complejo régimen jurídico de los MENA. El régimen privilegiado de adquisición de la nacionalidad por inversión ha sido abordado por la Doctora María Victoria Cuartero Rubio (Cap. IV). El siguiente, desarrollado, de forma muy amplia y crítica, por la Doctora Irene Blázquez Rodríguez titulado «Adquisición de la nacionalidad española por residencia y renuncia a la nacionalidad de origen por parte de ciudadanos de la UE: Hacia un cambio de paradigma». La Doctora M.ª Ángeles Sánchez Jiménez realiza un análisis profundo y riguroso sobre «Países especialmente vinculados con España y alcance de la conservación de la nacionalidad de origen permitida por las leyes españolas». La Doctora Carmen Ruiz Sutil pone de manifiesto la problemática real provocada por el matrimonio coránico del marroquí naturalizado (Cap. VII). Las tres últimas aportaciones

presentan un enfoque diferente, así la Doctora Gisela Moreno Cordero mediante el estudio «La nacionalidad y el ejercicio de una profesión regulada en la Unión Europea» junto con el firmado por la Doctora M. Dolores Ortiz Vidal sobre «Los criterios decisivos para asegurar la reagrupación familiar, en la Unión Europea: nacionalidad, movilidad e integración», ponen de manifiesto las relaciones estructurales entre la nacionalidad y la extranjería. La monografía finaliza con el estudio de la Doctora Nuria Marchal Escalona bajo el título «El progresivo avance de la nacionalidad en materia alimenticia».

En definitiva, las aportaciones que conforman Movilidad internacional de personas y nacionalidad abren nuevas sendas de investigación jurídica a los retos en el ámbito del Derecho internacional privado que, en todo caso, se nutre del elemento de extranjería haciendo una necesidad conocer en profundidad el derecho de la nacionalidad *versus* extranjería. Nos encontramos, indudablemente, ante un trabajo bien coordinado y estructurado, que provoca el debate y la reflexión en el marco de la nacionalidad y aporta propuestas de cambio que nuestras sociedades merecen y exigen.

No podemos concluir esta recensión sin felicitar a la directora de la obra por esta interesante y oportuna iniciativa de la que se van a beneficiar quienes quieran profundizar en el Derecho de la nacionalidad y de la extranjería. Felicitaciones también por haber sabido vertebrar de una forma pedagógica y coherente la heterogeneidad temática de las valiosas aportaciones realizadas por las expertas en esta materia. Se trata de una importante contribución, que con toda seguridad tendrá muy buena acogida por la doctrina y por los operadores jurídicos en general y por los extranjeristas en particular. Ciertamente, es un regalo pues tras una dilatada y admirable carrera académica que abarca más de cuatro décadas, y justamente en el momento en que nos anuncia su retirada, la Profesora Mercedes Moya Escudero —referencia indiscutible en el estudio del Derecho de la nacionalidad y de la extranjería y Derecho internacional de la familia— ha querido obsequiar a la comunidad universitaria *ius* internacional privatista y a los extranjeristas que siguen su trabajo con gran interés, con una obra que por sus características está llamada a tener una influencia duradera en nuestro ámbito de especialización académica.

El resultado final constituye una obra rigurosa, destinada a convertirse en un referente sobre problemas actuales de la movilidad internacional de personas y la nacionalidad. Los lectores encontrarán en este libro herramientas útiles para abordar los problemas de la práctica, desde la pulcritud de argumentos jurídicos que exige un tema que apunta al corazón de millones de ciudadanos. Y, parafraseando las líneas introductorias de esta obra, totalmente compartidas, la movilidad de personas debería, en todo caso, centrarse en la promoción de la igualdad en derechos y en la no discriminación. Pero la realidad es que la igualdad en derechos choca con la admisión de la nacionalidad como causa legítima de discriminación, incluso frente a los extranjeros residentes.

A. Álvarez Rodríguez
Universidad de León
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.18

Pfeiffer, Th., Lobach, Q. C. y Rapp, T. (eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life - Towards a Common European Understanding. EUFams II and Beyond*, Heidelberg, Universidad de Heidelberg, 2021, 262 pp.

La regulación de los distintos aspectos de las relaciones familiares en un mundo globalizado, analizados desde el punto de vista del Derecho internacional

privado, destaca por su especial complejidad y, sobre todo, por su fragmentación. Las crisis matrimoniales requieren la resolución de cuestiones tan importantes, como la disolución de la relación matrimonial, la guarda y custodia de los hijos, las obligaciones de alimentos, el régimen económico matrimonial y el posterior reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales emitidas. La particularidad y complejidad de cada tema ha obligado regular los distintos aspectos de Derecho internacional privado en instrumentos jurídicos diferentes, tales como el RBIIbis y ter, el RRIII, el R4/2009 en materia de alimentos, el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos, los reglamentos en el tema del régimen económico, el CH1980 sobre el secuestro internacional de menores y la Convención de 1996 sobre la protección del niño. Aunque la fragmentación sigue siento muy marcada, no pasa desapercibido el esfuerzo del legislador, europeo o internacional, a establecer una cierta interconexión entre ellos. Las dificultades que persisten, sin embargo, están relacionadas con la determinación del ámbito de aplicación de sus normas y su aplicación en la práctica.

Todas estas cuestiones se abordan en la obra colectiva dirigida por Thomas Pfeiffer, Quincy C. Lobach y Tobias Rapp, titulada *Facilitating Cross-Border Family Life - Towards a Common European Understanding. EUFams II and Beyond*. El libro es resultado del trabajo realizado por el grupo de investigación EUFams en el que participan estudiosos de distintas universidades europeas y centros de investigación. La obra colectiva está dividida en ocho capítulos en los que se analizan con claridad y precisión distintos problemas que plantea la aplicación de las normas de Derecho internacional privado en el ámbito de Derecho de familia y sucesiones. En el primer capítulo Thomas Pfeiffer aborda el tema de la noción de residencia habitual como punto de conexión para determinar la competencia judicial internacional. El estudio aboga por su preferente aplicación frente al criterio de la nacionalidad y subraya su importancia a la hora de integrar a los emigrantes en la sociedad proporcionándoles protección y seguridad jurídica garantizada por la previsibilidad de su aplicación.

En el segundo capítulo Ulf Maunsbach analiza las cuestiones más controvertidas de la autonomía de la voluntad. Al autor ofrece su opinión crítica y bien fundamentada de la libertad limitada que tienen las partes para elegir el órgano jurisdiccional competente o la ley aplicable a su relación, respetando la necesidad de protección de la parte más débil, como los hijos, y al margen de las particularidades socio-políticas de cada Estado miembro que actúan como factores de opresión. A modo de conclusión, el autor hace una reflexión acertada de la necesidad de modernización de las normas reguladoras, tomando en consideración las nuevas formas de familia en unas sociedades globalizadas y cada vez más cohesionadas.

En el tercer capítulo Rosario Espinosa y Laura Carballo ofrecen una opinión crítica de la efectividad de los instrumentos internacionales en materia de protección del menor en el Derecho europeo de familia. El análisis gira alrededor de conceptos tan importantes y claves como el interés superior del menor, la residencia habitual, su derecho de ser oído en relación con el ejercicio de la responsabilidad parental y la necesidad de una mayor protección del menor, pero también de mujer en las prácticas de maternidad subrogada y, sobre todo, en los casos de secuestro internacional. Por su complejidad y controversia, el trabajo hace un detallado análisis del concepto de interés superior del menor, tanto en relación con su definición, como por su aplicación, condicionada por las particularidades de cada caso. Las autoras critican la valoración individualizada de las circunstancias personales del menor y ofrecen como una solución alternativa el interés colectivo de la familia.

En el cuarto capítulo Mirela Župan, Ivana Kunda y Paula Poretti subrayan la importancia de la formación de los juristas y defienden que la correcta aplicación de las normas europeas de Derecho internacional privado se puede conseguir tan solo si las personas que las aplican estén informadas y formadas y conocen los mecanismos legales para resolver los problemas particulares que presentan los litigios en materia de Derecho de familia y sucesiones.

Ilaria Viarengo, Francesca Villata, Nicolò Nisi, Lenka Valkova, Diletta Danieli y Cinzia Peraro analizan el concepto de matrimonio y otras uniones entre personas desde el punto de vista de las normas del Derecho europeo de familia. El trabajo ofrece un análisis comparativo de los distintos modelos nacionales de matrimonio y uniones registradas o informales y de su régimen económico. Atención especial se presta a la jurisprudencia del TJUE y sus consideraciones de que el no reconocimiento de un matrimonio celebrado en un Estado miembro vulnera el principio de la libre circulación de los ciudadanos europeos. Estas mismas cuestiones se plantean también por Marlene Brosch y Cristina M. Mariottini, pero se analizan en relación con los nacionales de terceros Estados que residen en un Estado miembro de la UE. Las autoras valoran positivamente la aplicación del criterio de residencia habitual que permite a los órganos jurisdiccionales actuar y ofrecer una tutela adecuada y necesaria de sus intereses. La protección de los nacionales de terceros Estados es también el tema de estudio que realiza Marcel Zühlsdorff en el que centra su análisis en la necesidad de la creación de un marco jurídico común y predecible para proteger mejor los derechos de los refugiados. El autor analiza la regulación del estatus personal de los nacionales de terceros Estados y hace una valoración del régimen jurídico actual aplicable en los distintos Estados miembros.

V. Andreeva Andreeva
Universidad de Barcelona
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.19

Scopelliti, M., *Non-Governmental Actors in International Climate Change Law. The Case of Artic Indigenous Peoples*, Londres, Routledge, 2022, 159 pp.

La regulación de la participación de los actores no gubernamentales en estructuras de gobernanza global institucionalizadas, como organizaciones internacionales o conferencias multilaterales, ha sido un objeto recurrente de atención para el análisis del Derecho internacional contemporáneo. En las últimas décadas, una nutrida literatura académica ha subrayado la distancia que existe entre el relevante papel que las ONG desempeñan oficiosamente en la dinámica normativa internacional y la ausencia de un reconocimiento oficial equivalente en el ordenamiento jurídico. La valiosa monografía que acaba de publicar Marzia Scopelliti, a partir de una tesis doctoral dirigida por E. Conde, se inscribe en esta tradición de pensamiento.

La autora acota su marco analítico al régimen internacional sobre cambio climático a fin de señalar que, aunque las ONG resultan esenciales para la definición e implementación de las normas, los Estados no les reconocen una capacidad normativa de carácter sustantivo. La tesis defendida en el estudio es que el nexo entre cambio climático y derechos humanos, fortalecido tras la adopción del Acuerdo de París de 2015, debiera servir como base legal para intensificar la participación no gubernamental en el proceso nomogenético. En la búsqueda de modelos para alcanzar este objetivo, la autora emplea como caso de estudio el rol desempeñado por las organizaciones que representan a los pueblos indígenas del Ártico en distintos foros regionales internacionales.

El libro está estructurado en dos bloques. En el primero (Parte I) se establece el marco general de análisis mediante un acercamiento a la génesis del derecho a la participación pública en asuntos medioambientales. Este capítulo se queda corto y adolece de una revisión más generosa de la literatura, con mención a trabajos clásicos como los de Lindblom, *NGOs in International Law* (2005), Vedder, *NGO Involvement in International Governance and Policy* (2007), P.-M. Dupuy (ed.), *NGOs in International* Law (2008) o Pérez-Prat, *Sociedad civil y Derecho internacional* (2004), entre otros. A pesar de ello, la autora consigue poner de manifiesto que el principio de participación encuentra un creciente reconocimiento internacional tanto en los tratados que lo regulan específicamente (esto es, los convenios de Aarhus de 1998 y de Escazú de 2018) como en la práctica de los acuerdos multilaterales (Cap. 2). En el contexto concreto del régimen generado a raíz del Convenio sobre Cambio Climático, se comprueba, no obstante, que los arreglos institucionales ligados a la figura del observador presentan un carácter muy limitado que no permite actuar a las ONG como verdaderos decisores (Cap. 3).

En el segundo bloque de la monografía (Partes II y III), la autora desarrolla un estudio de caso sobre los pueblos indígenas árticos (Cap. 4) en el que destaca que las seis ONG representativas que existen han hecho evolucionar su consideración ante foros intergubernamentales, como el Consejo Ártico, desde el nivel ordinario de observador hasta un estatuto *sui generis* de *participantes permanentes* que les permite integrarse de manera significativa en la toma de decisiones; en sus propias palabras «*despite lacking proper voting rights, Permanent Participants hold the ability to block any measure discussed by the Council [...] they act on an equal footing with the eight Artic States and are able to balance the voting rights exclusively granted to States*» (p. 64). A partir de este ejemplo, se exploran (Cap. 5) las vías instrumentales más propicias para favorecer la consideración de los actores no gubernamentales como *rightholders*, en vez de como *stakeholders*, subrayándose las potencialidades de la litigación estratégica transnacional «*as a way to empower those advocating for a more rights-based approach to climate change*» (p. 113). Por último, en el Capítulo 6 se revisa la aplicación del enfoque de derechos humanos al control del cambio climático, que funciona como elemento legitimador para reivindicar el incremento de la participación no gubernamental.

El modelo ártico, que confiere diferentes grados de participación a las distintas entidades (derechos de voto a los Estados, de veto fáctico a los participantes permanentes y de presencia minorada a los observadores), constituye para la autora un precedente relevante para mejorar la participación de las ONG en el régimen sobre cambio climático. Ella misma menciona algunos límites para esta analogía como, por ejemplo, que los pueblos indígenas tienen un derecho específico a la autodeterminación que acrecienta su capacidad de obrar internacional (p. 80); o, por otra parte, que la base legal para defender la participación de los individuos (el derecho humano a un medio ambiente saludable) resulta aún incipiente (p. 148). Sin embargo, la autora opta por no fijarse demasiado en el «elefante en la habitación» de su argumento —esto es, la cuestión de la representatividad— sobre el que se limita a apuntar que, si se concediese mayor margen de participación a las entidades privadas, habría que establecer sistemas de elección directa «*with elections secured by blockchain*» (p. 149). El nudo de la cuestión termina siendo aquí, por tanto, un problema de escala: aunque algunas ONG puedan representar a los escasos y semejantes indígenas del Ártico, resulta complejo pensar en cómo podrían llegar a ser un vehículo idóneo para vertebrar la participación de los numerosos y diversos habitantes del planeta.

Tras este breve resumen de contenidos, no me queda más que felicitar a M. Scopelliti por el libro y animar a su estimulante lectura. Los temas abordados son de rotunda actualidad (para botón de muestra véase el reciente artículo de Bernstorff, en el volumen de 2021 del EJIL, precisamente sobre la sociedad civil y el principio de participación de los más afectados en Derecho internacional) y han sido objeto de un abordaje original, riguroso y sugestivo en una monografía que está, además, espléndidamente escrita.

C. Teijo
Universidad de Santiago de Compostela
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.20

Serrano Sánchez, L., *Vulneración y acceso a los sistemas de protección de los derechos de la niñez y adolescencia inmigrante no acompañada en España y El Salvador*, Universidad Pública de Navarra y Grupo La Rábida, 2021, 429 pp.

Esta obra es el resultado del trabajo de tesis doctoral de la autora, la cual ha obtenido el Premio Brunet 2019 sobre la promoción de los derechos humanos y el XII Premio de Estudios Iberoamericanos «La Rábida» a la mejor tesis doctoral en la categoría de Ciencias Sociales y Jurídicas, en su edición de 2019.

Su trabajo de investigación trata, en profundidad, el drama humano de la niñez migrante no acompañada, a través del estudio crítico y comparado de dos contextos muy diferentes: el español y el salvadoreño. La autora realizó dos estancias de investigación en El Salvador de las que son fruto el enfoque en este contexto. Este hecho permitió a la autora aportar una nota de practicidad a su tesis doctoral, previo contacto directo con los problemas específicos con los que se encuentran los menores migrantes en dicho país.

En este escenario, el análisis que realiza la Doctora Serrano no se limita, en exclusiva, al desarrollo de las políticas sociales, sino que también aborda los niveles de protección y garantía de los derechos humanos, a la luz del discurso jurídico de estos, de su positivización y del impacto negativo que la falta de compromiso político genera sobre los niños.

Para ello, su trabajo se estructura en tres amplios capítulos, precedidos de una introducción y a cuyas conclusiones acompaña un Anexo que contiene dos tablas, elaboradas por la autora que aportan, esencialmente, un valor clarificador. La primera hace referencia a la clasificación de los menores no acompañados y su catálogo de derechos, libertades y garantías en las Directivas de la UE. La segunda se centra en la regulación jurídica de los menores extranjeros no acompañados en la normativa aplicable de Derecho civil autonómico en materia de protección de menores.

El primer capítulo «Las estructuras tradicionales de poder y la niñez inmigrante no acompañada: Estado, sociedad y familia» se divide en dos partes. La primera analiza el discurso de los derechos humanos en España y en El Salvador, atendiendo a lo dispuesto en ambas Constituciones. La conclusión que la autora extrae de este estudio puede concretarse en que, en los dos instrumentos legales, el discurso sobre los derechos humanos de la niñez y de la adolescencia es monocultural. En opinión de la Doctora Serrano, en el marco de la protección de los menores, la cultura jurídico-política que se desprende de ambos textos es «adulto céntrica». Por tanto, España y El Salvador —en calidad de Estados de acogida— tratan a estos adolescentes como inmigrantes, asimilándolos a los adultos y, al mismo tiempo, como

menores dependientes de sus familias, lo que desde su punto de vista es incoherente e injusto. La segunda parte se centra en los cambios familiares y sociales que se han producido en las últimas décadas. Esta realidad, según la autora, invita a una modificación de los elementos estructurales sobre los que debe asentarse el sistema de protección de derechos humanos y, en particular, el sistema de protección de menores.

El segundo capítulo «El desarrollo normativo y conceptual de los derechos humanos de los menores extranjeros no acompañados en España y en El Salvador» se centra en determinar los tres grandes grupos que componen el colectivo de la niñez migrante y, en concreto, en fijar a qué grupo pertenecen los menores extranjeros no acompañados, teniendo en cuenta su heterogeneidad. En este contexto, la autora reflexiona sobre si España y El Salvador (a la hora de incorporar la normativa europea e internacional aplicable en materia de protección de menores al ordenamiento jurídico de cada Estado) han tomado en consideración las distintas categorías de menores extranjeros no acompañados y, por consiguiente, sus peculiaridades personales, así como las consecuencias que derivan de su no observancia. En particular, la Doctora Serrano expone las debilidades y los fallos que ha detectado en los sistemas de protección y de tutela de los derechos humanos de los menores extranjeros no acompañados.

El tercer capítulo «Definición y medición del grado de vulnerabilidad del colectivo MENA: una guía legal desde el marco supranacional» sitúa su partida en el análisis de los conceptos «vulnerabilidad» y grupo «vulnerable», desde el punto de vista de la doctrina y de la jurisprudencia europea e interamericana. A este respecto, la autora sistematiza los principios rectores que emanan del Derecho internacional, con la finalidad de que estos puedan servir de guía orientativa a España y a El Salvador en sus decisiones de política legislativa.

La obra contiene una propuesta de *lege ferenda* para dignificar el proceso migratorio de los menores migrantes no acompañados en España y El Salvador. En particular, la autora apuesta por un novedoso planteamiento, en forma de propuesta de ley, en el que diseña medidas de protección y garantías específicas e individuales, para cada tipo de menor extranjero no acompañado, con la finalidad de reducir al mínimo la desprotección y la violencia que estos niños padecen, en cuatro marcos muy distintos: legislativo estructural, protección en frontera, protección de carácter temporal y permanente.

En definitiva, se trata de una obra que no solo aporta claridad, para que el operador jurídico pueda moverse por el complejo entramado legal actual, sino que también resulta evidente su interés práctico respecto de una posible futura implementación de acciones y medidas legislativas que España y El Salvador podrían llevar a cabo en la regulación de la migración de los menores extranjeros no acompañados.

M. D. Ortiz Vidal
Universidad de Murcia
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.21

Ybarra Bores, A., *La sucesión* mortis causa *de ciudadanos británicos en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 128 pp.

Se encuentra el lector ante el primer ejemplar de la colección *Cuadernos CDNIC*, reflejo de una de las líneas de actuación de la Cátedra de Derecho Notarial Internacional y Comparado creada por el Ilustre Colegio Notarial de Andalucía y la Facultad de Derecho de la Universidad Pablo de Olavide en 2019. Dentro

del Derecho sucesorio, el tema de esta primera monografía es atractivo por su practicidad y concreción: se ocupa de la sucesión *mortis causa* de los ciudadanos británicos residentes en España. Su autor es la voz más autorizada en España sobre el tema. Le avala una larga trayectoria científica sobre el estudio del Derecho de familia inglés, tanto desde una perspectiva comparada como desde el Derecho internacional privado.

Este libro es un trabajo valioso por su enfoque problema-solución, que es siempre bienvenido por los prácticos, pero también por los investigadores. El autor no se limita a analizar los preceptos normativos, sino que su visión es mucho más audaz. Parte de la práctica notarial y judicial y de los problemas que presentan este tipo de sucesiones y propone soluciones a los mismos a la luz de su interpretación de las normas del Reglamento (UE) 650/2012.

Para ello, el autor parte de un supuesto muy concreto: el de los problemas que suscita la sucesión *mortis causa* de los ciudadanos de nacionalidad británica residentes en España, que suelen ser titulares de bienes inmuebles situados en nuestro país y pueden conservar o no bienes en su país de origen. Generalmente, se trata de personas que vienen a España a disfrutar de sus últimos años y que fallecen en nuestro país abriéndose aquí la sucesión (última residencia habitual del causante).

El trabajo analiza en primer lugar el marco legal aplicable en España a este tipo de sucesiones, esto es, el Reglamento (UE) 650/2012. Dentro del mismo, el autor se centra en la cuestión de la ley aplicable a estas sucesiones, pues considera que es en este campo donde se dan las mayores dificultades para el operador jurídico.

Cabe destacar la maestría con que el autor aborda el estudio de las diferencias entre el Derecho inglés (entendiendo como tal el vigente en Inglaterra y Gales) y el español, tanto en el plano sustantivo como conflictual. En cuanto a las peculiaridades sustantivas del Derecho inglés, el Profesor Ybarra Bores explica las siguientes: libertad de testar (frente a las legítimas), papel del «*grant*» y del «*executor*» (frente al albacea), «*grant of representation*» y «*grant of probate*» (frente al testamento), forma del testamento (se exige que sea por escrito, firmado y ante dos testigos, frente al testamento notarial u ológrafo propios del Derecho español) y depósito ante el «*solicitor*» (frente al registro central de actos de última voluntad).

Por lo que respecta a las diferencias conflictuales, se señala con gran acierto que la fundamental es la centralidad que tienen en el Derecho internacional privado inglés los bienes del causante. Se trata de una sucesión patrimonial y no personal, a diferencia de lo que ocurre en Derecho continental. Ello da lugar a la utilización de un criterio escisionista, ligado al lugar de situación de los bienes, frente a unidad y universalidad de la sucesión en los sistemas de *civil law*. En el Derecho inglés, los bienes inmuebles se regulan por la Ley de situación; los muebles, por la Ley del último *domicile* del causante, con las peculiaridades que este concepto tiene frente al de residencia habitual utilizado en el Reglamento (UE) 650/2012.

Tras el análisis de los problemas de aplicación que presenta este instrumento a las sucesiones de ciudadanos británicos, el autor aborda en el siguiente capítulo la cuestión de la necesidad de adecuación entre la disolución del régimen económico matrimonial y el reparto sucesorio de los bienes. En este campo, también las normas sustantivas son muy diferentes. En el Derecho inglés, la celebración del matrimonio carece de impacto respecto de la propiedad de los bienes de los cónyuges, lo que equivale a afirmar que «no existe» el régimen económico matrimonial. Como señala el autor, solamente algunas disposiciones concretas

se ocupan, en casos excepcionales, del reparto de ciertos bienes tras la disolución del matrimonio (p. ej., hay normas sobre el ajuar doméstico, existe un mecanismo de corrección de la *equitable or beneficial property* o se respeta lo dispuesto en acuerdos prematrimoniales).

Es plenamente compartida por quien suscribe esta recensión la crítica que realiza el autor a la falta de coordinación en la UE entre las leyes aplicables a la sucesión y al régimen económico matrimonial. Esta coordinación sí la acomete el legislador europeo en materia de competencia (pp. 62 y ss. de la obra). Para solucionar la inactividad del legislador en este aspecto, el autor propone un papel activo del tribunal juzgador y le sugiere adaptar las leyes estatales en presencia, compensado los derechos percibidos a tenor de ambos ordenamientos o incluso sometiendo ambas cuestiones a una misma norma de conflicto [como hace el art. 9.8 CC *in fine*, todavía en vigor para los matrimonios celebrados antes del 29 de enero de 2019, tal y como dispone el art. 69 del Reglamento (UE) 1103/2016].

En el último capítulo de la monografía el autor estudia la posición de la DGSJFP respecto de diferentes cuestiones que afectan de lleno a la sucesión de nacionales británicos en España. La primera cuestión analizada es la controvertida aceptación de la *professio iuris* tácita realizada en disposición testamentaria anterior al 17 de agosto de 2015 [fecha de entrada en aplicación del Reglamento (UE) 650/2012]. La segunda es el tratamiento que ha de darse a los testamentos parciales (también denominados locales o *simpliciter*), esto es, otorgados por británicos ante notario español para regular únicamente lo que se refiere a la sucesión de los bienes situados en España. El autor tampoco se olvida de tratar la dudosa exigencia de aportación de certificados de actos de última voluntad de registros extranjeros. Por último, se dedica a examinar la posición de la DGSJFP respecto de la necesidad o no de intervención de los *legal representatives* del Derecho inglés y la trascendencia del *grant of representation* o del *probate*.

Termina el Profesor Ybarra Bores con unas brillantes conclusiones y con una recomendación: tras el *Brexit* se avecinan tiempos de incertidumbre que hacen más necesario que nunca un asesoramiento adecuado en materia sucesoria. Según el autor, este asesoramiento ha de venir de mano de por parte de profesionales competentes: de notarios y abogados habituados a trabajar en el ámbito jurídico internacional. Y de investigadores tan didácticos, prácticos y especializados como el Doctor Ybarra Bores, añadiría yo.

A. Cebrián Salvat
Universidad de Murcia
http://dx.doi.org/10.17103/redi.74.2.2022.4.22

REGLAS EDITORIALES

Las personas interesadas en enviar trabajos a la *REDI* pueden consultar las instrucciones en *http://www.revista-redi.es/es/envio-de-trabajos/*.

Las líneas de investigación actualizadas están publicadas en *http://www.revista-redi.es/es/lineas-de-investigacion/*.

Las normas de estilo se encuentran en *http://www.revista-redi.es/wp-content/uploads/2021/01/Normas-estilo-REDI-Enero-2021.pdf*.

Note to contributors: the editorial rules and guidelines are published under *http://www.revista-redi.es/en/*.

Note aux auteurs: les règles de style, ainsi que les lignes éditoriales de la Revue, se trouvent ici: *http://www.revista-redi.es/en/*.