



REDI

Revista Española de
Derecho Internacional

Vol. 77, núm. 1, 2025

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

VOLUMEN 77
2025, NÚM. 1
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—
TIRANT LO BLANCH
VALENCIA-2025

La Revista Española de Derecho Internacional (REDI) está recogida e indexada en CARHUS PLUS+, CIRC, Dialnet Plus, ERIHPLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences), Google Scholar, IFLP (Index to Foreign Legal Periodicals), ÍNDICES-CSIC, Latindex, MIAR y OpenAlex, y está incluida en los catálogos de la AEI (Agencia Estatal de Investigación), IPSA/AISP (International Political Science Association), Internet Society, Russian Academy of Sciences Bibliography / INION, UlrichsWeb (Global Serials Directory), vLex, HeinOnline y JStor.

La Revista pertenece a la Red Latinoamericana de Revistas de Derecho Internacional (RELAREDI).

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



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

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

TELF.S.: 96/361 00 48 - 50

FAX: 96/369 41 51

Email: tlb@tirant.com

www.tirant.com

Librería virtual: www.tirant.es

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

Maqueta: Innovatext

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

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

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTOR

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ
Universidad de Sevilla

CONSEJO DE REDACCIÓN

Joana ABRISKETA URIARTE Universidad de Deusto	José Luis IRIARTE ÁNGEL Universidad Pública de Navarra
Pilar BLANCO-MORALES LIMONES Universidad de Sevilla	Enrique Jesús MARTÍNEZ PÉREZ Universidad de Valladolid
Miguel GARDEÑES SANTIAGO Universidad Autónoma de Barcelona	Leire MOURE PEÑÍN Universidad del País Vasco
Rafael GRASA HERNÁNDEZ Universidad Autónoma de Barcelona	Helena TORROJA MATEU Universidad de Barcelona

CONSEJO ASESOR

Fulvio ATTINÀ Universidad de Catania	Wagner MENEZES Universidad de São Paulo
Andrea BONOMI Universidad de Lausana	Elisa PÉREZ VERA Universidad Nac. de Educación a Distancia
Jorge CARDONA LORÉNS Universidad de Valencia	Fausto POCAR Universidad de Milán
Celestino DEL ARENAL MOYÚA Universidad Complutense de Madrid	Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA Universidad de Oviedo
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS Universidad Complutense de Madrid	Fabian SALVIOLI Universidad de La Plata
Araceli MANGAS MARTÍN Universidad Complutense de Madrid	Tullio R. TREVES Universidad de Milán

Arlene B. TICKNER
Universidad del Rosario

SECRETARÍA DE LA REVISTA

Silvia FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR
Universidad de las Islas Baleares

Redactores

David Carrizo Aguado - Guillem Gabriel Pizarro - Carlos Gil Gandía
Laura Movilla Pateiro - Montserrat Pintado Lobato
Antonio Sánchez Ortega

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

La titularidad y la determinación de las Directrices Generales en cuanto al contenido y calidad científica de la REDI corresponden a la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI). El carácter multidisciplinar de los miembros de la AEPDIRI justifica que la REDI publique trabajos sobre temas relativos a Derecho internacional público, Derecho internacional privado y Relaciones internacionales.

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

El envío de trabajos debe realizarse conforme a las instrucciones que figuran en la página web de la REDI (“Envíos”), *antes del 1 de noviembre y del 15 de mayo*, para los números 1 y 2, respectivamente.

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

The origin of the Revista Española de Derecho Internacional (REDI) dates back to 1948. Currently the REDI comprises more than one hundred numbers, a new issue being published every six months.

Ownership and determination of the general guidelines regarding the content and scientific quality of the REDI correspond to the Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI). The multidisciplinary nature of the AEPDIRI is reflected in the REDI, where topics regarding public international law, private international law and international relations find their place on equal basis.

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

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

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

Página web / Website: www.revista-redi.es

Correo-e / E-mail: redi@revista-redi.es.

SUMARIO/CONTENTS

Pág.

IN MEMORIAM / IN MEMORIAM

- GARCÍA, Caterina; RODRIGO, Ángel J.; MORGADES, Sílvia; IBÁÑEZ, Josep; PAREJA: Pablo Oriol Casanovas y la Rosa (1938-2024): un pensador lúcido, un maestro, un amigo 13
— Oriol Casanovas y la Rosa (1938-2024): A great thinker, a master, a friend

EDITORIAL / EDITORIAL

- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, *Una Pica en Flandes: el español deviene lengua oficial en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* 21
— *Una Pica en Flandes: The Spanish scores a coup and becomes official language at the Hague Conference on Private International Law*

I. ESTUDIOS/ STUDIES

- ESTEVE MOLTÓ, José Elías, *Taiwán: atrapada entre la controversia de su estatuto jurídico y la creciente tensión geopolítica* 25
— Taiwan: trapped between the controversy of its legal international status and the growing geopolitical tension
- GARCÍA CASAS, María, *La posesión y la especial relación con las tierras ancestrales de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ...* 57
— Indigenous peoples' possession and special relation with their ancestral lands in the Interamerican Human Rights System
- PERTUSA RODRÍGUEZ, Luis, *Un caso único en el derecho internacional: los consulados generales históricos en Jerusalén* 91
— A unique case in international law: the historic consulates generals in Jerusalem
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, *El impacto de la autodeterminación de género en el régimen jurídico del matrimonio y la filiación* 119
— The impact of gender self-determination on the legal status of marriage and parenthood
- SÁNCHEZ COBALEDA, Ana, *¿Límites a la investigación? La normativa europea sobre control de exportaciones en las universidades* 153
— Limits to research? European regulations on export control in universities
- TEIJO GARCÍA, Carlos, *El Acuerdo sobre subvenciones a la pesca de la OMC y la implementación parcial de la meta 14.6 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*..... 193
— The WTO fisheries subsidies Agreement and the incomplete implementation of target 14.6 of the Sustainable Development Goals

II. FORO / FORUM

ALGUNAS CUESTIONES DE APLICABILIDAD TERRITORIAL
DEL REGLAMENTO (UE) 2024/1689, DE 13 DE JUNIO DE 2024,
DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL / SOME ISSUES ON THE TERRITORIAL
SCOPE OF EU REGULATUION 2024/1689 OF 13 JUNE 2024,
ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE

GARDEÑES SANTIAGO, Miguel, <i>Nota introductoria</i>	219
— Introductory note	
DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, <i>Reglamento (UE) 2024/1689 de Inteligencia Artificial y Derecho Internacional Privado</i>	223
— EU artificial intelligence act and private international law	
LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio <i>Claroscuros del “efecto Bruselas” del reglamento de inteligencia artificial</i>	237
— The grey areas of the “Brussels effect” of the artificial intelligence act	

III. PRÁCTICA ESPAÑOLA RELATIVA A DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES / PRACTICE OF SPAIN RELATING
TO INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS

CASADO ABARQUERO, Marta, <i>Cancelación de vuelo y frustración de viaje combinado: aspectos procesales de la acción de la agencia de viajes contra el operador aéreo</i>	247
— Flight cancellation and frustration of package travel: procedural aspects of the travel agency’s action against the airline operator	
FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, <i>La práctica de España sobre la cuestión Palestina</i>	257
— Spain’s practice on the Palestinian question	

IV. RECENSIONES / BOOK REVIEWS

BELINTXON MARTÍN, Unai, <i>Nuevas realidades normativas y retos actuales del Derecho del transporte internacional por carretera</i> , Aranzadi, Navarra, 2024, 180 pp., por Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ.....	281
BOLLO AROCENA, María Dolores y JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo (dirs.), <i>El Derecho Internacional y Europeo contemporáneos ante la agresión rusa a Ucrania</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 550 pp., por Carmen MARTÍNEZ SAN MILLÁN	283
BRÖDERMANN, Eckart J., <i>UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts – An Article-by-Article Commentary</i> , 2ª ed., Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2023 (traducción al castellano coordinada por Christian F. ZINSER CIESLIK y Pedro MENDOZA MONTANO, Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales – Comentarios artículo por artículo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024), por Alfonso-Luis CALVO CARAVACA.....	287

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, <i>Tratado crítico de Derecho Internacional Privado</i> , 6 volúmenes, Edisofer, Madrid, 2024, 4.451 pp., por Pilar BLANCO-MORALES LIMONES	290
CALVO MARISCAL, Lorena M., <i>Inmigración, Externalización de Fronteras Europeas y Derechos Humanos en Libia</i> , Editorial Reus, Madrid, 2023, 309 pp., por Montserrat Pi LLORENS.....	294
CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz (dir.), <i>Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: Cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111</i> , Aranzadi, 2024, 438 pp., por Mónica GUZMÁN ZAPATER.....	296
CANALES GUTIÉRREZ, Silvana, <i>Consumidores y Plataformas de alojamiento turístico en Derecho Internacional Privado. Una visión práctica de la normativa de la Unión Europea y de Latinoamérica</i> , Tirant lo Blanch, 2024, 519 pp., por Silvia FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR.....	300
CARRIZO AGUADO, David, MARULLO, María Chiara, y PRIETO MORA, Hermes Ulises (dirs.); ALONSO GARCÍA, María Nieves y REGUART SEGARRA, Núria (coords.), <i>La sostenibilidad en la docencia universitaria: un enfoque desde las ciencias jurídicas y económicas</i> , EOLAS, León, 2024, 315 pp. ISBN: 978-84-10057-28-9, por Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN.....	302
CARRIZO AGUADO, David, <i>La empresa familiar y su protocolo en el tráfico jurídico externo</i> , Madrid, Aranzadi, 2024, ISBN 978-84-10295-35-3, 234 pp., por Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ	307
CASTELLÓ PASTOR, José Juan (dir.), <i>Análisis del reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea</i> , Madrid, Aranzadi, 2024, 476 pp., por Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO	309
CASTRO RUANO, José Luis de, <i>La Guerra en Ucrania como cambio de paradigma para la seguridad y la defensa en Europa</i> , Nueva York, Peter Lang Publishing, 2025, 192 pp., por Rafael GARCÍA PÉREZ.....	311
DE FARAMINÁN GILBERT, Juan Manuel, ROLDÁN BARBERO, Javier y DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro (Coords.), LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis, MARRERO ROCHA, Inmaculada, MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo (eds.), <i>Unión Europea, principios democráticos y orden internacional. Liber amicorum en homenaje al profesor Diego J. Liñán Nogueras</i> , Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, 660 pp., por Cristina IZQUIERDO SANS.....	313
DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, <i>Conflict of Laws and the Internet</i> , Edward Elgar Publishing, 2024, 2nd edition, 560 pp., por Marta PERTEGÁS SENDER.....	316
ESPLUGUES MOTA, Carlos y ALBORNOZ, María Mercedes, <i>Derecho del comercio internacional mexicano</i> , Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2024, 622 pp., por Mercedes SABIDO RODRÍGUEZ.....	321
FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, <i>La protección del medio ambiente y el desafío climático. 50 años después de la Declaración de Estocolmo</i> , Madrid, Dykinson, 2024, 198 pp., por Sergio SALINAS ALCEGA	323
FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, Ana, <i>Notificaciones internacionales en materia civil y mercantil: el Derecho europeo</i> , Aferre, Barcelona, 2024, 484 pp., por Nuria MARCHAL ESCALONA	327

IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, DEL VALLE CALZADA, Estrella y MARULLO María Chiara, <i>Hacia la diligencia debida obligatoria en Derechos Humanos. Propuestas regulatorias y lecciones aprendidas</i> , Editorial Colex, 2024, 464 pp., por Antonia DURÁN AYAGO.....	329
JIMÉNEZ GARCÍA, Francisco, <i>Conflictos armados y Derecho internacional humanitario, Cuarta edición</i> , Ommpress, 2023, 436 pp., por Montserrat ABAD CASTELOS.....	335
JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina y ZAMORA-GÓMEZ, Cristina María (coords.), <i>El Derecho humano de acceso a la justicia en tribunales internacionales</i> , Editorial Comares, Granada 2023, 149 páginas, ISBN 978-84-13639-715-4., por Eulalia W. PETIT DE GABRIEL	340
KRAMER, Xandra y CARBALLO PIÑEIRO, Laura (Eds.), <i>Research Methods in Private International Law. A Handbook on Regulation, Research and Teaching</i> , Cheltenham, Edawrd Elgar, 2024, 396 pp., por Guillermo PALAO MORENO	343
LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl, <i>Inteligencia artificial y vehículos autónomos: responsabilidad civil extracontractual internacional</i> , Las Rozas (Madrid), Aranzadi, 2024, 263 pp., por Elisa C. TORRALBA MENDIOLA.....	348
MORENO CANTANO, Antonio César, <i>Geopolítica Internacional, Tecnonacionalismo y Digital Games</i> , Tirant humanidades, Valencia, 2024, 242 pp., por José Antonio MOYA MARTÍNEZ	351
ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (Dir.), HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys S. (Coord.), <i>Curso práctico interactivo sobre Derecho de la extranjería y de la nacionalidad</i> , Colex, Granada, 2024, 355 pp., por Mercedes SOTO MOYA.....	353
ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys S., <i>El ejercicio del derecho al voto de los ciudadanos extracomunitarios en España. Incidencia en la Administración Local</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 96 pp., por M ^a Dolores ADAM MUÑOZ.....	356
TORRES CAZORLA, María Isabel, <i>La mediación como mecanismo de arreglo pacífico de controversias en derecho internacional público</i> , Tirant lo Blanc, Valencia 2024, 263 pp., por Anna M. BADIA MARTÍ	361
YBARRA BORES, Alfonso, <i>Los efectos económicos del matrimonio en el derecho inglés</i> , Tirant lo blanch, Valencia, 2024, 134 pp., por Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ..	366

IN MEMORIAM / *IN MEMORIAM*

**ORIOI CASANOVAS Y LA ROSA (1938-2024):
UN PENSADOR LÚCIDO, UN MAESTRO, UN AMIGO**

*ORIOI CASANOVAS Y LA ROSA (1938-2024):
A GREAT THINKER, A MASTER, A FRIEND*

Caterina GARCÍA
Ángel J. RODRIGO
Sílvia MORGADES
Josep IBÁÑEZ
Pablo PAREJA*

Oriol Casanovas y La Rosa, catedrático de Derecho internacional público y Relaciones Internacionales, falleció el pasado día 23 de septiembre de 2024 en Barcelona a los 86 años. Discípulo de dos de los más grandes iusinternacionalistas españoles del siglo XX, Adolfo Miaja de la Muela y Manuel Díez de Velasco, fue profesor en varias universidades españolas.

Oriol Casanovas inició su carrera universitaria en la Universidad de Barcelona en 1960 de la mano del profesor Díez de Velasco. En 1966, como él mismo afirmaba sin ironía alguna, tuvo la fortuna de ser expulsado de dicha universidad por razones políticas junto con sesenta y siete profesores más. La fortuna consistió en la posibilidad de poder concentrarse en la terminación de su tesis doctoral y, sobre todo, gracias a la intervención de Díez de Velasco, en pasar tiempo en la Universidad de Valencia junto al profesor Adolfo Miaja de la Muela: “Su magisterio me dejó una profunda huella no sólo en el terreno profesional. En primer lugar, porque Don Adolfo representaba una solución de continuidad con la Universidad anterior a la Guerra civil. Su anecdotario sobre colegas que le precedieron y coetáneos suyos era riquísimo, pero sobre todo traducía la continuidad de la institución universitaria por encima de los

* Caterina García (caterina.garcia@upf.edu), Ángel J. Rodrigo (angel.rodrigo@upf.edu), Sílvia Morgades (silvia.morgades@upf.edu), Josep Ibáñez (josep.ibanez@upf.edu) y Pablo Pareja (pablo.pareja@upf.edu) son Profesores de Derecho internacional público y Relaciones internacionales de la Universitat Pompeu Fabra.

vaivenes políticos que tanto a él como a mí —salvadas sean todas las distancias— nos habían conducido a Valencia. Por otro lado, en sus conversaciones abordaba también temas de Derecho internacional y sabía allanar el camino estableciendo un diálogo en el que el primerizo se veía tratado como un interlocutor cuya opinión le interesaba”¹.

Oriol Casanovas acompañó al profesor Díez de Velasco en los años fundacionales de la Universidad Autónoma de Madrid. En 1975 volvió a Barcelona a la recién creada Universitat Autònoma de Barcelona, de la que fue catedrático entre ese mismo año y 1982, en un contexto de fuerte contestación política en que la universidad era uno de los escenarios más activos. Después, entre 1982 y 1990, ejerció su magisterio en la Universidad de Barcelona. Finalmente, en 1990 se trasladó a la Universitat Pompeu Fabra, en la que desarrolló el último tramo de su carrera académica hasta su jubilación, en el año 2008. En dicha universidad, caracterizada por su singularidad y por su apuesta por la innovación pedagógica, formó el grupo de Derecho internacional público y de Relaciones Internacionales actual y contribuyó de forma decisiva a la renovación de los materiales pedagógicos para la docencia del Derecho internacional público por medio de sus obras tanto de teoría², como de materiales y casos prácticos³. Tomando prestadas las palabras que el propio profesor Casanovas pronunció en el acto en recuerdo a D. Manuel Díez de Velasco celebrado en la Universidad Complutense de Madrid, el 17 de febrero de 2010, lo que nos caracteriza como grupo no es tanto la defensa de unas determinadas tesis doctrinales como “el reconocimiento que sus integrantes compartimos por su figura como maestro, la gratitud que sentimos por el apoyo que hemos recibido en momentos decisivos y el trato entrañable y cuasi-familiar que nos dispensaba”.

El profesor Oriol Casanovas fue un referente en la academia española por sus contribuciones docentes y científicas. Era un jurista que tenía un marco conceptual sólido y refinado, sensible al contexto universitario e internacional en el que desarrolló su labor, con un preciso estilo argumentativo y una gran preocupación por la condición humana tanto en las relaciones personales como en las internacionales.

Fruto de su preocupación por la condición humana fue la especialización en el Derecho internacional humanitario. Muy pronto abogó por la humanización de los conflictos armados y por la necesidad de proteger a las víctimas.

¹ CASANOVAS, Oriol, *Cincuenta años de Derecho internacional público*, Barcelona, s.e., 2008, p. 4. Esta publicación del autor recoge el texto de la conferencia pronunciada en lengua catalana con ocasión de su jubilación el 2 de julio de 2008 en el acto de clausura del título oficial de postgrado de Máster en Ciencias Jurídicas, presidido por el Magfco. y Excmo. Sr. D. Josep Joan Moreso, rector de la Universitat Pompeu Fabra.

² CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel J., *Compendio de Derecho internacional público*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2024.

³ CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel J., *Casos y Textos de Derecho internacional público*, 7ª ed., Madrid, Tecnos, 2016.

Algunos de los trabajos más destacados en este ámbito fueron la lección inaugural del curso académico 1993-1994 en la Universitat Pompeu Fabra⁴ y, sobre todo, el curso que impartió en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en el verano de 2003 sobre “La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés”⁵. La persistencia de conflictos armados en Ucrania, Oriente Medio, en varios países africanos y en Asia central y del sur, así como sus terribles efectos sobre las vidas de demasiados seres humanos, nos recuerdan la actualidad y la relevancia de dicha preocupación.

Ahora bien, las principales aportaciones de Oriol Casanovas como iusinternacionalista español a la ciencia jurídica internacional son su explicación de la compatibilidad de la unidad y del pluralismo en el Derecho internacional y la concepción del Derecho internacional como un derecho auténticamente *público*, que ayudan a entender y explicar el mundo de hoy.

Por un lado, adelantándose a los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, defendió que el incremento cuantitativo y cualitativo de normas jurídicas internacionales que conforman subsistemas normativos llamados regímenes internacionales eran una manifestación del pluralismo político, social y jurídico existente en la comunidad internacional y que a la vez era posible defender la unidad formal y material del sistema jurídico internacional. Su curso y posterior monografía sobre *Unidad y pluralismo en derecho internacional público* es una buena muestra de ello⁶.

Y, por otro lado, su concepción del Derecho internacional como el ordenamiento jurídico de la comunidad internacional en el que también existe una dimensión pública tiene un mayor rendimiento explicativo de las relaciones internacionales actuales⁷. Ahora que el orden internacional liberal liderado por Estados Unidos está en crisis (quizá final) y que algunos proponen un orden internacional iliberal, Oriol Casanovas defendió que la vuelta a Westfalia ya no tiene sentido porque en la comunidad internacional actual, aunque existan espacios westfalianos, existe también el interés público global. Postuló la existencia de intereses generales de la comunidad internacional que tienen una pluralidad de manifestaciones y que son protegidos y regulados por medio de un Derecho internacional que ya es verdaderamente *público* por dos razones. La primera, porque el Derecho internacional, a pesar de

⁴ CASANOVAS, Oriol, *De l'ajuda humanitària al dret d'ingerència humanitària*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, 1993.

⁵ CASANOVAS, Oriol, “La protection internationale des réfugiés et des personnes déplacées dans les conflits armés”, *Recueil des Cours*, 2003, Tome 306, pp. 1-176.

⁶ CASANOVAS, Oriol, “Unidad y Pluralismo en Derecho internacional público”, *CEBDI*, Vol. II, 1998, pp. 35-267; una versión revisada del curso publicada en inglés puede verse en *Unity and Pluralism in Public International Law*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2001.

⁷ CASANOVAS, Oriol, “La dimensión pública del Derecho internacional actual”, en N. Bouza, C. García y Á. J. Rodrigo (dirs.) y P. Pareja (coord.), *La gobernanza del interés público global*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 57-75

todos sus problemas, supone una limitación para los más poderosos; nada más necesario y urgente en estos momentos, como los conflictos armados y las migraciones internacionales ponen de manifiesto. Y la segunda es que esta dimensión pública del Derecho internacional ayuda a proteger y regular espacios y recursos comunes globales (los fondos marinos y sus recursos minerales, la biodiversidad marina en la alta mar, los recursos pesqueros, la Antártida, etc.), a suministrar bienes públicos globales (la salud global, la estabilidad del sistema climático, etc.) y a defender valores universales (la vida, la paz, la integridad física, la prohibición de la tortura, del genocidio, del *apartheid*, etc.)⁸. Es decir, esta concepción permite defender la vida, la civilización y el planeta.

Además, se preocupó y ocupó de que quienes se formaron con él entendieran que el Derecho internacional está estrechamente vinculado a las Relaciones Internacionales y defendió, como pocos, el diálogo científico entre ambas disciplinas. Fue ésta una defensa genuina, heredada de lo que él denominaba el “ensayo internacionalista” refiriéndose a un género específico precedente de los estudios de Relaciones internacionales nutrido con los trabajos de estudiosos españoles como Antonio Truyol, Antonio Poch y G. de Caviedes, Gonzalo de Reparaz, Manuel Terán, Vicente Gay, Román Perpiñá o Camilo Barcia Trelles, entre otros⁹.

Oriol Casanovas predicó los vínculos entre las Relaciones Internacionales y el Derecho internacional público con un ejemplo comprometido y generoso, especialmente durante sus años en la Universitat Pompeu Fabra. Allí cuidó y promovió la teoría de las Relaciones Internacionales entre quienes disfrutaron de su magisterio. Lo hizo en el día a día y singularmente en algunos seminarios dedicados a temas y autores en los que el vínculo entre ambas disciplinas parecía indisociable. Recogía así las tendencias académicas que en el siglo XXI subrayaban al tiempo los condicionantes del poder en el orden jurídico internacional y la relevancia de las normas jurídicas en el comportamiento de los actores internacionales.

Esta preocupación por la creación y evolución de las normas internacionales, tan característica de las aproximaciones teóricas liberales y constructivistas posteriores al fin de la guerra fría, era para Oriol Casanovas el eco de autores clásicos del siglo XX, como Norman Angell, Martin Wight o Hedley Bull. Al mismo tiempo, algunos enfoques teóricos del realismo clásico, quizá desdeñados por las inquietudes de la posguerra fría, seguían reservando para Oriol Casanovas ideas y conceptos lúcidos y valiosos para el análisis de

⁸ Esta es la concepción que subyace de forma tácita y también de forma explícita en la obra *Compendio de Derecho internacional público*, 12ª ed., Madrid, Tecnos, 2024.

⁹ CASANOVAS, Oriol, “Comunidad y Sociedad como categorías de análisis de las Relaciones Internacionales”, en GARCÍA, Caterina y VILARIÑO, Eduardo (coords.), *Comunidad internacional y sociedad internacional después del 11 de septiembre de 2001*, Gernika, Gernika Gogoratuz/Munduan Paz y Desarrollo, 2005, pp. 9-17.

las transformaciones del orden internacional contemporáneo, como era el caso de los trabajos de Georg Schwarzenberger, Hans Morgenthau y, cómo no, Carl Schmitt. A este último dedicó una especial atención, como demuestra su último libro publicado, pues era un intelectual que concebía el orden internacional en la encrucijada de la política y el derecho. Muy lejos de las convicciones ideológicas schmittianas, esa concepción interdisciplinar sí era compartida por Oriol Casanovas¹⁰.

Oriol Casanovas fue un profesor universitario que devino maestro para sus alumnos, para sus discípulos y para sus compañeros de área, de disciplina y de las distintas universidades en las que ejerció como docente. Como profesor universitario impartía clases magistrales auténticamente merecedoras de este calificativo porque tenía un conocimiento profundo de la disciplina del Derecho Internacional Público y también de su contexto político, social y jurídico. Fue un jurista integral. La investigación en ámbitos específicos y la especialización requerían, a su parecer, un dominio de la disciplina que solo podía obtenerse con el estudio y la preparación de las clases de las diversas asignaturas del área de conocimiento con diversos manuales, en diversos idiomas, y de diferentes entornos jurídicos. La docencia era para Oriol Casanovas una tarea esencial del profesor universitario que participaba en la formación de juristas, a la vez que constituía un componente esencial de la formación del doctorando y futuro investigador. No fue un profesor como los demás, porque con él se aprendía la disciplina, cómo explicar cada tema, cuáles eran las dificultades y los abismos a los que uno se enfrentaba cuando, tras pocos años de terminar la carrera (con algún que otro máster y postgrado a nuestras espaldas) entraba en aulas repletas de estudiantes. Solo la docencia permite aprender en cada sesión la complementariedad entre el conocimiento profundo y detallado de la materia y las habilidades para su transmisión de un modo preciso, con la cadencia, el tono y el registro adecuados. Enseñó a sus estudiantes y enseñó a enseñar a sus colaboradores y discípulos, a quienes transmitió la importancia de contar con compañeros con quienes compartir quehaceres universitarios, discutir y llegar a acuerdos sobre las más variadas cuestiones como, por ejemplo, la formulación de los exámenes, de planes docentes, de las pautas de corrección, etc. En relación con esta cuestión, el profesor Casanovas consideraba que “todo examen y su corrección es una lección de humildad para el profesor”, que a menudo no alcanza a entender cómo puede ser que sus estudiantes respondan de forma tan poco precisa a preguntas sobre temas que el profesor creía haber explicado brillantemente en clase. Su implicación con la Universidad pública fue siempre coherente con la vocación de servicio a la sociedad a través de la investigación y la enseñanza del Derecho.

¹⁰ CASANOVAS, Oriol, *Carl Schmitt: pensador del orden internacional*, Madrid, Tecnos, 2022.

Como profesor, Oriol Casanovas siempre tuvo interés por aprender y por incorporar a la enseñanza las mejores estrategias y materiales. Para ello, consultaba planes docentes y materiales para preparar sesiones prácticas de la asignatura de otras universidades, se interesaba por cómo se aprendía el Derecho internacional público en el extranjero y dedicaba muchos esfuerzos para preparar una docencia que estuviera al servicio del aprendizaje de todos los estudiantes. Ello implicaba suficiente flexibilidad y capacidad para satisfacer a las mentes más preparadas con contenidos y discusiones complejas, sin descuidar aquellas quizás menos avanzadas en el conocimiento, pero igualmente deseosas de aprender. Defendía que todos los estudiantes o, como mínimo, la gran mayoría deben poder acabar las sesiones docentes con el convencimiento de haber aprendido algo. Elaboró con gran dedicación materiales propios como el libro de *Casos y textos de Derecho Internacional Público*, con el que aprendieron muchas generaciones de juristas, y, más adelante el *Compendio de Derecho Internacional Público* (con el profesor Ángel J. Rodrigo). Su vocación universitaria y convicción europeísta le llevó a organizar en la facultad de derecho de la Universidad de Barcelona un Seminario de instituciones y políticas comunitarias para poder enseñar a un grupo de sus estudiantes más interesados por el Derecho internacional y el Derecho europeo el proceso de integración, la historia, las instituciones, el derecho y las políticas comunitarias, a finales de los años ochenta del siglo XX, con motivo del ingreso de España en las Comunidades Europeas. El seminario, que contaba con una veintena de sesiones (y que incluía en alguna edición la visita a las instituciones y encuentros con representantes españoles) no implicaba obtener créditos, ni mención alguna en el expediente académico, ni reconocimiento para los docentes, pero fue un regalo impagable que solo se explica por su vocación y convicción. Oriol Casanovas tenía la virtud de hacer que los temas más difíciles pareciesen asequibles, casi fáciles, y ello era el resultado de mucho estudio y reflexión sobre la cuestión de fondo y, también, sobre cómo transmitir sus elementos esenciales de forma ordenada, sin renunciar a la complejidad o esconder la falta de acuerdo doctrinal. Además, tenía el don de la contención, que trasladaba a sus escritos de forma que nada en ellos estaba de más.

Oriol Casanovas era admirado también por su faceta humana y por su estilo personal. Era una persona de un trato exquisito. Afectuoso y atento en las relaciones personales, practicaba la ya poco frecuente costumbre de responder por escrito y de forma personalizada a todas las personas que le enviaban sus trabajos. Además, hacía gala de un fino sentido del humor y de un anecdotario universitario inagotable que hacían de él un excelente conversador y que lo convertían en el centro de referencia en las reuniones de colegas y amigos. Tenía una casi infinita curiosidad intelectual que le llevaba a leer trabajos, más allá del Derecho internacional y de las Relaciones internacionales, sobre literatura, pintura y arte en general. Tenía una especial sensibilidad hacia la cultura catalana, sobre la que había reunido importantes colecciones

de revistas culturales de diversas épocas. Uno de los rasgos que más fascinaban de Oriol Casanovas no era tanto su saber, que era muy considerable, sino sobre todo la elegancia y la pertinencia con la que hacía uso del mismo.

La desaparición de Oriol Casanovas supone la pérdida para toda la academia española de un profesor, de un intelectual lúcido y de un maestro de referencia en la doctrina del Derecho intencional público y de las Relaciones Internacionales. Además, para nosotros, se va también un caballero y un amigo generoso que, con sus palabras y sus actos, nos impulsó a ser el grupo que somos. El aprendió de sus maestros que “la universidad es continuidad” y contribuyó de forma excelente a ello. Ahora es responsabilidad nuestra estar a la altura de su ejemplo académico y humano.

UNA PICA EN FLANDES: EL ESPAÑOL DEVIENE
LENGUA OFICIAL EN LA CONFERENCIA DE LA HAYA
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

*UNA PICA EN FLANDES: THE SPANISH SCORES A COUP
AND BECOMES OFFICIAL LANGUAGE AT THE HAGUE
CONFERENCE ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS*

El 1 de julio de 2024 entró en vigor la decisión adoptada en el Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en marzo de 2023 de que el español pasará a ser la tercera lengua oficial de la organización. Este éxito es fruto de una evolución que se inicia en la década de los ochenta del siglo pasado. Podría tener consecuencias importantes tanto para la propia Conferencia como para la codificación del Derecho internacional privado.

Fue en 1883 cuando Tobías Asser convocó la primera sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en la que participaron exclusivamente trece Estados del Continente europeo, entre ellos España. Pese a que el Reino Unido se unió en 1925 la lengua oficial de la organización fue hasta el año 1964 exclusivamente el francés. La adopción en esa fecha del inglés como segunda lengua oficial coincide con la aceptación del estatuto de la Conferencia por Estados Unidos y, sin duda, facilitó la participación de otros Estados del *common law*, como Canadá y Australia, que ingresaron en 1968 y 1973, respectivamente.

La adopción del español como tercera lengua oficial se ha fraguado a lo largo de décadas y es el resultado de la confluencia de diversos factores. A partir de 1972 cuando ingresa Argentina se produjo la incorporación paulatina de todos los países del Cono Sur [Uruguay (1983) y Chile (1986)] junto

* Catedrática de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Barcelona (cgonzalezb@ub.edu).

a Venezuela (1979) y México (1986). Al iniciarse los trabajos que culminaron en el *Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional*, la organización entendió que era imprescindible la participación de los Estados de origen de los niños, pese a que no fueran en su mayoría Estados miembros de la organización. Muchos de ellos eran de habla hispana. La invitación a participar se acompañó de la facilitación de las intervenciones en español que se sufragó mediante aportaciones voluntarias de algunos Estados, entre ellos, y de manera muy destacada, España. Muchas personas tradujeron de manera desinteresada documentos al español o ayudaron en el ejercicio de funciones administrativas a que las delegaciones hispanoamericanas se sintieran cómodas. Estas iniciativas, que se mantuvieron posteriormente en relación con otros instrumentos y reuniones, han dado sus frutos. En la actualidad quince Estados miembro de la organización tienen el español como lengua oficial. Los únicos Estados hispanoamericanos que todavía no han ingresado son Bolivia, Colombia, Cuba y Guatemala, que, sin embargo, son parte del *Convenio de 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros*, del *Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* y del *Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional*.

Al creciente protagonismo de los Estados hispanoamericanos han contribuido muchos individuos y organismos. Es de justicia recordar la labor infatigable de los profesores González Campos y Borrás que fueron delegados de España en la Conferencia durante muchos años y mantuvieron una estrecha relación con delegados de Estados americanos entre los que destacarían, entre otros, los profesores Boggiano (Argentina), Opperti (Uruguay), Parra Aranguren (Venezuela) y Siqueiros (México). Los Profesores Borrás y González Campos publicaron la *Recopilación de los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado*, el que se vino a conocer como el libro verde de los Convenios, por el color de sus solapas. Esta obra, de la que se hicieron dos ediciones, no era una mera traducción al español de todos los Convenios adoptados entre los años 1955 y 2007. Se trataba de una traducción coordinada con las delegaciones hispanoamericanas que contribuyó decisivamente no solo al conocimiento de los instrumentos de la organización en la región americana sino al mantenimiento de una versión española única. En el interesantísimo estudio preliminar se hace referencia a la codificación del Derecho internacional privado en América y Europa, expresándose el deseo de que fructifique una participación creciente de los países hispanoamericanos en la Conferencia de la Haya. Hoy es una realidad.

La Conferencia también puso su grano de arena. Hay que destacar la visión del antiguo secretario general, Hans Van Loon, que supo apreciar el potencial de una región pionera en el ámbito del Derecho internacional pri-

vado, y la labor de la Oficina Regional en Buenos Aires creada en 2005 en la que Ignacio Goicoechea ha hecho una labor muy importante de promoción, contando con la estrecha y entusiasta colaboración de la Academia. Ésta participa de manera cada vez mayor en los trabajos de la Conferencia aglutinada en torno a la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASA-DIP), la organización científica que da voz a los especialistas en Derecho internacional privado latinoamericanos y a la que se le ha reconocido el estatus de observador. Y finalmente no se puede dejar de mencionar la intensa labor diplomática de los Ministerios de Justicia y Asuntos Exteriores españoles, así como la de los embajadores y consejeros de justicia españoles y americanos en La Haya. Juntos lograron vencer las reticencias de algunas delegaciones muy importantes, preocupadas por las implicaciones presupuestarias de la decisión de adoptar una tercera lengua de trabajo.

La adopción del español como lengua oficial supone un hito en el proceso de apertura y universalización de la organización. La Conferencia ha apostado decididamente por ser una organización universal. Esta evolución no está exenta de dificultades, especialmente en un contexto político como el actual. Una cuestión recurrente es la necesidad de cambiar el método de adopción de decisiones pues conseguir el consenso en una organización que integra a noventa Estados y una organización de integración regional es en muchos casos una quimera. También se ha debatido la oportunidad de incrementar la elaboración de instrumentos de *soft law*. Los *Principios sobre la Elección del Derecho Aplicable* adoptados en 2015 y las múltiples Guías prácticas y Recomendaciones son pasos en esa dirección.

La adopción del inglés como lengua oficial facilitó que se tendieran puentes entre el *civil* y el *common law*, lo que sigue siendo un objetivo muy relevante para la Organización, pese a las dificultades para la adopción de textos y el escaso entusiasmo de Estados Unidos cuando se trata de ratificar los instrumentos adoptados. De manera similar, la adopción del español debería abrir puertas a las cuestiones que tienen especial relevancia en la región americana. Las delegaciones latinoamericanas apostaron de manera decidida por incluir en la agenda de la organización el tema del acceso a la Justicia de turistas y visitantes. La iniciativa, capitaneada por Brasil, no fue particularmente exitosa y concluyó en la adopción de una Guía práctica. No era un buen tema, pues no es evidente que el turista necesite de una protección particular, distinta de la que se dispensa al consumidor, y existen instrumentos puramente privados como los contratos de seguros para afrontar los riesgos inherentes a los desplazamientos por razones de ocio. En cualquier caso, este relativo fracaso no debería desincentivar que se planteen nuevas iniciativas. Un tema que podría ser de especial relevancia para la región es la creación de mecanismos de cooperación para la gestión de las migraciones. Este tema se introdujo en el plan de trabajo de la organización en el año 2006 y ha sido recientemente objeto de un estudio de Van Loon publicado en la *Revue*

critique de droit international privé que incluye incluso un embrión de texto articulado.

Dentro de este nuevo contexto, España debería jugar bien sus bazas. La relación con las delegaciones hispanoamericanas es siempre fluida en La Haya, pero subsisten las dificultades de coordinación entre La Haya y Bruselas, o lo que es lo mismo entre el Ministerio de Justicia y Exteriores. En la medida en la que la UE ha asumido las competencias externas se hace difícil que España pueda tener voz en La Haya si previamente no se ha allanado el terreno en Bruselas.

I. ESTUDIOS/ STUDIES

TAIWÁN: ATRAPADA ENTRE LA CONTROVERSIA DE SU ESTATUTO JURÍDICO Y LA CRECIENTE TENSIÓN GEOPOLÍTICA

TAIWAN: TRAPPED BETWEEN THE CONTROVERSY OF ITS LEGAL INTERNATIONAL STATUS AND THE GROWING GEOPOLITICAL TENSION

José Elías ESTEVE MOLTÓ*

Resumen: En la actualidad el estatuto jurídico de Taiwán continúa siendo objeto de controversia. Pese a que la isla reúne los elementos propios de un Estado que requiere el derecho internacional, lo cierto es que su reconocimiento es más que limitado. Por un lado, la ansiada reunificación que pretende la República Popular China, y por otro, la importancia del control geoestratégico de las empresas taiwanesas de microchips por parte de los Estados Unidos, dejan atrapado al Estado democrático y de derecho de Taiwán en una pugna entre las dos grandes potencias hegemónicas. Y mientras la tensión en el Estrecho y en el Mar de China Meridional se incrementa, la isla continúa en un limbo jurídico.

Palabras clave: Elementos del Estado, reconocimiento de Estado, soberanía, geopolítica, República Popular de China, Taiwán.

Abstract: Currently, the legal status of Taiwan continues to be a subject of controversy. Although the island meets the elements of a State required by international law, the truth is that its recognition is more than limited. On one hand, the long-awaited reunification sought by the People's Republic of China, and on another, the importance of the geostrategic control of Taiwanese microchip companies by the United States, leave the democratic and lawful State of Taiwan trapped in a struggle between the two great hegemonic powers. And while tension in the Strait and in the South China Sea increases, the island remains in its legal limbo.

Keywords: State elements, State recognition, sovereignty, geopolitics, People's Republic of China, Taiwan.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universitat de València (j.elias.esteve@uv.es). Estudio desarrollado en el marco del proyecto *Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente para los nuevos retos (IN-JUSTICE)*, PID2021-126552OB-I00, "Proyectos de generación de conocimiento" del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia, del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023 del Ministerio de Industria, Economía y Competitividad.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ANTECEDENTES: DE LA SOBERANÍA JAPONESA A LA CHINA DEL KUOMINTANG. 3. LA CONTROVERSIAS SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL DE TAIWÁN 3.1. Los elementos que apuntan a su estatalidad. 3.2. Acerca del reconocimiento del Estado de Taiwán y de la pretendida soberanía de la RPC sobre la “provincia rebelde”. 4. TAIWÁN EN LA ACTUAL ENCRUCIJADA GEOSTRATÉGICA GLOBAL 5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la reciente celebración del 75 aniversario de la República Popular China (RPC), el máximo mandatario Xi Jinping, tras declarar en su discurso oficial en el Día Nacional, que “Taiwán es territorio sagrado de China”, ha remarcado la necesidad de ultimar, “la reunificación completa de la madre patria”, ya que “es una tendencia irreversible, una causa de justicia y la aspiración común del pueblo. Nadie puede detener la marcha de la historia”¹. La reacción al otro lado del Estrecho no se ha hecho esperar y el ministro de Consejo de Asuntos Continentales de Taipéi, Chiu Chui-cheng, ha espetado a las autoridades de Beijing que, “the Republic of China is a sovereign country. Taiwan has never been part of the People’s Republic of China”².

Meses antes de esta reiterada desavenencia sobre el estatuto jurídico internacional de la isla, el 13 de enero de este año 2024 se celebraron en la todavía denominada República de China (Taiwán) unas nuevas elecciones generales con una gran resonancia internacional. Las tensiones en este Estrecho, dadas las crecientes y amenazantes maniobras militares del Ejército de Liberación Popular (ELP) rodeando la isla, junto con los encendidos discursos desde Beijing alertando a los candidatos a no cruzar la línea roja en favor de una independencia, pretendían condicionar el voto de los electores. Así pues, una vez más esta presión exterior buscaba alentar posturas políticas favorables a la variación del estatuto jurídico del territorio, propiciando la pronta reunificación con la Madre Patria; extremo, a todas luces, inaceptable para los intereses geoestratégicos de los Estados Unidos.

Este permanente debate, a nivel interno e internacional, obedece a una interesada e intencionada ambigüedad generada en torno al controvertido *status* de Taiwán. Mientras que el Partido Progresista Democrático (PDD), caracterizado por sus posiciones más proclives a posturas independentistas, renovó su mandato por tercera vez consecutiva, el histórico Kuomintang (KMT, Partido Nacionalista) que durante décadas mantuvo la irreal ficción de la reunificación de todo el territorio por parte de la República de China,

¹ “China’s Xi Jinping reiterates call for Taiwan ‘reunification’ in National Day speech”, *Hong Kong Free Press, AFP*, 1 octubre 2024, en <https://hongkongfp.com/2024/10/01/chinas-xi-jinping-reiterates-call-for-taiwan-reunification-in-national-day-speech/>.

² “Taiwan rejects Xi’s ‘reunification’ claims on PRC’s 75th birthday”, *Taiwan News*, 1 octubre 2024, en <https://www.taiwannews.com.tw/news/5944996>.

quedó relegado a un segundo puesto; aunque eso sí, ha podido reducir la amplia mayoría parlamentaria de su contrincante.

Más allá del delicado ejercicio de funambulismo que ambos partidos profesan al no caer abiertamente en cualquier lado de la balanza, bien en una pública declaración de independencia o en una decidida apuesta por la integración en la RPC, lo cierto es que los progresistas del PDD con este nuevo mandato continuarán procurando profundizar en las relaciones internacionales con terceros países, mientras que los adeptos del KMT ven más deseable el estrechar los lazos con la China continental, pese a las reticencias de la propuesta “un país, dos sistemas”³. De la misma manera, se puede interpretar que las políticas del PPD darán también continuidad a seguir construyendo un frente militar y diplomático a la permanente amenaza de agresión de la RPC, buscando la firme alianza con los Estados Unidos, mientras que desde el KMT, más alineados con la retórica de Xi Jinping, alertan de los crecientes sonidos de tambores de guerra, abogando así por un acercamiento a los postulados de Beijing.

Lo que resulta incuestionable es que Taiwán permanecerá estando en la línea prioritaria de la acción exterior de las dos grandes potencias globales, y no sólo por la disputa geoestratégica sobre este enclave determinante sobre el dominio del Pacífico, sino también por el control mundial de la producción de semiconductores que atesoran las empresas de la isla. Siendo así, resulta recomendable proceder a una somera revisión del verdadero estatuto jurídico de Taiwán atendiendo a los elementos de estatalidad que exige el derecho internacional, y sin dejar de ignorar la figura del reconocimiento de Estados y sus efectos. Estas claves jurídicas son las que en un futuro pudieran ser esgrimidas en caso de generarse un contencioso sobre este territorio, si se altera el frágil equilibrio que sustenta el aparente difuso estatuto jurídico sobre la isla. Con todo, se estima indispensable hacer un seguimiento de los próximos movimientos de la Casa Blanca tras las elecciones presidenciales de finales de año, así como de las maniobras, cada vez más asertivas, de Xi Jinping; y todo ello, sin dejar de observar los progresivos giros que está emprendiendo la Unión Europea respecto a esta rivalidad.

2. ANTECEDENTES: DE LA SOBERANÍA JAPONESA A LA CHINA DEL KUOMINTANG

Con anterioridad al examen de si Taiwán reúne los criterios jurídico-internacionales para ser considerado un Estado, deben ponerse de manifiesto

³ Tal y como apunta el experto en cuestiones chinas del Real Instituto Elcano, el Profesor Mario Esteban, trayendo a colación los resultados de unas encuestas de la Universidad Nacional Chengchi de 2023, únicamente el 1,5% desea la reunificación con la RPC, mientras que el 4,5% sería favorable a una declaración de independencia. Es por ello, que ambos partidos se muestren proclives a seguir con la política de ambigüedad respecto a su estatuto jurídico. ESTEBAN, Mario, “¿Qué podemos esperar en el Estrecho de Taiwán tras las elecciones taiwanesas?”, *Newsletter Real Instituto Elcano*, 31 enero 2024, en <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/que-podemos-esperar-en-el-estrecho-de-taiwan-tras-las-elecciones-taiwanesas/>.

una serie de antecedentes de hecho que ayudan a contextualizar dicha controversia. Para ello, brevemente resulta necesario retrotraernos a la Guerra chino-japonesa de finales del siglo XIX, en la que tras la derrota de las tropas de la dinastía manchú Qing, se suscribió el Acuerdo de Paz de Shimonoseki de abril de 1895, en la que se cedió la soberanía de la isla a Japón. Este tratado, como todos los firmados por la China imperial en el llamado siglo de la humillación infligida por distintas potencias, han sido calificados como “tratados desiguales” por parte de Beijing. Ya desde los inicios de la Sociedad de Naciones, en su Asamblea General, la recién surgida República de China trató de imponer la tesis por la cual pretendía quedar libre de todas las obligaciones contractuales derivadas de estos tratados “impuestos” por las potencias imperialistas europeas y japonesa⁴. Se acudía al argumento jurídico por el cual estos acuerdos internacionales habían sido suscritos vulnerando el principio de la prohibición al recurso de la fuerza⁵.

Pese a estas reivindicaciones, lo cierto es que Taiwán formó parte del territorio japonés hasta el final de la II Guerra Mundial, siendo administrada las primeras décadas (hasta 1919) por un régimen militar, y posteriormente, por una gobernación civil. La rendición incondicional de Japón en 1945 provocó la expulsión de los japoneses de la isla y la ocupación militar provisional del territorio por parte del gobierno del KMT. Con anterioridad a su retirada total de la China continental y tras la definitiva victoria maoísta en 1949, el régimen de Chiang Kai-shek ya impuso su *manu militari* en Taiwán. Concretamente, el 28 de febrero de 1947 los taiwaneses protestaron de forma generalizada contra el nuevo gobierno corrupto e “impuesto”, y la respuesta militar provocó más de treinta mil muertes⁶. La tarjeta de visita del Generalísimo con este crimen contra la humanidad en la isla fue la antesala de la época del llamado “Terror Blanco”, facilitado por el decreto de una ley marcial que perduraría casi cuatro décadas, hasta que fue abolida por su hijo en 1987⁷.

Ahora bien, mientras la ocupación militar de la isla por el KMT comenzaba a administrarla de forma colonial, lo cierto es que su estatuto jurídico no había quedado dilucidado, puesto que Japón hasta seis años después del fin de la II Guerra Mundial, no firmó el Tratado de Paz de San Francisco con las

⁴ KU, Charlotte, “Change and stability in the International system: China secures revisión of the Unequal Treaties”, en MACDONALD, Ronald St. John, *Essays in Honour of Wang Tiewa*, Ed. Martinus Nijhoff, Dordrecht/Boston/London, 1993, pp. 447-461.

⁵ DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain (Nguyen Quoc Dinh), *Droit International Public*, Librairie Générale de Droit de la Jurisprudence, EJA, París, 8ª edición, 2009, p. 220.

⁶ Esta masacre se conoce como el Incidente del 28 de febrero, y desde 1995, gracias a la Presidencia de Lee Teng-hui, se reconocieron oficialmente los hechos y desde entonces, en esta fecha se celebra el día de la Paz en Taiwán. SMITH, Craig A., “Taiwan’s 228 Incident and the Politics of Placing Blame”, *Past Imperfect*, Vol. 14., 2008, pp. 143-163, en <https://journals.library.ualberta.ca/pi/index.php/pi/article/view/4228>.

⁷ CROISSANT, Aurel; KUEHN, David; LORENZ, Philip; CHAMBERS, Paul W., “Taiwan: From Martial Law to Civilian Control”, en *Democratization and Civilian Control in Asia*, Critical Studies of the Asia Pacific Series, Palgrave Macmillan, London, 2013, pp. 79-96.

fuerzas aliadas; acuerdo, que entró en vigor el 28 de abril de 1952. Aunque este pacto internacional obligaba a Japón a renunciar a la soberanía de la antigua isla de Formosa, el texto no determina la transferencia del territorio ni a la República de China del KMT, ni a la RPC maoísta, que no estuvieron representadas, ni participaron en esta Conferencia de Paz. Desafortunadamente, Taiwán tras estos acuerdos no fue finalmente puesta bajo administración fiduciaria, según el artículo 77.1.b de la Carta de la ONU, aunque se tratase de uno de los “territorios que, como resultado de la segunda guerra mundial, fueren segregados de Estados enemigos”. Una vez frustrada la vía del fideicomiso bajo administración aliada, que hubiera conducido a un referéndum de autodeterminación, se firmó el tratado bilateral de paz de Taipéi entre Japón y la República de China. Pese a su entrada en vigor el 5 de agosto de 1952, el texto no hace sino ratificar la pérdida de soberanía japonesa sobre la isla según el artículo 2.b (“*renounces all right, title and claim to Formosa and the Pescadores*”)⁸, pero de nuevo sin especificar que la soberanía se transfería a la China del KMT⁹. Es más, el ministro de Asuntos Exteriores del KMT de aquel entonces, abiertamente reconoció esta laguna legal en las negociaciones del siguiente modo: “*In view of the fact that no express provision is contained in the treaty concerning the return of Formosa and the Pescadores to the Republic of China, their status would remain undefined, should these provisions or provisions of like effect fail to find their way into the treaty.*”¹⁰ En definitiva, acabaron por prevalecer las presiones estadounidenses sobre el Generalísimo, y de esta forma, según lo estipulado en el artículo 10 del tratado de paz, “*the R.O.C. government was forced to accept, albeit passively, the “theory of freezing Taiwan’s legal status*”¹¹.

Pese a esta indefinición jurídica, desde la entrada en vigor del tratado, se establecieron relaciones diplomáticas entre la República de China del KMT y Japón, como las que pudieran ser habituales entre dos estados soberanos. Ahora bien, el punto de inflexión que vino a incrementar la ambigüedad internacional respecto al estatuto de la isla, se precipitó cuando en plena guerra fría y por intereses geopolíticos, los Estados Unidos dan un giro inesperado en la política internacional, sellando una alianza con la RPC de Mao. Hecho,

⁸ Treaty of Peace between Japan and the Republic of China, signed at Taipei, April 28, 1952, Ratified July 8, 1952. “Article II. It is recognized that under Article 2 of the Treaty of Peace with Japan signed at the city of San Francisco in the United States of America on September 8, 1951 (hereinafter referred to as the San Francisco Treaty), Japan has renounced all right, title and claim to Taiwan (Formosa) and Penghu (the Pescadores) as well as the Spratly Islands and the Paracel Islands”, texto disponible en <https://worldjpn.net/documents/texts/docs/19520428.T1E.html>.

⁹ “Consequently, the Treaty of Peace with Japan, which was signed without either the P.R.C. or R.O.C. governments, only stated that Japan “renounces all right, title and claim to Formosa and the Pescadores,” [Article 2 (b)] and the attribution of sovereignty remained unclear”, cfr. TSURUZONO, Yuki, “The Sino-Japanese Peace Treaty and the Chinese residents in Japan—Legal status problem under the 1952 regime”, *Journal of Contemporary East Asia Studies*, 12(1), 2023, pp. 294-314.

¹⁰ “Memorandum from the Republic of China Foreign Affairs Office to the U.S. Department of State,” citado en TSURUZONO Yuki, *op. cit.* p. 305.

¹¹ *Ibidem*, p. 308.

que facilitó la aprobación de la resolución 2758 de la Asamblea General de la ONU en la que la representación china en las Naciones Unidas pasó de Taipéi a Beijing. Con todo, hubiera podido Taiwán continuar ostentando su membresía en la organización como un Estado más, pero los intereses de la presidencia de Nixon y de su secretario de Estado, Kissinger, forzaron un cambio de guion¹².

La búsqueda de una alianza con Mao para hacer frente al enemigo común de la Unión Soviética condujo a la finalización de las relaciones diplomáticas entre los Estados Unidos y el gobierno de Taipéi, facilitando a nivel internacional la tesis de Beijing del regreso de Taiwán a la madre patria bajo la fórmula “un país, dos sistemas”. Pero desde entonces y hasta la actualidad, ajustándose a los criterios de estatalidad que exige el derecho internacional, ¿puede considerarse Taiwán un Estado independiente? ¿qué efectos jurídicos despliega el reconocimiento de la política de una sola China? ¿puede en un futuro la isla ingresar como Estado miembro en las Naciones Unidas, la cual tiene vetada en la organización la utilización del término “Taiwán” en cualquier documento público?

3. LA CONTROVERSIA SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO INTERNACIONAL DE TAIWÁN

3.1. Los elementos que apuntan a su estatalidad

La doctrina internacionalista a la hora de determinar los criterios que constituyen un Estado¹³, de forma inevitable acaban acudiendo al tan socorrido

¹² CHANG, Parris, y LIM, Kok-ui, “Taiwan’s case for United Nations membership”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 1, no. 2, 1996, pp. 393-430.

¹³ De forma genérica la doctrina hace referencia a cuatro requisitos para conformar un Estado: población, territorio, gobierno y relaciones exteriores (o soberanía o independencia). REMIRO BROTONS, Antonio (y RIQUELME CORTADO, Rosa María; DíEZ-HOCHLEITNER, Javier; ORIHUELA CALATAYUD, Esperanza; PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis), *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 97-102. PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 16ª ed., 2012, p. 296. DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 17ª edición, Madrid, 2007, pp. 276-278, en su cuarto elemento se refiere indistintamente a soberanía e independencia. FAUCHILLE, Paul, *Traité de Droit International Public*, Tome 1er, Rousseau & Cie, Editeurs, Paris, 1922, pp. 223-225, distingue entre soberanía interior y exterior, equiparando la última a la independencia. Del mismo modo, lo trata ORUE DE, José Ramón, *Manual de Derecho Internacional Público*, Ed. Reus, 1ª ed., Madrid, 1934, p. 149. MALANCZUK, Peter, *Aherhurst’s Modern Introduction to International Law*, Routledge, London /New York, 7ª edición revisada, 1997, pp. 75-80. ALLAND, Denis, *Droit International Public*, Presses Universitaires de France, 1ª ed., Paris, 2000, pp. 100-105, da una definición sociológica y otra jurídica de Estado. Incluye como requisito, la independencia de derecho, entendida como la ausencia a una subordinación externa. Considera la soberanía como la proyección de la independencia en las relaciones exteriores del Estado. Anteriormente ROUSSEAU, Charles, *Derecho Internacional Público* (traducción con notas y bibliografía adicionales por Fernando GIMENEZ ARTIGUES), Editorial Ariel, 3ª ed., Barcelona, 1966, pp. 83-99, ya había considerado al Estado como un fenómeno político social (al referirse a los criterios de población, territorio y organización política) y como un fenómeno jurídico para hacer referencia a la independencia o soberanía. Este último término es criticado ampliamente por el autor. DAILLIER Patrick & PELLET, Alain, *op. cit.*, pp. 449 y ss. GUGGENHEIM, Paul, *Traité de Droit International Public*, Tome I, Librairie de l’Université, Ginebra, 1953; Tome II, 1954, p. 174, equiparan independencia y soberanía.

artículo I de la *Convención de Montevideo* de 1933, en la que se exigía a la personalidad internacional el agrupar los siguientes requisitos: “a) una población permanente; b) un territorio definido; c) gobierno; y d) capacidad para entrar en relaciones con otros Estados”¹⁴. En todo caso, esta cuestión siempre ha sido objeto de controversia y no se ha logrado alcanzar en Derecho Internacional una definición consensuada de Estado¹⁵, para poder abordar de forma pacífica la cuestión. Siendo así, resulta imperativo atender a las circunstancias de cada caso concreto para evaluar esa supuesta estatalidad; extremo, que fue recordado por la célebre Comisión Badinter con ocasión de la disolución de la Antigua Yugoslavia, en cuyo *dictamen n° 8* determinó que “la existencia o la desaparición de un Estado son, en todo estado de causa, cuestiones de hecho”¹⁶.

De esta forma, el primer elemento necesario sobre el cual un Estado debe sustentar su soberanía es el del territorio. Las funciones estatales deben ejercerse sobre un espacio físico y de forma exclusiva¹⁷. Pese a que resulte irrelevante la dimensión del territorio y el que sus fronteras no estén perfectamente delimitadas¹⁸, en el caso que nos ocupa de Taiwán, su extensión comprende

¹⁴ CRAWFORD, James, “The criteria for statehood in International Law”, *British Yearbook of International Law*, 1976-7, pp. 93-182, considera la fórmula del artículo I de la Convención de Montevideo como “la mejor conocida” al enumerar los criterios de estatalidad. p. 111. Sesenta años más tarde, la *Comisión de Arbitraje para la paz en Yugoslavia* en su *dictamen n°1* matizaba el concepto de Estado, como “una colectividad que se compone de un territorio y de una población sometidos a un poder político” caracterizada “por la soberanía”, cfr. *Dictamen n° 1* de 29 de noviembre de 1991 de la Comisión de Arbitraje para la paz en Yugoslavia, *Revue Générale de droit International Public*, 1992, pp. 264-266. En su punto 1.b., consideraba que, “l’Etat est communément défini comme une collectivité qui se compose d’une territoire et d’une population soumis à un pouvoir politique organisé; qu’il se caractérise par la souveraineté”.

¹⁵ CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 107, nota 3. En numerosas ocasiones la Comisión Internacional de Juristas ha debatido distintas proposiciones con el objeto de legislar el concepto jurídico de Estado, pero las dificultades principalmente políticas de la cuestión han hecho desistir a los juristas de alcanzar un consenso.

¹⁶ *Dictamen n° 8* de 4 de julio de 1992 de la Comisión de Arbitraje para la paz en Yugoslavia, *Revue Générale de Droit International Public*, 1995/2, pp. 584-597. En la respuesta a la cuestión segunda planteada a la Comisión por el presidente de la Conferencia, Lord Carrington sobre el proceso de disolución del Estado yugoslavo se indicó que: “l’existence ou la disparition d’un Etat sont, en tout état de cause, des questions de fait.”

¹⁷ En la sentencia arbitral de 4 de abril de 1928 en el caso *Isla de Palmas (EE.UU.-Países Bajos)* el juez suizo Max Huber afirmó que “la soberanía referida a un parte de la superficie del globo (terrestre) es la condición jurídicamente necesaria para que dicha parte pueda ser adscrita al territorio de un determinado Estado”, lo que implicaba “el derecho a ejercer en dicho lugar las funciones estatales, con exclusión de cualquier otro Estado.” Traducción al castellano en CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol, *Casos y textos de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 7ª edición, 2016, pp. 381-388. ROUSSEAU, Charles, *op. cit.*, pp. 90-93, precisa que este elemento debe ser estable y limitado, deteniéndose en el análisis de su naturaleza jurídica. Se pronuncia a favor de la teoría de la competencia por la que el territorio se considera “una porción de la superficie terrestre en la que se aplica, con efectividad de ejecución, un determinado sistema de normas jurídicas”. VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público* (Traducción con adiciones y bibliografía complementarias por Antonio TRUYOL y SERRA), ed. Aguilar, 6ª ed., 2ª reimpresión, Madrid, 1980, p. 250, se refiere a este criterio del siguiente modo: “territorio sobre el cual el Derecho Internacional reconoce a un Estado la soberanía territorial.”

¹⁸ *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. el Estado polaco*, sentencia arbitral de 1 de agosto de 1929 *Rec. TAM IX*, en la que se estimó que “para que un Estado exista... es suficiente que este territorio tenga una constancia suficientemente cierta”; citado en REMIRO, A., *op. cit.*, p. 99. Así por ejemplo la Resolución 181 (II) de 29 de noviembre de 1947 de la AGNU confirió al nuevo Estado de Israel un

más de 36.000 kilómetros cuadrados entre la isla principal y las de Penghu, Kinmen y Matsu.

Asimismo, según el Derecho Internacional, un Estado continúa existiendo a pesar de la existencia de reclamaciones sobre parte de su territorio. Incluso en controversias, como en los precedentes de los Estados Bálticos, Kuwait, Mauritania o el propio Taiwán, en las que una reivindicación puede afectar a la totalidad de la superficie del territorio de un Estado, su existencia como tal, no puede ser discutida¹⁹. Si un gobierno ejerce sus competencias de forma efectiva sobre un territorio²⁰, a pesar de las reclamaciones sobre la totalidad por otro sujeto internacional, su carácter estatal resulta incuestionable. Sucedió con la ocupación de los Estados Bálticos, y de manera particular con Lituania, que pese a las reivindicaciones rusas sobre la totalidad de su territorio (durante y después de la I Guerra Mundial) y la ocupación polaca, los hechos apuntaban a su independencia²¹. De la misma manera, en el caso taiwanés, pese a las distintas reclamaciones chinas sobre la totalidad de la isla, las cuales se concretaron por la ley antisecesión de la RPC de 14 de marzo de 2005, en el que se llega incluso en su artículo 8 a apuntar a medios no pacíficos para lograr la reunificación²², lo cierto es que los hechos siguen avalando que este territorio no ha sido administrado por la RPC ni un solo día desde la pérdida formal de la soberanía japonesa mediante el ya mencionado Tratado de Paz de Taipéi de 1952.

Siguiendo con los criterios de estatalidad, el territorio debe estar habitado por una población permanente. No se exige un límite en el número de habitantes, ni una densidad concreta y ni siquiera una composición en la que predominen los nacionales del país. En el caso de Taiwán, la población asciende a más de 23 millones de habitantes; aunque en su mayoría, el 95% de la población, es de ascendencia china de la etnia Han, la isla agrupa a 16 grupos indígenas originarios pertenecientes a los pueblos malayo-polinesios, cuyos derechos han sido reconocidos en parte por la *Indigenous Peoples Basic Act* de 5 de febrero de 2005²³.

territorio con unas fronteras no delimitadas. Esta norma se confirmó en el caso de la Plataforma continental del Mar del Norte (RFA/Dinamarca; RFA/ Países Bajos), ss. de 20 de febrero de 1969, *CII, Reports* (1969), pp. 3 a 32, donde se indicó que no existía una norma en la que se estipulara que las fronteras de un Estado debían de estar completamente delimitadas.

¹⁹ "The proposition that a State exists despite claims to the whole of its territory was not challenged", CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 112.

²⁰ Obviamente esas competencias soberanas se deben ejercer sobre la base de un título legítimo y no vulnerando la ley internacional, como por ejemplo recurriendo al uso de la fuerza. ROUSSEAU, Charles, *op. cit.*, p. 311.

²¹ En distintas sentencias arbitrales de la Corte Permanente de Justicia Internacional se reconoció que pese a las reiteradas reclamaciones sobre la totalidad de Lituania, ya existía como un gobierno independiente, con anterioridad a su reconocimiento de facto en 1919 y al no haber formado parte de Rusia en el Tratado de Versalles, cfr. CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 114, notas 1-4.

²² CERVELL HORTAL, María José, "Taiwán y la ley anti-secesión china (2005): ¿fin del status quo?", *Revista española de derecho internacional*, Volumen LVII, n. 1, 2005, p. 475-481.

²³ *Indigenous Peoples Basic Act* de 5 de febrero de 2005, reformada el 16 diciembre 2015 disponible en <https://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=D0130003>. Este reconocimiento a

Asimismo, la población que habita en un territorio debe estar bajo una autoridad política, esto es, administrada por el ejercicio de un gobierno *ad intra*. Este control debe ser efectivo y separado, lo cual prueba este tercer criterio de estatalidad, que ha de desarrollarse con independencia²⁴. Entre las funciones que debe ejercer un gobierno se encuentran todas aquellas que se originan de los poderes legislativo (como dictar leyes), ejecutivo (recaudar impuestos o mantener el orden) y judicial, (administrando los tribunales la justicia). Bien es sabido, que este test de efectividad no se ha aplicado en todas las situaciones con el mismo rigor. Así, por ejemplo, en el caso de Finlandia, la Comisión de Juristas designada por la Sociedad de Naciones en el *asunto de las Islas Aaland* aplicó de forma exhaustiva los requisitos para la formación de un Estado y no se consideró la existencia de Finlandia como Estado hasta 1918, fecha en la que se estabilizó la organización política, y la autoridad podía imponerse sobre el conjunto del territorio sin necesidad de la asistencia de tropas extranjeras²⁵. Pues bien, en el caso de Taiwán, el gobierno de Taipéi concentra en su totalidad los tres poderes de un Estado, incluido la autoridad sobre las fuerzas de seguridad y su propio Ejército que controla la totalidad del territorio. Es más, el país sobresale por ser una de las economías más pujantes del planeta, ocupando el puesto 22 por volumen de PIB; alcanzando este indicador por cápita más de 31.000 euros, con una

los pueblos indígenas únicamente fue posible tras la llegada al poder del Partido Progresista, puesto que bajo el mandato militar del KMT, se adoptó una política de supresión de estos pueblos. Con todo, las reclamaciones indígenas sobre la tierra ancestral continúan en la actualidad, cfr. CHEN, Yi-shiuan Yayut, "How Indigenous peoples in Taiwan continue to reclaim their lands rights despite 400 years of colonisation", *Melbourne Asia Review*, ed. 17, 2024, en <https://melbourneasiareview.edu.au/how-indigenous-peoples-in-taiwan-continue-to-reclaim-their-lands-rights-despite-400-years-of-colonisation/>.

²⁴ En este punto la doctrina emplea los términos de forma diversa. Mientras que unos como CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 116, nota 2, se refiere al "gobierno" como "al ejercicio de la autoridad con respecto a las personas y propiedades en el interior del territorio reclamado", distinguiéndolo de "independencia", que es entendida como una ausencia de un control superior sobre el ejercicio de la autoridad, otros como REMIRO, Antonio, *op. cit.*, p. 101, entiende el gobierno como "la existencia de una organización política capaz de establecer y mantener el orden interno y apta para participar en las relaciones internacionales de forma independiente", haciendo con ello referencia a "la doble vertiente, *ad intra* y *ad extra*". Mientras que juristas como Antonio REMIRO califican la soberanía de interna y externa, apuntando a la atribución de las competencias territorial, personal y exterior, otros como James CRAWFORD, *op. cit.*, p. 140-141 y ROUSSEAU, Charles, "L'indépendance de l'État dans l'ordre international", *Recueil des Cours, Tome 73*, 1948 (II), pp. 171-253, prefieren dejar la anterior concepción para razonamientos más políticos y de este modo al referirse a la soberanía en los criterios de composición de un Estado, la conceptúan como una consecuencia de la estatalidad, distinguiéndola de la independencia como prerrequisito de la misma. En este estudio se indica que "*le principe fondamental qui caractérise et résume la condition juridique de l'Etat dans l'ordre international est le principe de l'indépendance*", p. 250. Incluso el mismo ROUSSEAU, Charles, *Droit International, op. cit.*, pp. 94-96, califica a la soberanía de "incierto(...), inexacta(...), contraria a la realidad social y peligrosa".

²⁵ Comisión internacional de juristas designados por la Sociedad de Naciones, *Caso de las Islas Aaland (Finlandia c. Suecia)*, dictamen de 5 de septiembre de 1920, *League of Nations Official Journal*, Suplemento especial nº 4 (1920), pp. 8-9; citado en CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 118.

deuda pública del 29% del PIB, una moneda propia (el dólar taiwanés)²⁶ y unas exportaciones que se elevan a más de 400 millones de euros²⁷.

Asimismo, el gobierno que posee la autoridad para dirigir sus asuntos internos debe ejercer la capacidad de participación en las relaciones internacionales, pudiendo quedar obligado por las mismas²⁸. En principio, esta competencia debe desarrollarse en condiciones de independencia, y precisamente este es el criterio central que define a un Estado²⁹. En el caso de la tan traída a colación sentencia arbitral de la *Isla de Palmas* se expuso con claridad el concepto de la siguiente forma: “La soberanía en las relaciones interestatales equivale a la independencia. La independencia respecto de una parte del globo (terrestre), es el derecho a ejercer en dicho lugar las funciones estatales, con exclusión de cualquier otro Estado. El desarrollo de la organización de las naciones en forma estatal, y correlativamente, el desarrollo del Derecho Internacional, han establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto de su propio territorio, de suerte que han hecho de dicho principio el punto de partida para resolver la mayoría de las cuestiones relativas a las relaciones internacionales”³⁰.

Ahora bien, cualquier definición de independencia se ciñe a un determinado contexto, ya que no existe ningún Estado que sea independiente en un sentido absoluto. Por ello, como ya apuntó el juez Anzilotti ante la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso del Régimen aduanero entre Austria y Alemania, puede distinguirse entre una independencia formal y otra factual³¹. La primera está presente al detectar la fuente de la autoridad ejercida por el gobierno de un territorio separada de otros poderes externos. Resulta evidente que, en el caso de Taiwán, las autoridades de Taipéi ejercen

²⁶ Véanse el caso de los *Faros de Creta y Samos* (Francia/Grecia), *Corte Permanente Justicia Internacional, Serie A/B*, n° 71 (1929), p. 136 y el asunto del *Pago de ciertos empréstitos serbios emitidos en Francia* (Francia/Reino de los Serbios, Croatas y Eslovenos), s. de 12 de julio de 1929, *Corte Permanente Justicia Internacional, Serie A*, núm. 20, *Jugement n° 14* (1929), p. 44, que destacan entre las funciones propias de un Estado, la de determinar su propia moneda.

²⁷ Véanse las estadísticas actualizadas del país, en DIRECTORATE-GENERAL OF BUDGET, ACCOUNTING AND STATISTICS EXECUTIVE YUAN, *Statistical Yearbook of the Republic of China 2023*, Taipéi, septiembre de 2024 en https://eng.stat.gov.tw/News_Content.aspx?n=4302&s=232198.

²⁸ REMIRO, Antonio, *op. cit.*, p. 101. CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 119. MALANCZUK, Peter, *op. cit.*, p. 77, se refiere a los dos aspectos que derivan del gobierno efectivo, uno interno y otro externo. DIEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit.*, p. 275.

²⁹ CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 119. “*Independence is the central criterion of statehood*”.

³⁰ Caso *Isla de Palmas* (EE.UU.-Países Bajos), sentencia arbitral de 4 de abril de 1928. Traducción al castellano en CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol, *op. cit.*, p. 381 y ss. Esta equiparación de soberanía e independencia también la señalan DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain, *op. cit.*, p. 465 y ss.

³¹ *Régimen aduanero entre Austria y Alemania*, *Corte Permanente De Justicia Internacional, Serie A/B*, núm. 41 (1931), p. 58. El célebre pasaje del juez Anzilotti dice así: “*It also follows that the restrictions upon a State’s liberty, whether arising out of ordinary international law or contractual engagements, do not as such in the least affect its independence. As long as these restrictions do not place the State under the legal authority of another State, the former remains an independent State however extensive and burden some those obligations may be*”; transcrito en CRAWFORD, James, p. 122. El autor entiende que la definición de independencia, dada por la mayoría de jueces en el caso, por su carácter absoluto no puede ser considerada como válida para toda situación.

su gobierno sin la intervención de ningún Estado tercero, y menos aún, de la RPC que reivindica la totalidad del territorio. Esta “exclusividad de la competencia” tiene su origen en su propio Estado y no es una delegación de otro, y precisamente, en el asunto taiwanés, el gobierno de la isla ostenta el título del “monopolio de la coacción, el monopolio en el ejercicio del poder judicial y el monopolio de la organización de los servicios públicos”³²; criterios que apuntan a esa independencia *de iure*.

Ahora bien, existen unas situaciones en las que parecen imponerse una serie de limitaciones a la independencia nominal³³, pero más que restricciones, son atributos del ejercicio exclusivo de la competencia³⁴. En este sentido, debe resaltarse que la delegación de un Estado de ciertas competencias, como los asuntos exteriores y la defensa, pudiera suponer una derogación de la independencia formal, pese a que la fuente de la autoridad gubernamental, que es la que otorgó la concesión, permanece y sigue siendo la misma.³⁵ Pero en el caso de Taiwán, no se da esta circunstancia. La defensa del país corre a cargo de las Fuerzas Armadas taiwanesas que quedan sometidas al control directo del Yuan o poder legislativo. Es más, recientemente el ministro de Defensa Nacional, ante la desmedida retórica desde Beijing pretendiendo anexionarse la isla y las amenazantes maniobras del EPL en el Estrecho, ha

³² Elementos que conforman el concepto de independencia según el jurista francés ROUSSEAU, Charles: “L’indépendance de l’État dans l’ordre international”, *op. cit.*, p. 220 y en su manual *Droit International*, *op. cit.*, pp. 96-98. Asimismo, añade que la autonomía de la competencia implica “actuar por sí mismo(...) según su propio criterio, sin necesidad de seguir las directrices ni las indicaciones que pretenda imponerle otro Estado” (véase de la misma obra pp. 233-234); en lo relativo a la plenitud de la competencia, véase DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain, *op. cit.*, pp. 532 y ss.

³³ CRAWFORD, James, *op. cit.*, pp. 123-125. Enumera y describe ocho situaciones en las que no hay derogación de la independencia formal, que son: restricciones constitucionales sobre la libertad de acción, ilegalidad nacional del gobierno de un Estado, obligaciones de Tratados, bases militares o concesiones territoriales, ejercicio de competencias gubernamentales sobre la base de una Agencia, posesión de órganos conjuntos, ser miembro de una organización internacional con autoridad coercitiva y la existencia de relaciones legales especiales entre dos Estados como resultado de una devolución.

³⁴ En este sentido se pronunció la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso Wimbledon, en el que: “*Decline(d) to see in the conclusion of any treaty by which a State undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty. No doubt any convention creating an obligation of this kind places a restriction upon the exercise of the sovereign rights of the State, in the sense that it requires them to be exercised in a certain way. But the right to enter into international engagements is an attribute of State sovereignty*”, cfr. TPJI. Wimbledon (Francia, Gran Bretaña, Italia, Japón, c. Alemania; Polonia interviniente), s. de 25 de mayo de 1926, Corte Permanente Justicia Internacional, Serie A, núm. 7 (1926) p. 25. Por el contrario, DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain, *op. cit.*, pp. 467-469, en oposición a lo manifestado por los llamados “autores voluntaristas” piensan que “la limitación no resulta de la voluntad del Estado sino de las necesidades de coexistencia de los sujetos de derecho internacional.”

³⁵ HANNUM, Hurst y LILLICH, Richard B., “The concept of autonomy in International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 74, 1980, p. 888. Ese “vacío” de competencias de un Estado o “*aliénations de compétence*” existentes en el orden territorial y personal siempre debe ser parcial, ya que de lo contrario puede llegar a suponer “la extinción completa de la competencia del Estado cedente.” GUGGENHEIM, Paul, *op. cit.*, Tome I, p. 176, aunque de forma más genérica también indica que la pérdida del estatuto jurídico de un Estado se produce cuando se cae bajo la dependencia de otro. Véase el *Asunto Lotus*, en el que se constata que las limitaciones a la soberanía no se presumen.

declarado que la misión principal de este ejército es la de “*safeguarding our state sovereignty*”³⁶.

Por otro lado, la independencia *de facto* hace referencia al ejercicio efectivo del poder de un gobierno. La dificultad estriba en concretar el grado de la “plenitud de la competencia” para calificar a un Estado de independiente. Esta calificación puede caer en el relativismo en función del sujeto que proceda a dicha evaluación y de los intereses políticos del momento³⁷. En todo caso, la disminución del tamaño y los recursos de un Estado, las alianzas políticas, las ocupaciones beligerantes y las intervenciones ilegales no derogan una situación de independencia de hecho³⁸. Bien es sabido que, a pesar de la objetiva constatación de las condiciones necesarias para confirmar la existencia de un Estado, se han dado situaciones en la esfera internacional, en las que la voluntad de las grandes potencias se ha interpuesto a la exigencia de efectividad³⁹; en todo caso, la cuestión del reconocimiento será analizada en el siguiente epígrafe.

Tanto si se acepta la tesis encabezada por el jurista Crawford que distingue la independencia de hecho y de derecho, como si no, el resultado es idéntico en el caso de Taiwán. La independencia formal de la isla o la exclusividad de su competencia, en modo alguno debe ser cuestionada jurídicamente por la RPC, ya que el gobierno de Taipéi, como se ha mencionado ostenta “el monopolio de la coacción” con su propio ejército y fuerzas de seguridad del Estado, “el monopolio del ejercicio del poder judicial” (el Judicial Yuan en Taiwán controla la Corte Constitucional, el Tribunal Supremo y todo el conjunto de tribunales superiores y de distrito propios de un Estado de derecho y que se rigen por sus propios códigos de enjuiciamiento civil y penal) y “el monopolio de la organización de los servicios públicos” (el Yuan ejecutivo, está dirigido por un primer ministro, nominado directamente por el presidente, que dirige la acción de gobierno y es elegido democráticamente).

³⁶ MINISTRY OF NATIONAL DEFENSE, “The Ministry of National Defense issued a press release regarding the episode about “Recent military trends and developments by PLA”, *Defense News*, Taipéi, 26 septiembre 2024.

³⁷ CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 126. ROUSSEAU, Charles, *Droit International, op. cit.*, p. 98 define a la plenitud de la competencia a aquella “por la que el Estado es totalmente libre de determinar según su criterio la extensión de su competencia *rationae materiae*.” El mismo autor en su *Recueil des cours*, 73 (1948), *op. cit.*, p. 220, precisa que la exclusividad y la autonomía de la competencia son criterios cualitativos, mientras que la plenitud de la competencia es cuantitativa, pp. 248-249. DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain, *op. cit.*, pp. 527-530, en el concepto de plenitud incluyen las competencias sobre las funciones estatales, las personas y los recursos naturales y las actividades económicas.

³⁸ CRAWFORD, James, *op. cit.*, pp. 127-128.

³⁹ RUIZ FABRI, Helene, “Genèse et disparition de l’Etat à l’époque contemporaine”, *Annuaire Française de Droit International XXXVIII*, 1992, pp. 153-178, p. 167 : “Enfin, en dernier ressort, peut-on tout ramener à la vertu explicative des rapports et des inégalités de puissance pour souligner qu’il est bien des Etats qui existent para la seule volonté des grandes puissances et que bien d’autres Etats existeraient sans problème si elles le voulaient bien. Mais que certains volontés soient plus importantes que d’autres ne remet pas pour autant en cause l’analyse”.

En definitiva, coincidimos en la conclusión del que fuera juez durante casi tres décadas en el Tribunal Internacional de Justicia (1976-2003), el jurista japonés Shigeru Oda, quien no ha titubeado en pronunciarse sobre la cuestión de Taiwán y ha asegurado con rotundidad, por un lado, que “*Taiwan has never at any time been a part of the PRC*”, y por otro, que “*From the viewpoint of international law as well as from the facts on the ground, Taiwan, which in actuality has established itself as a sovereign, independent nation, has the right to occupy a solid position within the United Nations and other international agencies.*”⁴⁰

Si existe cierta confusión respecto al estatuto jurídico de Taiwán, las causas deben buscarse, por un lado, en el temor y reverencia de los socios internacionales de la RPC y su amenazante hegemonía mundial que apoyan su tesis sobre la soberanía de la isla, y por otro lado, en el falaz argumento del KMT de dar continuidad durante décadas a la fórmula de una sola China; irrelevante y ridículo empeño del corrupto dictador y Generalísimo que no renunció a su iluso ideal de derrocar al régimen “rebelde” del Partido Comunista Chino y así recuperar la China continental. Controversia política, cuya madeja se ha enmarañado a lo largo de los años, debido al interesado uso de la figura del reconocimiento de Estados.

Llegados a este punto, tal y como asegura el Profesor Chen, “*the time has come for the world community to support the Taiwanese people in achieving recognition of an evident fact: Taiwan is a state under international law, not a part of China*”⁴¹. Es más, este jurista discrepa del académico James Crawford que puntualizó que Taiwán aún no podía ser declarado un Estado, dado que no había emitido una declaración de independencia. Coincidimos en su argumentación por la cual, las distintas iniciativas taiwanesas ante la Asamblea General de la ONU para ser admitido como miembro de la organización, acreditan su voluntad de ser reconocido como un Estado ante toda la comunidad internacional, dado que cumple con todos los requisitos que impone el artículo 4 de la Carta de la ONU⁴². Así pues, si formal y reiteradamente se ha intentado llevar esta cuestión para ser dirimida ante la organización, Taiwán con estas propuestas está declarando su *status* de Estado independiente, y el que no lo haga de forma más diáfana obedece a la permanente amenaza de Beijing de cometer un acto de agresión contra la isla.

⁴⁰ ODA, Shigeru, “Taiwan as Sovereign and Independent State-Status of Taiwan under International Law”, *Japanese Yearbook of International Law*, Vol 54, 2011, pp. 386-407, pp. 403 y 407.

⁴¹ CHEN, Lung-chu, “The U.S.-Taiwan-China Relationship and the Evolution of Taiwan Statehood”, *Opinio Iuris*, 16 marzo 2016, en <https://opiniojuris.org/2016/05/16/the-u-s-taiwan-china-relationship-and-the-evolution-of-taiwan-statehood/>.

⁴² “Artículo 4. 1. Podrán ser Miembros de las Naciones Unidas todos los demás Estados amantes de la paz que acepten las obligaciones consignadas en esta Carta, y que, a juicio de la Organización, estén capacitados para cumplir dichas obligaciones y se hallen dispuestos a hacerlo. 2. La admisión de tales Estados como Miembros de las Naciones Unidas se efectuará por decisión de la Asamblea General a recomendación del Consejo de Seguridad”.

3.2. Acerca del reconocimiento del Estado de Taiwán y de la pretendida soberanía de la RPC sobre la “provincia rebelde”

Como se ha apuntado, en el caso de Taiwán existe la tentación de concluir que el juego de alianzas e intereses políticos de las grandes potencias y sus aliados dificulta el reconocimiento *de iure* de Taiwán como Estado. En todo caso, como se expondrá a continuación, los numerosos actos que acreditan las relaciones directas exteriores de distintos Estados con Taipéi pueden apuntar a un reconocimiento *de facto*. Por ello en este apartado, se tratará de concretar el alcance que posee la figura del reconocimiento en derecho internacional, distinguiendo entre el reconocimiento formal y factual, y cómo afecta todo ello a la situación de Taiwán.

Más allá de los elementos que constituyen un Estado, en aquellos casos en los que aparece un tanto difusa la reunión de los criterios de estatalidad puede acudir a la prueba del reconocimiento⁴³. El Instituto de Derecho Internacional definió el concepto en 1936, como “acto libre por el que uno o varios Estados hacen constar la existencia sobre un territorio determinado de una sociedad humana políticamente organizada, independiente de cualquier otro de los Estados existentes, capaz de observar las prescripciones del derecho internacional, y por el que manifiestan, en consecuencia, su voluntad de considerarla como miembro de la Comunidad internacional”⁴⁴.

Este concepto ha sido interpretado de modo diametralmente opuesto por parte de la doctrina *ius* internacionalista. Bien es sabido que la teoría constitutiva⁴⁵ convierte al reconocimiento en un acto legal necesario para la exis-

⁴³ CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 138, señala que en los casos intermedios en los que la falta de independencia formal coexiste con una considerable independencia de hecho, factores tales como el reconocimiento y la permanencia suponen una prueba añadida. Como ejemplo de esta situación incierta se reseñan los Dominios en 1924.

⁴⁴ Resoluciones del Instituto de Derecho Internacional sobre el reconocimiento de nuevos Estados y gobiernos, adoptadas en la sesión de Bruselas (1936). Artículo primero del apartado A) Nuevos Estados. Traducción al castellano en CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol, *op. cit.*, p. 193.

⁴⁵ ANZILOTTI, Dionisio, *Curso de Derecho internacional* (Traducción y notas de la 3ª edición italiana por Julio LOPEZ OLIVAN), Tomo I, Editorial Reus, 1ª ed., Madrid, 1935. pp. 156-157, apunta a los “efectos infinitamente variados a que puede dar lugar el reconocimiento”, pero el autor se inclina por su carácter constitutivo ya que el reconocimiento no es una “ficción imaginada”, sino una “interpretación lógica” por la cual el Estado pasa a formar parte de la comunidad internacional, siendo su efecto el de un “acuerdo constitutivo de normas internacionales”, p. 155. Debe tenerse en cuenta que el Derecho anglosajón posee una concepción constitutiva del reconocimiento avalada por su jurisprudencia interna, ya que “cuando los tribunales ingleses se ven forzados a decidir si existe un Estado o gobierno extranjero, se consideran obligados por el certificado del *Foreign Office*”, Cfr. AKEHURST, Michael, *Introducción al Derecho Internacional* (Traducción y notas de Manuel MEDINA ORTEGA), Alianza Editorial, Madrid, 1972, p. 106. JENNINGS, R.Y., “General course on principles of International Law”, *Recueil des Cours, Tome 121*, 1967 (I), p. 350, adopta esta tesis argumentando que son claros los efectos jurídicos de un reconocimiento pleno, mientras que es dudoso otorgar consecuencias jurídicas a una ausencia de reconocimiento. Cita como solución más solvente a ese debate doctrinal, la sugerida en la misma línea por LAUTERPLACHT por la cual afirma que “el reconocimiento es declarativo de hecho y constitutivo de *status*”. Sobre la defensa de la tesis constitutiva pueden consultarse asimismo los estudios de KELSEN, H., “Recognition in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 35, 1941, pp. 601-17; LAUTERPLACHT, H., *Recognition in International Law*, Cambridge, 1947;

tencia de un Estado. Por el contrario, la tesis declarativa, sostenida por la mayoría de la doctrina estima que un Estado existe con independencia de los actos políticos de reconocimiento⁴⁶. La lógica de esta posición es clara ya que “puesto que el reconocimiento es un acto voluntario, si se admitiese que sólo este acto puede atribuir a un Estado personalidad jurídica internacional, dependería del arbitrio de los demás el investirlo o privarlo de tal personalidad, el hacerlo o no sujeto de Derecho Internacional, lo que es absolutamente inadmisibile”⁴⁷. Los artículos 3 y 6 de la Convención de Montevideo de 1933 y la resolución mencionada del Instituto de Derecho Internacional de 1936 sostuvieron los efectos declarativos del reconocimiento por el cual “la existencia del nuevo Estado, con todos los efectos jurídicos que dicha existencia lleva aparejada, no queda afectada por la negativa de reconocimiento de uno o varios Estados”⁴⁸. Asimismo, la jurisprudencia internacional también ha

SCHWARZENBERGER, Georg, *International Law As Applied by International Courts and Tribunals*, vol. I, 3ª edición, Stevens and Sons Ltd., Londres, 1957, p. 134.

⁴⁶ WALDOCK, Sir Humphrey, “General Course on Public International Law”, *Recueil des Cours*, Tome 106, 1962 (II), p. 148, tras haber analizado ambas teorías declara que los efectos de la constitutiva “when applied to the very existence of a State are really quite inadmissible”. Del mismo modo se pronuncia DIENA, Julio, *Derecho Internacional Público* (Traducción de la 4ª edición italiana con referencias al Derecho Español de Josep Maria TRIAS DE BES), Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1941, p. 97. AKEHURST, Michael, *op. cit.*, p. 97, apunta a que esta polémica ha contribuido al “desprestigio del derecho internacional”. KUNZ, Josef L., “Editorial comment: critical remarks on Lauterpachts recognition in International Law”, *American Journal of International Law*, Vol. 44, 1950, pp. 713-719, en su comentario editorial critica la totalidad de los planteamientos de la obra de Lauterpacht por ser contrarios al derecho positivo internacional. No admite la adopción de “razonamientos puramente lógicos” para desgarnar la cuestión, como del mismo modo lo hizo Kelsen en sus últimas obras, pero que en un principio fue partidario de la tesis declarativa. Incluso apunta que Lauterpacht contradice a Kelsen al concretar su tesis del deber de reconocimiento. BROWN, Philip Marshall, “The legal effects of recognition”, *American Journal of International Law*, Vol. 44, 1950, pp. 617-640. El autor tras el análisis fundamentalmente de la jurisprudencia inglesa se adhiere a la postura declarativa promulgada por el Instituto de Derecho Internacional (p. 639), y se resigna a pensar que en tanto en cuanto el reconocimiento tenga una “función política” estará desprovista de efectos jurídicos (p. 640). ROUSSEAU, Charles, *Droit International*, *op. cit.*, p. 295, en su manual se pronuncia a favor del reconocimiento como acto declarativo, y no como “creador del Estado”, ya que sólo comprueba su existencia. MALANCZUK, Peter, *op. cit.*, pp. 84-85, admite que la visión que prevalece es la declarativa, pero que esta teoría deja sin resolver quien va a determinar que una entidad reúne los requisitos de estatalidad. SHAW, Malcom N., *International Law*, Cambridge University Press, 6ª edición, 2008, pp. 444 y ss, tras exponer las dos tesis, observa que en la actualidad se adopta una postura intermedia, aunque él finalmente acaba afirmando que “the political existence of a state is independent of recognition by other states”. En VERDROSS, Alfred, *op. cit.*, p. 229, se puede contemplar ese intento de conciliar ambas teorías, pero parece que su razonamiento al final se aproxima más al criterio constitutivo. Argumenta que aparecen dos momentos en el proceso del reconocimiento: 1º, la “comprobación”, efectuada por quien reconoce que la entidad reconocida tiene perspectivas de duración (cuyo carácter es declarativo) y 2º la “iniciación de relaciones oficiales”, que implica su condición constitutiva. DUPUY, Pierre Marie, *Droit International Public*, Editions Dalloz, 5ª ed, Paris, 2000, pp. 95-96, se refiere con el término de “esterilidad” al debate doctrinal apuntado. Estima que es declarativo en cuanto se procede al análisis objetivo de la existencia de un Estado (criterios de formación) y es constitutivo en lo concerniente a la oponibilidad de esta existencia. Sin embargo, precisa que, “même à l’égard d’un État tiers non reconnu, tout État est tenu de respecter un certain nombre d’obligations”.

⁴⁷ DIENA, Julio, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁸ Instituto de Derecho Internacional, “Resolutions concerning the recognition of new States and new Governments” (Bruselas, abril de 1936), *American Journal of International Law*, vol. 30, núm. 4, suplemento: Official Documents (octubre 1936), pp. 185-187.

refrendado esta postura⁴⁹, al igual que la ya mencionada Comisión Badinter en su dictamen n°1 confirmó los “efectos puramente declarativos” del reconocimiento.

Pero la misma doctrina que se opone a la tesis encabezada por Lauterplacht, acepta de forma innegable que aparecen ciertas situaciones en las que del reconocimiento se desprende un “cierto aire constitutivo”⁵⁰. Precisamente en aquellos casos en los que los criterios objetivos de estatalidad son imprecisos, el reconocimiento como Estado de esa autoridad y su posterior tratamiento como tal, ayudan a consolidar ese *status*⁵¹.

Retomando el caso de Taiwán, debe insistirse que tanto la cuestión de la estatalidad, como la de su reconocimiento, han estado contaminadas por la política internacional e interna. Los cálculos geoestratégicos propios de la Guerra Fría con la sorprendente alianza de Mao y Nixon y la política de una sola China del KMT generaron la confusión que llega hasta nuestros días.

Ahora bien, adentrándose en los efectos de la ya apuntada controvertida resolución 2758 (1971) de la Asamblea General, que parece ser una de las causas primigenias de esta deliberada confusión, debe precisarse que una cuestión fue reconocer a la RPC como la única China legítima ante la ONU (extremo adoptado por la resolución), y otra muy distinta, era la de reconocer que la RPC ostentaba la soberanía sobre la isla. En este sentido, un detallado estudio sobre la casuística por países del reconocimiento de la RPC, remarca que más de 110 Estados, pese a reconocer al régimen de Beijing como la

⁴⁹ Comisión internacional de juristas designados por la Sociedad de Naciones, *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft c. el Estado polaco*, sentencia arbitral de 1 de agosto de 1929 *Rec.TAM IX*. *Islas Aaland* (Finlandia c. Suecia), dictamen de 5 de septiembre de 1920, *League of Nations Official Journal*, Suplemento especial n° 4 (1920), p. 8. En el caso de Finlandia se estimó que los varios reconocimientos dispensados a este país no eran suficientes para probar su existencia como Estado soberano. El Consejo de la Liga de Naciones retomó el asunto y el informe preparado por la Comisión de Relatores destacó la continuidad de Finlandia como Estado autónomo con anterioridad a 1917 y Estado independiente después de esa fecha. Se afirmó que esa continuidad de la personalidad jurídica finlandesa se dio a pesar de su no reconocimiento con anterioridad a 1917, *League of Nations, Council Doc. B7: 21/68/106* (1921), p. 23, citado en CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 104. Aunque se trate de un caso de reconocimiento de gobiernos, el asunto del *Arbitraje de las concesiones de Tinoco*, R.I.I.A., I, (1923), p. 381, se pronuncia a favor de la tesis declarativa: “dicho no reconocimiento, cualesquiera que fueren sus razones, no puede desplazar las pruebas recogidas en los autos respecto del carácter *de facto* del Gobierno de Tinoco según el criterio establecido por el Derecho Internacional.” Traducción al castellano en CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol, *op. cit.*, pp. 199-200.

⁵⁰ REMIRO, Antonio, *op. cit.*, p. 108 y ss. PASTOR RIDRUEJO, *op. cit.*, p. 301, precisa que: “El reconocimiento como acto político y discrecional tiende hacia sus efectos declarativos. El reconocimiento como acto jurídico y obligatorio apunta hacia su valor constitutivo”. MALANCZUK, Peter, *op. cit.*, p. 83. ALLAND, Denis, *op. cit.*, pp. 108-109, aunque declara que el reconocimiento como acto político “no aporta nada al Estado reconocido sobre el plano jurídico”, admite que un reconocimiento colectivo puede ser de gran ayuda en situaciones transitorias y delicadas.

⁵¹ CRAWFORD, James, *op. cit.*, p. 106. RODRIGUEZ CARRION, Alejandro J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 6ª edición, 2016, pp. 79-81, no niega que de forma indudable el reconocimiento otorga “estabilidad y certeza jurídica”. Pero la dificultad de este acto es que fácilmente cae en el relativismo, ya que se realiza con unos “procedimientos flexibles”.

única y legalmente reconocida China, al mismo tiempo “no aceptan o tienen reservas sobre la reclamación de soberanía de la RPC sobre Taiwán”⁵².

Asimismo, debe tenerse en cuenta que se han producido cambios relevantes en Taiwán, tras la muerte del dictador y la derogación de la ley marcial. De esta forma, en mayo de 1991, cuando el nuevo KMT del presidente Lee Teng-hui cejó en el original desvarío de Chiang Kai-shek de arrebatar el poder a las fuerzas maoístas, renunciando públicamente a este propósito, acabó reconociendo implícitamente a la RPC como Estado distinto al de Taiwán. Este mismo mandatario no dudó en denunciar la existencia del incierto “consenso de 1992”, por el que supuestamente Beijing y Taipéi ratificaron la posición de una soberanía indivisible de China⁵³.

Precisamente, el mismo gobierno del KMT, ignorando dicho consenso del 92, lanzó una ofensiva diplomática para lograr su admisión como Estado en la ONU, siguiendo los precedentes de las dos Alemanias o las dos Coreas. De esta forma, en agosto de 1993, siete países centroamericanos (El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Costa Rica, Honduras, Panamá y Belice) que todavía reconocían a Taiwán, exigieron sin éxito al entonces Secretario General, Boutros-Ghali la inclusión de la cuestión de la admisión de Taiwán en la organización en la agenda de la sesión 48 de la Asamblea General⁵⁴.

Resulta evidente el concluir, que toda tentativa en este sentido está abocada al fracaso, dado el permanente veto de la RPC en el Consejo de Seguridad; órgano que según el artículo 4.2 de la Carta debe recomendar previamente a la Asamblea General la admisión de un nuevo miembro. Pese a ello, de nuevo, en una declaración conjunta de 3 de agosto de 2000, representantes de doce estados miembros (Burkina Faso, Gambia, Honduras, Malawi, Islas Marshall, Nauru, Nicaragua, Saint Vincent y Granadinas, Senegal, Islas Salomón y Suazilandia (actual Esuatini) reiteraron la petición a la organización, puesto que “*since 1949 the Government of the Republic of China has exercised effective control and jurisdiction over the Taiwan area*”⁵⁵; iniciativa que una vez más naufragó, al igual que la tentativa posterior de 21 de septiembre de 2007. Esta petición vino precedida de una carta formal del presidente taiwanés Chen

⁵² LEE, Tzu-wen. “The International Legal Status Of The Republic Of China On Taiwan”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 1, no. 2, 1996, pp. 351-392, p. 360, en <http://www.jstor.org/stable/45302055>.

⁵³ El mismo presidente de Taiwán, Lee Teng-hui, y líder del KMT, negó la existencia de dicho consenso, cfr. HSIAO, Alison, “No such thing as the ‘1992 consensus’: Lee Teng-hui, *Taipei Times*, 3 mayo 2015 en <https://www.taipetimes.com/News/front/archives/2015/05/03/2003617348>. Sus declaraciones públicas fueron diáfanos al respecto: “*Taiwan is Taiwan; China is China; the idea of ‘one China’ is an ancient concept. The whole world is talking about ‘one China,’ but Taiwan, as a free, democratic society, should not handle the issue like this.*”

⁵⁴ KLINTWORTH, Gary, “Taiwan’s United Nations membership bid”, *The Pacific Review*, 7(3), 1994, pp. 283-295.

⁵⁵ HUANG, Eric Ting-Lun, “Taiwan’s Status in a Changing World: United Nations Representation and Membership for Taiwan,” *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 9, Issue 1, Article 4, 2003, pp. 55-99, véanse pp. 86-88.

Shui-bian al entonces recién elegido nuevo Secretario General de la ONU, el coreano Ban Ki-moon, solicitando dicha admisión, trayendo a colación los requisitos del artículo 4 de la Carta y reafirmando que Taiwán cumplía con los mismos. Añadía que su país “defiende los valores universales de la libertad, la democracia, los derechos humanos y la paz mientras permanece sumisamente en silencio cuando se le niega su identidad y su seguridad se ve amenazada.” Calificaba la exclusión de Taiwán de la organización como “apartheid político” y de “trato injusto (...) incomprensible e insoportable”⁵⁶.

La fundamentación del rechazo a incluir en la agenda de la organización dicha cuestión trae siempre a colación por la presión de Beijing, la resolución 2758 (1971) de la Asamblea General⁵⁷. Y es aquí, donde prevalece la posición de la RPC y de su política de “un país, dos sistemas” y de los tres Noes: “1) *no support for Taiwan’s independence*, 2) *no support for “two Chinas” or “one China, one Taiwan”* and 3) *no support for Taiwan’s membership in international organizations in which statehood is required*”⁵⁸.

Pese a los reveses en las Naciones Unidas, la política exterior de Taiwán se desarrolla de forma independiente, y de forma concreta 12 países (la mayor parte microestados) reconocen en la actualidad formalmente a Taipéi (Belice, Guatemala, Haití, Paraguay, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Esuatini, Islas Marshall, Palaos, Tuvalu y Ciudad del Vaticano), mientras que otros 140 países mantiene relaciones con el mismo⁵⁹. Asimismo, tras más de una década de negociaciones, Taiwán fue admitida en

⁵⁶ President Chen Shui-bian’s Letter to UN Secretary-General Ban Ki-moon Delivered on July 19, 2007: “*The international community of today chooses to disregard the efforts of Taiwan’s 23 million people in their pursuit of dignity and peace. It would rather ask a country that advocates the universal values of freedom, democracy, human rights, and peace to submissively remain silent when its identity is denied and security threatened. Whereas globalization draws nations and peoples around the world closer under shared interests and concerns, the United Nations has long excluded Taiwan from participation, erecting a wall against it and placing it in political apartheid. Such unfair treatment towards Taiwan is incomprehensible and unbearable.*”

The people living on the beautiful land of Taiwan desire their nation to become a member of the international community and make greater contributions to world peace and prosperity. I, as President, have been given a mandate by the people of Taiwan, and therefore have the responsibility to see realized their aspirations. Participation in the United Nations is a fundamental right of the people of Taiwan. The absence of Taiwan in the United Nations creates a gap in the global network for cooperation, goes against the ideals and notion of justice upheld by the United Nations, and moreover is ironic in light of the UN’s principle of universality.

As the popularly elected President of Taiwan, it is my duty to express to the world the earnest will of the 23 million people of Taiwan to join the United Nations. I hereby formally submit Taiwan’s application for membership and request that it be placed before the Security Council and the General Assembly for consideration.” Extractos de la carta formal dirigida al Secretario General disponible en <https://english.president.gov.tw/NEWS/2720>.

⁵⁷ “General Assembly adopts Work Programme for Sixty-Second Session, rejects bid to include Agenda Item on Taiwan”, *Press release GA/10617*, 21 septiembre 2007 en <https://press.un.org/en/2007/ga10617.doc.htm>.

⁵⁸ HUANG, Eric Ting-Lun, *op. cit.* p. 93.

⁵⁹ Ministry of Foreign Affairs, Republic of China (Taiwan), *The Foreign relations Yearbook*, Taipéi, 2020 en <https://en.mofa.gov.tw/News.aspx?n=3440&sms=1058>.

la Organización Mundial del Comercio el 1 de enero de 2002 (inicialmente como “*Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Mats*”), y también forma parte de otros foros económicos, como el de Cooperación Económica Asia-Pacífico (Asia-Pacific Economic Cooperation, APEC) desde su creación en 1991⁶⁰ o del Banco Asiático de Desarrollo. En esta organización, y a diferencia de las Naciones Unidas, la República de China mantuvo su membresía con la denominación Taipéi (China), pese a que fue sucedida en 1986 por la RPC⁶¹.

Por otro lado, un acto que no deja lugar a la duda sobre el reconocimiento de un Estado es la conclusión de un tratado⁶². En este sentido, Taiwán ha suscrito acuerdos de cooperación económicos internacionales no solo con países que reconocen su estatuto, sino con otros como, Nueva Zelanda o Singapur, lo cual prueba su “*treaty making capacity under international law*”⁶³. De la misma manera, aunque gran parte de los países occidentales formalmente reconocen no haber establecido relaciones diplomáticas con Taiwán, lo cierto es que las llamadas Oficinas Comerciales y Culturales de este país repartidas por 112 países⁶⁴, actúan como embajadas, tramitando visados y visitas diplomáticas y comerciales a Taipéi, pese al empeño de mantener la denominación de “no oficiales”.

En definitiva, pese al limitado número de reconocimientos formales que continúa manteniendo Taiwán, en modo alguno cuestiona su estatuto jurídi-

⁶⁰ CHU, Ming-chin Monique, “No Need to Beg China? Taiwan’s Membership of the Asia-Pacific Economic Cooperation as a Contested State”, *The China Quarterly*, Cambridge University Press, Vol. 225, 2016, pp. 169-189.

⁶¹ CHOU, Catherine Lila, “Decolonizing the ‘One China’ Narrative: The Case of Taiwan”, *The Historical Journal*, Vol. 67(1), 2024, pp. 161-168.

⁶² WALDOCK, Sir Humphrey, *op. cit.*, p. 147. BATY, Thomas, “So-called de-facto recognition”, *Yale Law Journal*, volume XXXI, 1921-2, p. 469. El autor precisa que el reconocimiento no requiere de una forma concreta y que el establecimiento de relaciones directas exteriores con un gobierno supone el reconocimiento de su estatalidad. BROWN, *op. cit.*, pp. 633-634. Incluso los máximos defensores de la teoría constitutiva han reconocido que para concluir tratados se requiere de una personalidad jurídica internacional, KELSEN, Hans, “La naissance de l’Etat et la formation de sa nationalité”, *Revue de Droit International* 4, 1929, p. 618, y que el Estado que se vincula con otro convencionalmente lo está reconociendo de forma incuestionable. ANZILOTTI, Dionisio, *op. cit.*, p. 154, aprecia el carácter erróneo de esta distinción, “jurídicamente el acuerdo existe o no existe, si existe, nada importa que vaya seguido de relaciones más o menos oficiales y de que sea considerado por las partes como revestido o no de un carácter temporal”. AKEHURST, Michael, *op. cit.*, pp. 103-105, considera ambas expresiones “técnicamente incorrectas”, *de iure* y *de facto* hacen referencia al gobierno, no al acto de reconocimiento. Incluso aun admitiendo la distinción, los efectos de los dos resultan ser “bastante similares”. En todo caso, el autor prefiere recurrir a otras nociones tales como la legitimidad y la efectividad.

⁶³ LO, Mao-wei, “An unrecognized state as an international investment law actor: the innovation of taiwan’s new international investment treaties”, *Minnesota Journal of International Law*, 31(2), 2022, pp. 97-156. Asimismo, está negociando la conclusión de este tipo de acuerdos económicos de nueva generación con India, Filipinas y Vietnam. El autor argumenta que: “*these new-generation IIAs concluded by Taiwan not only provide more effective legal guarantees to Taiwanese investors overseas from both substantial and procedural aspects, but also boost the recognition of Taiwan’s sovereign rights, including its authority to represent the island and its people, as well as its treaty-making capacity under international law*”, p. 98.

⁶⁴ Véase el listado en Ministry of Foreign Affairs, Republic of China (Taiwan), Embassies and Missions, en <https://en.mofa.gov.tw/OverseasOfficeLink.aspx?n=1573&sms=957>.

co internacional como Estado, y más aún, habida cuenta de los efectos declarativos, y no constitutivos del mismo. En este sentido, debe insistirse que no debe depender la existencia de un Estado como Taiwán de un requisito que se fundamenta únicamente en una decisión política, cuando el mismo reúne de forma acreditada todos los elementos propios de la estatalidad.

Al mismo tiempo, debe enfatizarse que el reconocimiento es un acto libre y discrecional, en el que los Estados pretenden dar una justificación jurídica a sus objetivos políticos. Es más, este reconocimiento puede originar un estoppel, ya que su revocación “cuando sus elementos (los del Estado reconocido) no han cambiado sustancialmente es ir contra sus propios actos”⁶⁵. En definitiva, que “el efecto legal de cada acto de reconocimiento es el de crear un estoppel”⁶⁶. De esta forma, por ejemplo, las recientes retiradas de reconocimiento a Taiwán por parte de los países centroamericanos (Costa Rica 2007, Panamá 2017, República Dominicana 2018, El Salvador 2018, Nicaragua 2021, Honduras 2023) no obedecen a ningún criterio jurídico, ni respetan la buena fe, sino que simplemente son una muestra del doblegamiento a los intereses económicos y geoestratégicos hacia el nuevo hegemon mundial. Del mismo modo, la creciente política expansionista de la RPC en el Pacífico explica también la reciente retirada de los reconocimientos de Islas Salomón y Kiribati (2019) o Nauru (2024).

Por otro lado, no debe ignorarse que en derecho internacional no existe una obligación de reconocimiento (aunque sería deseable que así fuera, en caso de reunirse objetivamente los requisitos de estatalidad⁶⁷), pero sí de no

⁶⁵ REMIRO, Antonio, *op. cit.*, p. 115. DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain, *op. cit.*, p. 620 y ss, afirman que el acto de reconocimiento es “oponible”. VERDROSS, Alfred, *op. cit.*, p. 230, el reconocimiento al calificarlo de “negocio jurídico unilateral” asume el carácter de “obligatorio”. VERHOEVEN, Joe; “La reconnaissance internationale: déclin ou renouveau?”, *Annuaire Française de Droit International*, Vol. XXXIX, 1993, pp. 7-40, aunque niega cualquier “teoría de la oponibilidad” por tratarse de un hecho político, no niega que el reconocimiento debe ejercitarse “bajo el terreno de la responsabilidad o de la buena fe”, p. 40.

⁶⁶ SCHWARZENBERGER, Georg, *op. cit.*, p. 253, “In every instance, it offers a convenient means by which subjects of international law are enabled to acknowledge the existence under international law of matters which, otherwise, they do not consider as opposable to themselves. By granting recognition, they do not undertake any commitment beyond not to challenge in future whatever they have previously acknowledged. Thus, the legal effect of every act of recognition is to create an estoppel.”

⁶⁷ Es conveniente apuntar la opinión del Gobierno Británico sobre la materia en 1948 ante las Naciones Unidas. “Cuando una colectividad cumple las condiciones de estatalidad tal como se establecen en su definición, todos los demás Estados tienen el deber de reconocerla... el Gobierno de Su Majestad coincide con la declaración en proyecto en que: 1) el reconocimiento o no reconocimiento de un estado lleva implícito un amplio margen de especulación política. El Gobierno de Su Majestad considera, sin embargo, que los intereses del Derecho Internacional exigen que este margen, necesariamente dejado a la pura especulación política, sea reducido a límites lo más estrecho posibles; y que las relaciones internacionales se beneficiarían si se considera la cuestión de reconocimiento o no reconocimiento como asunto de obligación jurídica hasta donde sea posible y se restrinja al máximo la extensión práctica de la esfera política; 2) la existencia de un Estado no debe considerarse dependiente de su reconocimiento por los demás Estados, sino del hecho de que cumpla las condiciones que crean la obligación de reconocerle. Conviene precisar que el reconocimiento de una comunidad como estado de ningún modo obliga al establecimiento de relaciones diplomáticas, ni de ninguna otra clase con la entidad re-

reconocimiento a una situación “creada por un acto de fuerza ilícita”⁶⁸. En este sentido, si en un hipotético futuro, el EPL ocupara la isla, la aplicación de la doctrina Stimson debería obligar a todo Estado a reconocer dicha situación ilegal *de facto*, puesto que la soberanía sobre la isla no se desprendería de título jurídico alguno, sino de un uso de la fuerza contrario al derecho internacional. En definitiva, el reconocimiento debe constatar una realidad, pero en la esfera internacional los hechos y las motivaciones fluctúan y se subordinan a unas relaciones de intereses y de poder, que son manejadas caprichosamente por las grandes potencias. Baste una somera revisión de la práctica internacional con ocasión de la disolución de la antigua Yugoslavia y la Unión Soviética para poder constatar la compleja e interesada interrelación jurídico-política del acto del reconocimiento⁶⁹.

conocida. Que un estado entable relaciones diplomáticas o de otra clase con otro estado es, y así debe seguir siendo, asunto de mera decisión política. Por otra parte, la iniciación de relaciones diplomáticas, o de otra clase, con una comunidad implica necesariamente su reconocimiento...” Documento de las Naciones Unidas A/CN.4/2, 15 de diciembre de 1948, Memorandum del Secretariado: *Preparatory Study Concerning a Draft Declaration on the Rights and Duties of States*, p. 186. Pese a que juristas como Lauterplacht siguen este criterio por el cual existe una obligación de reconocimiento, parte de la doctrina observa el peligro de la utilización de dicho argumento como arma política, AKEHURST, Michael, *op. cit.*, p. 101. VERDROSS, Alfred, *op. cit.*, p. 231; y KUNZ, Josef L. *op. cit.*, p. 714, se oponen a esta tesis. La práctica demuestra que no se ha exigido un deber de reconocimiento, SHAW, Malcom N., *op. cit.*, p. 444. En cambio, ROUSSEAU, Charles, *Droit International, op. cit.*, p. 254, se muestra a favor de que el reconocimiento sea una “acto obligatorio”.

⁶⁸ Baste recordar la conocida doctrina Stimson, cuya denominación tiene su origen en la figura del Secretario de Estado norteamericano por su negativa a reconocer la soberanía japonesa sobre la Manchuria ocupada, y que tiene como finalidad el “no reconocer situaciones impuestas mediante la agresión” e impedir “la adquisición de una titularidad legítima”. Sobre el no reconocimiento existe una unanimidad doctrinal: MALANCZUK, Peter, *op. cit.*, pp. 85-86. SHAW, Malcom N., *op. cit.*, pp. 468-470. DAILLIER, Patrick & PELLET, Alain, *op. cit.*, pp. 626-628. ALLAND, Denis, *op. cit.*, p. 111. DUPUY, *op. cit.*, p. 91. Sobradamente conocida es la opinión consultiva de 21 de junio de 1971 sobre las *Consecuencias jurídicas para los Estados de la presencia continuada de África del Sur en Namibia (Sudoeste Africano) a pesar de la resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad*, CIJ, Reports (1971), p. 58, en la que el tribunal por once votos contra cuatro, resolvió que “los Estados miembros de las Naciones Unidas tienen la obligación de reconocer la ilegalidad de la presencia de África del Sur en Namibia”. Con ello, siguiendo a la resolución del Consejo de Seguridad, se estipula que los Estados debían evitar el establecimiento de cualquier tipo de relación con el Gobierno Sudafricano que implicase el reconocimiento de autoridad ilegal en el Sudoeste Africano.

⁶⁹ Mientras que, en el caso de la Unión Soviética, Rusia, al ser considerada como continuadora de la extinta URSS, quedó exenta de cualquier acto de reconocimiento y siguió ocupando su silla permanente en el Consejo de Seguridad, en el caso de los Balcanes se le negó a la nueva República Federativa de Yugoslavia (RFY), compuesta por Serbia y Montenegro esa solución de continuidad, y tuvo que solicitar su ingreso en la organización. RICH, Roland, “Recognition of States: the collapse of Yugoslavia and the Soviet Union”, *European Journal of International Law*, vol. 4, 1993, n°1, pp. 37-38, 44-47. El autor examina cómo Rusia, junto con los países bálticos, no necesitaron de reconocimiento alguno. La consideración de la continuidad para la primera y la supervivencia de los Estados de Lituania, Letonia y Estonia, a pesar de medio siglo de ocupación por el uso de la fuerza, fueron los motivos alegados. Por el contrario, en los casos de Bielorrusia y Ucrania, a pesar de haber sido miembros de Naciones Unidas, fueron objeto de reconocimiento como nuevos Estados, pp. 41-42. SALMON, Jean, “Reconnaissance d’États”, *Revue Belge de Droit International*, Vol. XXV (1), 1992, pp. 230-231, apunta a la paradoja que se presenta en el caso de Ucrania y Bielorrusia, en la que el reconocimiento a estos Estados resulta un tanto contradictorio, dada su condición de miembros de las Naciones Unidas desde 1945. El autor justifica esta actitud argumentando que su situación anterior como Estados miembros de la URSS era “una ficción”. VERHOEVEN, Joe, “La reconnaissance internationale: déclin ou renouveau?”, *Annuaire*

Por todo ello, el reconocimiento (o “corruptela diplomática”, tal como calificaba el internacionalista francés Rousseau⁷⁰), ni puede otorgar la soberanía de la isla a la RPC, ni debe negar la existencia de Taiwán como Estado.

4. TAIWÁN EN LA ACTUAL ENCRUCIJADA GEOSTRATÉGICA GLOBAL

En la actualidad, más allá del debate jurídico, lo cierto es que se puede constatar “un retorno a la crisis de la diplomacia”⁷¹. La guerra de Ucrania, junto a la progresiva rivalidad entre el imperio emergente de la RPC y el bloque occidental en retroceso (con Estados Unidos a la cabeza y la Unión Europea como fiel escudera) apuntan a una inexorable tensión en distintos enclaves estratégicos mundiales, entre los que destaca Taiwán.

La inevitable reunificación anunciada de forma reiterada por Beijing colisiona directamente con los intereses geoestratégicos de los Estados Unidos en la zona⁷², ya que en juego está el control mundial de la producción de semiconductores (más del 60% provienen de la antigua isla de Formosa) y la imparable expansión de la RPC hacia el Pacífico. En este sentido, Xi Jinping ha ratificado una y otra vez que la consecución de este objetivo es irrenunciable. El reciente Libro Blanco publicado por el régimen titulado *The Taiwan Question and China's Reunification in the New Era* concluye que “China's complete reunification is a process that cannot be halted”, y que para ello “el gobierno chino tiene la fuerza y la confianza (...) para sobrepasar los riesgos y amenazas” derivadas de esta acción. Esto es, “no se tolerará ninguna interferencia extranjera en Taiwán”, apuntando a que se acudirá al uso de la fuerza si fuera necesario para “alcanzar la reunificación de la Madre Patria”; propósito que “debe ser alcanzado y será alcanzado”⁷³. Por cierto, el recono-

Française de Droit International, Vol. XXXIX, 1993, p. 32 señala esta paradoja, y cuestiona que la declaración de independencia de Ucrania y Bielorrusia, que dio lugar al reconocimiento, no sea equivalente a la “restauración” de los Estados bálticos. DASTIS QUECEDO, Alfonso, “La desintegración de la unión Soviética y la cuestión de su sucesión en las Naciones Unidas”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLIV, 1992, pp. 249-252. Asegura que la solución de continuidad otorgada a Rusia, como heredera de los derechos y obligaciones de la URSS, tiene su origen en “una decisión política en la que prevaleció el principio de estabilidad en las relaciones internacionales”. El autor matiza que lo correcto jurídicamente hubiera sido declarar extinta a la Unión Soviética y declarar sucesoras a todas las nuevas repúblicas.

⁷⁰ ROUSSEAU, Charles, *Droit International*, *op. cit.*, p. 313, califica al reconocimiento de la siguiente forma: “es tan sólo una corruptela diplomática, injustificada desde el punto de vista de la técnica jurídica”.

⁷¹ GURANTZ, Ron, “The Return of Crisis Diplomacy: Ukraine, Taiwan and Beyond”, *The Washington Quarterly Volume 46 Issue 4*, pp. 159-174.

⁷² Desde sectores doctrinales de la academia china se alerta que las provocaciones norteamericanas pueden desembocar en algún accidente entre las dos potencias que pueda quedar fuera de control. Pese a este riesgo, concluyen que Beijing no debe retroceder ante sus líneas rojas fijadas, cfr. JIANPING, Ruan; KAIFAN, Deng & JIAMIN, Wang, “Building Guardrails Crisis Management in China-US Competition”, *China Quarterly of International Strategic Studies* Vol. 8, No. 2, pp. 127-147.

⁷³ State Council Information Office of the People's Republic of China, *The Taiwan Question and China's Reunification in the New Era*, Beijing, 10 agosto 2022, en <https://english.news.cn/20220810/df9d3b8702154b34bbf1d451b99bf64a/c.html>.

cer públicamente la necesidad de una reunificación implica que irremediablemente se está admitiendo que en la actualidad este territorio de Taiwán no se encuentra bajo su soberanía, y por tanto, la consiguiente adquisición de este territorio por el uso de la fuerza resulta contraria a las normas más elementales del derecho internacional.

Ahora bien, pese a que Beijing remarca que más de 180 países apoyan el principio de una sola China, la interpretación y puesta en práctica de este postulado no se ajusta exactamente a los propósitos de la ansiada reunificación de Xi Jinping. Las matizaciones a este principio son múltiples y la automática extensión del reconocimiento de una sola China a la soberanía de la RPC sobre Taiwán no es nada pacífica⁷⁴. Sea como fuere, se apunta que desde Beijing se pretende acabar controlando la totalidad de la isla a través de tres posibles estrategias: “persuasión, contundente coerción o contienda”. Pero, mientras que desde la RPC se prefiere apostar por la persuasión, medidas coercitivas (como las constantes maniobras militares junto a la isla) o un bloqueo a Taiwán en caso extremo, desde los Estados Unidos se focaliza toda la atención en una posible contienda bélica en el Estrecho⁷⁵. Todo ello está provocando un aumento considerable de venta de armamento estadounidense a Taipéi, lo cual viene autorizado por la *Taiwan Relations Act* de 1979⁷⁶. En este sentido, no ha pasado desapercibido el informe del máximo comandante de las fuerzas estadounidenses en el Indo-Pacífico que ha alertado que la RPC intentará ocupar militarmente Taiwán en la próxima década⁷⁷.

La reacción no se ha hecho esperar y desde Beijing, tras acusar al gobierno de Biden de estar violando la política de una sola China, se ha procedido a decretar sanciones contra nueve empresas armamentísticas norteamericanas⁷⁸. Con todo, la administración demócrata de Washington tampoco se deja amilanar y ha asegurado que los Estados Unidos no titubearán en acudir en defensa de Taiwán, si la isla es atacada⁷⁹; declaración que fue seguida de la

⁷⁴ IAN, Chong Ja, “The Many “One Chinas”: Multiple Approaches to Taiwan and China”, *Carnegie China*, Carnegie Endowment for International Peace, 9 febrero 2023, en <https://carnegieendowment.org/research/2023/02/the-many-one-chinas-multiple-approaches-to-taiwan-and-china?lang=en>.

⁷⁵ BLUMENTHAL, Dan y KAGAN, Frederick W., “China’s Three Roads to Controlling Taiwan”, *American Enterprise Institute*, 13 marzo 2023 en <https://www.aei.org/research-products/report/chinas-three-roads-to-controlling-taiwan/>.

⁷⁶ Recientemente desde el Departamento de Estado de los Estados Unidos se ha autorizado un aumento considerable de la ayuda militar, “US approves \$360 million arms sale to Taiwan for missiles, drones”, *Reuters*, 19 junio 2024, en <https://www.reuters.com/world/us-approves-360-million-arms-sale-taiwan-missiles-drones-2024-06-19/>.

⁷⁷ Committee on Armed Services, United States Senate, *Hearing to receive testimony on United States Indo-Pacific command in review of the defense authorization request for fiscal year 2022 and the future years defense program*, Washington, 9 marzo 2021, en https://www.armed-services.senate.gov/imo/media/doc/21-10_03-09-2021.pdf.

⁷⁸ “China sanctions US defence firms over arms sales to Taiwan”, *Aljazeera*, 18 septiembre 2024, en <https://www.aljazeera.com/news/2024/9/18/china-sanctions-us-defence-firms-for-arms-sales-to-taiwan>.

⁷⁹ SACKS, David, “What Biden’s Big Shift on Taiwan Means”, *Asia Unbound*, Council on Foreign Relations, 24 mayo 2022, en <https://www.cfr.org/blog/what-bidens-big-shift-taiwan-means>.

controvertida visita oficial a Taipéi de Nancy Pelosi como presidenta de la Cámara de Representantes de los Estados Unidos⁸⁰.

No sorprende tampoco que la Estrategia norteamericana de Seguridad Nacional de 2022 haya ido ligada a la promulgación ese mismo año de la *Taiwan Policy Act*, que ha convertido a la isla en el principal aliado fuera de la OTAN. Además, compromete una asistencia en materia de seguridad superior a 4,5 billones de dólares y un apoyo al país para que pueda suscribir acuerdos comerciales multilaterales y pueda participar en distintas organizaciones internacionales⁸¹. Compromisos que se han visto superados por la *Taiwan Conflict Deterrence Act* de 2023, en la que se imponen sanciones a autoridades de la RPC como medida disuasoria ante una posible agresión⁸². Como se ha mencionado, estas leyes acompañan a los objetivos dictaminados por la Estrategia de Seguridad Nacional de Washington que expresamente califica a la RPC y la región Indo-Pacífica como prioridad indiscutible, por delante de otros relevantes desafíos, como los de Rusia, o de otras preferencias, como puedan ser las relativas a los socios europeos. No se oculta pues que “*this strategy recognizes that the PRC presents America’s most consequential geopolitical challenge*”, dado que esta potencia emergente pretende “remodelar el orden internacional”⁸³.

Esta rivalidad chino-estadounidense genera una tensión adicional cuando se focaliza la atención en el Estrecho de Taiwán. Unas recientes declaraciones del portavoz del ministerio de Asuntos exteriores de la RPC han supuesto un giro radical respecto a la calificación de estas aguas, sobre las cuales se asegura “la soberanía, los derechos soberanos y la jurisdicción de China sobre el Estrecho de Taiwán”. Su homónimo en Taipéi de manera inmediata ha reaccionado concluyendo que más allá de las consabidas 12 millas de mar territorial de la isla, las aguas del Estrecho forman parte del alta mar y quedan sometidas al principio de libre navegación⁸⁴. Por su parte, el teniente coronel del Departamento de Estado estadounidense, Martin Meiners, se opuso igualmente a las nuevas pretensiones de Beijing concluyendo que: “*The*

⁸⁰ MAIZLAND, Lindsay, “Why China-Taiwan Relations Are So Tense”, *Council on Foreign Relations*, 8 febrero 2024, en <https://www.cfr.org/backgrounders/china-taiwan-relations-tension-us-policy-biden>.

⁸¹ Senate of the United States, *Taiwan Policy Act of 2022*, 117th Congress 2d Session S. 4428 to support the security of Taiwan and its right of self-determination, and for other purposes, 16 junio 2022, en <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/4428/text>.

⁸² Senate of the United States, *Taiwan Conflict Deterrence Act of 2023*, 118th Congress 2d Session H. R. 554, 10 septiembre 2024, en <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/house-bill/554/text>.

⁸³ The White House, *National Security Strategy*, Washington, octubre 2022, en <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Biden-Harris-Administrations-National-Security-Strategy-10.2022.pdf>, p. 11. Es más, se reconoce que el desafío de la RPC se extiende a distintos ámbitos, ya que “*the PRC, by contrast, is the only competitor with both the intent to reshape the international order and, increasingly, the economic, diplomatic, military, and technological power to advance that objective*”, p. 8.

⁸⁴ Ministry of Foreign Affairs, Republic of China (Taiwan), “MOFA solemnly reiterates that the Taiwan Strait constitutes international waters, refuting false claims made by Chinese officials during recent meetings with the US”, 14 junio 2022, en https://en.mofa.gov.tw/News_Content.aspx?n=1328&s=98011.

*United States will continue to fly, sail and operate wherever international law allows, and that includes transiting through the Taiwan Strait*⁸⁵. Con todo y pese a las reiteradas violaciones del Derecho Internacional del Mar por parte de Beijing⁸⁶, desde la RPC se ha pasado de la retórica a los hechos, y desde julio del 2024 se han intensificado las incursiones marítimas en el Estrecho, incluidas las aguas territoriales pertenecientes a la isla; operaciones que han venido hostigando de manera reiterada a los buques pesqueros taiwaneses, cuyos incidentes han culminado con la detención de una de estas embarcaciones⁸⁷.

Estos no son episodios aislados en las aguas del Mar de China Meridional, que son uno de los puntos neurálgicos del origen de la Iniciativa de la Franja y la Ruta de la Seda, y donde se ha constatado desde hace años la política expansionista de la nueva Armada del EPL. En este sentido, han sido recurrentes las tensiones de Beijing con Vietnam, Filipinas (que desembocó en el laudo condenatorio de la Corte Permanente de Arbitraje en el 2016 a la RPC, y que ésta se niega a cumplir⁸⁸), Malasia, Brunei hasta llegar a Indonesia⁸⁹. Y a todo ello, deben sumarse las históricas disputas con Japón. Precisamente el recién publicado Libro Blanco de la Defensa nipón de 2024 alerta de las desafiantes maniobras del ELP en el Estrecho, que consideran que conducen a la región del Pacífico a su nivel de mayor tensión desde la Segunda Guerra Mundial⁹⁰. No extraña la reacción nipona, habida cuenta de la previa publicación por parte del Ministerio de Recursos Naturales de Beijing de la edición

⁸⁵ “PRC contradicts position on Taiwan Strait, definition of international waters”, *Indo-Pacific Defense Forum*, 6 julio 2022, en <https://ipdefenseforum.com/2022/07/prc-contradicts-position-on-taiwan-strait-definition-of-international-waters/>.

⁸⁶ PARKER, Elizabeth Z., “Policing the Strait: How China’s Policing of the Taiwan Strait Violates the U.N. Convention on the Law of the Sea”, *American University International Law Review*, Vol. 39, Issue 4, Article 7, pp. 909-936, en <https://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol39/iss4/7>.

⁸⁷ CHEN, Yu-cheng & TANG, K. Tristan, “PRC Expands De Facto Jurisdiction in the Taiwan Strait”, *China Brief*, Volume 24 Issue 18, 20 septiembre 2024, en <https://jamestown.org/program/prc-expands-de-facto-jurisdiction-in-the-taiwan-strait/>.

⁸⁸ CORRAL HERNÁNDEZ, David, “Mar de China, el Tribunal de La Haya falla contra Pekín”, *Boletín IEEE Documento de opinión 105/2016*, en http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2016/DIEEEO105-2016_MarChina_DavidCorral.pdf. Resolución que, Beijing ya ha declarado públicamente que no tiene intención de dar cumplimiento: circunstancia puesta de manifiesta en la última 75ª sesión de la Asamblea General de Naciones Unidas de septiembre de 2020, en la que el presidente de Filipinas, Duterte, ha recordado a su homónimo chino que este veredicto forma parte del derecho internacional y que “firmly rejects attempts to undermine it”, S. STRANGIO, Sebastian, “In UN Speech, Duterte Stiffens Philippines’ Stance on the South China Sea”, *The Diplomat*, 23 septiembre 2020, en <https://thediplomat.com/2020/09/in-un-speech-duterte-stiffens-philippines-stance-on-the-south-china-sea/>.

⁸⁹ SALDAÑA SAGREDO, Francisco Javier, “Indonesia y el conflicto del mar del Sur de la China”, *Documento de Opinión IEEE 94/2024* en https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2024/DIEEEO94_2024_FRASAL_Indonesia.pdf.

⁹⁰ MAHADZIR, Dzirham, “Japanese Defense White Paper Warns Pacific at Greatest Risk Since WWII”, *US Naval Institute News*, 12 julio 2024 en <https://news.usni.org/2024/07/12/japanese-defense-white-paper-warns-pacific-at-greatest-risk-since-wwii>. CONTE DE LOS RÍOS, Augusto. Japón presenta su nuevo Libro Blanco de la Defensa: “Defensa del Japón 2024”. *Documento de Opinión IEEE 92/2024* en https://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2024/DIEEEO92_2024_AUGCON_Japon.pdf.

2023 de su “Mapa Estándar”, en la que ha venido a ampliar su Línea de los Nueve Puntos, con una décima englobando a Taiwán⁹¹.

Por su parte, la Unión Europea en una política de seguidismo a los diseños de Washington ha venido alterando su estrategia respecto a la RPC. Una clara muestra de la mutación de la UE respecto a la consideración de Beijing, que pasa a ser de socio preferente a competidor y rival, se comienza a vislumbrar en la *Comunicación conjunta de la Comisión y de la alta representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, UE-China. Una perspectiva estratégica*, de 12 de marzo de 2019⁹². En este documento se admite que “el balance entre los retos y oportunidades que plantea China se ha alterado”. Modificación que queda de forma diáfana detallada con la aprobación el 16 de septiembre de 2021, por parte del Parlamento Europeo, de la nueva *Estrategia entre la Unión Europea y China*. Concretamente en el considerando 31 de este documento, se alerta de las políticas expansionistas de Beijing en el Mar de China Meridional y en el Estrecho de Taiwán⁹³.

Ahora bien, el interés de la UE no se limita a proteger la libertad de navegación en el estrecho y promocionar la defensa de la democracia de Taiwán, sino que considera esencial el poder afianzar “la cooperación fundamental en materia de suministros esenciales (como los semiconductores)”⁹⁴. He aquí, una de las claves que ubican a Taiwán en el centro de la disputa geoestratégica mundial: la lucha por el control de los chips y cuyos ecos reverberan en un ansiado acuerdo de asociación económica UE-Taiwán⁹⁵. En este sentido, si la lucha definitiva por la hegemonía mundial se está decidiendo por los avances en la frenética carrera en materia de inteligencia artificial generativa, el control global de los chips más avanzados resulta determinante. Y es llegados

⁹¹ SAKAMOTO, Shigeki, “What are China’s Aims with the Ten-Dash Line in the South China Sea?”, Sensaku Islands, Research and Commentary Site, 9 septiembre 2024, en https://www.cas.go.jp/jp/ryodo_eg/kenkyu/senkaku/chapter04_column_04.html.

⁹² Comisión Europea, Servicio Europeo de Acción Exterior. *Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo. UE-China. Una perspectiva estratégica*. JOIN (2019) 5 final, Bruselas, 12 marzo 2019.

⁹³ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de septiembre de 2021, sobre una nueva estrategia Unión-China (2021/2037(INI)), P9_TA (2021) 0382. En este considerando 31 se añade que la UE “se hace eco de las preocupaciones de Japón y los Estados Unidos por una nueva ley china que autoriza a los buques de la guardia costera chinos a utilizar armas contra buques extranjeros que violen lo que China considera su territorio”.

⁹⁴ *Ibidem*, considerando 39. Con la nueva Estrategia UE-China del Parlamento Europeo se continúan combinando los términos para referirse a China, de socio, competidor y rival, pero de forma simultánea y abierta se califican, las iniciativas chinas que la convierten en potencia económica y tecnológica, de “amenazas graves” al orden mundial multilateral, a los derechos humanos y a los valores democráticos.

⁹⁵ Ya la nueva Estrategia UE-China del Parlamento Europeo de 2021, instaba “a la Comisión y al Consejo a que trabajen para alcanzar un acuerdo bilateral en materia de inversiones con Taiwán” (párrafo 39). FERENCZY, Zsuzsa Anna, *EU-Taiwan Ties in a New Reality: Time for an Upgrade*, Wilfried Martens Centre for European Studies, Bruselas, 2024. “Taiwán aspira firmar un acuerdo de asociación económica con la Unión Europea”, *Infobae*, 14 junio 2024, en <https://www.infobae.com/america/mundo/2024/06/14/taiwan-aspira-firmar-un-acuerdo-de-asociacion-economica-con-la-union-europea/>.

a este punto, donde de nuevo debe resaltarse la vital importancia del “escudo de silicio” de Taiwán⁹⁶, como principal y mayor productor de microchips avanzados del planeta⁹⁷; y concretamente gracias a empresas taiwanesas productoras de semiconductores, como la *Taiwan Semiconductor Manufacturing Company* (TSMC).

Siendo así, no sorprende que las distintas administraciones de Washington, tanto republicanas con Trump, como demócratas con Biden, hayan ido imponiendo bloqueos y sanciones a la RPC para impedir la importación de estos componentes tecnológicos⁹⁸. Todo lo cual ha abierto la puerta a una guerra comercial chino-estadounidense, que se ha extendido ya al espacio europeo⁹⁹. Así pues, la importancia de estos semiconductores resulta vital para la economía mundial, y precisamente se pudo constatar su magnitud con ocasión de la pandemia de la Covid-19, cuando se desencadenó una crisis global en esta cadena de estos suministros provocada por la parcial paralización de la actividad de estas industrias por los confinamientos y la alta demanda de bienes tecnológicos. Precisamente, el desabastecimiento de microchips provocó cierres de plantas de industrias automotrices, electrónicas y hasta de dispositivos sanitarios. Esta dependencia sobre los microchips ha provocado que, por ejemplo, la UE se haya visto obligada, no sólo a reforzar la industria tecnológica con la Iniciativa Chips para Europa, sino que se ha dotado de una legislación en la materia en vigor desde finales de 2023¹⁰⁰. Ahora bien, más allá de este impulso a la soberanía tecnológica y el mecanismo de coordinación creado para hacer frente a este tipo de crisis, la dependencia de la industria taiwanesa continúa siendo fundamental.

Habida cuenta de esta determinante relevancia geoestratégica de Taiwán en la esfera internacional y en la cadena de suministros de semiconductores,

⁹⁶ WU, Emily Y., “‘Silicon Shield’: Looking Beyond Semiconductors”, *US Institute of Peace, Podcast*, 25 enero 2024 en <https://www.usip.org/publications/2024/01/silicon-shield-looking-beyond-semiconductors>.

⁹⁷ CHIANG, Yin-Men y MUGGAH, Robert, “With China seeking AI dominance, Taiwan’s efforts to slow neighbor’s access to advanced chips needs support from the West”, *The Conversation*, 11 septiembre 2024, en <https://theconversation.com/with-china-seeking-ai-dominance-taiwans-efforts-to-slow-neighbors-access-to-advanced-chips-needs-support-from-the-west-234423>.

⁹⁸ HE, Alex, “In the Global AI Chips Race, China Is Playing Catch-Up”, *Center for International Governance Innovation*, 18 septiembre 2024, en <https://www.cigionline.org/articles/in-the-global-ai-chips-race-china-is-playing-catch-up/>.

⁹⁹ COMISIÓN EUROPEA, “Commission proposal to impose tariffs on imports of battery electric vehicles from China obtains necessary support from EU Member States”, 4 octubre 2024 en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/statement_24_5041. LIBOREIRO, Jorge, “La Comisión Europea rompe el bloqueo y aprueba aranceles a los coches eléctricos chinos”, *Euronews*, 4 octubre 2024 en <https://es.euronews.com/my-europe/2024/10/04/la-comision-europea-rompe-el-bloqueo-y-aprueba-aranceles-a-coches-electricos-chinos>.

¹⁰⁰ COMISIÓN EUROPEA, “Ley Europea de Chips”, 4 noviembre 2024 en <https://digital-strategy.ec.europa.eu/es/policies/european-chips-act>. Véase el Reglamento (UE) 2023/1781 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de septiembre de 2023 por el que se establece un marco de medidas para reforzar el ecosistema europeo de semiconductores y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2021/694 (Reglamento de chips), *DOUE* núm. 229, de 18 de septiembre de 2023.

los Estados Unidos y sus aliados están obligados a mantener como mínimo el difuso e incongruente discurso del mantenimiento del *status quo* de este territorio acudiendo al slogan de una sola China, mientras al mismo tiempo, suscriben acuerdos comerciales y suministran armamento a Taipéi como si de un Estado se tratara. Ambigüedad política y jurídica, que de forma interesada será mantenida, mientras Beijing no cruce la línea roja de ocupar la isla y ejercer su soberanía sobre Taiwán.

5. CONSIDERACIONES FINALES

Examinados los antecedentes y hechos relativos a la llamada cuestión de Taiwán debe concluirse, como ya ha apuntado el que fuera juez del Tribunal Internacional de Justicia, el japonés Shigeru Oda, que Taiwán es un Estado independiente, cuya soberanía nunca ha sido ostentada por la RPC¹⁰¹. Ahora bien, debido al innegable hecho por el cual la política internacional intrínsecamente permea toda interpretación y aplicación del derecho internacional, tal y como de forma reiterada ha expuesto el jurista finlandés Koskenniemi¹⁰², el estatuto jurídico de este país y su reconocimiento continúan en el limbo jurídico; y todo ello, pese a que los hechos objetivos apuntan desde hace décadas a que Taiwán reúne todos los elementos de estatalidad para ser reconocido como tal. Es más, esta porosa permeabilidad entre la política y el derecho viene facilitada por el uso subjetivo y arbitrario de la figura del reconocimiento de Estados.

Si atendiéramos únicamente a argumentos jurídicos para salir de esta difusa situación, ignorando la derivada de la permanente amenaza de Beijing de ocupar la isla, se pueden plantear dos propuestas de salida legales a la cuestión: una interna y otras de carácter internacional. La de carácter interno, pasa por modificar la Constitución taiwanesa, y así eliminar toda referencia al término República de China y a los antiguos territorios de la China continental que pretendía recuperar el KMT. La realidad de Taipéi ha cambiado radicalmente en las últimas décadas y el actual Estado democrático y de derecho de Taiwán, ya ha podido superar el pasado del régimen dictatorial de Chiang Kai-chek, y así ser más asertiva en su independencia.

En relación con las propuestas jurídicas internacionales que podrían otorgar la deseada seguridad jurídica al estatuto de Taiwán, por un lado, podría solicitarse la emisión de una opinión consultiva sobre esta cuestión a la Corte Internacional de Justicia. En todo caso, previamente habría que sortear la influencia de la RPC en la Asamblea General (o en alguna de las agencias es-

¹⁰¹ ODA, Shigeddu, *op. cit.*, pp. 403-404: “*That Taiwan has been cut off diplomatically by many countries and excluded from the United Nations and other international agencies creates an abnormal situation for Taiwan, but in no way stops it from being a sovereign State under international law*”.

¹⁰² KOSKENNIEMI, Martti, *La política del derecho internacional*, (Introducción de Cristina García Pascual. Traducción de Jose Antonio García Sáez, Antonio Lastra), Trotta editorial, 2020.

pecializadas autorizadas) de Naciones Unidas para lograr una votación afirmativa que facultara a proceder a dicha solicitud de dictamen a La Haya¹⁰³. También pudiera interponerse un contencioso ante este mismo tribunal por parte de un Estado aliado de Taiwán, que obligaría a pronunciarse sobre su estatuto jurídico, si por ejemplo se constatan violaciones del derecho internacional en las aguas del Estrecho. Por otro lado, desde algunos sectores doctrinales se apuesta por la celebración de un referéndum de autodeterminación para que el mismo pueblo taiwanés dirima de una vez por todas su genuina voluntad de quedar bajo la soberanía de la RPC o apostar definitivamente por la independencia¹⁰⁴.

En todo caso, como ya se ha puesto de manifiesto, todas estas posibilidades jurídicas se presentan inalcanzables en la actualidad por la permanente amenaza del uso de la fuerza de la RPC si se altera la política de una sola China. Ni los órganos de Naciones Unidas se van a atrever a pronunciarse sobre esta cuestión, ni la mayoría de los Estados lo van a permitir en votación alguna, ni tampoco de momento ningún partido político en Taiwán va a tener la osadía de enfrentarse frontalmente a los designios de Beijing. Ahora bien, al mismo tiempo, de manera rotunda el pueblo taiwanés¹⁰⁵, sobre todo visto lo acontecido en Hong Kong tras la promulgación de la Ley de Seguridad Nacional de julio de 2020¹⁰⁶, va a aventurarse a entregar la soberanía al régimen de la RPC por muchas salvaguardas que se les pueda presentar bajo el eslogan “un país, dos sistemas”¹⁰⁷. Estados Unidos y sus aliados no permitirían esta cesión de soberanía, dado lo que está en juego a nivel geoestratégico. Por todo ello, y pese a que de hecho Taiwán es un Estado, tanto su reconocimiento continuará estando en entredicho, como la amenaza de una próxima reunificación permanecerá estando en la agenda de Beijing.

¹⁰³ AL BANNA, Mahir, “Taiwan’s international legal standing: navigating the fragile status quo”, *Journal of Liberty and International Affairs*, Volume 10, Number 1, 2024, pp. 149-172, p. 165.

¹⁰⁴ Desde hace décadas, se viene articulando dicha propuesta, cfr. CHRISTIANSEN, Kent L., “Self-determination for the people of Taiwan”, *California Western International Law Journal*, Vol. 14, No. 3, 1984, pp. 471-500. HUANG, Eric Ting-lun, “The Evolution of the Concept of Self-Determination and the Right of the People of Taiwan to Self-determination”, *New York International Law Review*, Vol. 14, 2001, pp. 167-204.

¹⁰⁵ Una encuesta realizada por el gobierno de Taipéi en el verano de 2019 ya arrojaba el resultado que más de un 90% de la población se opone a una reunificación con la RPC bajo la estrategia “un país, dos sistemas”, Mainland Affairs Council (MAC), “Taiwan Public Rejects “One Country, Two Systems” and Opposes Beijing’s Hostile Military Threats and Diplomatic Pressure against Taiwan”, 1 agosto 2019 en https://www.mac.gov.tw/en/News_Content.aspx?n=2BA0753CBE348412&sms=E828F60C4AFBAF90&s=7062B3A2F65996A6.

¹⁰⁶ *Ley de la República Popular de China sobre Salvaguardar la Seguridad Nacional en la Región Administrativa Especial de Hong Kong* que acabó con detenciones arbitrarias, encarcelamientos y represiones hacia todo el movimiento prodemocrático en este territorio. WONG, L. & KELLOG, T.E, *Hong Kong’s National Security Law: a Human Rights an Rule of Law analysis*, Georgetown Center for Asian Law, 2021, en <https://www.law.georgetown.edu/law-asia/wp-content/uploads/sites/31/2021/02/GT-HK-Report-Accessible.pdf>.

¹⁰⁷ OVERHOLT, William H., *Hong Kong: The Rise and Fall of “One Country, Two Systems”*, Mos-savar-Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School, diciembre 2019, en https://ash.harvard.edu/wp-content/uploads/2024/02/overholt_hong_kong_paper_final.pdf.

Por cierto, si el Partido Comunista Chino (PCC) fuera el movimiento libertario que motivó su ascenso, y no un agente imperialista más que se ha postulado con firmeza en la lucha por la hegemonía mundial, la cuestión de Taiwán hubiera quedado resuelta. No solo en los primeros años del surgimiento del maoísmo, sus líderes reconocieron la distinción de la nación taiwanesa, sino que reconocieron y simpatizaron con el “movimiento de liberación nacional” taiwanés, diferenciado de la revolución china¹⁰⁸. Pero aquellos eran otros tiempos en los que el derecho de libre determinación de los pueblos, inspirado en los postulados originales marxistas-leninistas, fueron integrados en la Constitución de la República Soviet de Jiangxi de 1931¹⁰⁹. Casi un siglo después, ni a los pueblos tibetano, uigur y mongol, se les ha permitido mantener su propio Estado como ordenaba dicho texto constitucional¹¹⁰ (sino que han tenido que padecer un genocidio), ni el pueblo de Taiwán es merecedor tampoco de decidir por sí mismo su estatuto jurídico según el PCC actual. En definitiva, que el nuevo “consenso de Beijing” no está estableciendo a nivel internacional, la pretendida “teoría de los Tres Mundos” basada en el postulado de “jamás buscar la hegemonía”, sino que más bien se está yendo en la dirección contraria¹¹¹.

Así pues, habida cuenta de la tozuda realidad internacional y de las aspiraciones del pueblo de Taiwán, debe concluirse como acertadamente apunta el Profesor de la New York Law School, Lung-Chi Chen:

“In the absence of formal diplomatic recognition from most states and without a seat in the United Nations, Taiwan and its 23 million people are

¹⁰⁸ HSIAO, Frank S. T. y SULLIVAN, Lawrence R., “The Chinese Communist Party and the Status of Taiwan, 1928-1943”, *Pacific Affairs*, Vol. 52, No. 3 (Autumn, 1979), pp. 446-467.

¹⁰⁹ MOSELEY, George, *The Party and the national question in China*, Cambridge, 1966, p. 164. Desde el primer manifiesto en el II Congreso Nacional del Partido (1922) hasta la Resolución del I Congreso de todos los Soviets de China, que dio origen a la Constitución de la República Soviet de Jiangxi (1931), a las nacionalidades no chinas que habían tenido una relación de dependencia con el Imperio (expresamente se mencionaba al Tíbet, Mongolia y Turquestán) se les presentó una triple elección, una vez que la Revolución Comunista triunfara en la totalidad del país: o bien podrían unirse a la futura República Soviética de China como una provincia, o mantener un estatuto de autonomía especial, o finalmente podrían decidir por sí mismas crear su propio Estado independiente. Esta primera interpretación del derecho de autodeterminación fue ratificada por el mismo Mao al asumir el liderazgo del Partido en 1935; planteamiento que se ajustaba a los postulados originales marxistas-leninistas por los cuales los pueblos oprimidos tenían el derecho de secesión respecto a los gobiernos imperialistas opresores.

¹¹⁰ NORBU, Dawa, “Self-determination in the Post-soviet Era: a case study of Tibet”, *International Studies* 34, 3, 1997, Sage Publications, Delhi; Thousand Oaks, London, 1997, pp. 245-249.

¹¹¹ “Never Seek Hegemony. China’s Voice at the UN General Assembly”, *Global Times*, 6 junio 2021, en <https://www.globaltimes.cn/page/202107/1227967.shtml>. Léase el discurso de Deng Xiao Ping en la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Sexta Sesión Especial, 9 abril de 1974: “China is not a superpower, nor will she ever seek to be one. If one day China should change her color and turn into a superpower, if she too should play the tyrant in the world, and everywhere subject others to her bullying, aggression and exploitation, the people of the world should identify her as social-imperialism, expose it, oppose it and work together with the Chinese people to overthrow it”; intervención disponible en la Biblioteca Audiovisual de la ONU, *Deng Xiaoping General Assembly Speech*, <https://media.un.org/avlibrary/en/asset/c817/c817>.

isolated in the international community. The solution to this injustice cannot be based only in pure theory or pure politics. The two need to be conjoined in a workable reality. To this end, an internationally supervised plebiscite would provide an ideal means of resolving the dispute over Taiwan's status peacefully"¹¹².

¹¹² CHEN, Lung-chu, *The U.S.-Taiwan-China Relationship in International Law and Policy*, Oxford University Press, 2016; véase el capítulo 12, "Let the people of Taiwan decide Taiwan's future".

LA POSESIÓN Y LA ESPECIAL RELACIÓN CON LAS TIERRAS ANCESTRALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

INDIGENOUS PEOPLES' POSSESSION AND SPECIAL RELATION WITH THEIR ANCESTRAL LANDS IN THE INTERAMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

María GARCÍA CASAS*

Resumen: En el año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunal de sus tierras ancestrales se encontraba protegido la Convención Americana de Derechos Humanos. Desde entonces, se han multiplicado las ocasiones en las que la Corte ha debido pronunciarse, delimitando el contenido del derecho y las obligaciones positivas que, para los Estados, se derivan de él. En esta jurisprudencia, la posesión de la tierra ocupa un lugar muy relevante, pues su punto de partida es la equiparación de la posesión ancestral de las tierras a un título de propiedad, sin embargo, no es imprescindible. Así, deben atenderse las reclamaciones ante la desposesión, siempre que se pruebe el carácter ancestral de esas tierras, ya sea a través de la previa posesión o del mantenimiento de una relación especial entre la comunidad y la tierra. En el proceso de delimitación, demarcación y titulación de las tierras, la prueba esencial es la posesión de las tierras, pero no sólo, pues la delimitación puede extenderse a tierras cuya posesión actual no es de los pueblos indígenas. Es la especial relación con la tierra la que dibuja los contornos de este derecho comunal.

Palabras clave: indígenas, tierras ancestrales, posesión, propiedad, campesinos, prueba, consentimiento, titulación, especial relación.

Abstract: In 2001, the Inter-American Court of Human Rights affirmed that the right of indigenous peoples to communal property of their ancestral lands was protected by Article 21 of the American Convention on Human Rights. Since then, there have been many occasions on which the Court has had to pronounce itself, delimiting the content of the right and the positive obligations that, for the States, derive from it. In this doctrine, the possession of land plays a very relevant role, since its starting point is to equate the ancestral possession of land to a property title. However, it is not essential. Thus, claims of dispossession must be addressed, provided that the ancestral character of the land is proven, either through previous possession or through the maintenance of a special relationship between the community and the land. In the process of delimitation, demarcation and titling of lands, the essential proof is the possession of the land, but not only, since the delimitation may extend to lands whose current possession does not belong to the indigenous people. It is the special relationship with the land that draws the contours of this communal right.

Keywords: indigenous, ancestral lands, possession, property, peasants, evidence, consent, titling, special relation.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Público en la Universidad Autónoma de Madrid (maria.garciac@uam.es). Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación PID2021-127771NB-I00 "El uso procesal de la historia de la Monarquía en litigios territoriales, internacionales, nacionales y comunitarios".

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL DERECHO A LA RECLAMACIÓN DE LAS TIERRAS ANCESTRALES: 2.1. La contingencia del título de propiedad y de la posesión continuada para la reclamación de la propiedad de las tierras ancestrales; 2.2. Las respuestas del sistema interamericano ante la desposesión histórica; 2.3. La obligación de atender a las reclamaciones de territorio por parte de las comunidades indígenas y la posible colisión con otras obligaciones positivas del Estado. 3. LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE DEMARCAR, DELIMITAR Y TITULAR LA PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA Y LOS CRITERIOS PARA CUMPLIRLA: 3.1. La prueba del uso y de la posesión de las tierras reclamadas; 3.2. Las pruebas de otras relaciones con la tierra que se equiparan a la posesión; 3.3. La prueba de la extensión de las tierras ancestrales reclamadas. 4. EL DERECHO (¿INALIENABLE?) A DISFRUTAR DE LA POSESIÓN DE LAS TIERRAS ANCESTRALES: 4.1. El deber del Estado de proteger la posesión de los pueblos indígenas de sus tierras ancestrales; 4.2. ¿Se pueden extinguir o transmitir los derechos de los pueblos sobre las tierras ancestrales? 5. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN:

Fruto de la participación de las organizaciones indígenas en los foros internacionales desde la década de los ochenta, se ha ido gestando la idea, ahora prácticamente indiscutida, de que, para garantizar el disfrute pleno de los derechos humanos individuales, es necesario reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas¹. Sus características como grupo inciden directamente en el disfrute de sus derechos, lo que puede constatarse en el que ha constituido el centro de sus reclamaciones, el derecho a la tierra. Los pueblos indígenas guardan una profunda relación con las tierras y territorios², de los cuales se han visto repetidamente despojados. Sin embargo, los problemas no sólo se derivan de la desposesión histórica, sino que se extienden a la dificultad de integrarse en un sistema en el cual los derechos de propiedad se respaldan a través de un título, algo totalmente ajeno a su forma de relacionarse con la tierra³.

En el sistema interamericano, los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las últimas décadas, han contribuido a desarrollar el contenido del derecho de los pueblos indígenas a la propiedad comunal sobre sus tierras, territorios y recursos naturales. Desde la sentencia en el asunto Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, en el año 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado la existencia de un derecho a la tierra de titularidad de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales. La afirmación de este derecho colectivo y la doc-

¹ STAVENHAGEN, Rodolfo, “Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos”, BERRAONDO, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, 2006, p. 24.

² De hecho, se entiende que ser indígena implica vivir donde se encuentran tus raíces, cfr. WIESSNER, Siegfried, “Indigenous self-determination, culture and land: a reassessment in light of the 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, PULITANO, Elvira (ed.), *Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 50.

³ GILBERT, Jérémie, “Historical indigenous peoples’ land claims: a comparative and International approach to the common law doctrine on indigenous title”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, July 2007, p. 584.

trina en torno a él ha supuesto la profundización sobre el propio concepto de tierra ancestral —estrechamente ligado a la posesión del territorio, aunque no solo— y a los derechos y obligaciones que encierra.

La Corte enuncia este derecho a la tierra anudado al derecho a la propiedad privada, reconocido en el artículo 21 del Pacto de San José y entiende que, dentro de él, está incluido el concepto de territorio, que hace referencia al hábitat que envuelve al suelo, a la tierra propiamente dicha⁴. Esta interpretación evolutiva del derecho convencional a la propiedad privada se ha hecho a la luz de otras normas internacionales, concretamente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo⁵, el tratado internacional “que enuncia los derechos básicos de estos grupos humanos e incorpora obligaciones de resultado dirigidas a los Estados parte”⁶ y en su artículo 8, indica: “al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

Del análisis de la jurisprudencia de la Corte y los trabajos de la Comisión Interamericana, se deriva que el derecho a la propiedad de las tierras ancestrales contiene diferentes vertientes: el derecho a la reclamación de la propiedad de las tierras ancestrales, el derecho a la delimitación, demarcación y titulación de esas tierras y el derecho de mantener la posesión de estas. Para garantizar el disfrute pacífico de este derecho de los pueblos indígenas, se requiere algo más que la no intervención estatal, por lo que surgen tres obligaciones de carácter positivo para los Estados: la obligación de garantizar el disfrute efectivo de los derechos de los pueblos sobre el territorio, de contar con el consentimiento de la comunidad titular del derecho antes de afectar de cualquier modo sus tierras y la obligación de delimitar, demarcar y conceder títulos a las tierras ancestrales.

El objeto de este trabajo es analizar la estrecha relación de la posesión de las tierras con los derechos de los pueblos y las obligaciones del Estado. Como se indicará en las siguientes páginas, la Corte equipara la posesión ancestral de las tierras (o su desposesión involuntaria) a un título de propiedad; incluso, en las reclamaciones ante la desposesión, se intenta probar la posesión previa. En el proceso de delimitación, demarcación y titulación de las tierras —obligación del Estado, cuya reclamación es a menudo fuente de las demandas ante la Corte— la prueba esencial es la posesión de las tierras. Igualmente, el derecho a disfrutar de forma efectiva de las tierras ancestrales,

⁴ Sobre la diferencia entre los conceptos de tierra y territorio, es especialmente clarificador: Mikel Berraondo López, “Tierras y territorios como elementos sustantivos del derecho humano al medio ambiente”, en Mikel Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 469-488.

⁵ Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, 1989. Entró en vigor el 5 de septiembre de 1991 y, actualmente, cuenta con 24 ratificaciones.

⁶ TORRECUADRADA, Soledad, “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas: antecedentes, consecuencias y perspectivas”, *Estudios Internacionales*, núm. 165, 2010, p. 12.

sin interferencias, debiendo consentir cualquier proyecto que pudiera afectar a las tierras, tiene como fin asegurar una posesión pacífica. Otras cuestiones relevantes estrechamente relacionadas con el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de sus tierras ancestrales son también objeto de análisis; por supuesto, las colisiones de pretensiones y, en ocasiones, de derechos que subyacen a la determinación de la extensión de las tierras ancestrales y la reclamación de su propiedad, etc.

Debemos partir de que la Corte Interamericana ha resuelto entre el año 2023 y 2024 tres casos en torno a los derechos de propiedad comunal de pueblos indígenas⁷ y tiene, actualmente, pendientes de resolver cuatro casos contenciosos, relativos a la reclamación al Estado, por parte de comunidades indígenas, de su deber de titular las tierras ancestrales. De entre los pendientes hay uno —el caso Pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane vs. Ecuador— en el que la disputa gira, precisamente, en torno a los propios límites de la propiedad ancestral y lo mismo ocurre con uno de los resueltos por la Corte en el año 2023, el caso Comunidad Garífuna de San Juan vs. Honduras.

En este sentido, la interpretación de la Corte Interamericana acerca del contenido del derecho a la propiedad de las tierras ancestrales se mantiene viva, porque las disputas relativas a él van planteando nuevos problemas y matices a los que dar respuesta y resulta crucial para la seguridad jurídica de los Estados y las comunidades indígenas los pronunciamientos de la Corte, para conocer cómo dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de los derechos de la Convención en relación con la propia determinación de las tierras ancestrales. ¿Basta con consultar a las comunidades indígenas en el curso del proceso? ¿Es obligatorio que el Estado acepte los límites alegados por estas comunidades? ¿Se debe tener en cuenta algún título que certifique la propiedad y, caso de colisión, hay títulos mejores que otros? ¿Cómo deben proteger los Estados este derecho de propiedad colectiva? ¿De igual forma que el derecho de propiedad privada? Se tratará de responder a estos interrogantes en las páginas que siguen.

2. EL DERECHO A LA RECLAMACIÓN DE LAS TIERRAS ANCESTRALES

2.1. La contingencia del título de propiedad y de la posesión continuada para la reclamación de la propiedad de las tierras ancestrales

Como adelantábamos, a través de una interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana, en consonancia con el Convenio 169 de la OIT, la Corte ha interpretado que los Estados están obligados a proteger

⁷ El Caso Comunidad Indígena Maya O'eqchi' Agua Caliente c. Guatemala (sentencia de 16 de mayo de 2023), el Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros c. Honduras (sentencia de 29 de agosto de 2023) y el Caso Pueblo Indígena U'wa y sus miembros c. Colombia (sentencia de 4 de julio de 2024).

la estrecha vinculación que los pueblos indígenas y tribales guardan con sus tierras (y los recursos y elementos incorporales que de ellos se desprenden), en reconocimiento de su forma comunal de propiedad colectiva⁸:

“Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁹.

“Tales nociones del dominio y de la posesión sobre las tierras no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero la Corte ha establecido que merecen protección del artículo 21 de la Convención Americana”¹⁰.

Del análisis de su jurisprudencia se deriva que el reconocimiento del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas lo fundamenta la Corte en el derecho a la no discriminación de los pueblos indígenas frente a los ciudadanos titulares del derecho a la propiedad privada y siempre que se reúnan dos elementos: la posesión tradicional o ancestral y una relación especial con la tierra que excede del mero uso y disfrute.

Efectivamente, la Corte Interamericana no ha considerado un obstáculo la ausencia de títulos que acreditan la propiedad de la tierra de los pueblos indígenas, porque ha reconocido que sus formas de tenencia de la tierra son equiparables a los títulos de propiedad. Esta interpretación se rige por el principio de no discriminación, presente tanto en la Declaración como en la Convención Americana de Derechos Humanos, que se traduce en la igual consideración de los títulos de propiedad y de las formas de propiedad que se basan en las costumbres de los pueblos indígenas¹¹. En la propia sentencia

⁸ Debemos tener presente la “dimensión colectiva inherente a la cosmovisión indígena relativa a su relación con la tierra y al derecho de propiedad sobre ella, aspectos fundamentales para un adecuado desarrollo de los pueblos indígenas”, que explica GÓMEZ ISA, Felipe, “Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo”, en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Serie Derechos Humanos, vol. 14, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, p. 465. Esto no quiere decir que el territorio de los pueblos indígenas y sus recursos sean un medio instrumental para lograr el desarrollo o un recurso económico, sino “un referente asociado a los propios fundamentos culturales de la existencia social del grupo”, cfr. OLIVA MARTÍNEZ, Juan Daniel, “Acercas de la protección de la diversidad cultural y los derechos de los pueblos indígenas en el Derecho Internacional II”, *Revue québécoise de droit international*, 2008, vol. 21 (2), p. 173.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni c. Nicaragua, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, párr. 149.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros c. Honduras, Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de agosto de 2023, párr. 90.

¹¹ ANAYA, S. James, WILLIAMS, Robert A., “The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 14, 2001, p. 48.

del asunto *Awas Tingni*, afirma la Corte que la posesión de la tierra, como producto de la costumbre, debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real fueran consideradas las propietarias de las tierras que reclaman¹².

Por lo que se refiere a la posesión tradicional o desde tiempos ancestrales como requisito para el derecho al territorio comunal o el derecho a la propiedad comunal, el derecho que reconoce a las comunidades indígenas es “el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural”¹³, un derecho principalmente apoyado en la posesión de las tierras por parte de las comunidades indígenas. En la sentencia más reciente al respecto, en el caso *Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros vs. Honduras*¹⁴, la Corte recuerda que “la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado” y, como tal, “la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro”¹⁵.

Es importante señalar que, ese derecho a la propiedad de las tierras ancestrales no sólo existe, a pesar de no haber título de propiedad —cuya emisión constituye una obligación del Estado de la que se hablará más adelante— sino que persiste a pesar de la desposesión, pues la Corte ha afirmado que el derecho de propiedad comunal se mantiene aun cuando por causas ajenas a su voluntad han perdido la posesión de sus tierras¹⁶. Es el caso de la *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, en el que la Corte consideró que la comunidad indígena era titular del derecho a la propiedad de sus tierras ancestrales, a pesar de no poseerlas en el momento de la reclamación —y, por tanto, a pesar de no poder acreditar una posesión ininterrumpida— por haberles sido negada esa posesión mediante un desplazamiento forzoso¹⁷. En otra ocasión aclaró que este derecho persiste, aunque la posesión de esas tierras la ostenten otros que las hayan adquirido legítimamente¹⁸.

En definitiva, el derecho a reclamar la propiedad de las tierras ancestrales se mantiene en tanto que lo haga la relación única entre la comunidad

¹² Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni c. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 151.

¹³ Caso del Pueblo *Saramaka c. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párr. 96.

¹⁴ Caso *Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros c. Honduras*, Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de agosto de 2023.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 33.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Caso de la Comunidad *Moiwana c. Suriname*, Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, reparaciones y Costas, 15 de junio de 2005, párr. 134.

¹⁸ La aclaración es pertinente en tanto que, en la sentencia anterior, *Caso Moiwana c. Suriname*, no había ningún tercero que ostentara ningún título sobre las tierras ancestrales reclamadas, a diferencia de lo ocurrido en este asunto, cfr. Caso de la Comunidad Indígena *Sawhoymaxa c. Paraguay*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, párr. 128.

indígena y las tierras¹⁹. A. Martínez de Bringas explica que esta especial relación define la territorialidad como “corporalidad identitaria de los pueblos indígenas, contenido inherente, a su vez, del derecho a la vida de los pueblos indígenas”²⁰. Cabe entonces preguntarse cómo consigue determinar la Corte que existe esa “relación única”. En el Caso de la Comunidad Indígena Sawhoymaxa vs. Paraguay, la Corte afirma que es una relación que “puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”²¹. Así, el derecho de reclamación de las tierras ancestrales persiste mientras se mantenga la relación única entre la comunidad y estas y hasta que los impedimentos para mantener esa relación desaparezcan²². En ese caso en particular, los miembros de la Comunidad —que habían perdido la posesión de esas tierras del Chaco paraguayo— presentaron como prueba de ello informes antropológicos y declaraciones de expertos ante fedatarios públicos que la Corte entendió suficientes para declarar probado el carácter ancestral de las tierras reclamadas. Más allá de eso, la Corte no podía determinar si el derecho de recuperación de las tierras ancestrales estaba por encima del derecho a la propiedad privada de los terceros que habían adquirido la propiedad de estas de forma legítima; esa es tarea de los tribunales nacionales que, en todo caso, deben garantizar el disfrute efectivo del derecho a la propiedad de la comunidad indígena²³. En el caso de que el Estado considere que no cabe el traslado de los poseedores actuales de las tierras ancestrales, está obligado a otorgar a la comunidad indígena tierras que sean suficientes, en calidad y en extensión, para que puedan preservar “sus propias formas de vida, asegure su viabilidad económica, así como su propia expansión”²⁴.

2.2. Las respuestas del sistema interamericano ante la desposesión histórica

La desposesión de los pueblos indígenas de sus tierras ancestrales hunde sus raíces en el pasado y, por supuesto, los primeros episodios anteceden a la entrada en vigor de las normas convencionales que han servido de marco para las reclamaciones desde los años noventa. Por tanto, parece imponerse

¹⁹ FERRERO HERNÁNDEZ, Ricardo, “Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 63, julio de 2016, p. 77.

²⁰ MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, *Los derechos de los pueblos indígenas. Luchas por la descolonización*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 174.

²¹ Caso de la Comunidad Indígena Sawhoymaxa c. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, párr. 131.

²² *Ibid.*, párr. 132.

²³ *Ibid.*, párr. 136.

²⁴ *Ibid.*, párr. 8.

la cuestión de la retroactividad de las obligaciones positivas del Estado y de la competencia temporal de los órganos de protección de derechos humanos. Sin embargo, como se ha dicho en el apartado anterior, la Corte Interamericana —entre otros órganos judiciales internacionales y domésticos²⁵— está reconociendo la posesión de la tierra como título de propiedad y la entiende en sentido amplio, abarcando no sólo la posesión *per se*, sino también la relación especial con la tierra y, más aún, equiparando a la posesión la desposesión involuntaria, se está creando un título para reclamar una serie de comportamientos por parte del Estado, con independencia de cuándo se produjera la desposesión. La cuestión reside en que el pueblo o comunidad indígena aún mantenga ese vínculo especial con la tierra, no en el momento de la desposesión histórica —buscando una reparación por los hechos ocurridos— sino como una desposesión actual, que debe remediarse²⁶.

Así, por ejemplo, en la sentencia del caso Comunidad Moiwana vs. Suriname, en el que el Estado de Suriname esgrimó la falta de competencia *ratione temporis* de la Corte —en tanto que los hechos ocurrieron un año antes de la ratificación de la Convención y de su reconocimiento de la competencia de la Corte— ésta lo rechazó considerando que algunas de las vulneraciones denunciadas consisten en una denegación de justicia que se mantienen en el tiempo y que, si bien el desplazamiento forzado de las víctimas de sus tierras ancestrales sucedió antes de que la Corte fuera competente, “la imposibilidad del retorno a estas tierras supuestamente ha subsistido”²⁷. Es precisamente el hecho de que los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales son inherentes a la especial relación que mantienen con ellas, lo que ha llevado a la Corte Interamericana a reconocer su competencia *ratione temporis* ante violaciones del derecho a la propiedad comunal que se habían producido —o empezado a producir antes de la fecha crítica— a diferencia de lo ocurrido ante vulneraciones del derecho a la propiedad privada previas al reconocimiento de la competencia de la Corte²⁸. Los efectos de la desposesión de las tierras ancestrales se mantienen y, por tanto, la vulneración de dere-

²⁵ En el ámbito del *common law* se refieren a esta doctrina como “aboriginal or/and native title doctrine”, cfr. GILBERT, Jérémie, “Historical indigenous peoples’ land claims: a comparative and International approach to the common law doctrine on indigenous title”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, julio 2007, p. 584.

²⁶ Como indica Gilbert con respecto al enfoque del sistema de Derecho común, pero que resulta aplicable igualmente con respecto de la Corte Interamericana, la doctrina de la violación continuada no permite una revisión total de la desposesión ocurrida en el pasado, sino sólo el examen de la desposesión a la luz de la ocupación actual, cfr. *Ibid.*, p. 596.

²⁷ Caso de la Comunidad Moiwana c. Suriname, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y costas, 15 de junio de 2005, párr. 43.

²⁸ Jeffrey Hall hace esta comparación de los casos de la comunidad Moiwana c. Suriname —en el que la comunidad fue forzosamente desplazada un año antes de la fecha crítica— y Cantos c. Argentina, en el que un Estado había denegado a un particular sus derechos como propietario con anterioridad a la fecha de aceptación de la jurisdicción de la Corte, cfr. HALL, Jeffrey B., “Just a matter of time? Expanding the temporal jurisdiction of the Inter-American Court to address Cold War wrongs”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 14, núm. 4, 2008, p. 689.

chos por parte del Estado continúa pese al paso del tiempo, dada la visión cosmológica de la tierra inherente a la comunidad indígena.

Es cierto que los asuntos llevados ante la Corte Interamericana no impugnan *per se* los actos de desposesión histórica —colonial— sino hechos posteriores que llevan al mismo resultado: la imposibilidad de retornar o poseer las tierras ancestrales. En ese sentido, la desposesión causada durante la colonización o tras la independencia constituyen los hechos históricos que se incluyen como contexto histórico de los hechos que sí son relevantes para la controversia y así se incluyen en las sentencias de la Corte²⁹. Concretamente, en la sentencia de la Corte del Caso Xákmok Kásek vs. Paraguay, en la que —al igual que en otras sentencias anteriores y posteriores— el relato de los hechos probados se remonta hasta el proceso de colonización, la Corte explícitamente indica: “es de resaltar que el territorio tradicional relevante, a efectos de la protección del derecho a la propiedad comunitaria de los miembros de la Comunidad, no es el de sus ascendientes sino el de la propia Comunidad”³⁰.

Se entiende así que ante la Comisión —y, en su caso, ante la Corte— no se presentan reclamaciones de la responsabilidad de los Estados por la desposesión inicial (en estos asuntos habitualmente ocurrida en el momento de la colonización o de la independencia y constitución en Estados), sino que se reclama el cumplimiento de las obligaciones aparejadas a un derecho de propiedad que no depende de un título de propiedad, sino de la propia condición de tierras ancestrales, por el vínculo entre ellas y la subsistencia de la comunidad.

Sin embargo, la Comisión Interamericana parece haberse desviado recientemente de esta doctrina, concretamente en el asunto presentado por el pueblo Onondaga ante la Comisión Interamericana contra los Estados Unidos de América, en abril del año 2014. El pueblo Onondaga alega que el Estado de Nueva York se apropió indebidamente de más de un millón de hectáreas de su propiedad entre 1788 y 1822, sin que hayan recibido ninguna reparación por ello. De acuerdo con su reclamación, ellos no cedieron ni vendieron ninguna porción de su territorio aborigen y, de hecho, en los tratados concluidos con la confederación de naciones indígenas a la que pertenecen³¹ Estados Unidos reconocía su soberanía y garantizaba el uso y disfrute de su

²⁹ PENTASSUGLIA, Gaetano, “Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 22, no. 1, 2011, p. 172.

³⁰ Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de agosto de 2010, párr. 95.

³¹ Se trata de los Tratados de Fort Stanwix de 1784, de Fort Harmer de 1798 y de Canandaigua de 1794, concluidos entre los Estados Unidos y la Confederación Haudenosaunee, que congregaba a seis naciones indígenas, cfr. *Ibid.*, párr. 4. Los tratados celebrados entre pueblos indígenas y los Estados europeos o sus sucesores, como en este caso los Estados Unidos de América —tras su independencia del Reino Unido— “pretenden añadir al de *terra nullius* otros títulos de adquisición de la soberanía territorial”, cfr. TORRECADRADA, Soledad, “Los Tratados Internacionales y Pueblos Indígenas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 2, 2001, p.3.

territorio de forma libre. A pesar de ello, el Estado de Nueva York se hizo con el control de muchas de sus tierras a través de transacciones ilegales, quedando reducidas las tierras de los Onondagas a menos de tres mil hectáreas. Según indican, han reclamado en numerosas ocasiones una reparación por este agravio, sin éxito.

Más de ocho años después, en agosto de 2022, se produce la respuesta de Estados Unidos, planteando una excepción de admisibilidad por falta de competencia *ratione temporis* de la Comisión para conocer de la desposesión del territorio, en tanto que esta se produjo en fecha previa a la adhesión del Estado a la Carta de la OEA (1951) y al reconocimiento de la competencia para conocer peticiones individuales (1965). Es también anterior a la adopción de la Declaración Americana y a la creación misma de la Comisión. En el informe de admisibilidad, emitido mayo de 2023³², la Comisión concluye que no cabe la aplicación retroactiva de la Declaración y que carece de competencia *ratione temporis*, por lo que se refiere a la supuesta apropiación indebida de la tierra³³, en tanto que los hechos que podrían suponer vulneraciones de la Carta o de la Declaración Americana, ocurrieron y cesaron con carácter previo a la adhesión del Estado a estos instrumentos³⁴.

Esta afirmación de la Comisión Interamericana resulta sorprendente si se contrasta con la afirmación de las obligaciones positivas que para el Estado se derivan del derecho a la propiedad, reconocido en la Declaración Americana, e interpretado de acuerdo con otros instrumentos internacionales. Teniendo en cuenta la doctrina acerca de las vulneraciones actuales del derecho de propiedad, entendidas como lo hace la Corte Interamericana, la decisión de la Comisión supone un cambio de perspectiva. Si bien la desposesión tuvo lugar en una fecha remota, el derecho a la propiedad de las tierras ancestrales se mantiene, incluso a pesar de la desposesión involuntaria, siempre que se mantenga la especial relación del pueblo indígena con esas tierras.

Precisamente, los representantes de la comunidad han solicitado a la Comisión, en sus observaciones adicionales, que considere el carácter de viola-

³² Inter-American Commission on Human Rights: Report No. 51/23, Petition 624-14. Admissibility. The Onondaga Nation. United States of America. May 12, 2023.

³³ Sí se declara competente *ratione temporis* para conocer de las posibles vulneraciones del derecho a la protección judicial y del derecho a la igualdad ante la ley, que surgieron a raíz de los intentos infructuosos de recuperación de las tierras que llevó a cabo la comunidad entre 2005 y 2013, cfr. *Ibid*, párr. 42.

³⁴ “The Commission observes that there is nothing in either the OAS Charter or the American Declaration that evinces any intention on the part of the State to be bound in relation to acts or facts that occurred *and ceased to exist* prior to acceding to the OAS Charter (...) Assuming that the appropriation of the land represented *prima facie* violations of the American Declaration, the appropriation clearly originated prior to the State’s accession to the OAS Charter. Moreover, the Commission further notes that the alleged misappropriation certainly occurred before 1965, the year in which the Commission was granted competence to review individual petitions. 17 Accordingly, the Commission does not have competence *ratione temporis* to consider the alleged misappropriation of land (that took place that between 1788 and 1822)”, *Ibid*, párr. 41 [la cursiva es nuestra].

ción continuada que —a su juicio— reviste la desposesión de las tierras de los Onondaga por parte del Estado de Nueva York y que aún persiste³⁵. Los solicitantes argumentan que la vulneración, y los daños que produce, continúan y que, al igual que en otros asuntos, el carácter continuado de la vulneración supera los límites de la competencia *ratione temporis* de la Comisión. Uno de los asuntos referidos en el escrito resulta particularmente pertinente para llamar la atención de los integrantes de la Comisión; se trata del caso *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos*, que trata de la vulneración continuada del derecho a la propiedad comunal, considerada así por la propia Comisión, rechazando las objeciones del Estado, al constatar que la controversia acerca del título de propiedad continuaba sin resolverse³⁶. No obstante, es cierto que en la fecha en la que comienza la vulneración del derecho a la propiedad en el caso *Mary y Carrie Dann*, 1970, ya se había firmado la Declaración Americana de Derechos Humanos y la Carta de la Organización de Estados Americanos. Pero, en todo caso, si en el asunto del pueblo Onondaga c. Nueva York, las comunidades indígenas habían tratado de obtener reparaciones por la toma de las tierras por distintas vías, habiendo obtenido únicamente por parte de los tribunales la respuesta de que sus reclamaciones se habían presentado tardíamente³⁷ y que ese lapso de tiempo permite a los tribunales a denegar una reparación³⁸, es pertinente entrar a valorar si el Estado ha cumplido con las obligaciones positivas que se derivan del derecho a la propiedad, para con los pueblos indígenas.

Sorprende que la Comisión Interamericana haya optado por inadmitir este motivo de la petición pues, en todo caso, procedería admitir ese motivo de queja, sin perjuicio de que en el pronunciamiento sobre el fondo se determinara que el territorio reclamado no es el que, a día de hoy, puede identificarse como las tierras ancestrales del pueblo indígena. Lo esperable sería que la Comisión Interamericana reconsiderara su posición, pues será necesario determinar el carácter ancestral de las tierras reclamadas para poder determinar si Estados Unidos, en el momento presente, está vulnerando los derechos de esa comunidad sobre sus tierras.

³⁵ Inter-American Commission on Human Rights: Case No. P-624-14, *The Onondaga Nation and the Haudenosaunee against the United States of America*, Supplemental Submission Brief on the Merits, December 24, 2023 [accessible en: <https://doctrineofdiscovery.org/assets/pdfs/Petitioners-Merits-Brief-revd-12.24.2023.pdf>].

³⁶ Inter-American Commission on Human Rights: Report No. 75/02, *Mary and Carrie Dann* (United States), 27 December 2002, párr. 167.

³⁷ A pesar de que en la petición se relatan intentos de búsqueda de solución política del conflicto y de reparación en vía judicial desde que se permitió a los jueces federales conocer de los asuntos relativos a los tratados firmados con las naciones indígenas y pudieron superar todos los obstáculos añadidos que implicaba la regulación propia del Estado de Nueva York – relativa a la necesidad de que los pueblos contarán con un abogado designado por el Estado, cfr. Inter-American Commission on Human Rights, Report No. 51/23, *Petition 624-14. Admissibility. The Onondaga Nation. United States of America*. May 12, 2023, párrs. 9-21.

³⁸ Es la llamada “doctrine of laches” que ha venido aplicando el Tribunal Supremo de Estados Unidos desde el asunto *City of Sherrill v. Oneida Indian Nation*.

2.3. La obligación de atender a las reclamaciones territoriales indígenas y la posible colisión con otras obligaciones positivas del Estado

El ejercicio de las reclamaciones de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales ha puesto de manifiesto la posible colisión entre las obligaciones estatales que se derivan del derecho a la propiedad comunal y las que se derivan de otros derechos sobre las mismas tierras. Resulta especialmente interesante comparar el contenido del derecho sobre la tierra de los pueblos indígenas y de los campesinos, que ha sido objeto de atención reciente por parte de distintas organizaciones internacionales y la doctrina. Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias ocasiones a propósito de la colisión entre el derecho de propiedad colectiva de los indígenas y el derecho a la propiedad privada de terceros sobre las mismas tierras, sólo en una ocasión ha entrado a ponderar el derecho de propiedad comunal con el derecho de los campesinos sobre sus tierras. Se trata del asunto *Lhaka Honat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*; un caso cuya sentencia sobre el fondo es especialmente reconocida como un paso más en el reconocimiento de la Corte de la justiciabilidad directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por la declaración de las vulneraciones del derecho a un medioambiente sano³⁹, pero que también tiene efectos en esta materia.

Se planteó a la Corte que la conducta del Estado argentino —que no había titulado parte de las tierras reclamadas por la comunidad indígena y que la había dividido en parcelas, para respetar los derechos de terceros, los pobladores criollos— no había permitido brindar seguridad jurídica al derecho de propiedad comunal. El Estado de Argentina respondió resaltando que su actuación trataba de armonizar los derechos de las comunidades indígenas con los de los campesinos, de obtener el título de las tierras que habitan históricamente. Para ello, el Estado implementó una estrategia basada en el diálogo entre comunidades indígenas y familias criollas con el fin de que los criollos traspasaran el dominio a los indígenas y puntualizó lo siguiente: “el artículo 21 de la Convención indica la posibilidad de subordinar el uso y goce de los bienes al “interés social”, y entendió que el mismo, en el caso, se “configura” no solo por las comunidades indígenas vinculadas a *Lhaka Honat*, sino también por otras (...) que son “pobladores rurales vulnerables” (...) y debe garantizar también el derecho de los campesinos a acceder a la titularización de las tierras que habitan históricamente”⁴⁰. La introducción del término campesino conecta con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de otras Personas que trabajan en las

³⁹ Sobre esta cuestión, véase la tribuna escrita por uno de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “*Lhaka Honhat* y los derechos sociales de los pueblos indígenas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, junio 2020.

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación *Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina*, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de febrero de 2020, párr. 111 y ss.

Zonas Rurales (en adelante UNDROP, por sus siglas en inglés), un documento en el que se subraya la necesidad de que se protejan mejor los derechos de los campesinos frente a los factores que dificultan sus derechos de tenencia de los recursos naturales de los que dependen⁴¹.

El fallo de la Corte determinó que el Estado no tituló de forma adecuada la propiedad comunal y, por ello, incumplió su deber de dotar a la propiedad de seguridad jurídica, en tanto que subsiste la presencia de terceros. Además, introdujo una afirmación contundente: “(...) más allá de valorar positivamente el proceso de acuerdos, considera que, ciertamente, los procedimientos deben ser aptos para garantizar la propiedad de las comunidades indígenas sobre su territorio. El Estado no puede supeditar dicha garantía a la voluntad de particulares”⁴². En conclusión, la relación con la tierra que mantienen las comunidades indígenas es, según la visión de la Corte, especial y distinta a otras relaciones estrechas que otros grupos —no indígenas— puedan mantener con ella. Los campesinos tienen una relación con la tierra basada en la producción y en el mantenimiento de esta, orientado a la producción, como medio de vida, mientras que los pueblos indígenas conciben sus tierras, además, como el elemento básico de su comunidad y espiritualidad.

En ese sentido, para la Corte, no se plantea una colisión del derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas con los derechos de los campesinos sobre la tierra, sino con el derecho a la propiedad privada (con independencia del titular de este). Acerca de esta colisión, la Corte cuenta con precedentes, como su sentencia del caso *Yakie Axa*, en la que afirmó que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de las comunidades indígenas se encontraban protegidas por el artículo 21 de la Convención y que, por tanto, cuando entran en colisión, deben plantearse qué restricciones a una y otra son admisibles. Esto supone que “los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho sobre el otro”⁴³ y aclara que no siempre prevalecerán los derechos de las comunidades indígenas sobre los particulares o estatales⁴⁴. En el caso *Lhaka Honhat*, la Corte reconoce que es innegable que el Estado argentino también tiene deberes respecto de la población criolla, dada su situación de vulnerabilidad y —si bien aclara que no está evaluando la responsabilidad del Estado argentino con base en la Declaración sobre los

⁴¹ Asamblea General de Naciones Unidas: A/RES/73/165 “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales”, 17 de diciembre de 2018.

⁴² *Ibid.*, párr. 144.

⁴³ Abunda la Corte en cuáles son esos criterios que deben guiar la toma de decisión del Estado y que coinciden con las afectaciones al derecho de propiedad, es decir, las restricciones son admisibles si son establecidas por ley, son necesarias, proporcionales y se hacen con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, cfr. Caso de la Comunidad indígena *Yakye Axa c. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005, párr. 144.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 149.

campesinos— debe tener en cuenta el respeto de sus derechos a la hora de determinar si el procedimiento seguido para el deslinde es adecuado⁴⁵.

El voto parcialmente disidente que emite el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, con ocasión de esta sentencia, llama la atención sobre la colisión de derechos que se presenta en el caso Lhaka Honhat⁴⁶. El juez parte de que la disputa no tiene que ver con el derecho de los pueblos indígenas al territorio reclamado, sino con la respuesta articulada por el Estado para hacerlo efectivo. Había un acuerdo entre el Estado, los colonos y las comunidades indígenas que el Estado no cumplió, y ese “incumplimiento del Estado argentino afecta también los derechos de las personas campesinas que viven en similares condiciones de pobreza y precariedad en este territorio”⁴⁷. Es por su situación de vulnerabilidad por lo que llama la atención sobre la resolución del conflicto en torno a la tenencia de la tierra cuando los terceros —que carecen de participación directa en el proceso— son campesinos. Apoya que en la toma de decisión sobre la entrega de tierras y el desplazamiento de las comunidades que vivían en ellas, debe buscarse “un equilibrio con los derechos de terceros, en un contexto de diálogo, conciliación y exclusión de factores que puedan contribuir a generar o profundizar situaciones de violencia”⁴⁸. A la vista de este voto particular y de la aparente colisión de derechos, el análisis jurídico plantea varios interrogantes: ¿el contenido del derecho a la tierra de los pueblos indígenas es el mismo que el contenido del derecho a la tierra de los campesinos? ¿Se derivan las mismas obligaciones positivas para los Estados de uno y de otro?

Como ya hemos indicado, la relación que mantienen los pueblos indígenas con la tierra es, de acuerdo con la Corte, esencialmente distinta a las demás. Acudiendo de nuevo a la sentencia del caso Yakye Axa, la Corte afirma al referirse a la colisión entre derechos de propiedad privada y comunal:

“los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida (...). Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando a otros derechos básicos como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros (...). Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera

⁴⁵ Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 6 de febrero de 2020, párr. 136 y ss.

⁴⁶ Si bien el tema central sobre el que se pronuncia tiene que ver con la falta de competencia de la Corte para conocer acerca de las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Protocolo de San Salvador.

⁴⁷ Voto parcialmente disidente del juez Humberto Sierra Porto en la sentencia del Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina, 6 de febrero de 2020, párr. 13.

⁴⁸ *Ibid.*, párr. 14.

ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales (...)”⁴⁹.

Atendiendo ahora al instrumento que se refiere a los derechos de los campesinos, y que es mencionado por la Corte Interamericana en su sentencia, la UNDROP, es cierto que reconoce el derecho a la tierra de los campesinos y otras personas que viven en zonas rurales⁵⁰ y lo configura como un derecho de titularidad individual o colectiva. No se indica que se reconozca un derecho a la propiedad de la tierra, sino que se refiere al “derecho a la tierra” y, lo concreta como “un derecho a acceder a la tierra, las masas de agua, las aguas costeras, las pesquerías, los pastos y los bosques, así como a utilizarlos y gestionarlos de manera sostenible para alcanzar un nivel de vida adecuado, tener un lugar en el que vivir con seguridad, paz y dignidad y desarrollar su cultura”. En el texto se prevé que los Estados adoptarán “medidas apropiadas para proceder al reconocimiento jurídico de los derechos de tenencia de la tierra, incluidos los derechos consuetudinarios de tenencia de la tierra” de los campesinos y “protegerán la tenencia legítima”, velando por que “no sean desalojados de forma arbitraria o ilegal”⁵¹. Resulta evidente que la UNDROP no concibe el derecho de los campesinos como un derecho de propiedad y, por tanto, tampoco obliga a los Estados a emitir títulos de propiedad⁵². Se limita a reconocer y proteger los derechos de tenencia legítima de las tierras que trabajan para su sustento, mientras que el derecho de los pueblos indígenas que reconoce la Corte es un derecho de titularidad colectiva, a la propiedad comunal, que reconoce la propiedad de las tierras a las comunidades indígenas y, de ese reconocimiento, se deriva la obligación estatal de demarcar, delimitar y titular y de proteger la posesión efectiva de ese territorio. Si bien los dos derechos tienen un contenido diferente, no resulta fácil determinar el contenido del derecho a la tenencia de las tierras, a pesar de la creciente literatura que se refiere a ellos; parece incluir los derechos de uso y acceso a la tierra que no han sido formalmente documentados o reconocidos⁵³. De forma más habitual se habla del derecho a la tierra, como concepto que engloba

⁴⁹ Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 146-149.

⁵⁰ Debemos tener en cuenta que, de acuerdo con el artículo 1 de la Declaración, su contenido se aplica también a los pueblos indígenas, entre otros, como toda persona que se dedique a la producción agrícola en pequeña escala para subsistir o comerciar y que tenga un vínculo especial de dependencia y apego a la tierra.

⁵¹ Asamblea General de Naciones Unidas: A/RES/73/165 “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales”, 17 de diciembre de 2018, artículo 17.

⁵² De hecho, el Comité DESC llega a indicar que algunos intentos de formalizar los derechos consuetudinarios de tenencia de la tierra, a través de los títulos, pueden acabar excluyendo a los campesinos y otros trabajadores rurales del acceso a los recursos de los que dependen, afectando a su derecho a la alimentación y al agua, entre otros, cfr. Committee on Economic, Social and Cultural Rights: E/C.12/GC/26 “General comment No.26 (2022) on Land and Economic, Social and Cultural Rights”, 26 September 2022, párr. 19.

⁵³ GRANET, Valentine “The Human Right to Land: A Peasant Struggle in the Human Rights System”, *Human Rights Law Review*, vol. 24, 2024, p. 4.

relaciones con la tierra diferentes, y trasciende el mero valor material o productivo de esta y no la concibe únicamente como un bien, un activo, sino bajo “un espectro holístico capaz de integrar también su valor social y cultural”⁵⁴.

Al incluir en el concepto de tierra otras nociones de carácter inmaterial podrían confundirse unos derechos con otros, pero es entonces cuando hay que resaltar que los derechos que ostentan las comunidades indígenas son distintos, en tanto que son una consecuencia del reconocimiento de su propiedad de la tierra y sus recursos. “Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización”, dice el artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

A la vista del distinto contenido, el posible conflicto entre ellos no parece insalvable. Incluso en el propio texto de la UNDROP, en el apartado 3 de su segundo artículo, se refiere ya a la coincidencia de estos dos derechos en el contexto de reclamación de tierras:

“Sin perjuicio de la legislación concreta sobre los pueblos indígenas, antes de aprobar leyes y políticas, acuerdos internacionales y otros procesos de adopción de decisiones que puedan afectar a los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales, los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales, por conducto de sus instituciones representativas, dialogando con quienes puedan verse afectados por las decisiones, antes de que estas sean adoptadas, y obteniendo su apoyo y tomando en consideración sus contribuciones (...)”⁵⁵.

La configuración de un mecanismo de toma de decisiones en el que se consulte a los campesinos no es, en ningún caso, equiparable al derecho al consentimiento previo, libre e informado, del que son titulares los pueblos indígenas en relación con sus tierras⁵⁶. Esta obligación adicional de los Estados, presente en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁵⁷, es confirmada por la Corte Interamericana: “(...) cuando se trate de

⁵⁴ Del Valle Calzada explica cómo esta visión surge a raíz de los debates en torno al reconocimiento del derecho a la propiedad privada como un derecho humano, cfr: DEL VALLE CALZADA, Estrella, “La reivindicación del derecho a la tierra frente a la indefensión de las comunidades rurales. Análisis de las recientes aportaciones desde el sistema de las Naciones Unidas”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 39, 2023, p. 544.

⁵⁵ Asamblea General de Naciones Unidas: A/RES/73/165 “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales”, 17 de diciembre de 2018, artículo 1.3.

⁵⁶ United Nations General Assembly: A/RES/61/295, “Declaration on the Rights of Indigenous Peoples”, 13 September 2007.

⁵⁷ En el artículo 32, apartado 2, se recoge: “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”. De acuerdo con la Corte, cuando los planes de desarrollo de que se trate, “puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad” de los pueblos indígenas, debe considerarse necesario su consentimiento libre, previo e informado⁵⁸.

Si bien los Estados deben contar con el consentimiento de los pueblos indígenas con respecto a los planes que afecten a las tierras que trabajan o habitan, su obligación para con los campesinos se limita a la consulta. Es precisamente la especial relación que mantienen los pueblos indígenas con las tierras la que convierte la territorialidad indígena en un bien jurídico especial, digno de una protección jurídica cualificada⁵⁹, y la que ha llevado a la Corte Interamericana a afirmar que los Estados tienen obligación no sólo de consultar, sino de obtener además su consentimiento libre, informado y previo —de acuerdo con sus costumbres y tradiciones— cuando los planes de desarrollo o inversión tuvieran un mayor impacto dentro de su territorio.

Esa es la conclusión a la que llega el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su Comentario General sobre la Tierra y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁰, cuando analiza la obligación estatal de hacer partícipes a todas las partes involucradas en el proceso de toma de decisiones sobre la tierra. En primer lugar, se refiere a la obligación de proporcionar información suficiente y transparente para asegurar la participación y la consulta en relación con las decisiones acerca del registro de la tierra, su administración y transferencia, así como con carácter previo a las expropiaciones. A continuación, hace referencia a unas obligaciones más específicas que rigen para los Estados en relación con los pueblos indígenas: el estándar jurídico internacional para los pueblos indígenas es el del consentimiento libre, previo e informado, que implica un proceso de diálogo y negociación en el que el objetivo es buscar el consentimiento. Y añade que los pueblos indígenas no sólo deben involucrarse en los procesos de toma de decisiones, sino que deben poder influir de forma activa en su resultado⁶¹. Resulta claro que en las decisiones acerca de la tierra que afecten a pueblos indígenas debe contarse con su consentimiento, mientras que cuando los afectados sean otras comunidades —incluidas aquellas que mantienen una relación estrecha con la tierra a diferentes niveles, como los campesinos— el deber que pesa sobre los Estados es el de consultarles.

⁵⁸ Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007, párr. 137.

⁵⁹ MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, *Los derechos de los pueblos indígenas. Luchas por la descolonización*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, p. 174.

⁶⁰ Committee on Economic, Social and Cultural Rights: E/C.12/GC/26 “General comment No.26 (2022) on Land and Economic, Social and Cultural Rights”, 26 September 2022, párr. 19.

⁶¹ *Ibid.*, párr. 20 y 21.

Siendo que los pueblos indígenas deben consentir las decisiones que tengan que ver con sus tierras ancestrales, las disputas acerca de esas tierras que enfrentaran sus intereses con los de los campesinos y trabajadores rurales, se resolverían a favor de los indígenas. En todo caso, el Comité DESC en su Comentario General indica que los Estados deben proporcionar mecanismos adecuados para el arreglo de las controversias que surjan entre pueblos indígenas y campesinos, tratando de satisfacer el derecho a la tierra de los distintos grupos. En esta línea se había pronunciado también la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como hemos indicado al inicio de este epígrafe, en su sentencia del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*⁶².

3. LA OBLIGACIÓN ESTATAL DE DEMARCAR, DELIMITAR Y TITULAR LA PROPIEDAD COMUNAL INDÍGENA Y LOS CRITERIOS PARA CUMPLIRLA

La determinación de la posesión de la tierra desempeña un papel esencial en el cumplimiento de la que, según la doctrina de la Corte Interamericana, constituye una obligación estatal: demarcar, delimitar y titular las tierras ancestrales. En la primera sentencia en la que reconocía el derecho de las comunidades indígenas a la propiedad de sus tierras ancestrales, ya afirmó la obligación estatal de tomar las medidas necesarias para delimitar, demarcar y titular la propiedad de los indígenas de acuerdo con sus costumbres⁶³. Es precisamente el incumplimiento del deber de disponer de un sistema para la demarcación y delimitación de las tierras, lo que constituye la vulneración del derecho a la propiedad comunal por parte del Estado de Nicaragua en esa sentencia pionera⁶⁴.

Más adelante ha añadido que “el reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad”⁶⁵. La Corte ha explicado que la delimitación del territorio sobre el cual existe el derecho de propiedad evita la incertidumbre de los miembros de la comunidad indígena acerca de la extensión geográfica de su derecho de propiedad comunal y, en consecuencia, qué bienes pueden usar libremente⁶⁶. La obligación estatal

⁶² Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) c. Argentina, Sentencia de 6 de febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones y Costas).

⁶³ “(...) el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta”, cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, párr. 138.

⁶⁴ Además de haber otorgado una concesión a un tercero para la explotación de bienes y recursos en un área de esos terrenos.

⁶⁵ Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, párr. 143.

⁶⁶ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, párr. 153.

de titular las tierras ancestrales parte de la necesidad de dotar a las comunidades indígenas de las herramientas necesarias para defender su derecho a la propiedad frente a terceros que reclamen esas tierras. Los títulos de propiedad de las tierras ancestrales proporcionan, además, más derechos a sus titulares que otros títulos de propiedad, en tanto que el derecho a la propiedad comunal tiene un contenido diferente del derecho a la propiedad privada.

Así, más allá de reconocer el derecho a la propiedad comunal de las comunidades indígenas, el Estado debe disponer de un procedimiento específico que materialice ese derecho. Si bien esta es una obligación que compete al Estado, y no a la Corte, es la Corte quien puede evaluar si la acción u omisión del Estado ha vulnerado derechos reconocidos en la Convención⁶⁷. En este sentido, la Corte se ha pronunciado acerca de cómo deben llevarse a cabo las obligaciones tendentes a hacer efectivo ese derecho, que comienzan por identificar el territorio tradicional de la comunidad o pueblo en cuestión. Dado que habitualmente los pueblos indígenas carecen de títulos sobre la tierra, son quienes deben proporcionar pruebas que, habitualmente, se refieren a la conexión tradicional que mantienen con la tierra que reclaman⁶⁸. Para ello, tanto la Corte como la Comisión Interamericana se han fijado en las pruebas de la ocupación histórica y del uso de las tierras y recursos que hacen los miembros de la comunidad, del desarrollo de los modos de subsistencia tradicional, rituales y prácticas sanadoras, de los nombres otorgados a la zona en la lengua de la comunidad y de los estudios técnicos y la documentación disponible, así como en las pruebas de la adecuación del territorio reclamado para el desarrollo de la comunidad⁶⁹. En tanto que la Corte ha admitido que el derecho de propiedad comunal no requiere necesariamente de la posesión, en los casos en los que la especial relación con la tierra ancestral se mantenga por otras vías, serán estas las que tengan que probarse.

3.1. La prueba del uso y la posesión en el proceso de delimitación, demarcación y titulación de las tierras reclamadas

La jurisprudencia de la Corte proporciona los criterios en torno a los cuales debe llevarse a cabo este proceso de demarcación y delimitación, que no están al arbitrio del Estado o de la autoridad en quien delegue. En otras palabras, realizar el procedimiento de demarcación, delimitación y titulación

⁶⁷ Véase, por ejemplo, Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005, párr. 215.

⁶⁸ Esto no solo es habitual en el sistema interamericano, ante la Comisión y la Corte, sino que los tribunales en Canadá y Australia han insistido de forma particular en la necesidad de que los demandantes aborígenes prueben su ocupación tradicional y continua, cfr. GILBERT, Jérémie, BEGBIE-CLENCH, Ben, "Mapping for Rights: Indigenous Peoples, Litigation and Legal Empowerment", *Erasmus Law Review*, 2018, vol. 11, núm.1, p. 6.

⁶⁹ Inter-American Commission on Human Rights: OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, "Indigenous and tribal peoples' rights over their ancestral lands and natural resources, Norms and Jurisprudence of the Inter-American Human Rights System", 30 December 2009, párr. 79.

sin tener en cuenta estos criterios implicaría la vulneración del derecho a la propiedad comunal. El primer criterio que debe seguir el Estado es el de demarcar, delimitar y titular el territorio que la comunidad indígena ha usado y ocupado tradicionalmente. En los asuntos que ha conocido la Corte, procedentes de reclamaciones de comunidades indígenas, los jueces han evaluado las pruebas del uso y ocupación tradicional del territorio reclamado por parte de la comunidad que reclama el título de propiedad.

De forma general, la prueba del uso y posesión por parte de los pueblos indígenas se puede llevar a cabo mediante la presentación de contribuciones de académicos y expertos cualificados, testimonios orales y documentación producida por las comunidades indígenas en cuestión⁷⁰. Además, partimos de que la Corte Interamericana mantiene una aproximación muy flexible con respecto a la admisión y valoración de las pruebas, siendo ella misma la que, en sus sentencias, ha afirmado que huye del formalismo en la valoración de la prueba y se basa en el criterio de la sana crítica⁷¹.

En el primer asunto en el que la Corte reconoce este derecho a la propiedad comunal indígena, si bien el Estado y la comunidad difieren en cuanto a la extensión del área reclamada por la comunidad indígena⁷², lo que se lleva ante la Corte es el incumplimiento por parte del Estado de Nicaragua de su obligación de delimitar, demarcar y titular la propiedad comunal y la vulneración de los derechos de los indígenas sobre su propiedad, otorgando concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos “en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes”⁷³.

Por tanto, la Corte necesita comprobar los hechos que dan lugar a la obligación estatal de titular las tierras ancestrales —derivada del reconocimiento del derecho a la propiedad comunal, cuya existencia es independiente del título de propiedad, pues se apoya en la mera posesión. Estos hechos son: la existencia de esa comunidad indígena, asentada en una región determinada, que subsiste gracias a actividades agrícolas, caza y pesca, que “desarrollan en un espacio territorial de acuerdo con un esquema de organización colectiva tradicional”⁷⁴, la inexistencia de un título de propiedad de las tierras recla-

⁷⁰ ANAYA, S. James, WILLIAMS, Robert A., “The Protection of Indigenous Peoples’ Rights over Lands and Natural Resources Under the Inter-American Human Rights System”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 14, 2001, p. 47.

⁷¹ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas, de 31 de agosto de 2001, párr. 89.

⁷² No se discutía el reconocimiento de los pueblos indígenas a la propiedad comunal que, además, consta como derecho reconocido en la Constitución Política de Nicaragua, pero el Estado no había regulado el procedimiento específico para materializar ese reconocimiento.

⁷³ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, párr. 153.

⁷⁴ *Ibid.*, párr. 103.

madras y la concesión otorgada por el Estado a una empresa para el manejo y aprovechamiento forestal, entre otros.

En su fallo, la Corte considera probada la posesión de la tierra y la perturbación de este derecho por parte del Estado. Avalan estos hechos los numerosos medios de prueba aportados por la Comisión Interamericana y por el Estado de Nicaragua y aceptados por la Corte. Entre los medios de prueba documentales aceptados encontramos estudios y dictámenes etnográficos, diversos mapas con la delimitación del territorio ocupado por la comunidad y varios documentos aportados por un testigo, entre los que se encontraba un dictamen etnográfico, una copia certificada por notario de la inscripción del Registro Público de la Propiedad Inmueble de los títulos de propiedad de varios terrenos de las comunidades indígenas⁷⁵.

3.2. Las pruebas de otras relaciones con la tierra que se equiparan a la posesión

Como antes hemos mencionado, en el primer asunto en el que se afirma el derecho a la propiedad comunal indígena, la Corte indicó que, teniendo en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas, la posesión debía ser equiparada a la propiedad de esas tierras. Pero ha ido más allá y ha afirmado que no es indispensable mantener la posesión del territorio inalterada para poder reclamar un derecho a la propiedad comunal sobre él, pues el derecho de propiedad sobre estas —aun a falta de título legal— se mantiene cuando la desposesión haya sido involuntaria. En consecuencia, aun cuando las tierras se hayan transmitido legítimamente a terceros de buena fe, los pueblos indígenas tienen el derecho de recuperarlas u obtener, en su lugar, otras tierras de igual extensión y calidad.

Lo afirmó en su sentencia del caso Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay⁷⁶, en el que el derecho a la propiedad comunal de la Comunidad Yakye Axa estaba reconocido en la normativa interna, pero se discutía la realización efectiva del mismo. Concretamente, la disputa surgía por la extensión de la propiedad a delimitar; la comunidad exigía que se le reconociera su derecho a la propiedad sobre 18.000 hectáreas de una zona determinada, mientras que el Estado no accedía a delimitar y titular ese territorio por la colisión con el derecho de los propietarios actuales. Uno de los lugares en los que tradicionalmente se habían asentado los miembros de esta comunidad indígena, la Estancia Loma Verde, fue abandonada por ellos, a principios del

⁷⁵ Si bien rechazó como prueba documental, propiamente dicha, unos recortes de periódicos aportados por la Comisión, por considerar que sólo pueden ser apreciados si recogen hechos públicos o notorios, declaraciones de altos agentes del Estado o corroboren lo establecido en otros documentos o testimonios, *Ibid*, párr. 64 y párrs. 93-95.

⁷⁶ Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 17 de junio de 2005.

siglo XX, debido a las pésimas condiciones de vida en las que se encontraban y los abusos de los que los miembros de la comunidad eran objeto. A pesar del traslado, sus condiciones no mejoraron y, en 1993, quisieron volver a las tierras que venían ocupando y solicitaron la legalización de su relación con un territorio de alrededor de 15.000 hectáreas, a través del canal establecido por el Estado de Paraguay. En el curso del procedimiento se identificó a los propietarios de inmuebles en ese territorio quienes rechazaron la opción de poner a la venta los inmuebles afectados por la reclamación de territorio de la comunidad indígena. Ante esta negativa, la comunidad solicitó al Estado de Paraguay la expropiación de esas tierras para serles restituidas. Además, algunos miembros de la Comunidad decidieron asentarse en la linde del territorio reclamado, a pesar de no contar con los servicios más básicos.

Ante la Corte Interamericana, el Estado de Paraguay argumentó que el derecho a la tierra ancestral debe ir acompañado de la posesión del bien reivindicado y que su sola voluntad no basta para desposeer a quienes tienen la propiedad de los inmuebles de acuerdo con la legislación interna. Frente a esta colisión a la que alude Paraguay, la Corte coincide con el Estado en que ambos derechos —a la propiedad comunal y a la propiedad privada— gozan de la protección convencional del artículo 21, pero advierte a los Estados que:

“Los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como condición necesaria para reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida (...). Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”⁷⁷.

En todo caso, la Corte advierte de que esto no implica que siempre vaya a prevalecer el derecho a la propiedad comunal sobre el derecho a la propiedad privada, pues si el Estado se ve imposibilitado a devolver el territorio ancestral a las poblaciones indígenas podrá compensarles mediante la entrega de tierras alternativas y/o el pago de una justa indemnización, teniendo en cuenta el especial significado que para ellas tiene su tierra. Pero, en todo caso, debe hacerse a través de un acuerdo del Estado con los miembros de la Comunidad⁷⁸. En el caso en cuestión, fue precisamente la omisión del deber de consulta previa al ofrecimiento de las tierras alternativas a la Comunidad, lo que constituyó la vulneración del derecho a la propiedad del artículo 21 de la Convención en perjuicio de los miembros de la Comunidad Yakye Axa⁷⁹.

⁷⁷ *Ibid*, párrs. 146 y ss.

⁷⁸ *Ibid*, párr. 149.

⁷⁹ Por esta razón, la Corte no sólo ordena al Estado que cumpla con su obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras de la comunidad o de entregarles gratuitamente tierras alternativas que sean válidas para el desarrollo de su forma de vida —para lo cual deben contar con el parecer de la comunidad indígena— sino que, además, deberá modificar su ordenamiento a fin de incorporar un me-

De nuevo en este asunto, la Corte evalúa el cumplimiento por parte del Estado de las obligaciones estatales que se desprenden del derecho a la propiedad comunal y, para ello, evalúa las pruebas del carácter ancestral del territorio reclamado:

“Las víctimas del presente caso poseen hasta hoy conciencia de una historia exclusiva común; son la expresión sedentarizada de una de las bandas del pueblo indígena de los Chanawatsan, de la familia lingüística de los Lengua-Maskoy, que tenían un modo de ocupación tradicional de cazadores-recolectores. La posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía. Dentro del proceso de sedentarización, la Comunidad Yakye Axa adoptó una identidad propia relacionada con un espacio geográfico determinado física y culturalmente, que corresponde a una parte específica de lo que fue el vasto territorio Chanawatsan”⁸⁰.

La Corte reitera así que la comunidad indígena tiene derecho a reclamar sus tierras ancestrales y que el Estado no ha satisfecho ese derecho, por el incumplimiento de sus obligaciones positivas.

Otro de los casos en los que la Corte aprecia la propiedad de la comunidad indígena sobre tierras que no estaba poseyendo en el momento de la reclamación, es el de la Comunidad Sawhoyamaxa c. Paraguay. A pesar de que la comunidad indígena había perdido la posesión de las tierras ancestrales⁸¹, las seguían considerando propias y continuaban realizando sus actividades tradicionales en ellas. A través de los testimonios confirmaron que los asentamientos en los que se encontraba la comunidad en el momento de la reclamación no eran aptos para el cultivo, ni para la práctica de sus actividades tradicionales y, de hecho, se corroboró que, para obtener alimento, los miembros de la Comunidad acudían a las tierras reclamadas⁸². Estos son los hechos probados que necesita la Corte para afirmar que el derecho a recuperar sus tierras perdidas persiste⁸³, pues:

“La relación con la tierra se manifiesta *inter alia* en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se ha visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o

canismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales que tenga en cuenta el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de los pueblos indígenas, *Ibid*, párr. 225.

⁸⁰ *Ibid*, párr. 216.

⁸¹ A través de un proceso de ocupación no indígena del Chaco boreal iniciado a finales del siglo XIX e incrementada tras la guerra del Chaco entre Bolivia y Paraguay y del fraccionamiento progresivo de las tierras y su transmisión a manos privadas, cfr. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, párr. 73. 4.

⁸² *Ibid*, párr. 73.70.

⁸³ *Ibid*, párr. 133.

amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan”⁸⁴.

En el caso de la Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay⁸⁵ se afirma gracias a las declaraciones de peritos y testigos, el carácter originalmente nómada de los pueblos a los que pertenece la Comunidad y su desplazamiento con base en un patrón, en torno a “aldeas, zonas de caza, pesca, lugares de entierro, fuentes de plantas medicinales y puntos relevantes de su historia”⁸⁶. Con todo ello, debe averiguarse si las tierras reclamadas son idóneas para el desarrollo de la Comunidad, extremo que considera avalado gracias a un estudio antropológico, los peritajes y testimonios⁸⁷. Una vez determinado su carácter de tierras tradicionales, sólo queda identificar que sigue vigente el derecho de esa comunidad a reclamar sus tierras ancestrales. Para ello, debe verse satisfecha la prueba de la existencia del vínculo entre la comunidad y las tierras tradicionales, y así ocurre en este caso en tanto que los miembros de la Comunidad habían desarrollado allí sus actividades tradicionales, hasta hace poco tiempo, cuando tuvieron que dejar de hacerlo en contra de su voluntad⁸⁸.

3.3. La prueba de la extensión de las tierras ancestrales reclamadas

En las sentencias referidas hasta ahora, la Corte no ha entrado a dirimir cuál es la extensión específica de las tierras ancestrales, se había limitado a pronunciarse sobre el carácter ancestral de estas —ya fuera por su posesión por parte de las comunidades indígenas o por los vínculos con estas, en caso de desposesión. Sin embargo, en uno de los pronunciamientos más recientes respecto a los derechos de los pueblos indígenas, sí se ha referido a la extensión de las tierras reclamadas. Se trata de la sentencia emitida en agosto de 2023, y es, además, la primera sentencia en la que no reconoce el derecho a la propiedad ancestral de las comunidades indígenas en toda la extensión por estas reclamada. Es la sentencia que resuelve el caso, ya mencionado, Comunidad Garífuna de San Juan contra Honduras, en el que la Corte parte de la afirmación de que la posesión tradicional implica el derecho a exigir el reconocimiento oficial de la propiedad sobre las tierras, si bien “esto no significa que siempre deba prevalecer la propiedad comunitaria indígena sobre la particular (...)”⁸⁹ y, por eso, cada caso debe ser valorado en particular.

⁸⁴ *Ibid.*, párr. 132.

⁸⁵ Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de agosto de 2010.

⁸⁶ *Ibid.*, párr. 95.

⁸⁷ *Ibid.*, párrs. 103 y ss.

⁸⁸ *Ibid.*, párrs. 114-116. Concretamente, las pruebas se refieren a los asentamientos de empresarios y ganaderos, cuya actividad económica sobre esas tierras dificultaba la subsistencia tradicional de la comunidad y propició su sedentarización, *cfr.* párr. 62.

⁸⁹ Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros c. Honduras, Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de agosto de 2023, párr. 205.

En este caso hay varias razones que, a juicio de la Corte, bastan para concluir que no debe ordenar al Estado de Honduras la titulación de la totalidad de las tierras reclamadas por la comunidad indígena. Concretamente, se trata del elevado número de habitantes no indígenas que ocupan ahora el territorio, cuyo desplazamiento y la posterior convivencia entre distintas comunidades podría acarrear dificultades, pues hay lotes de terreno que fueron legítimamente transferidos a terceros y no es posible determinar con exactitud quiénes de los habitantes tienen títulos legítimos de propiedad y “se carece de información clara, precisa y consistente sobre la extensión real del territorio ancestral”⁹⁰.

La Corte no considera probado el carácter ancestral de una parte de las tierras reclamadas por la comunidad garífuna a través de un mapa que cuenta con unos puntos de referencia distintos a los que figuraban en la reclamación originalmente cursada ante la institución administrativa competente. En la sentencia se indica que ese mapa “no resulta consistente con el resto del acervo probatorio que apunta de forma clara y reiterada a los puntos de referencia que fueron reconocidos por el Estado”⁹¹ y que la extensión reclamada sólo figura en una referencia cartográfica sobre la concesión de ejidos con carácter previo a la fundación de la Comunidad Garífuna de San Juan⁹². A pesar de que la extensión de territorio reclamada por la Comunidad es muy superior a la reconocida por el Estado (1.770 hectáreas reclamadas frente a 674,69 reconocidas), una y otra postura sólo difieren en un punto de referencia y los esgrimidos por el Estado son los mismos que los indicados en solicitudes de titulación anteriormente presentadas por la comunidad. En definitiva, este asunto pone de relieve que la Corte solo reconoce el derecho a las tierras ancestrales en la extensión de territorio que considera probado el carácter de tierra ancestral. En todo caso, la Corte indicó que el Estado de Honduras sí había incumplido sus obligaciones convencionales pues no había titulado la extensión de tierra que tanto Honduras como la comunidad, consideraban propiedad garífuna. Fue, además, la falta de título de propiedad sobre parte del territorio lo que impidió usar y disfrutar del mismo y derivó en la venta a terceros, con la consecuente “superposición de títulos de propiedad”⁹³.

4. EL DERECHO (¿INALIENABLE?) A DISFRUTAR DE LA POSESIÓN DE LAS TIERRAS ANCESTRALES

4.1. El deber del Estado de proteger la posesión de los pueblos indígenas de sus tierras ancestrales

Como se ha indicado anteriormente, la Corte ha afirmado que el derecho de reclamación de las tierras ancestrales se mantiene vigente en tanto que se

⁹⁰ *Ibid*, párr. 206.

⁹¹ *Ibid*, párr. 107.

⁹² *Ibid*, párrs. 44 y ss.

⁹³ *Ibid*, párr. 116.

mantenga la relación única de la comunidad con ellas y con él, el deber del Estado de atender esas reclamaciones y proceder a la demarcación, delimitación y titulación de las tierras ancestrales. Ahora bien, con independencia del derecho a reclamar la propiedad comunal y solicitar su delimitación, demarcación y titulación existen otras obligaciones positivas del Estado derivadas del derecho a la propiedad ancestral. De hecho, la mayoría de los asuntos en los que se ha discutido acerca del derecho a la propiedad comunal indígena, se han originado por alteraciones del disfrute efectivo de las tierras. Esta proporción también se mantiene en lo que respecta a los asuntos pendientes de resolver por la Corte sobre el derecho de los pueblos indígenas a la tierra⁹⁴. A la vista de la jurisprudencia al respecto, es claro que los Estados están obligados a proteger el derecho al uso y goce permanente de su territorio ancestral, frente a cualquier acción encaminada a amenazarlo o usurarlo⁹⁵.

Tal derecho de protección supone que los Estados deben adoptar las medidas necesarias para solucionar los posibles conflictos jurídicos sobre el dominio de las tierras indígenas de forma rápida y eficaz. No cabe limitar el derecho de las comunidades indígenas a reclamar sus tierras tradicionales por el hecho de que estas se encuentren explotadas y estén siendo productivas, pues es responsabilidad del Estado tener en cuenta la especial relación de los indígenas con las tierras reclamadas, cuando tenga que dirimir entre derechos en colisión. De lo contrario, el Estado incurriría responsabilidad internacional por no permitir la realización efectiva del derecho a la propiedad de los indígenas y por no garantizar un recurso efectivo y dispensar un trato discriminatorio⁹⁶. Por esta misma razón no cabe la expropiación de las tierras ancestrales reclamadas a razón de la explotación racional que se estuviera haciendo de ella o por la posible afectación para la unidad productiva de la empresa que las explota.

Tampoco se considera cumplida la obligación estatal de proteger los derechos de propiedad comunal simplemente con disponer de procedimientos judiciales, de los cuales los pueblos indígenas pueden servirse para presentar

⁹⁴ Uno de los casos pendientes gira en torno a la determinación de la propiedad indígena —el caso de los Pueblos indígenas Tagaeri y Taromenane c. Ecuador— y tres sobre posibles vulneraciones del derecho a la propiedad de las comunidades indígenas —el caso Comunidad de Salango c. Ecuador, Pueblos Rama, Kriol, Monkey Points, Bluefield c. Nicaragua y Comunidades Quilombolas de Alcántara c. Brasil. Recientemente la Corte ha emitido sentencia sobre el caso Pueblos U'wa c. Colombia en la que determina que la falta de eficacia del Estado “en resolver la clarificación de los títulos coloniales ha perpetuado un estado de indeterminación jurídica para el Pueblo U'wa respecto de la titularidad de su territorio ancestral”. Además, se han llevado a cabo proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en esos territorios sin salvaguardar la participación de ese pueblo. Todo ello implica la vulneración de su derecho a la propiedad colectiva, cfr. Caso Pueblos U'wa c. Colombia, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de 4 de julio de 2024, párr. 136.

⁹⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: OEA/Ser.L/V/II “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de Derechos Humanos”, 30 de diciembre de 2009, p. 38.

⁹⁶ Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de agosto de 2010, párr. 149.

sus pretensiones. En el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam —en el que la comunidad reclama la propiedad de sus tierras ancestrales, alterada por las concesiones del Estado para la exploración y extracción de recursos naturales de ese territorio— la Corte advierte que “la mera posibilidad de reconocimiento de derechos a través de cierto proceso judicial no es un sustituto para el reconocimiento real”⁹⁷ de los derechos de la Convención Americana. Es necesario contar con un reconocimiento legal de los mismos —además de, por supuesto, respetarlos y hacerlos efectivos.

4.2. ¿Se pueden extinguir o transmitir los derechos de los pueblos sobre las tierras ancestrales?

Si bien la Corte Interamericana ha encontrado en la interpretación evolutiva del artículo 21 de la Convención Americana, la vía de protección de los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras ancestrales no ha afirmado que estos ostenten la propiedad privada de esas tierras. Al tratar de profundizar en el contenido del derecho a la propiedad comunal es natural preguntarse por las diferencias y semejanzas entre ambos. Ya hemos hecho referencia a la titularidad de uno y de otro —el derecho de propiedad privada de titularidad individual y el derecho a la propiedad de la tierra de titularidad colectiva⁹⁸— así como a las diferentes obligaciones positivas que genera para el Estado. Pero ¿son ambos derechos transmisibles? La nota característica del derecho a la propiedad privada es precisamente la facultad del titular de transmitir aquello de lo que es propietario; es, de hecho, el único que puede hacerlo. ¿Pueden, de la misma forma, los pueblos indígenas transmitir la propiedad de sus tierras ancestrales?

En el análisis ha quedado claro que el derecho de las comunidades indígenas a la reclamación de las tierras ancestrales de las que han sido desposeídas pervive mientras lo haga la relación especial del pueblo con las tierras reclamadas⁹⁹, hasta que los impedimentos para mantener esa relación desaparezcan¹⁰⁰. Esta doctrina está cimentada en la, ya reiterada, relación especial

⁹⁷ Caso del Pueblo Saramaka c. Surinam, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007, párr. 105.

⁹⁸ De hecho, la propia Corte señala que la elección de la fórmula “uso y goce de sus bienes”, en lugar del derecho a la propiedad privada, manifiesta la inclusión de la propiedad colectiva, cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 145.

⁹⁹ FERRERO HERNÁNDEZ, Ricardo, “Protección de la propiedad comunal indígena por la Corte Interamericana”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, vol. 63, julio de 2016, p. 77.

¹⁰⁰ Dice expresamente la Corte: “El segundo punto de análisis se refiere a si el derecho de recuperación de tierras tradicionales permanece indefinidamente en el tiempo. Para dilucidar este asunto, la Corte toma en cuenta que la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá. Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional

entre los integrantes de la comunidad y las tierras que, en algunos casos, se mantiene a través de formas distintas a la posesión¹⁰¹, y se refiere al derecho a la reclamación de las tierras ancestrales de las que ha sido desposeído. Pero, en el caso de que las comunidades indígenas se encuentren en posesión de sus tierras ancestrales, ¿pueden disponer de ellas incluso transmitiendo la propiedad a terceros?

Una interpretación posible es que sea esa relación especial entre las tierras y el pueblo indígena la que no permita integrar, como parte del derecho de propiedad comunal, la capacidad de transmisión de la propiedad privada. Esto tendría sentido si mantenemos presente el razonamiento de que su relación con la tierra es diferente a la de otros propietarios y eso es lo que permite su reclamación, incluso frente a terceros que han adquirido legítimamente la propiedad de esas tierras. Sin embargo, no se corresponde con el derecho de autodeterminación que ostentan estos pueblos, que es otro de los pilares del reconocimiento de los pueblos indígenas en el derecho internacional. Así, el artículo 3 de la UNDRIP se afirma el derecho de autodeterminación de los pueblos indígenas, en virtud del cual, pueden lograr libremente su desarrollo económico, social y cultural; y el artículo 4, se especifica en virtud del derecho de autodeterminación, los pueblos indígenas tienen derecho a organizar sus asuntos internos y sus medios de financiación de forma autónoma. De acuerdo con A. Martínez de Bringas, la autonomía indígena es un derecho colectivo que incluye:

“Control político y jurisdiccional de la territorialidad; autonomía de uso y explotación; control social y espiritual del territorio y sus recursos; libertad interna para una distribución de derechos intra-territorial; control económico del territorio; seguridad jurídica en el territorio”¹⁰².

Por supuesto, la extinción de los derechos sobre las tierras ancestrales de forma unilateral colisiona con el derecho a participar de todas las decisiones que afecten a esas tierras, de forma previa, libre e informada¹⁰³; pero la duda reside, precisamente, en si cabe transmitir o renunciar a los derechos que los pueblos indígenas tienen sobre sus tierras, en el caso de que acepten hacerlo (de acuerdo con sus costumbres).

o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura”, cfr. Caso de la Comunidad Indígena Sawhoymaxa c. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de marzo de 2006, párrs. 131 y 132.

¹⁰¹ Como ha sostenido la Corte en varias ocasiones, por todas: “la Corte observa que la relación de los miembros de la Comunidad con su territorio tradicional se manifiesta, inter alia, en el desarrollo de sus actividades tradicionales dentro de dichas tierras”, a pesar del carácter nómada de la Comunidad y de que se habían visto impedidos, por razones ajenas a su voluntad, de realizar esas actividades tradicionales en las tierras reclamadas desde hacía unos años, cfr. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de agosto de 2010, párrs. 114-116.

¹⁰² MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier, *Los derechos de los pueblos indígenas. Luchas por la descolonización*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2024, p. 170.

¹⁰³ Ver al respecto: GILBERT, Jérémie, “Historical indigenous peoples’ land claims: a comparative and International approach to the common law doctrine on indigenous title”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, July 2007, p. 608.

Algunas sentencias de la Corte Interamericana se refieren a normas nacionales que, al reconocer los derechos de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales, impiden su transmisión. Es el caso de Nicaragua, donde la ley que regula el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica (donde se encuentra la comunidad Awas Tingni) especifica que “las tierras comunales son inajenables; no pueden ser donadas, vendidas, embargadas ni gravadas, y son imprescriptibles”¹⁰⁴. Por su parte, B. Clavero, en su narración acerca del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en las constituciones latinoamericanas, sitúa como punto de inflexión la Constitución mexicana de 1917, en la que se constitucionaliza la propiedad comunal, ofreciéndole garantías y declarándola inalienable, lo que “pone término a la política privatizadora, pero también priva a la comunidad del ejercicio de un grado importante de autonomía conforme al propio derecho”¹⁰⁵.

En la actualidad, los ordenamientos jurídicos nacionales de un buen número de Estados americanos impiden la enajenación de las tierras comunales. Por señalar algunos ejemplos, encontramos la caracterización de la propiedad comunal como inalienable en las normas constitucionales de Colombia¹⁰⁶ y Ecuador¹⁰⁷. En otros Estados son las normas de rango legal las que afirman el carácter inalienable de los territorios indígenas, como sucede en Bolivia¹⁰⁸. Junto con estas prohibiciones se incorporan otras disposiciones que declaran la ilegalidad de las solicitudes de inscripción catastral de operaciones o derechos sobre esas tierras y la nulidad de las inscripciones que se hicieran de estas tierras¹⁰⁹. Merece la pena destacar brevemente que en

¹⁰⁴ Se trata del artículo 36 de la Ley No.28, de 30 de octubre de 1987, que es traída a colación por la Corte cuando en una frase previa afirma que “la propiedad comunal la constituyen las tierras, aguas y bosques que han pertenecido tradicionalmente a las Comunidades de la Costa Atlántica”, cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni c. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 150.

¹⁰⁵ CLAVERO, Bartolomé, “Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas”, BERRAONDO, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Serie Derechos Humanos, vol. 14, Universidad de Deusto, Bilbao., 2006, p. 321.

¹⁰⁶ El artículo 63 de la Constitución Nacional de 1991 establece que las tierras comunales de grupos étnicos y las tierras de Resguardos son inalienables, imprescriptibles e inembargables y el artículo 239 especifica que los resguardos indígenas son de propiedad colectiva y no enajenable, cfr. BRANDAO BÁRRIOS, Luísa, “El Derecho a la tierra de los pueblos indígenas como un derecho humano”, *Criterio Libre Jurídico*, vol. 18, núm.1, 2021, p. 12.

¹⁰⁷ Artículo 57 de la Constitución de la República de Ecuador de 2008: “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...) 4, Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos (...)”.

¹⁰⁸ La Ley N° 1715 del Servicio Nacional de Reforma Agraria de 1996 indica que los pueblos indígenas son titulares de las Tierras Comunitarias de Origen (término incluido en la Constitución, en la que se garantizan los derechos de los pueblos indígenas) y que estas no pueden ser revertidas, enajenadas, gravadas, embargadas, ni adquiridas por prescripción, cfr. *Ibid*, p. 11.

¹⁰⁹ Por ejemplo, cfr. Artículo 57 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territorios ancestrales de la República de Ecuador.

otros ordenamientos en los que están reconocidos los derechos de los pueblos indígenas y, concretamente, el derecho a la propiedad comunal, se concibe la propiedad de las tierras ancestrales como inalienable. En Estados Unidos, Canadá, Nueva Zelanda y Australia, la enajenación de las tierras de los indígenas en favor de privados está muy limitado, si no totalmente prohibido¹¹⁰.

En el documento elaborado por la Comisión Interamericana en el año 2009, recogiendo las normas y jurisprudencia del sistema interamericano con respecto a las tierras ancestrales, se indica que para garantizar la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de las tierras, los Estados deben crear mecanismos especiales y destaca, como ideales, aquellos encaminados a reconocer “garantías jurídicas de indivisibilidad, imprescriptibilidad, inalienabilidad e inembargabilidad de las tierras tituladas a favor de los pueblos indígenas”¹¹¹. Lo indica a propósito de un informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Perú en el que se analiza un cambio en la Constitución Política del país por el que se elimina la inalienabilidad de las tierras comunales, en aras a proteger “la autonomía y libertad de las comunidades en el uso y libre disposición de sus tierras, lo que conjugado con otras disposiciones legales especiales al sector agrario, incluye la posibilidad del establecimiento en las tierras comunales de la prenda agrícola o de la hipoteca de tierras”¹¹². El informe señala que estas medidas favorecen la fragmentación de la tierra, que antes se mantenía en forma comunal, lo que puede poner en peligro la supervivencia de estos pueblos.

En todo caso, no parece que la Comisión quisiera obligar a los Estados a impedir la transmisión de la propiedad comunal, porque sí entiende que cabe modificar el título relativo a la propiedad y el uso de los territorios y recursos “por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena”¹¹³, siempre que tengan pleno conocimiento de los detalles y efectos de la operación. En ese caso, el Estado debe proporcionar una compensación justa y se extinguirá o reducirá el título de propiedad territorial del pueblo indígena.

La Corte Interamericana, por su parte, ha sostenido que el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas a que su territorio sea titulado tiene como objetivo “garantizar el uso y goce *permanente* de dicha tierra”¹¹⁴.

¹¹⁰ LAVOIE, Malcolm, “Why restrain alienation of indigenous lands?”, *University of British Columbia Law Review*, vol. 49, núm.3, 2016, p. 998.

¹¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: OEA/Ser.L/V/II “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de Derechos Humanos”, 30 de diciembre de 2009, p. 39.

¹¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: OEA/Ser.L/V/II.106, “Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, 2 junio 2000, Capítulo X los Derechos de las comunidades indígenas”, párr. 18.

¹¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: OEA/Ser.L/V/II “Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de Derechos Humanos”, 30 de diciembre de 2009, p. 40.

¹¹⁴ Caso Comunidad Garífuna de San Juan y sus miembros c. Honduras, Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 29 de agosto de 2023, párr. 95 (la cursiva es propia).

Pero esa garantía se entiende como una protección frente a la interrupción no deseada de la posesión, o eso cabría interpretar si pensamos en el deber de consulta y, en su caso, la obligación de obtener su consentimiento de forma previa e informada, cuando se va a afectar de alguna manera a las tierras ancestrales, como ya se ha indicado anteriormente. El hecho de que no pueda afectarse la propiedad ancestral sin consentimiento del pueblo indígena implica, a contrario, que su consentimiento avala las actividades que afectan a la posesión. Es interesante resaltar que actualmente se encuentra en conocimiento de la Corte el caso de los Pueblos Rama y Kriol, Comunidad de Monkey Point y Comunidad Negra Creole Indígena de Bluefields y sus miembros vs. Nicaragua¹¹⁵, en el que la Asamblea Territorial del Pueblo Rama y Kriol aprobó un Convenio de Consentimiento para arrendar parte del territorio de las comunidades, por tiempo indefinido, a favor de una comisión gubernamental encargada del desarrollo de un canal interoceánico que atravesaría parte de los territorios de estos pueblos. Algunos de los miembros del gobierno de estos pueblos denunciaron públicamente que habían sido presionados para firmar el convenio de arrendamiento. A la vista de los fundamentos de la demanda, es previsible que la Corte Interamericana se pronuncie sobre la necesidad de que se consulte a las comunidades indígenas con todas las garantías e introduzca comentarios acerca de los convenios de arrendamiento de las tierras ancestrales.

Lo hasta ahora expuesto, encuentra su razón de ser en que esa especial relación que las comunidades mantienen con sus tierras es la que sustenta su derecho de propiedad, el derecho a reclamar las tierras cuando su posesión se ha visto desafiada o violentada —incluso frente a terceros de buena fe—, la obligación de los Estados de demarcar, delimitar y titular esas tierras, así como el derecho a ser consultados —de acuerdo a unas determinadas garantías— ante cualquier desarrollo o proyecto que pueda afectar a las actividades que en las tierras realizan las comunidades indígenas. No tendría sentido pensar que se transmitiría, junto con el título, la relación especial que mantiene el grupo con la tierra, porque es algo inherente a su forma de vida.

A la vista de la interpretación introducida en la jurisprudencia, parece que estamos ante un derecho de propiedad singular, que la Corte Interamericana ha derivado del artículo referido al derecho a la propiedad privada, pero cuyo contenido y las obligaciones positivas que generan para los Estados son bien distintos. Así, pareciera tratarse de un derecho de propiedad que no incluye necesariamente la facultad de dominio de los bienes, pues al no haberse adquirido por transmisión —sino por la especial relación mantenida entre la tierra y los pueblos indígenas tradicionalmente— tampoco podría transmitirse.

Virtualmente, puede llegar a suponer un conflicto con el derecho de autodeterminación que ostentan los pueblos indígenas, pero no debería tener

¹¹⁵ La audiencia pública tuvo lugar en el mes de febrero de 2023.

más recorrido que la renuncia a derechos que son propios. Es decir, si las comunidades indígenas quisieran transmitir la propiedad de sus tierras, o parte de ellas, estarían renunciando a su derecho de reclamar, en el futuro, la propiedad de esas tierras, que se sustentaba en la especial relación que se mantenía con ellas.

5. CONCLUSIÓN

La equiparación de la posesión de la tierra por parte de las comunidades indígenas con la propiedad es la puerta de entrada a la doctrina de la Corte Interamericana sobre los derechos relativos a las tierras ancestrales. Esta posesión es la que, de acuerdo con la Corte, se equipara a un título de propiedad de la tierra y puede desplazar a los títulos ostentados por terceros de buena fe, aunque no siempre ha de ser así y por eso se remite a la evaluación casuística de los Estados. Sin embargo, no es únicamente la posesión de la tierra por parte de estas comunidades lo que la define como tierra ancestral y, en consecuencia, no es imprescindible mantenerla para reclamar al Estado el cumplimiento de las obligaciones positivas que se derivan del derecho a la propiedad comunal. De hecho, mientras se prueba la pervivencia de esa relación especial, los pueblos indígenas pueden reclamar la posesión de esas tierras.

La posesión es uno de los elementos en torno al que giran los procesos de delimitación, demarcación y titulación de las tierras ancestrales, pero estos pueden tener que guiarse, en su defecto, por la relación especial que mantenga la comunidad con las tierras que reclama. En este sentido, ante las solicitudes al Estado que cumpla con su obligación de delimitar, demarcar y titular las tierras, la Corte y la Comisión Interamericana han valorado pruebas de la posesión, de la ocupación histórica por parte de los pueblos indígenas (a través de mapas, dictámenes etnográficos y estudios), o de la conexión tradicional que ha existido entre los pueblos y las tierras reclamadas, es decir, pruebas de su carácter ancestral (como la realización de actividades tradicionales en esas tierras o de su cese involuntario). La aportación de pruebas en estas reclamaciones es relevante porque el estudio, caso por caso, de las reclamaciones de los pueblos indígenas no siempre implica la estimación de sus pretensiones.

La especial relación que une a los pueblos indígenas con sus tierras es la que mantiene, simbólicamente, los efectos que produce la posesión continuada de la tierra, aun cuando otros poseen ese mismo terreno, pues es una posesión distinta, con unas connotaciones singulares derivadas de la relación especial. Es por ello que no importa, a efectos de la competencia *ratione temporis* de los órganos internacionales, la fecha en la que se produjo la desposesión, sino la persistencia de los efectos que causa. Mientras los pueblos indígenas mantengan esa especial relación con las tierras ancestrales,

persiste su derecho a reclamarlas y las obligaciones positivas que se derivan para los Estados del derecho a la propiedad comunal. Es esa relación la que marca la diferencia con respecto de otros derechos sobre la tierra, como los que ostentan los campesinos, y la que explica la necesidad de contar con su consentimiento —previo, libre e informado— ante los proyectos que puedan afectar profundamente a la propiedad ancestral. Por esa misma razón, no parece consistente mantener que se pueden transmitir esos derechos singulares que se apoyan en la propiedad ancestral, protegidos más intensamente por parte del Estado que la propiedad privada, y así lo impiden algunos ordenamientos nacionales.

Aunque exista una jurisprudencia consolidada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la propiedad comunal de los pueblos indígenas, la implementación de las obligaciones estatales sigue generando reclamaciones que suscitan cuestiones nuevas y ayudan a perfilar el contenido de los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Es posible que, en los próximos pronunciamientos, la Corte indique si la enajenación de las tierras ancestrales pone en peligro los derechos de los pueblos indígenas o constituye el ejercicio de su libre determinación.

UN CASO ÚNICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL: LOS CONSULADOS GENERALES HISTÓRICOS EN JERUSALÉN

A UNIQUE CASE IN INTERNATIONAL LAW: THE HISTORIC CONSULATES GENERALS IN JERUSALEM

Luis PERTUSA RODRÍGUEZ¹

Resumen: El régimen jurídico definitivo de la ciudad de Jerusalén es una cuestión que sigue abierta para gran parte de la Comunidad Internacional. En su propuesta para resolver el futuro político del Mandato británico sobre Palestina, Naciones Unidas planteó en 1947 situar a esta población como un Cuerpo Separado independiente gobernado por una administración internacional. Aunque esta idea no se materializó, sí trazó una hoja de ruta que delimitó la labor cotidiana de los Consulados Generales que existían en esa Ciudad. Estas Oficinas se han convertido en un caso muy atípico en el Universo de las Relaciones Internacionales con una idiosincrasia propia. España figura dentro del grupo de países que tiene un Consulado General en Jerusalén, cuya presencia se explica por los vínculos que unen a España y a Tierra Santa desde hace más de 7 siglos.

Palabras clave: Jerusalén, Naciones Unidas, Corpus Separatum, Consulado General, Exequátur y Tierra Santa.

Abstract: The final legal regime of the city of Jerusalem is a question that remains open for a large part of the International Community. In its proposal to settle the political future of the British Mandate of Palestine, the United Nations proposed in 1947 to place this population as an independent Separate Entity ruled by an international administration. Although this idea did not materialize, it did draw up a roadmap that delimited the daily work of the Consulates General that existed in that City. These Offices have become a very rare case in the field of International Relations with their own peculiarities. Spain is among the group of countries that has a Consulate General in Jerusalem, whose presence is explained by the links that have united Spain and the Holy Land for more than 7 centuries

Keywords: Jerusalem, United Nations, Corpus Separatum, Consulate General, Exequatur and Holy Land.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. JERUSALÉN EN EL DERECHO INTERNACIONAL (la Resolución 181 de 29 de noviembre de 1947). 2.1. Evolución y perspectivas en el momento actual. 3. *CORPUS SEPARATUM*: ALCANCE Y SIGNIFICADO. 4. EL CUERPO CONSULAR EN JERUSALÉN: DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO. 4.1 Especificidades propias: el exequátur tácito. 4.2. El Statu Quo. 5. EL CONSULADO GENERAL DE ESPAÑA. 5.1. Consideraciones previas. 5.2. Funciones. 5.3. La Obra Pía. 6. REFLEXIONES FINALES

¹ Luis PERTUSA RODRÍGUEZ, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia y Diplomático (luispertusa@gmail.com). El autor de este estudio ha estado destinado en el Consulado General de España en Jerusalén, las opiniones recogidas son exclusivamente personales. Todas las páginas webs consultadas en este estudio se han consultado a 20 de octubre de 2024.

1. INTRODUCCIÓN

“La vista de Jerusalén es la historia del mundo, es más, es la historia de la tierra y del cielo”¹. Esta reflexión de Benjamin Disraeli sirve para subrayar como Jerusalén siempre ha estado en el imaginario colectivo de la humanidad. Sin ir más lejos, el teólogo alemán, Heinrich Bünting, en su libro *Travel through Holy Scripture* situaba a esta población en el centro del mundo². El Derecho Internacional tampoco ha podido soslayar la universalidad de esta urbe. De ahí que la Parte III de la resolución 181 (II) de 29 de noviembre de 1947 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre el futuro gobierno de Palestina la colocara bajo un régimen especial denominado *Corpus Separatum*³. Sin embargo, la realidad superó al derecho y la resolución 181, que trazaba la división de Palestina en dos Estados, uno judío y otro árabe e internacionalizaba Jerusalén, nunca llegó a ponerse en práctica y, de hecho, la materialización de dos Estados en el territorio del antiguo mandato británico de Palestina sigue siendo uno de las cuestiones más candentes de la agenda internacional. Por añadidura, la denominada como *Cuestión de Palestina*⁴ y concretamente, la realidad cotidiana de Jerusalén ha venido acompañada de la existencia de toda una serie de Consulados Generales, que habían sido establecidos antes de la aprobación de dicha resolución, y que continúan prestando servicios hasta el día de hoy.

En otro orden de cosas, las tareas que componen la función diplomática se han consolidado tras una larga práctica asumida, aceptada y consensuada por la Comunidad Internacional en su conjunto. Estos cometidos fueron positivizados por el artículo 3.1 de la Convención de Viena de 1961⁵ que detalla la función diplomática en las siguientes atribuciones: la representación del Estado acreditante ante el Estado receptor a través de la correspondiente Misión Diplomática que, en consecuencia, es la entidad encargada de negociar con el Gobierno del Estado receptor, proteger los intereses del Estado acreditante en el Estado receptor y enterarse de forma lícita de la evolución de la vida política, económica, cultural y social del Estado receptor para informar al Estado acreditante. Finalmente, la Misión es un puente que debe fomentar las buenas relaciones entre el Estado acreditante y el Estado receptor. Estas tareas son realizadas por las Misiones Diplomáticas, las Embajadas y las Representaciones Permanentes.

¹ FRASES GO, “Frase de Historia de Benjamin Disraeli”, disponible en https://www.frasesgo.com/frase/frase-de-benjamin_disraeli-51207.html

² THE NATIONAL LIBRARY OF ISRAEL, “The World in a Cloverleaf Map, Heinrich Bünting, 1581”, disponible en <https://education-en.nli.org.il/poster-competition/recFRxHQn0bUNE9iN>

³ Asamblea General: A/RES/181 (II), “Futuro gobierno de Palestina”, 29 de noviembre de 1947.

⁴ UNITED NATIONS, “The Question of Palestine”, disponible en <https://www.un.org/unispal/history/>

⁵ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, firmado en Viena el 18 de abril de 1961, BOE, núm. 21, de 24 de enero de 1968.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 18ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 385.

Por su parte, frente a la inmovilidad de la función diplomática, las funciones consulares son muy variadas y variables. Puesto que las mismas tienen un carácter eminentemente práctico y están condicionadas por la movilidad de las personas y bienes entre Naciones con ordenamientos jurídicos diferentes⁶; abarcando desde la protección de los nacionales del Estado que envía que son residentes en el Estado receptor, hasta la ejecución de tareas de carácter jurídico-administrativo en materia notarial, registral y del estado civil de las personas, pasando por cometidos en materia comercial y asistencia a buques que, en la práctica, han quedado en desuso. Todo este catálogo de funciones han sido recogidas por el artículo 5 de la Convención de Viena de 1963⁷ y son cumplimentadas en las Oficinas consulares o secciones consulares de una Misión diplomática.

Tras una lectura en detalle de las disposiciones mencionadas, se podría colegir que la función diplomática tiene una dimensión de carácter eminentemente político, frente a una función consular de índole esencialmente administrativa⁸. Aun así, bajo el paraguas jurídico de una Oficina consular, los 8 Consulados Generales⁹ que todavía existen en Jerusalén desarrollan una serie de actividades similares a las de una Embajada, erigiéndose en un caso único en el mundo de las Relaciones Diplomáticas y del Derecho Internacional. Dado que en la capital *de facto* del Estado de Israel están radicadas un *numerus clausus* de Representaciones diplomáticas que, en la práctica, están encargadas de seguir la actualidad política de la Autoridad Palestina, cuyo reconocimiento como Estado de pleno derecho es uno de los asuntos más espinosos de la actualidad internacional. A estos Consulados habría de añadirse la Delegación Apostólica en Jerusalén y Palestina, que también hace las veces de Nunciatura ante el Estado de Israel¹⁰.

A tal efecto, el objetivo de este estudio es dar a conocer y detallar las particularidades de estas Misiones tan atípicas, haciendo un énfasis especial en el Consulado General de España. Para ello, se explicará en primer lugar cuál es el régimen de la ciudad de Jerusalén según el Derecho Internacional y en qué consiste el *Corpus Separatum* como marco jurídico de referencia que

⁶ MARTÍNEZ MORCILLO, Amador, "La función diplomática", *España y la práctica del Derecho Internacional*, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 2015, p. 351

⁷ Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, firmado en Viena el 24 de abril de 1963, *BOE*, núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

DIEZ DE VELASCO, Manuel, *ibidem*, p. 394.

⁸ NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús, *La Función Consular en el Derecho Español*, 2ª ed., Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 2004, p. 3.

⁹ Otros países, como por ejemplo, Estados Unidos, Alemania o Dinamarca, también han tenido Consulados Generales en Jerusalén que posteriormente han sido cerrados. De forma que los Consulados Generales que todavía existen en Jerusalén se erigen en un grupo cerrado. Este estudio se centrará solamente en las particularidades de los Consulados que siguen abiertos en la actualidad.

¹⁰ VATICAN NEWS, "Pope appoints new Apostolic Nuncio for the Holy Land", disponible en <https://www.vaticannews.va/en/pope/news/2021-06/pope-appointment-yilana-nuncio-israel-cyprus-jerusalem-palestine.html>

define la rutina diaria de estas Oficinas tan singulares. En segundo lugar, dentro de este contexto, se analizarán los pormenores del Cuerpo consular de Jerusalén, y se terminará tratando el caso concreto del Consulado General de España.

2. JERUSALÉN EN EL DERECHO INTERNACIONAL (LA RESOLUCIÓN 181 DE 29 DE NOVIEMBRE DE 1947)

La Asamblea General de Naciones Unidas intentó encontrar una solución definitiva a la *Cuestión de Palestina* en 1947 con la resolución 181 (II) de 29 de noviembre de 1947 que establecía la división del territorio del mandato británico sobre Palestina en dos Estados separados¹¹. Uno de carácter judío y otro de carácter árabe. De igual forma, la sección A de la parte III de esta resolución situaba a la ciudad de Jerusalén como un “Cuerpo separado”, tanto del futuro Estado árabe como del futuro Estado judío, gobernado bajo un régimen internacional transitorio. Dicho territorio sería administrado por Naciones Unidas a través del Consejo de Administración Fiduciaria¹². Este estatuto fue aprobado el 4 de abril de 1950 pero al no ser aceptado ni por Israel ni por Jordania¹³, el Consejo de Administración Fiduciaria lo transfirió a la Asamblea General, donde se hicieron una serie de intentos para modificar este régimen con objeto de conseguir su aprobación e internacionalizar definitivamente el estatuto de este municipio, pero ninguna de las propuestas pudo ser aprobada¹⁴. Con la internacionalización de Jerusalén, la resolución 181 buscaba establecer un marco legal para esta urbe acorde con pasado histórico y significado religioso¹⁵.

La posible “internacionalización” de la ciudad de Jerusalén surgió en 1916 en el acuerdo secreto Sykes-Picot suscrito entre Reino Unido y Francia para repartirse los territorios del Imperio Otomano situados en la zona de Oriente

¹¹ El Mandato británico abarcaba en un principio los territorios de las actuales naciones de Israel y Jordania, al igual que los territorios palestinos de Cisjordania y Gaza, así como la ciudad de Jerusalén. El 16 de septiembre de 1922 se aprobó una resolución en el Consejo de la Sociedad de Naciones en la que se acordaba la separación de Transjordania del mandato original. Este territorio fue objeto de una administración separada hasta la independencia del Reino de Jordania el 22 de marzo de 1946 (véase, UNITED NATIONS – The Question of Palestine, “Origins and Evolution of the Palestine Problem: 1917-1947 (Part I)”, disponible en https://www.un.org/unispal/history2/origins-and-evolution-of-the-palestine-problem/part-i-1917-1947/#Origins_and_Evolution_of_the_Palestine_Problem_1917-1947_Part_I)

¹² “The City of Jerusalem shall be established as a *corpus separatum* under a special international regime and shall be administered by the United Nations. The Trusteeship Council shall be designated to discharge the responsibilities of the Administering Authority on behalf of the United Nations”. (A/RES/181 *op. cit.*)

Las funciones de este órgano están recogidas en los artículos 86 a 91 de la Carta de las Naciones Unidas.

¹³ Cabe destacar que, tras la guerra de 1948, Israel asumió el control de la parte Occidental de Jerusalén y Jordania asumió el control de facto sobre Cisjordania y la parte Oriental de Jerusalén.

¹⁴ CATTAN, Henry, “The Status of Jerusalem: Under International Law and United Nations Resolutions”, *Journal of Palestine Studies*, vol. 10, núm. 3, 1981, pp. 3-15. <https://doi.org/10.2307/2536456>

¹⁵ CATTAN, Henry, *ibidem*, p. 5.

Próximo¹⁶. Este esquema fue confirmado en 1937 por el Reino Unido en el informe conocido como Royal Peel Commission Report¹⁷. La idea subyacente a todas estas propuestas era lograr un acceso seguro a todos los lugares santos cristianos¹⁸. De hecho, la proposición final del *Corpus Separatum* elaborada por la Asamblea General en su resolución 181 fijaba la libertad de acceso a los lugares santos y el ejercicio de la libertad de culto¹⁹. Ahora bien, los meses posteriores a la aprobación de la resolución, que coincidieron con el final del Mandato británico, fueron muy convulsos. Este periodo vino marcado por continuos enfrentamientos entre las comunidades árabe y judía que desembocaron en la proclamación del Estado de Israel el 14 de mayo de 1948 y la primera guerra árabe-israelí que concluyó en 1949 sin que se hubiera logrado conseguir la mayoría de los objetivos marcados por Naciones Unidas²⁰. La Asamblea General de NNUU persistió en su propósito de internacionalizar la ciudad de Jerusalén bajo un régimen de *Corpus Separatum* emitiendo la resolución 303 de 9 de diciembre de 1949²¹.

Por otra parte, a medida que Jordania e Israel fueron siendo reconocidos por el resto de la comunidad internacional, en ninguna de dichas decisiones se confirmó su soberanía sobre sus respectivas zonas Este y Oeste de Jerusalén. Asimismo, durante estos procesos, se hizo especial hincapié en que no se reconocía *de iure* el control *de facto* que Israel y Jordania ejercían sobre esta población. Sin perjuicio de que en un ejercicio de pragmatismo, dicho control fuera aceptado de forma tácita²². Con todo, a pesar de las buenas intenciones de Naciones Unidas, el Derecho Internacional no ha logrado resolver todavía la situación final de la ciudad de Jerusalén, cuyo régimen definitivo está pendiente de ser decidido por un proceso negociador entre el Estado de Israel y la Autoridad Palestina²³.

¹⁶ Serían los territorios equivalentes a Líbano, Siria, Jordania, Israel y Palestina (véase, YALE LAW SCHOOL, “The Sykes-Picot Agreement : 1916”, disponible en https://avalon.law.yale.edu/20th_century/sykes.asp)

¹⁷ SOCIEDAD DE NACIONES, “Plan of partition — Summary of the UK Palestine Royal Commission (Peel Commission) report — League of Nations/Non-UN document”, Ginebra, 30 de noviembre de 1937, disponible en <https://www.un.org/unispal/document/auto-insert-197740/>

¹⁸ DIAKONIA, *Distinctions with Differences. Jerusalem as Corpus Separatum and its legal implications*, Diakonia International Humanitarian Law Resource Centre, 2017, p. 4

¹⁹ Parte III, letra C “Estatuto de la ciudad”, apartado 13.

²⁰ Véase, SHLAIM, Avi, *The Iron Wall, Israel and the Arab World*, Penguin Books, Londres, 2014, especialmente pp. 29 a 56.

²¹ Concretamente, en el punto 8: “Decide que dados los lazos que la vinculan a tres religiones mundiales, la zona de Jerusalén, incluyendo la municipalidad actual de Jerusalén y las aldeas y centros que la rodean, ..., debe ser objeto de un trato especial y distinto al de las otras regiones de Palestina y debe ser colocada bajo el control efectivo de las Naciones Unidas”, (véase, Asamblea General: A/RES/ 303 (IV), “Palestina: cuestión de un régimen internacional para la región de Jerusalén y la protección a los Lugares Sagrados”, 9 de diciembre de 1949).

²² CASSESE, Antonio, “Legal Considerations on the International Status of Jerusalem”, *The Palestine Yearbook of International Law*, vol. III, 1986, pp. 22 a 28.

También, CATTAN, Henry, *op. cit.*, p. 9.

²³ NACIONES UNIDAS, *La Condición Jurídica de Jerusalén*, Naciones Unidas, Nueva York, 1997, p. 1.

2.1. Evolución y perspectivas en el momento actual

Con independencia de que los acontecimientos sobre el terreno hayan ido definiendo la realidad de Jerusalén, existe todo un consenso de la comunidad internacional, materializado en múltiples resoluciones de Naciones Unidas, sobre la necesidad de que el Estatuto definitivo de esta localidad se solventa con conversaciones directas entre las partes. Entre los pronunciamientos más recientes, destaca la resolución 2334 del Consejo de Seguridad de 23 de diciembre de 2016 que incide en que no se reconocería ningún cambio en las líneas fronterizas de 4 de junio de 1967 (incluyendo Jerusalén), que no hubiese sido acordado a través de negociaciones²⁴.

La resolución de la administración de Jerusalén es uno de los puntos centrales y más delicados del conflicto israelo-palestino²⁵ y su solución pasa forzosamente por el diálogo. Puesto que ningún modo originario o derivativo de adquisición de la competencia territorial resulta de aplicación. Dentro de los originarios, la ocupación no sería aplicable, ya que Jerusalén no era *terra nullius* cuando fue controlada por Israel. En consecuencia, no se puede aplicar la doctrina marcada por el fallo arbitral de 1929 para dirimir la soberanía sobre la Isla de Palmas entre EEUU y Países Bajos. En esta decisión, se equiparaban los conceptos de soberanía e independencia, dado que un Estado ejerce sus potestades soberanas sobre un determinado territorio con exclusión de cualquier otro Estado, lo que no ocurría en este supuesto²⁶. Dentro de los derivados, la conquista, que conlleva la ganancia de territorio por medio de la guerra, tampoco se muestra válido al resultar contrario a los principios recogidos en la Carta de las Naciones Unidas. Tal y como se puso de manifiesto en la resolución 242 del Consejo de Seguridad de 22 de noviembre de 1967²⁷.

Por último, la Ley de Jerusalén aprobada por la Knesset el 30 de julio de 1980, que designaba a esta ciudad como la capital única e indivisible del Es-

²⁴ Consejo de Seguridad: C/RES/, de 23 de diciembre de 2016.

La mención se recoge en el apartado 3 de dicha resolución: “Subraya que no reconocerá ningún cambio a las líneas del 4 de junio de 1967, incluso en lo que respecta a Jerusalén, que no sean los acordados por las partes mediante negociaciones”

Esta resolución se asienta a su vez en una doctrina muy asentada de Naciones Unidas sobre la cuestión palestina. Tal y como se reconoce en el primer párrafo: “Reafirmando sus resoluciones pertinentes, incluidas las resoluciones 242 (1967), 338 (1973), 446 (1979), 452 (1979), 465 (1980), 476 (1980), 478 (1980), 1397 (2002), 1515 (2003) y 1850 (2008),”

DOBLADO MATEO, Elsa, “El Estatuto jurídico internacional de la ciudad de Jerusalén. El plan de partición de la Resolución 181”, *Revista Aequitas – Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, nº 18, 2021, pp. 145–182.

²⁵ DIAKONIA, *op. cit.*, p. 4

²⁶ Véase, DÍEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit.*, pp. 428 a 431.

²⁷ Concretamente, en su punto 1.i) dispone el “retiro de las fuerzas armadas israelíes de los territorios que ocuparon durante el reciente conflicto”.

Véase, BROWNLIE, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford University Press, 1963, pp. 110–111.

tado de Israel no ayudó a solucionar la cuestión²⁸, al crear un *fait accompli* que fue rechazado de inmediato por la Comunidad Internacional mediante la resolución 478 del Consejo de Seguridad²⁹. De igual forma, tras una petición de la Asamblea General, la Corte Internacional de Justicia emitió una opinión el 19 de julio de 2024, en la que se reconocía la ilegalidad de la ocupación israelí sobre Jerusalén Este en su párrafo 262: “*This illegality relates to the entirety of the Palestinian territory occupied by Israel in 1967*”. Dicho pronunciamiento refrendó toda la doctrina existente al respecto que, a su vez, fue reconfirmada por la abrumadora mayoría de la Asamblea General (124 votos a favor, 14 en contra y 43 abstenciones) el pasado 18 de septiembre de 2024³⁰.

En otro orden de cosas, el proceso negociador no resulta nada sencillo porque los argumentos sobre los que Palestina e Israel asientan sus pretensiones sobre Jerusalén son diametralmente opuestos. Por una parte, la posición oficial de Palestina es que sus derechos sobre el territorio, incluido Jerusalén, se asientan en el Imperio Otomano, dado que la soberanía sobre Jerusalén quedó en suspenso durante el mandato británico³¹. Por otra, Israel sitúa a Jerusalén en el corazón del mundo judío y traza sus títulos de legitimidad con anterioridad a la conquista de la ciudad por el Rey David en el año 1004 a.C.³²

En cualquier caso, desde que tuvo lugar la retirada de Reino Unido, ni Israel ni Jordania tenían ninguna pretensión soberana legítima sobre Jerusalén y las declaraciones en sentido contrario de la comunidad internacional han sido muy escasas. Destacando por ejemplo la decisión de EEUU de trasladar su Embajada de Tel Aviv a Jerusalén³³, el comunicado de Rusia de 6 de abril de 2017 en el que se afirmaba que se podría considerar a Jerusalén Oeste

²⁸ ADALAH, “Basic Law: Jerusalem, Capital of Israel”, disponible en <https://www.adalah.org/en/law/view/520>

²⁹ Consejo de Seguridad: CS/RES/478, sobre el Estatuto de Jerusalén, de 20 de agosto de 1980. Concretamente en su punto 5 recoge la siguiente afirmación: “*Decide no reconocer la “ley básica” y las demás medidas de Israel que, como resultado de esta ley, tengan por objeto alterar el carácter y el estatuto de Jerusalén.*”

ALTMAN, Dan. “By Fait Accompli, Not Coercion: How States Wrest Territory from Their Adversaries: RESEARCH NOTE.” *International Studies Quarterly*, vol. 61, núm. 4, 2017, pp. 881–891.

Con el fin de entender la perspectiva israelí sobre el particular y su visión sobre el papel que desempeñan los 8 Consulados Generales situados en Jerusalén, véase, BERKOWITZ, Shmuel, “The Status of Jerusalem in International and Israeli Law”, *Jerusalem Center for Security and Foreign Affairs (JCFA)*, disponible en <https://jcfa.org/the-status-of-jerusalem-in-international-and-israeli-law/>

³⁰ *Legal Consequences arising from the policies and practices of Israel in the Occupied Palestinian territory, including East Jerusalem*, Advisory Opinion, 2024, ICJ (en los párrafos 259 a 264 se recoge la totalidad del razonamiento jurídico).

Véase también, NACIONES UNIDAS, “La Asamblea General adopta por abrumadora mayoría una resolución que exige a Israel el fin de la ocupación de Palestina”, (Asamblea General: A/Res/ES-10/L.31/Rev.1/, *Illegal Israeli actions in Occupied East Jerusalem and the rest of the Occupied Palestinian Territory*, 18 de septiembre de 2024), disponible en <https://news.un.org/es/story/2024/09/1532891>

³¹ STATE OF PALESTINE, “Jerusalem”, disponible en <https://www.nad.ps/en/our-position/jerusalem>

³² MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, “The Status of Jerusalem”, disponible en <https://www.gov.il/en/pages/the-status-of-jerusalem>

³³ La Embajada se trasladó el 14 de mayo de 2018 (véase, NATIONAL ARCHIVES, “President Donald J. Trump Keeps His Promise To Open U.S. Embassy In Jerusalem, Israel”, disponible en <https://>

como capital del Estado de Israel en el marco de un acuerdo de paz³⁴ o el reciente anuncio del Presidente de Argentina de transferir su Embajada a Jerusalén³⁵. A nivel europeo, y a pesar de considerables debates internos, la UE también se ha retractado a la hora de reconocer a Jerusalén Este como futura capital del Estado palestino, limitándose a señalar que Jerusalén debe de ser la capital de los dos Estados³⁶. Todo ello, no ha impedido de que, en un ejercicio de pragmatismo, varios Estados sí hayan aceptado la aplicación del ordenamiento jurídico israelí en la parte Oeste de Jerusalén³⁷.

Finalmente, no existe en el Derecho Internacional Público (en lo sucesivo DIP) ningún procedimiento para hacer cumplir las resoluciones de NNUU sobre el particular y, en última instancia, el recurso al Consejo de Seguridad (art. 94.2 de la Carta) se topa con el posible derecho de veto por parte de alguno de sus miembros permanentes³⁸. Por lo que el diálogo se antoja como la única solución posible y viable.

3. *CORPUS SEPARATUM*: ALCANCE Y SIGNIFICADO

El régimen provisional internacional que se había previsto para Jerusalén abarcaba un espacio territorial consistente no sólo en el término municipal de Jerusalén, sino también toda una serie de localidades cercanas. Sus límites serían por el norte Shu'fat, por el sur Belén, por el este Abu Dis y por el oeste Ein Karim³⁹.

Ahora bien, las previsiones de la resolución 181 sólo se cumplieron en los aspectos relativos a la conformación del Estado de Israel. No se materializaron ni las disposiciones relativas a la formación de un Estado árabe, ni las

trumpwhitehouse.archives.gov/briefings-statements/president-donald-j-trump-keeps-promise-open-u-s-embassy-jerusalem-israel/)

³⁴ MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES DE LA FEDERACIÓN RUSA, "Declaración del Ministerio de Asuntos Exteriores sobre el acuerdo palestino-israelí", 6 de abril de 2017, disponible en http://www.mid.ru/foreign_policy/news/-/asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2717182?p_p_id=101_INSTANCE_cKNonkJE02Bw&_101_INSTANCE_cKNonkJE02Bw_languageId=en_GB

³⁵ LA NACION, "Javier Milei le anunció al canciller israelí que mudará la embajada argentina a Jerusalén", 6 de febrero de 2024, disponible en <https://www.lanacion.com.ar/politica/javier-milei-le-anuncio-al-canciller-israeli-que-mudara-la-embajada-argentina-a-jerusalem-nid06022024/>

³⁶ EUROPEAN UNION EXTERNAL ACTION, "The EU and the Middle East Peace Process", disponible en https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-and-middle-east-peace-process_en

³⁷ DIAKONIA, *op. cit.*, p. 10

Resulta muy ilustrativa la mención realizada en la página web del Consulado británico: "*The position of the UK government has remained constant since April 1950, when the UK extended de jure recognition to the State of Israel, but withheld recognition of sovereignty over Jerusalem pending a final determination of its status. We recognise Israel's de facto authority over West Jerusalem. In line with Security Council Resolution 242 (1967) and subsequent Council resolutions, we regard East Jerusalem as under Israeli occupation.*", disponible en BRITISH CONSULATE GENERAL JERUSALEM, "UK position on Jerusalem", <https://www.gov.uk/world/organisations/british-consulate-general-jerusalem>

³⁸ CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel J, *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 350.

³⁹ NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, pp. 5 y 7 (en estas páginas se incluye un mapa con la demarcación territorial prevista).

referentes a la ciudad de Jerusalén. Además, la proclamación del Estado de Israel vino acompañada de una declaración de guerra de varios países árabes al nuevo Estado, que concluyó en 1949 con toda una serie de acuerdos de armisticio entre Israel y sus países vecinos⁴⁰.

En el caso concreto de Jerusalén, tuvo lugar una división *de facto* de la ciudad entre una parte Oeste controlada por Israel y una zona Este, incluida la Ciudad Vieja, bajo control de Jordania. Esta partición fue ratificada por el acuerdo de armisticio de 3 de abril de 1949 entre Israel y Jordania, lo que efectivamente supuso terminar con la propuesta de un *Corpus Separatum*⁴¹. Sin embargo, la no concreción de la resolución 181 no implicó su extinción⁴². Dado que, *de iure*, esta propuesta siguió vigente y así lo reafirmó NNUU con la resolución 194 de 11 de diciembre de 1948 emitida por la Asamblea General, en la que resultaba muy relevante la mención recogida en el punto 8 sobre los vínculos de Jerusalén con las tres religiones del Libro como base para internacionalizar esta población, y 303 de 9 de diciembre de 1949 también de la Asamblea, en la que se reiteraba toda la doctrina del *Corpus Separatum* y la internacionalización de Jerusalén (punto 1)⁴³. Ambos pronunciamientos se emitieron cuando este núcleo urbano ya había sido partido en una zona Occidental, bajo control israelí y otra Oriental, bajo control jordano.

La guerra de 1967, conocida comúnmente como guerra de los Seis Días, conllevó, entre otras consecuencias, que Israel se hiciera con el control *de facto* no sólo de Cisjordania sino también de toda Jerusalén Este, incluyendo a la Ciudad Vieja. A raíz de esta ocupación, han tenido lugar toda una serie de modificaciones en la demarcación municipal de Jerusalén, así como cambios de orden demográfico y social que han alterado completamente la realidad de esta población⁴⁴.

De modo que la aplicación de las disposiciones de la resolución 181, que colocan a esta ciudad bajo un régimen internacional, se revelan como una entelequia. Con todo, ello no ha impedido que las previsiones de la resolución 181 representaran y sigan representando la “posición oficial” de esta organización acerca de esta urbe. Tal y como se puso de manifiesto en las resoluciones 267 de 3 julio 1969, 271 de 15 septiembre 1969 y 298 de 25 septiembre 1971 del Consejo de Seguridad; y 2253 de 4 julio 1967 de la Asamblea General. Todos estos pronunciamientos hacen alusión a diversas actuaciones israelíes que han violado el estatuto de *la Ciudad de Jerusalén*. Esta terminolo-

⁴⁰ OFFICE OF THE HISTORIAN, “The Arab-Israeli War of 1948”, disponible en <https://history.state.gov/milestones/1945-1952/arab-israeli-war>

⁴¹ NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, p. 8.

⁴² CATTAN, Henry, *op. cit.*, p.5.

⁴³ Asamblea General: A/RES/194 (III), Palestina-Informe sobre el progreso de las gestiones del Mediador de las Naciones Unidas, 11 de diciembre de 1948.

Asamblea General: A/RES/303 (IV), Palestina: cuestión de un régimen internacional para la región de Jerusalén y la protección a los Lugares Sagrados, 9 de diciembre de 1949.

⁴⁴ NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, p. 39.

gía deriva directamente de la resolución 181, que definió el *Corpus Separatum* de Jerusalén⁴⁵.

Por otra parte, no se debe olvidar que Israel aceptó las previsiones de la resolución 181. Puesto que este instrumento se erigió en la base legal para proclamar el “Estado Judío” en 1948 y, por consiguiente, Israel reconoció las disposiciones de la resolución 181 en las declaraciones que hizo en la Asamblea General con el fin de ser aceptado como miembro de las Naciones Unidas el 11 de mayo de 1949. A tal efecto, el representante de Israel y posterior Ministro de Asuntos Exteriores, Abba Eban, declaró entonces a la Asamblea General que “*el estatus legal de Jerusalén es diferente del territorio en el cual Israel tiene soberanía*”⁴⁶.

Por otro lado, todas las fórmulas recogidas sobre Jerusalén en el Proceso de Paz de Oriente Medio, siempre han preservado el carácter indivisible de esta localidad y han contemplado su condición de “*símbolo nacional, cultural y religioso*”⁴⁷ para ambas partes. Aun así, es importante tener presente que los puntos de fricción no vienen por las zonas nuevas del municipio, que empezaron a construirse a partir del siglo XIX; sino por la Ciudad Vieja, donde están situados los Lugares Santos para el mundo Cristiano (Santo Sepulcro), Judío (Muro de las Lamentaciones y Monte del Templo) y Palestino-Musulmán⁴⁸ (Explanada de las Mezquitas). Estos entornos han sido considerados como propios por cada una de estas religiones⁴⁹.

Sin perjuicio de que el *Corpus Separatum* siga formalmente en vigor, Naciones Unidas ha adoptado una posición de cautela al respecto. De ahí que no haya insistido en la cuestión de la internacionalización de Jerusalén, en su división o en el control *de facto* que Israel ejerce sobre todo el núcleo urbano. Por lo tanto, el *Corpus Separatum* permanece como un acervo que los Estados deben decidir si es preservado o no⁵⁰. En este sentido, cada vez que esta doctrina ha sido puesta en entredicho, tanto los países que tienen un Consulado General en Jerusalén, como la propia UE en su conjunto⁵¹, la han rea-

⁴⁵ CATTAN, Henry, *op. cit.*, p.6.

⁴⁶ CATTAN, Henry, *op. cit.*, p.6

Documentos oficiales de la 3ª sesión de La Asamblea General, 2ª parte. Comisión política especial 1949, pp. 286 y 287.

⁴⁷ NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁸ Se hace mención específica al mundo “palestino-musulmán” porque Jerusalén, sólo es la tercera ciudad santa para el Islam, tras la Meca y Medina. De hecho, aunque el mundo islámico tiene una especial sensibilidad sobre los acontecimientos de la Explanada de las Mezquitas, los eventos que ocurren en este recinto son especialmente relevantes para la comunidad palestino-musulmana, al igual que para Jordania que es el país encargado de su administración a través de una entidad denominada “Jerusalem Wafq” dependiente del Gobierno jordano (Véase, “Directorate of Al-Aqsa Mosque and Jerusalem Affairs”, https://www.awqaf.gov.jo/EN/Pages/Directorate_of_AlAqsa_Mosque_and_Jerusalem_Affairs).

⁴⁹ NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, p. 41.

⁵⁰ CASSESE, Antonio, *op. cit.*, págs. 34 y 35

DIAKONIA, *op. cit.*, p. 10.

⁵¹ Tal y como lo puso de manifiesto el Jefe de la Delegación de la UE ante Naciones Unidas durante una crisis acontecida en la Franja de Gaza: “*The European Union and its member states will continue to*

firmado. Lo que conlleva que una parte muy considerable de la comunidad internacional siga contemplando a Jerusalén como un supuesto “*sui generis*”, cuyo régimen definitivo está todavía pendiente de resolución⁵².

No obstante, “*internationalization does not require the effective exercise of sovereignty by the international community*”⁵³. Por tal razón, en todo el proceso negociador que aún sigue pendiente, se podría aplicar un cierto régimen especial de tipo internacional sobre algunos puntos y dejar el ejercicio del resto de potestades soberanas (judiciales, legislativa, tributarias,...) en manos de los habitantes de esta localidad⁵⁴. En cualquier caso, con independencia de la labor realizada a nivel internacional y fundamentalmente en Naciones Unidas, el *Corpus Separatum* sigue vivo gracias a la labor realizada por el cuerpo consular de Jerusalén que se ha constituido en fedatario de este legado⁵⁵.

4. EL CUERPO CONSULAR DE JERUSALÉN: DERECHO INTERNACIONAL CONSUECUDINARIO

Aunque Tierra Santa siempre ha estado en el imaginario del occidente cristiano, el interés de Europa por los Santos Lugares aumenta en la primera mitad del siglo XIX con la proliferación de las peregrinaciones y el asentamiento de minorías cristianas en la región de Palestina. Todas estas circunstancias, junto con el progresivo declive del Imperio Otomano⁵⁶, se tradujeron en la apertura de las primeras Oficinas consulares en Jerusalén sobre la base de las capitulaciones suscritas con el Imperio otomano; como por ejemplo sucedía con las capitulaciones franco-turcas de 1740 o las hispano-turcas de 1782. Reino Uni-

respect the international consensus on Jerusalem embodied in, inter alia, UN Security Council Resolution 478, including on the location of their diplomatic representations until the final status of Jerusalem is resolved.

The status of Jerusalem is a final status issue. The aspirations of both parties for Jerusalem must be fulfilled, and a way must be found through negotiations to resolve the status of Jerusalem as the future capital of both states.”

EEAS, “EU Statement-United Nations Security Council: Situation in the Middle East, including the Palestinian Question”, 26 de abril de 2018, https://www.eeas.europa.eu/node/43591_en

⁵² DIAKONIA, *op. cit.*, p. 11.

⁵³ CATTAN, Henry, *op. cit.*, pp.14 y 15

⁵⁴ CATTAN, Henry, *op. cit.*, p. 15

⁵⁵ REMACHA TEJADA, José Ramón, *El Exequatur Consular en Jerusalén*, Universidad Complutense, Madrid, 1975, p. 40.

A fin de captar el alcance del *Corpus Separatum* y su vínculo con los Consulados Generales en Jerusalén, resulta muy reveladora la siguiente mención recogida en la página web del Consulado General de Turquía: “*The city of Jerusalem falls within the jurisdiction of the Consulate General according to the boundaries, which were determined by the special status (Corpus Separatum) conferred upon the city with the Resolution No. 181 of the UN General Assembly in 1947*” (TURKISH CONSULATE GENERAL IN JERUSALEM, “Consulate History And Previous Consuls General”, disponible en: <https://jerusalem-cg.mfa.gov.tr/Mission/MissionChiefHistory>).

⁵⁶ Véase, EL-AWAISI, Khalid y YIGIT, Emine, “Early foreign penetration in the Holy Land during the late ottoman period: the role of Britain”, en *Journal of Islamicjerusalem Studies*, vol. 20, núm. 1, 2020, pp. 1-18, disponible en <https://doi.org/10.31456/beytulmakdis.385423>

do fue el primer país en abrir un Consulado General en Jerusalén en 1838⁵⁷, seguido de Francia en 1843⁵⁸, Bélgica en 1851⁵⁹, España en 1853⁶⁰, Grecia en 1862⁶¹, Suecia en 1903⁶², Italia en 1871⁶³ y Turquía en 1925⁶⁴.

Históricamente, la actividad consular en Jerusalén presentaba dos aspectos muy característicos que la diferenciaban del resto de funciones consulares habituales: el ejercicio de potestades soberanas sobre sus nacionales y, sobre todo, la protección de los intereses religiosos. La primera de ellas adquirió mucha relevancia en el último tercio del siglo XIX y se extendió hasta 1917. Este periodo temporal coincidió con la progresiva decadencia del Imperio otomano, que se apoyó en el cuerpo consular de Jerusalén con el propósito de realizar una “delegación de funciones” en la gobernanza de los asuntos corrientes de sus nacionales. De forma que los Cónsules procedieron a gestionar las actividades de sus colectividades y posteriormente, de los fieles de su confesión religiosa o de los grupos humanos con los que tenían algún tipo de afinidad. Por lo tanto, el Consulado francés extendió su jurisdicción a los árabes católicos y el Consulado británico realizó lo mismo con los abisinios, coptos e incluso con los judíos⁶⁵.

La segunda función, que sigue vigente en el día de hoy, consiste en el respaldo consular a las Comunidades religiosas que se encuentran bajo el amparo del Consulado. Este apoyo se materializa en la defensa de los intereses patrimoniales, fundamentalmente los relativos a los títulos de propiedad de los diversos santuarios, o de los privilegios religiosos de esa Comunidad que, normalmente, son violentados por otra Comunidad que también goza de protección consular⁶⁶.

Todos los acontecimientos históricos sucedidos a partir del final del Mandato británico en Palestina, la proclamación del Estado de Israel, la consi-

⁵⁷ Véase, VERETÉ, Mayir, “Why Was a British Consulate Established in Jerusalem?”, *The English Historical Review*, vol. 85, núm. 335, 1970, pp. 316–345.

⁵⁸ CONSULAT GÉNÉRAL DE FRANCE À JÉRUSALEM, “Histoire et missions”, disponible en: <https://jerusalem.consulfrance.org/Histoire>

⁵⁹ CONSULAT GÉNÉRAL DE BELGIQUE À JERUSALEM, “Histoire du consulat general”, disponible en <https://jerusalem.diplomatie.belgium.be/fr/consulat-general-jerusalem/histoire-du-consulat-general>

⁶⁰ CONSULADO GENERAL DE ESPAÑA, “Ficha país”, disponible en https://www.exteriores.gob.es/Documentos/FichasPais/PALESTINA_FICHA%20PAIS.pdf

⁶¹ CONSULATE GENERAL OF GREECE, “History”, disponible en <https://www.mfa.gr/missionsabroad/en/jerusalem-en/about-us/history.html>

⁶² CONSULATE GENERAL, “About the Consulate General”, disponible en <https://www.swedena-broad.se/en/embassies/jerusalem/about-us/>

⁶³ MAZZA, Roberto, RIOLI, María Chiara, and ANCEL, Stéphane, “The Italian Consulate in Jerusalem: The History of a Forgotten Diplomatic Mission, 1846–1940”, *Jerusalem Quarterly*, disponible en: https://www.palestine-studies.org/sites/default/files/jq-articles/Pages_from_JQ_71_-_Mazza_%26_Rioli_%26_Ancel_0.pdf

⁶⁴ TURKISH CONSULATE GENERAL IN JERUSALEM, “Consulate History and Previous Consuls General”, *ibidem*.

⁶⁵ REMACHA TEJADA, José Ramón, *ibidem*, p.41

⁶⁶ REMACHA TEJADA, José Ramón, *ibidem*, pp. 42 y 43.

guiente partición de Jerusalén y su reunificación en 1967 han venido acompañados por la continua presencia de un cuerpo consular “*sui generis*”⁶⁷. Este colectivo ha sido popularmente conocido como el “*Cuerpo Consular del Corpus Separatum*”⁶⁸. Este grupo humano está formado por el personal diplomático de aquellos países que tienen un Consulado General en la ciudad de Jerusalén. En la actualidad, tras el cierre del Consulado General de Estados Unidos en 2018⁶⁹, está formado por 8 países al que se incorpora la Santa Sede a través de la Delegación apostólica en Jerusalén que asimismo hace las veces de Nunciatura apostólica ante el Estado de Israel⁷⁰.

En otro orden de cosas, con la finalidad de reforzar el estatus capitalino de Jerusalén, hay un proyecto de reforma de la Ley Básica de Jerusalén que está siendo objeto de debate en sede parlamentaria y que impediría la apertura de nuevos Consulados, autorizándose solamente la apertura de Embajadas con el de reafirmar a la identidad de Jerusalén como capital del Estado de Israel⁷¹. Esta propuesta no afectaría a los Consulados existentes que, ahora más que nunca, se erigirían en una *rara avis* dentro del mundo de las Relaciones Internacionales.

4.1. Especificidades propias: el exequátur tácito

Este cuerpo consular ha desarrollado una serie de usos y costumbres propios derivados de representar a países que en un principio no tenían lazos con el recién creado Estado de Israel pero sí tenían una Oficina consular en la ciudad de Jerusalén, cuya zona Oeste se encontraba desde 1949 bajo control israelí⁷². En otro orden de ideas, los privilegios e inmunidades de este cuerpo consular no se asientan en el Derecho Internacional convencional y concretamente, en la Convención de Viena de 1963 de Relaciones Consulares. Esta Convención ha sido firmada por el Estado de Israel, pero no ratificada. En cambio, Israel sí ha ratificado la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 que entró en vigor el 10 de septiembre de 1970. Ambas Convenciones no han sido aprobadas en el Parlamento israelí y no hacen parte del Derecho Interno de Israel. Con todo, Israel reconoce que ambos

⁶⁷ NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, p. 8

⁶⁸ NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, p. 8

⁶⁹ US OFFICE OF PALESTINIAN AFFAIRS, “History of U.S. Diplomatic Presence In Jerusalem”, disponible en <https://palestinianaffairs.state.gov/history-of-the-u-s-diplomatic-presence-in-jerusalem-of-our-agron-road-location/>

⁷⁰ VATICAN, “Fundamental agreement between the Holy See and the State of Israel”, disponible en https://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/archivio/documents/rc_seg-st_19931230_santa-se-de-israele_en.html

⁷¹ KNESSET, “Constitution Committee approves for second and third readings bill barring diplomatic missions other than embassies from being opened in Jerusalem”, disponible en <https://main.knesset.gov.il/en/news/pressreleases/pages/press18924q.aspx>

⁷² Véase, GRUWEIS-KOVALSKY, Ofira, “Israeli Policy on the Foreign Consulates in Jerusalem in the Early 1950s”, *Israel Studies*, vol. 24, núm. 1, pp. 126-150.

documentos codifican los usos diplomáticos y consulares y sobre esa base consuetudinaria se asienta toda la actividad diplomática en el país⁷³.

En este contexto histórico y marco jurídico tan original, los Consulados Generales en Jerusalén no siguen los procedimientos habituales de acreditación marcados por la Convención de Viena del 63⁷⁴. A tal efecto, se podría afirmar que la acreditación de los Cónsules en Jerusalén tiene un carácter “*extraordinario*”⁷⁵, debido a las particularidades circunstancias que acompañan a dicha población y al proceso de creación del Estado de Israel⁷⁶.

Es una práctica internacionalmente aceptada⁷⁷ que el Jefe de una Oficina Consular realice un doble acto para comenzar en el desempeño de sus funciones. Por un lado, la expedición de una Carta Patente por el Estado que envía y por otro, la concesión del exequátur o aceptación por el Estado receptor⁷⁸. Ahora bien, los Cónsules Generales en Jerusalén no cuentan con una Carta Patente y tampoco solicitan un exequátur previo a su llegada. Aun así, por cuestiones de índole práctica sí están acreditados como personal consular por el Estado de Israel y sus privilegios e inmunidades se asientan de forma genérica en las disposiciones consuetudinarias fijadas al respecto por el Derecho Internacional. Israel ha aceptado esta práctica y reconoce *de facto* a estos Consulados; la acreditación y resto de privilegios se derivan del Derecho Internacional Consuetudinario que puede ser argumentado en vía jurisdiccional en base al principio “*the Law of Nations...is held to be a part of the Law of the Land*”⁷⁹.

La teoría del exequátur tácito surge en este escenario y se consolida a partir de la creación del Estado de Israel en 1948⁸⁰. Esta noción implica que se permita la llegada del Cónsul y el desarrollo inmediato de sus funciones consulares, sometido siempre a la discrecionalidad del Estado receptor que otorga la acreditación *a posteriori*⁸¹. Asimismo, este principio comporta que los Cónsules no mantengan relaciones oficiales con las autoridades israelíes⁸², limitando su interacción a aquellos contactos necesarios para el buen

⁷³ MINISTRY FOR FOREIGN AFFAIRS OF THE STATE OF ISRAEL, “Being a Diplomat in Israel”, 2008, pág. 53 y 54, disponible en <https://www.gov.il/en/pages/being-a-diplomat-in-israel>

⁷⁴ REMACHA TEJADA, José Ramón, *op. cit.*, p. 2

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, “Vienna Convention on Consular Relations”, disponible en <https://treaties.un.org/pages/ViewDEtails.aspx?src=TREATY&msgid=III-6&chapter=3>

⁷⁵ NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús, *op. cit.*, p. 183.

⁷⁶ NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús, *op. cit.*, p. 183.

⁷⁷ Así lo recoge expresamente el artículo 10.2 de la Convención de Viena de 1963.

⁷⁸ YTURRIAGA Y BARBERÁN, José Antonio, *Los órganos del Estado para las Relaciones Exteriores, Compendio de Derecho diplomático y consular*, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, pp. 232 a 236

⁷⁹ MINISTRY FOR FOREIGN AFFAIRS OF THE STATE OF ISRAEL, *ibídem*, p. 54

⁸⁰ GRUWEIS-KOVALSKY, Ofira, *ibídem*, p.128

⁸¹ YTURRIAGA Y BARBERÁN, José Antonio, *ibídem*, págs. 74 y 132

⁸² Las correspondientes Embajadas situadas en Tel Aviv son las Representaciones encargadas de realizar el elenco de cometidos asignados a una Misión diplomática y por ello, son las entidades competentes para mantener los contactos y comunicaciones oficiales con las Autoridades israelíes.

desarrollo de sus funciones consulares, y que ejerzan sus tareas sometándose a las normas protocolarias comunes⁸³.

La Comisión de Derecho Internacional considera que el exequátur es “la autorización definitiva que concede el Estado receptor a un cónsul extranjero para ejercer funciones consulares en su territorio”⁸⁴. Esta definición no fue recogida en el texto final del Convenio del 63, pero su espíritu se percibe en el artículo 12.1⁸⁵. Esta descripción resulta interesante porque, bajo un prisma pragmático, se establece que el exequátur es la autorización que otorga el Estado receptor al Jefe de la Oficina consular para poder entrar al ejercicio de sus funciones con independencia del procedimiento que se haya seguido para su concesión⁸⁶.

Dado el carácter eminentemente práctico de la función consular, en ocasiones se ha prescindido de los formalismos, soslayando estas peticiones solemnes que, en última instancia, son autorizaciones incardinadas en el Derecho interno de los Estados⁸⁷. Por tal razón, la cuestión fundamental reside en que el Estado receptor autorice el ejercicio de la actividad consular al funcionario del Estado que envía, con independencia de cómo autorice⁸⁸. Siendo la no oposición del Estado receptor al ejercicio de las funciones consulares, el fundamento principal de toda esta teoría. En consecuencia, es indiferente si el consentimiento se concede con anterioridad a la llegada del funcionario consular o bien con posterioridad a la misma. Lo importante es que exista una práctica aceptada sobre el particular⁸⁹. Este es el supuesto que se aplica a los Consulados Generales en Jerusalén. De manera que la concesión de la tarjeta de acreditación vendría a erigirse en un exequátur en el sentido más sustantivo de la palabra⁹⁰. Mientras tanto, el propio Derecho Internacional convencional prevé la figura de la admisión provisional como medio para facilitar el inicio de las funciones consulares a la mayor brevedad posible. Esta admisión se equipara a un exequatur y la no objeción del Estado receptor es el elemento vehicular de la misma⁹¹.

⁸³ NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, p. 8

⁸⁴ REMACHA TEJADA, José Ramón, *op. cit.*, p. 7

Proyecto de Convenio sobre relaciones consulares de la comisión de Derecho Internacional, art. 11. d): “The final authorisation granted by the receiving State to a foreign consul to exercise consular functions on the territory of the receiving state, whatever the form of such authorisation”. Véase LEE, Luke T y QUIGLEY, John, *Consular Law and Practice*, Oxford University Press, New York, 1961, p. 27.

⁸⁵ “el Jefe de la oficina consular será admitido al ejercicio de sus funciones por una autorización del Estado receptor llamado exequátur, cualquiera que sea su forma de autorización”.

⁸⁶ REMACHA TEJADA, José Ramón, *op. cit.*, p. 7

⁸⁷ “La forme de l'exequatur est réglée par la loi ou la pratique du pays d'ambassade, il n'est pas nécessaire que dans la reconnaissance officielle du consul on observe aucune formalité particulière” en, IRIZARRY Y PUENTE, Julius, *Traité sur les fonctions internationales des Consuls*, Paris, 1937, pp. 273 y ss.

⁸⁸ REMACHA TEJADA, José Ramón, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁹ REMACHA TEJADA, José Ramón, *op. cit.*, p. 13

⁹⁰ MINISTRY FOR FOREIGN AFFAIRS OF THE STATE OF ISRAEL, *op. cit.*, p. 64

⁹¹ REMACHA TEJADA, José Ramón, *op. cit.*, pp. 15 y 16.

Véase informe de la CDI, comentario al artículo 13, Anuario de 1961, pp. 113 y 114. También en MARTÍNEZ MORCILLO, Amador, *La función diplomática*, Ibersaf, Madrid, 2005, p.102 y ZOUREK,

4.2. El Statu Quo

Una labor muy relevante de los Consulados Generales de Jerusalén es la supervisión del Estatuto de los Santos Lugares. Esta cuestión comenzó a cobrar importancia en el siglo XVIII, pero sus orígenes se podrían remontar a la I Cruzada, momento en que comenzaron las desavenencias entre las diferentes comunidades cristianas presentes en Tierra Santa en relación con el acceso y administración de los Lugares Santos cristianos⁹². De hecho, para entender las repercusiones de estas confrontaciones, cabe destacar que una disputa entre los frailes católicos y los monjes ortodoxos sobre la desaparición de la estrella situada en la gruta de la Iglesia de la Natividad fue el detonante de la Guerra de Crimea⁹³. Para ello, con el fin de solventar las recurrentes fricciones entre las diferentes comunidades cristianas, el Sultán designó una comisión de juristas para estudiar este asunto, cuyas conclusiones fueron la guía para el firmán de 1852. Este documento dispone que “*todos estos lugares deben quedar en su estado actual*”, dando lugar al conocido popularmente como “Statu quo”, que fue reconfirmado por el Tratado de Paz de París de 30 de marzo de 1856⁹⁴. Esta denominación fue oficialmente acuñada y refrendada por el artículo LXII del Tratado de Berlín de 13 de julio de 1878⁹⁵.

Aunque Naciones Unidas incluía en este sistema a los Lugares Santos judíos (Muro de las Lamentaciones y la Tumba de Raquel); para el cuerpo consular de Jerusalén, este régimen comprende principalmente la Basílica del Santo Sepulcro en Jerusalén y la Basílica de la Navidad en Belén y, en menor medida, la Tumba de la Virgen y la Cúpula de Ascensión situadas en el Monte de los Olivos⁹⁶. El Statu Quo regula la gestión cotidiana de estos lugares por la Iglesia católica (representada por la Custodia de Tierra Santa), la Iglesia

Jaroslav, *Le status et les fonctions de Consuls*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, La Haye, 1962, p. 420.

⁹² REMACHA TEJADA, José Ramón, *op. cit.*, p. 23.

⁹³ Supuestamente, los Monjes Greco-ortodoxos arrancaron la estrella colocada por los Frailes franciscanos que contenía la siguiente inscripción: “*Ilil de Virgine Maria Jesus Christus natus est*”. CUSTODIA TERRAE SANCTAE, “Belén – la Basílica de la Natividad”, disponible en <https://www.custodia.org/es/sanctuaries/belen-basilica-de-la-natividad>

⁹⁴ Véase, ZANDER, Walter, *Israel and the holy places of Christendom*, Weidenfeld and Nicolson, New York, 1971, págs. 178 y ss. También, MARJIEH, Mounir, “Jerusalem’s Status Quo Agreement: History and Challenges to Its Viability,” *Arab Center*, June 7, 2022, <https://arabcenterdc.org/resource/jerusalem-status-quo-agreement-history-and-challenges-to-its-viability/>.

⁹⁵ “... *The rights possessed by France are expressly reserved, and it is well understood that no alterations can be made in the status quo in the Holy Places...*” (OFFICE OF THE HISTORIAN, “Papers relating to the foreign relations of the United States, transmitted to Congress, with the annual message of the President, December 2, 1878”, disponible en <https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1878/d523>)

Para una mejor comprensión de esta cuestión, se recomienda también conocer la visión greco-ortodoxa sobre la gestión de los Lugares Santos (Véase, GREEK PATRIARCHATE, “The Status Quo of worship in the Middle East”, disponible en <https://en.jerusalem-patriarchate.info/the-holy-sepulcher-and-the-all-holy-church-of-the-resurrection/pilgrimage-status/>)

⁹⁶ ZANDER, Walter, *ibidem*, p. 178.

Véase, NACIONES UNIDAS, *United Nations Conciliation Commission for Palestine Working Paper on the Holy Places*, 1949, p.7.

Greco-ortodoxa y el Patriarcado Apostólico armenio. Igualmente, en un segundo plano, las Iglesias copta, etíope y sirio-ortodoxa han adquirido ciertos derechos.

Por otra parte, se ha utilizado el término Statu Quo en sentido amplio a fin de incluir en este sistema el control del acceso y la administración en la Explanada de las Mezquitas y el papel primordial que Jordania tiene al respecto⁹⁷. De igual forma, la administración del recinto de Al-Aqsa tenía una base consuetudinaria que, en última instancia, se reforzó con una base jurídica convencional recogida en el artículo 9.2 del Tratado de Paz entre el Reino de Jordania y el Estado de Israel de 26 de octubre de 1994⁹⁸. En todo caso, ambos regímenes, especialmente el cristiano, encarnan arreglos y compendias que se han conformado a lo largo de los siglos para terminar creando un delicado equilibrio de derechos y obligaciones. Dentro de la comunidad internacional acreditada en Jerusalén y en Ramallah, los Consulados Generales han asumido un papel protagonista en la observancia de estos acuerdos y han marcado una doctrina que es seguida por el resto de Representaciones⁹⁹.

5. EL CONSULADO GENERAL DE ESPAÑA

Cuando se establecen relaciones diplomáticas entre dos Estados, la Embajada del Estado acreditante se debe localizar en la capital del Estado receptor. Además de ello, el DIP dispone que el Estado acreditante no puede abrir Oficinas diplomáticas en poblaciones distintas a la localidad donde se encuentre la Embajada sin el consentimiento del Estado receptor¹⁰⁰. Ahora bien, estas

⁹⁷ Véase, KASSIM, Anis Fawzi, "Israel's Practices and Its "Respect" for Jordan's Role in Jerusalem: A Legal Study", *Arab Center Washington DC*, 14 de junio de 2023, <https://arabcenterdc.org/resource/israels-practices-and-its-respect-for-jordans-role-in-jerusalem-a-legal-study/>

⁹⁸ "In this regard, in accordance with the Washington Declaration, Israel respects the present special role of the Hashemite Kingdom of Jordan in Muslim Holy shrines in Jerusalem. When negotiations on the permanent status will take place, Israel will give high priority to the Jordanian historic role in these shrines".

⁹⁹ MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, "The Spanish Government condemns the visit of the Israeli minister Ben Gvir to the Esplanade of the Mosques", 14 de agosto de 2024, disponible en https://www.exteriores.gob.es/en/Comunicacion/Comunicados/Paginas/2024_COMUNICADOS/20240814_COMU43.aspx

Con objeto de entender el significado histórico de este acervo, véase también el Comunicado Local UE tras la realización de la primera visita conjunta de los EEMM a la Explanada.

EEAS, "Local EU Statement on the occasion of the Heads of Mission visit to Jerusalem Waqf", 4 de octubre de 2024, disponible en https://www.eeas.europa.eu/delegations/palestine-occupied-palestinian-territory-west-bank-and-gaza-strip/local-eu-statement-occasion-heads-mission-visit-jerusalem-waqf_en

Cabe destacar que, debido a las diferentes sensibilidades existentes dentro de la UE, resulta prácticamente imposible la adopción de Declaraciones conjuntas a nivel UE sobre cualquier asunto relacionado con Israel, Palestina o Jerusalén.

¹⁰⁰ Art. 12 de la Convención de Viena de 1961.

A fin de facilitar la comprensión de esta exposición y para adecuar la línea argumental al lenguaje diplomático convencionalmente aceptado, el Estado de Palestina se va equiparar al Estado receptor, tal y como este concepto es entendido por el DIP. Si bien, el reconocimiento de Palestina como Estado de pleno derecho de acuerdo con los parámetros fijados por el DIP (territorio, población, gobierno y soberanía) es una de las cuestiones más espinosas dentro del conflicto israelo-palestino y no existe un consenso en la comunidad internacional a la hora de reconocer a Palestina como un sujeto de Derecho

premisas tan elementales dentro de las Relaciones Internacionales no se aplican de forma tan concluyente en el ámbito de las relaciones diplomáticas de la comunidad internacional con el Estado de Israel. En este sentido, Israel ha intentado que las Embajadas de los Estados con los que mantiene relaciones diplomáticas se radiquen en Jerusalén¹⁰¹. Con todo, mientras no esté resuelto el estatuto definitivo de esta ciudad, la gran mayoría de Representaciones diplomáticas ante el Estado de Israel se encuentran en Tel Aviv¹⁰². En cambio, en Jerusalén persisten una serie de Consulados Generales abiertos antes de la creación del Estado de Israel con unos cometidos muy singulares. El Consulado General de España es uno de ellos.

Para nuestro ordenamiento jurídico, el Consulado General de España en Jerusalén es una Oficina consular¹⁰³ creada por un Real Decreto de la Reina Isabel II con unas finalidades muy concretas. Pese a lo cual, en el momento presente, esta Representación realiza toda una serie de funciones que superan con creces los fines para los que fue establecido. Esta circunstancia también afecta al resto de Consulados Generales históricos de Jerusalén. A este respecto, el Consulado General de España tiene la condición de Representación diplomática ante la Autoridad Palestina, es decir, vendría a ser la entidad de la Administración española en el exterior que canaliza las relaciones diplomáticas de España con Palestina¹⁰⁴. Pero, al igual que los otros Consulados en Jerusalén¹⁰⁵, realiza igualmente toda una labor de supervisión del patrimonio de España en Tierra Santa ligado a la Iglesia católica e incorpora toda una dimensión religiosa a su rutina de trabajo, lo que supone una excepcionalidad dentro de una Administración aconfesional¹⁰⁶.

Internacional equiparable al resto de Estados soberanos. (Véase, NACIONES UNIDAS, “Explicación del estatus de Palestina en la ONU”, disponible en <https://news.un.org/es/story/2024/04/1529141>).

Por añadidura, los países que han tomado la decisión de reconocer a Palestina lo han hecho para impulsar políticamente el Proceso de Paz en Oriente Próximo y conseguir la conformación definitiva de un Estado palestino.

¹⁰¹ YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio, *op. cit.*, p. 132

¹⁰² Solamente tienen situada su Embajada en Jerusalén, los siguientes países: Estados Unidos, Guatemala, Kosovo y Papúa Nueva Guinea, (Véase, MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, “Foreign diplomatic missions in Israel”, disponible en <https://www.gov.il/en/Departments/dynamiccollectors/israel-abroad-consular?skip=0>)

¹⁰³ El artículo 42.5 de la Ley 2/2014 dispone que: “La creación y supresión de las Misiones Diplomáticas Permanentes y Representaciones Permanentes se realizará mediante real decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, y a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, previo informe del Consejo Ejecutivo de Política Exterior. (Véase, Ley 2/2014 de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, BOE, núm. 74 de 26 de marzo de 2014).

¹⁰⁴ LA MONCLOA, “El Gobierno aprueba el reconocimiento del Estado de Palestina”, disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2024/280524-rueda-de-prensa-ministros.aspx>

¹⁰⁵ Sobre este aspecto, es muy clarificadora la explicación recogida en la página web del Consulado francés sobre el engarce del laicismo de la República francesa con este componente religioso (véase, CONSULAT GÉNÉRAL DE FRANCE À JÉRUSALEM, “La protection des communautés religieuses, un rôle particulier du Consulat général de France à Jérusalem”, disponible en <https://jerusalem.consulfrance.org/La-protection-des-communautés-religieuses-un-role-particulier-du-Consulat-4311>).

¹⁰⁶ Para entender mejor el nexo entre esta vertiente religiosa y su encaje en un Estado aconfesional, véase: OLLERO, Andrés, “Cómo entender la aconfesionalidad del Estado Español”, *Gaceta judicial de*

5.1. Consideraciones previas

El artículo 42.2 de la Ley de Acción y Servicio Exterior del Estado confiere a las Misiones Diplomáticas de España la función de representación de nuestro país ante el Estado receptor, siendo el Embajador o Representante Permanente la persona que ostenta la máxima representación de España en el Estado receptor (art. 44.1)¹⁰⁷. De esta forma, la función de representación es el papel principal de una Misión Diplomática. En realidad, vendría a ser la fuente de la que derivan el resto de tareas asignadas a una Representación Diplomática, siendo la *representatividad* del Estado acreditante ante el Estado receptor la razón de ser una Embajada¹⁰⁸.

Por su parte, el artículo 47.1 del mismo texto legal atribuye a las Oficinas consulares el ejercicio de las funciones consulares de acuerdo con las disposiciones del ordenamiento jurídico y las convenciones internacionales suscritas al efecto. Las funciones consulares son muy amplias de acuerdo con la enumeración recogida por el artículo 5 de la Convención de Viena de 1963. Sin embargo, se podrían resumir en la asistencia y protección de los ciudadanos españoles residentes en el Estado receptor y en la atención a ciudadanos que no son nacionales del Estado que envía, como por ejemplo los solicitantes de visado¹⁰⁹. De ahí que se puedan sintetizar estos cometidos con la siguiente afirmación: “*los Diplomáticos representan al Estado y los Cónsules a la Administración*”¹¹⁰.

El artículo 48.6 de la Ley 2/2014 establece que el Cónsul General debe ajustar sus actividades a las instrucciones recibidas por el Ministerio de Asuntos Exteriores y por el Embajador de España acreditado en el Estado receptor¹¹¹. Si bien, en el caso que nos ocupa, el Cónsul General de España en Jerusalén no tiene ningún tipo de dependencia jerárquica del Jefe de Misión de la Embajada de España en Tel Aviv¹¹². Asimismo, para este Cónsul General tampoco se aplican las disposiciones en materia de carta patente o exequá-

Cusco, año IV, núm. 4, diciembre 2014, disponible en <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/articulos/325-16-CUSCO.pdf>

¹⁰⁷ El artículo 42.4 realiza una enumeración de funciones para la Misión diplomática que supone una traslación literal del catálogo de tareas fijadas por la Convención de Viena de 1961 en su artículo 3.1.

Véase, también NÚÑEZ HERNÁNDEZ, Jesús, *op. cit.*, p. 268

¹⁰⁸ YTURRIAGA Y BARBERÁN, José Antonio, *op. cit.* p. 148

También, MARTÍNEZ MORCILLO, Amador, *op. cit.*, p.127.

¹⁰⁹ CASANOVAS, Oriol y RODRIGO, Ángel J, *op. cit.*, p. 322.

¹¹⁰ YTURRIAGA Y BARBERÁN, José Antonio, *op. cit.* p. 238.

¹¹¹ “*Los Jefes de las Oficinas Consulares ajustarán sus actuaciones a las instrucciones del Ministerio de Asuntos Exteriores y del Jefe de la Misión Diplomática Permanente, excepto en el ejercicio de las funciones relativas a la fe pública, registro civil o jurisdicción voluntaria, en las que estarán sometidos a lo establecido en la legislación notarial, registral civil y procesal que regula el ejercicio de esas funciones.*”

¹¹² Resulta muy esclarecedora la siguiente mención recogida en la página web del Consulado General de Bélgica: “...*This jurisdiction gives to the Consulate General a special position, shared with the eight other consulates general in Jerusalem which report directly to their respective capitals.*” (CONSULAT GÉNÉRAL DE BELGIQUE À JERUSALEM, *op. cit.*, <https://jerusalem.diplomatie.belgium.be/en/consulate-general-jerusalem/history-belgian-consulate-general>)

tur¹¹³. De modo que el Cónsul General de España en Jerusalén vendría a ser una especie de “Cónsul diplomático”¹¹⁴.

España tiene una vinculación con Tierra Santa de más de 700 años que se ha materializado en un compromiso político de la Monarquía española con los Santos Lugares. La asunción de esta responsabilidad se ha traducido en generosos subsidios económicos para el sustento de los Santos Lugares¹¹⁵. La creación del Consulado General de España en Jerusalén se inscribió en el deseo de la Reina Isabel II de reforzar el control institucional de todas las contribuciones que la Corona española realizaba en Tierra Santa¹¹⁶. Por consiguiente, el Consulado se erigió en el puente que, sobre el terreno, une la Obra Pía con la Custodia de Tierra Santa con el propósito de verificar el destino de las contribuciones económicas y la observancia de las prerrogativas religiosas reconocidas a España¹¹⁷.

A resultas de estas ayudas, España tenía una serie de privilegios en la Custodia que la Corona deseaba preservar. Por ello, se creó el Consulado General de España en Jerusalén mediante un Real Decreto de 24 de junio de 1853 con el fin de “*de entenderse con los Religiosos Franciscanos Españoles residentes en Palestina, para sostener con celo los intereses de la Religión y del Estado e impedir que sean desatendidos los antiguos derechos y privilegios de mi Corona en los Santos Lugares*”¹¹⁸.

Además, con objeto de continuar salvaguardando todos estos intereses, el Consulado General de España en Jerusalén siguió existiendo una vez se creó el Estado de Israel en 1948, a pesar de que este país no fuera reconocido inicialmente por España. Las relaciones diplomáticas con Israel se establecieron formalmente en 1986 a través de un canje de notas que tuvo lugar en la Haya el 17 de enero de 1986. En el mismo intercambio de documentos, se especificaba que la instauración de relaciones diplomáticas entre los dos países “*no afectará en modo alguno al estatuto del Consulado General de España en*

¹¹³ “*El Jefe de la Oficina Consular de carrera será designado por Orden del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación entre funcionarios de la Carrera Diplomática y será provisto de una carta patente u otro instrumento admitido por el Derecho Internacional, otorgada por Su Majestad el Rey con el refrendo del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en la que constará, además de su nombre y categoría personal, la circunscripción consular y la sede de la Oficina a su cargo.*” (art. 48.2 Ley 2/2014).

¹¹⁴ REMACHA Y TEJADA, José Ramón, “Cooperación jurídica consular. Ponencia en el seminario sobre Cooperación jurídica internacional de mayo de 2000”, *Colección de la Escuela Diplomática*, núm. 5, Madrid, 2001, p. 19. La terminología utilizada por el Embajador Remacha responde a otros objetivos y se enmarca dentro de un ejercicio de reflexión sobre el redespiegue consular de España. Aun así, esos mismos términos, pero con un sentido diferente, caracterizarían la función diplomática que realiza el Consulado General de España en Jerusalén.

¹¹⁵ SERRANO DE HARO, Carmen, “La vinculación histórica de España con Tierra Santa”, *Revista de Libros*, vol. 2, núm. 3, 2024, <https://www.revistadelibros.com/la-vinculacion-historica-de-espana-con-tierra-santa/#note14>

¹¹⁶ VALLECILLO MARTÍN, Miguel, “Los derechos históricos de España en Tierra Santa y su proceso de extinción”, *Archivo Ibero-americano*, 78, núm. 286, 2018, pp. 61–163.

¹¹⁷ REMACHA Y TEJADA, José Ramón, *op. cit.*, p. 50.

¹¹⁸ ARCHIVO SAN FRANCISCO EL GRANDE DE MADRID, archivo 48, anexo A, núm. 23.

*Jerusalén*¹¹⁹. Este intercambio de notas vino acompañado de una declaración consensuada por ambas partes, en la que el Gobierno español especificaba que la normalización de la relación bilateral no implicaba “*alterar unilateralmente la naturaleza o el status de la ciudad de Jerusalén, cuyo libre acceso debe estar siempre abierto para todos*”¹²⁰.

5.2. Funciones

La actual demarcación del Consulado General de España en Jerusalén abarca a la ciudad de Jerusalén, Cisjordania y Gaza¹²¹. Al igual que en cualquier oficina consular, en este Consulado se realizan labores de asistencia consular (tramitación de documentación, funciones notariales y registrales) a los ciudadanos españoles residentes en esa jurisdicción, así como el resto de tareas que componen la función consular, como por ejemplo la gestión de visados. Sin embargo, las competencias del Consulado exceden con creces estos cometidos.

Tradicionalmente, las relaciones diplomáticas entre dos Estados sólo se pueden establecer cuando éstos se han reconocido como sujetos válidos de Derecho internacional¹²². Dicho esto, Palestina y originariamente la Organización para la Liberación de Palestina (en lo sucesivo OLP), se incardina dentro de los supuestos atípicos de subjetividad internacional. Dado que esta agrupación ha pasado de ser un movimiento de liberación nacional a convertirse en una entidad institucional de carácter provisional, denominada Autoridad Nacional Palestina, a raíz del acuerdo de Washington de 23 de octubre de 1993. Igualmente, la OLP ha ido consolidando su posición en los diferentes Organismos Internacionales alcanzando un progresivo *Ius Representationes*, especialmente en Naciones Unidas donde adquirió el estatuto de Observador

¹¹⁹ Para una mejor comprensión del proceso de normalización de relaciones diplomáticas entre España e Israel, véase: MARQUINA BARRIO, Antonio, “La normalización de relaciones diplomáticas entre España e Israel”, *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 7, núm. 4, 1986.

¹²⁰ Extracto de la Declaración del Gobierno de España con motivo del Establecimiento de Relaciones con Israel (17/1/1986), en GIMÉNEZ PIERNAS, Carlos, “Documentación sobre política exterior”, *Revista de Estudios Internacionales*, núm. 7, Santiago de Chile, 1986, pp. 709-744.

¹²¹ Esta circunscripción ha ido variando a lo largo del tiempo. En todo caso, la demarcación consular actual comenzó a perfilarse a partir de 1948, cuando se establecieron los límites del actual Reino de Jordania como la jurisdicción para los diplomáticos acreditados ante Jordania y las fronteras del Estado de Israel fijadas tras los armisticios de 1949 como jurisdicción para los diplomáticos acreditados ante el Estado de Israel. (véase, SHARETT Moshe, *Diary*, vol. 5, Tel-Aviv, 1978, p. 1532). Además, hasta que se abrió la Embajada de España ante el Estado de Israel en 1986, el Consulado General en Jerusalén también atendía trámites consulares para los ciudadanos españoles residentes en el Estado de Israel. Tal y como se ha podido comprobar en una revisión realizada en los libros de Registro Civil del Consulado.

¹²² YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio, *op. cit.*, pp. 69 y 70. Se está dejando de lado el supuesto de las relaciones diplomáticas entre los Estados y las Organizaciones Internacionales, así como las relaciones que mantienen las Organizaciones Internacionales entre sí, a fin de centrar el análisis en el caso tan singular de Palestina.

en 1974¹²³. Al mismo tiempo, ha procedido a abrir Oficinas de Representación en diferentes Estados que, paulatinamente, han ido adquiriendo los privilegios e inmunidades reconocidos usualmente a las Misiones diplomáticas. De hecho, la Delegación de la OLP en España logró un reconocimiento oficial en 1977 y progresivamente ha ido subiendo de categoría hasta convertirse en la Embajada del Estado de Palestina ante el Reino de España¹²⁴.

Desde la firma de los acuerdos de Oslo¹²⁵, Cisjordania ha pasado a estar dividida en tres zonas (A, B y C) y la recién creada Autoridad Palestina (en lo sucesivo AP) se ha erigido en la entidad encargada de gobernar las Áreas A y B de Cisjordania y en sentar las bases para la conformación de un futuro Estado Palestino. Al igual que el resto de Consulados General de Jerusalén, el Consulado General de España se ha convertido en la unidad que ha asumido el desempeño de la representación diplomática de España ante la AP¹²⁶. En virtud de esta representatividad, el Consulado realiza con la AP el resto de funciones asignadas a una Misión diplomática, según lo dispuesto por el artículo 3 de la Convención de Viena de 1961. Para ello, el Consulado General de España en Jerusalén es la Oficina encargada de negociar con la AP. Cabe destacar que la negociación es la piedra angular de la actividad diplomática¹²⁷ y el Consulado coopera con el Estado receptor, en este caso la AP, con la finalidad de superar las controversias bilaterales de forma pacífica y contribuir al desarrollo de unas relaciones normales. Esta cooperación conjunta se materializó en un Memorando de Entendimiento para el establecimiento de consultas políticas suscrito el 18 de diciembre de 2009¹²⁸.

¹²³ Asamblea General: A/RES/3237 (XXIX), "Observer status for the Palestine Liberation Organization", 22 de noviembre de 1974.

¹²⁴ DIEZ DE VELASCO, Manuel, *op. cit.*, p. 308.

EL PAÍS, "El embajador de Palestina presenta sus credenciales al Rey por primera vez tras el reconocimiento oficial de España", 16 de septiembre de 2024, <https://elpais.com/espana/2024-09-16/el-embajador-de-palestina-presenta-sus-credenciales-al-rey-por-primera-vez-tras-el-reconocimiento-oficial-de-espana.html>

¹²⁵ KNESSET, "Declaration of Principles on Interim Self-Government Arrangements" (firmado el 23 de octubre de 1993 en Washington, conocido popularmente como Oslo I), disponible en http://knesset.gov.il/process/docs/oslo_eng.htm

JEWISH VIRTUAL LIBRARY, "Israel-Palestinian Negotiations: Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip (Oslo II)", firmado el 28 de septiembre de 1995 en Taba, disponible en, <https://www.jewishvirtuallibrary.org/interim-agreement-on-the-west-bank-and-the-gaza-strip-oslo-ii>

¹²⁶ MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, "Cónsul General", disponible en <https://www.exteriores.gob.es/Consulados/jerusalen/es/Consulado/Paginas/Consul.aspx>

Véase, por ejemplo, la fórmula utilizada por Reino Unido: "The British Consulate General in Jerusalem represents the UK government in Jerusalem, West Bank and Gaza. We work on political, commercial, security and economic interests between the UK and the Occupied Palestinian Territories." (BRITISH CONSULATE GENERAL JERUSALEM, *op. cit.*)

¹²⁷ MORALES LAMA, Manuel, "La negociación como método diplomático", *Listín Diario*, 15 de mayo de 2015, disponible en <https://listindiario.com/puntos-de-vista/2015/05/15/367235/la-negociacion-como-metodo-diplomatico.html>

También YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio, *op. cit.*, p. 150.

¹²⁸ LA MONCLOA, "Declaración Política de la Primera reunión ministerial conjunta Hispano-Palestina", Madrid, 7 de Septiembre de 2010, disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/documentos/0e50-329c-100907borradorcomunicadoconjuntofinal_espanol_2_.pdf

De igual forma, el Consulado General de España en Jerusalén se ocupa de informar de la evolución de los acontecimientos en Palestina, valiéndose para ello de todos los medios lícitos en su haber (según la terminología de la Convención de Viena de 1961) y de comunicarlo a las autoridades españolas. Por tanto, se debe relacionar con la AP, así como otros miembros relevantes de la clase política, económica y social de Palestina.

Igualmente, desde el Consulado se supervisan las relaciones económicas, culturales y científicas con la AP (art. 3.1.e de la Convención de Viena de 1961), realizando labores de Oficina de promoción cultural en esa demarcación; con estos cometidos se busca profundizar en la comprensión bilateral de España y Palestina con el fin de que haya un mejor entendimiento entre ambos y que ello redunde en una buena relación bilateral¹²⁹. Otra dimensión muy relevante de esta Representación diplomática es la referente a la política de Cooperación al desarrollo, ejecutada por la Oficina de Cooperación Española y centrada en la consolidación del Estado palestino¹³⁰. Finalmente, al tener el carácter de Consulado histórico, esta Misión se ocupa de dar seguimiento localmente a los fines asignados a la Obra Pía.

En resumen, el Consulado realizaría una labor propiamente consular, una labor netamente diplomática y una tercera asignación muy particular tendente a la protección de lugares y comunidades religiosas¹³¹.

5.3. La Obra Pía

La presencia franciscana en Tierra Santa se remonta al viaje que San Francisco de Asís realizó a esta región en 1219 en el contexto de la V Cruzada. En este periplo, tuvo un encuentro con el Sultán Malik al Kamil en el que se fijaron las bases para que la orden franciscana pudiera establecerse en Tierra Santa a lo largo del siglo XIII¹³². Durante el siglo XIV, gracias a los buenos oficios del Rey Jaime II de Aragón ante el Sultán Malek al Nasir de Egipto comenzó a consolidarse esta presencia franciscana en Tierra Santa, reconfirmada por las gestiones de los Reyes Pedro IV y Alfonso IV de Aragón. Todas estas actuaciones reales marcan el origen de los vínculos de la Corona española con las comunidades cristianas presentes en los Santos Lugares.

¹²⁹ YTURRIAGA BARBERÁN, José Antonio, *op. cit.*, p. 158.

MARTÍNEZ MORCILLO, Amador. *op. cit.*, pp. 220-223.

¹³⁰ La presencia de la Cooperación Española en Palestina se asienta en la firma del "Memorando de Entendimiento relativo a la Cooperación Hispano-Palestina" firmado el 29 de julio de 1994 en Túnez. Este acuerdo vendría a ser el primer convenio suscrito entre España y la recién creada Autoridad Nacional Palestina (MINISTERIO DE ASUNTOS EXTERIORES, UNIÓN EUROPEA Y COOPERACIÓN, "Marco de Asociación País España-Palestina 2020-2024", https://www.cooperacionespanola.es/wp-content/uploads/documentos/map_palestina-espana.pdf)

¹³¹ SERRANO DE HARO, Carmen, *op. cit.*

¹³² VALLECILLO MARTÍN, Miguel, *op. cit.*, p. 65

También, TOLAN, John, *Le Saint chez le Sultan. La rencontre de François de Assise et de l'Islam. Huit siècles d'interprétation*, Éditions du Seuil, Paris, 2007, pp. 397 y 398.

Estos lazos se materializaron en unas partidas financieras provenientes tanto de los fondos reales como de los propios fieles españoles. Para comprender el montante de las cantidades transferidas, conviene incidir en que llegaron a constituir el 80% de las limosnas recibidas desde el siglo XIV hasta finales del siglo XIX¹³³.

La Obra Pía es una institución muy singular que canalizaba los fondos que los Reyes de España (que además ostentan el título de Reyes de Jerusalén¹³⁴) venían transfiriendo para la conservación de los santuarios en Tierra Santa, así como para el sustento de los propios Franciscanos de la Custodia, principalmente de los frailes de origen español. Su inicio tuvo lugar en 1660 con la finalidad de proteger estas ayudas de la Corona española y preservarlas de las intromisiones de la Monarquía francesa¹³⁵. De esta forma, las aportaciones reales se salvaguardaban con la creación de un Patronato Real llamado Obra Pía de los Santos Lugares de Jerusalén, “para evitar que las limosnas vayan a otros fines distintos de aquellos para los que fueron destinadas... y que se administren y distribuyan, dentro y fuera de España, por religiosos españoles que lo conviertan únicamente en lo que pertenece a la conservación, sustento y culto de aquellos Santos Lugares”¹³⁶. Esta institución se consolidó durante el reinado de Carlos III que emitió la Real Cédula de 17 de diciembre de 1772 mediante la que se constituía el Patronato Regio de los Santos Lugares¹³⁷.

A tenor de estas aportaciones reales, la Custodia aceptaba que su Procurador fuera un fraile español. Junto con este derecho, se consentía asimismo que los Superiores de los Conventos de San Juan de Ein-Karim, de San Pedro de Jaffa, de San Nicodemo de Ramleh, de Damasco, de Nicosia y de Constantinopla fueran franciscanos españoles. Estos recintos eran conocidos como los “conventos españoles”¹³⁸. Además, los Superiores de los Conventos del Santo Sepulcro, Belén y Nazaret se alternaban entre los franciscanos provenientes de Francia, Italia y España¹³⁹. Desde el punto de vista contable,

¹³³ VALLECILLO MARTÍN, Miguel, *op. cit.*, p. 67

También, LÓPEZ FERNÁNDEZ, Atanasio, “Pedro IV de Aragón y los Santos Lugares de Palestina”, *Archivo Ibero-americano*, núm. 14, 1920, págs. 126 a 128 y SERRANO DE HARO MARTINEZ, Carmen, *op. cit.*

¹³⁴ El Papa Julio II reconoce a Fernando el Católico como Rey de Nápoles en 1510 y por esta vía hereda el título de Rey de Jerusalén que ha sido ostentado por los Reyes de España desde entonces. Anteriormente, el Papa Clemente VI había instituido el *Ius patronatum* sobre los Santos Lugares a favor de los Reyes de Nápoles y Sicilia, estableciendo la obligación de que los Patronos cuidasen del sostén material de los religiosos franciscanos enviados a Tierra Santa (SERRANO DE HARO MARTINEZ, Carmen, *op. cit.*).

¹³⁵ VALLECILLO MARTÍN, Miguel, *op. cit.*, págs. 62 y 75.

¹³⁶ CAÑADA, José María, *El Eco Franciscano en la cuestión de los Santos Lugares de Jerusalén y Patronato Real de los Reyes de España. Por Varios Franciscanos Exclaustrados Residentes en Esta Corte*, Forgotten Books, Londres, 2018, apéndice 10, págs. 98 y 99.

¹³⁷ VALLECILLO MARTÍN, Miguel, *op. cit.*, p. 77.

También, GARCÍA BARRIUSO, Patrocinio, *España en la historia de Tierra Santa*, Ministerio de Asuntos Exteriores, Secretaría General Técnica, Madrid, 1992, p. 113.

¹³⁸ VALLECILLO MARTÍN, Miguel, *op. cit.*, p. 91.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 90.

existió una doble caja hasta mediados del siglo XIX¹⁴⁰; la general, que recogía los donativos enviados por las naciones europeas y la española, que recibía las ayudas de la Corona española y que era gestionada directamente por el propio Procurador español.

El siglo XIX fue muy convulso en Tierra Santa. Durante el pontificado de Pío XI, el propio Pontífice tomó la decisión de restaurar el Patriarcado Latino de Jerusalén en 1847 con el consiguiente reajuste de funciones con el Custodio de Tierra Santa y la pertinente injerencia del Patriarca en estas cajas con el beneplácito papal. Estas medidas dan paso a un periodo de incertidumbre que condujo a la promulgación del Real Decreto de 24 de junio de 1853, mediante el que la Reina Isabel II creaba el Consulado General de España en Jerusalén¹⁴¹ con el cometido de gestionar y administrar los caudales provenientes de España.

Dentro de un Estado aconfesional, la Obra Pía y los privilegios españoles en los Santos Lugares se revelaban como unas enteleguías muy singulares dentro de todo el entramado administrativo nacional. Pero, al mismo tiempo, se constituían en un patrimonio material y en un legado histórico de valor intangible que aconsejaban la pervivencia de esta Institución¹⁴². Los derechos que España tenía sobre diversos Monasterios en Tierra Santa fueron resueltos por el Acuerdo firmado entre el Reino de España y la Santa Sede el 21 de diciembre de 1994, con la renuncia española a los mismos a favor de la Custodia de Tierra Santa¹⁴³.

Aun así, la Obra Pía sigue contando con un amplio patrimonio de un incalculable valor histórico que todavía debe gestionar, incluida la Basílica de San Francisco el Grande de Madrid. Por lo tanto, esta institución continúa existiendo y, en la actualidad, se encuentra regulada por la Ley 15/2014 de 16 de septiembre¹⁴⁴. En el artículo 3.1 de esta norma se detallan los fines de esta entidad que no solamente se limitan a la administración y conservación de un capital inmobiliario, sino que también se traza la meta mucho más ambiciosa de conservar e incluso incrementar la presencia española en Tierra Santa y de promover el estudio histórico de unos lazos que se remontan al siglo XIV.

¹⁴⁰ El Papa Pío IX consideró que esta doble caja suponía un acto de prepotencia española y la abolió con su Breve *Romani Pontifices* de 18 de agosto de 1846 (VALLECILLO MARTÍN, Miguel, *op. cit.*, p. 79).

¹⁴¹ SERRANO DE HARO MARTINEZ, Carmen, *op. cit.*

¹⁴² Como muy acertadamente se reconoce en el propio preámbulo del Real Decreto 1005 / 2015 de 6 de noviembre: "*Fruto de la presencia histórica de España en Tierra Santa y del intenso esfuerzo económico y diplomático que la Corona española llevó a cabo en el sostenimiento de los santuarios allí presentes...*"

¹⁴³ Acuerdo entre el Reino de España y la Santa Sede sobre asuntos de interés común en Tierra Santa y anejo, hecho en Madrid el 21 de diciembre de 1994, *BOE*, núm. 179, de 28 de julio de 1995.

¹⁴⁴ Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, *BOE*, núm. 226, de 17 de septiembre de 2014.

Entre otros inmuebles, España ostenta la propiedad del Colegio de Nuestra Señora del Pilar situado en la Ciudad Vieja de Jerusalén (véase, COLEGIO DE NUESTRA SEÑORA DEL PILAR JERUSALÉN, "Historia", <https://colegiodelpilarjerusalen.wordpress.com/2017/10/12/historia/>)

Los Estatutos de esta Institución están recogidos en el Real Decreto 1005 / 2015 de 6 de noviembre¹⁴⁵. El artículo 1 de esta norma la define como “*una entidad estatal de derecho público, sin fines de lucro*”, adscrita al Ministerio de Asuntos Exteriores. Con el propósito de conseguir sus objetivos, la Obra Pía se rige por un Patronato (art. 6) en el que el Cónsul General de España en Jerusalén figura como uno de sus vocales natos con objeto de ejecutar en el terreno las decisiones adoptadas.

6. REFLEXIONES FINALES

Jerusalén es una ciudad con un legado histórico, religioso y cultural único cuya soberanía sigue sin estar resuelta para una parte muy considerable de la Comunidad Internacional. En este sentido, las previsiones originales de internacionalización recogidas en la resolución 181 de 29 de noviembre de 1947 de la Asamblea General de Naciones Unidas, que diseñaban un régimen acorde con el significado de dicha Urbe constituyéndola como un *Corpus Separatum*, resultan de muy difícil materialización en el momento presente por la propia evolución de los acontecimientos sobre el terreno. Además, aunque dicha resolución y el resto del acervo normativo emitido con posterioridad no hayan sido formalmente derogados, el DIP carece de medios coercitivos para lograr su efectiva puesta en funcionamiento. Pese a ello, estas disposiciones han logrado pervivir en el tiempo y se han erigido en unas pautas que determinan la aproximación de la gran mayoría de los Estados y del resto de sujetos de Derecho Internacional a la cuestión de Jerusalén. Estos parámetros permiten abordar la singularidad de esta Ciudad en el marco de un Proceso de Paz basado en negociaciones directas entre las partes y que, al mismo tiempo, evite posteriores actuaciones unilaterales que impidan alcanzar un acuerdo final¹⁴⁶.

En otro orden de cosas, la excepcionalidad de esta Urbe también se manifiesta en la presencia de un Cuerpo diplomático muy peculiar conocido como el Cuerpo consular de Jerusalén. Los Consulados Generales de Jerusalén, cuyo origen se remonta a la primera mitad del siglo XIX, se han erigido en fedatarios de una herencia indefectiblemente unida al componente espiritual que ha caracterizado, caracteriza y siempre caracterizará a la Ciudad de Jerusalén. Con todo, el contexto tan especial que condujo a su establecimiento y posterior pervivencia en el tiempo, los ha convertido en entidades únicas dentro del universo de las Relaciones diplomáticas con una capacidad de reinención constante. Puesto que los mismos han ido absorbiendo nuevos cometidos hasta convertirse en las Representaciones que canalizan las rela-

¹⁴⁵ Real Decreto 1005/2015, de 6 de noviembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Obra Pía de los Santos Lugares, *BOE*, núm. 267, de 7 de noviembre de 2015.

¹⁴⁶ DIAKONIA, *op. cit.*, págs. 12 y 13.

También, DOBLADO MATEO, Elsa, *op. cit.*, p. 181.

ciones Diplomáticas de sus países con la Autoridad Palestina, sin perder las connotaciones religiosas que, en su día, justificaron su apertura.

España tiene la distinción de contar con un Consulado General en esta población. Esta Oficina representa una ínfima parte de un patrimonio histórico materializado en unos lazos que unen a España y a Tierra Santa desde hace más de 700 años. Nuestro país ha invertido ingentes recursos humanos y materiales para mantener y reforzar dichos vínculos. Lamentablemente, por las vicisitudes de la historia, gran parte de la opinión pública española desconoce estos nexos, así como el elenco de funciones tan variadas que realiza este Consulado General y el privilegio que conlleva el contar con esta Oficina. Con estas líneas, simplemente se ha intentado aportar un granito de arena sobre esta relación, con la esperanza de que ello anime a ulteriores investigaciones sobre el particular.

EL IMPACTO DE LA AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL MATRIMONIO Y LA FILIACIÓN

THE IMPACT OF GENDER SELF-DETERMINATION ON THE LEGAL STATUS OF MARRIAGE AND PARENTHOOD

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ*

Resumen: La autodeterminación de género tiene su impacto en otros estatutos familiares en los que el género es un presupuesto o elemento relevante, como ocurre con el matrimonio o la filiación. La incidencia de la autodeterminación de género en el matrimonio puede afectar a la posibilidad de su celebración, a su eficacia o incluso a su nulidad. La ausencia de una *lex matrimonii* en el sistema español de DIPr genera dudas en torno a la calificación del género dentro de la institución matrimonial. El impacto en la filiación precisa delimitar el ámbito de aplicación de la ley aplicable a la autodeterminación y la ley aplicable a la filiación, lo cual puede generar un problema de cuestión previa. La autodeterminación de género influye también en la identidad del cónyuge o del hijo, generando choque entre los distintos intereses en juego. El juego del orden público y los límites derivados de la legislación registral del foro son elementos que condicionan todo el análisis.

Palabras Clave: Autodeterminación de género, matrimonio, filiación, identidad del cónyuge, identidad del hijo, Derecho aplicable, reconocimiento, orden público.

Abstract: Gender self-determination has an impact on other family statutes in which gender is a relevant element, such as marriage or parentage. The impact of gender self-determination on marriage may affect the possibility of its conclusion, its effectiveness or even its nullity. The absence of a *lex matrimonii* in the Spanish PIL system raises doubts about the qualification of gender within the marriage institution. The impact on parentage requires delimiting the scope of application of the law applicable to self-determination and the law applicable to parentage, which may give rise to a problem of preliminary/incidental question. Gender self-determination also influences the identity of the spouse or child, creating a clash between the different interests at stake. The play of public policy and the limits derived from the registry law of the forum are elements that condition the whole analysis.

Keywords: Gender self-determination, marriage, parentage, identity of spouse, identity of child, applicable law, recognition, public policy.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y CONTENIDO. 2. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y MATRIMONIO TRANSFRONTERIZO: 2.1 Perspectiva del sistema de la *auctoritas*.

* Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional Privado en la Universidad de Oviedo (uriaisabel@uniovi.es). Estudio realizado en el marco del Proyecto PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE, núm. 131, de 2 de junio de 2011). Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas por última vez el 29 de octubre de 2024.

2.1.1. *El modelo de matrimonio del foro como condicionante.* 2.1.2 *Autodeterminación de género anterior al matrimonio:* a) Los datos del problema b) Su definición en el DIPr español c) Su definición en sistemas que sí dan relevancia al género como elemento condicionante de la validez del matrimonio. 2.1.3. *Autodeterminación de género posterior al matrimonio.* 2.1.4. *Relevancia registral del género del contrayente en el sistema español.* 2.2. *Perspectiva del otro contrayente o cónyuge.* 3. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y FILIACIÓN: 3.1. El contexto de los nuevos modelos familiares. 3.2. Impacto de la autodeterminación de género anterior al establecimiento de la filiación. 3.2.1. *La existencia y determinación del vínculo de filiación:* a) Cómo se produce el impacto b) Análisis cuando el género se ha autodeterminado en el extranjero: metodología del reconocimiento c) Análisis cuando el género se autodetermina en el foro: metodología de ley aplicable. 3.2.2. *El sexo, el nombre y la denominación del progenitor.* 3.3. Impacto de la autodeterminación de género en la filiación ya establecida. 3.3.1. *Estabilidad del vínculo de filiación y régimen jurídico de la impugnación.* 3.3.2. *Impacto en la identidad del hijo.* 3.3.3. *Particularidades del juego del orden público.* 4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: OBJETO Y CONTENIDO

La publicación de la denominada “Ley Trans¹” supone un impacto en el ordenamiento jurídico español que va mucho más allá de la propia posibilidad por parte de una persona de autodeterminar su género. La posibilidad de cambio de género por el mero juego de la autonomía de la voluntad tiene una doble dimensión, pública y privada. Desde el punto de vista privado, el género, y su posible modificación, se erige como piedra angular de la identidad del individuo; se relaciona directamente con el principio de libre desarrollo de la personalidad y puede afectar a la intimidad personal y a la propia imagen. Mientras que desde un punto de vista público supone un presupuesto determinante para muchos aspectos de la interacción del individuo dentro de la sociedad y un elemento de control de la identificación de cada persona². Esta doble dimensión puede traducirse también en una vertiente personal y familiar³. Desde el punto de vista personal, la autodeterminación de género tiene un impacto directo en la identificación de la persona, por lo que puede afectar al régimen del nombre y también a la documentación administrativa. Desde el punto de vista familiar, siendo el género un presupuesto relevante o incluso determinante en algunas relaciones familiares, la autodeterminación incide en materias en las que hay más personas afectadas y, por tanto, más intereses en juego, como ocurre con el matrimonio y la filiación⁴. Desde el

¹ Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

² Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Una visión de las propuestas de regulación del género de las personas físicas desde el Derecho internacional privado”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 30, abril-junio, 2021, pp. 1-38, esp. p. 2 (versión electrónica accesible en plataforma Legalteca).

³ Sobre esta estructura basa su trabajo en el tema la profesora JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “La identidad de género en la movilidad transfronteriza: vertientes personal y familiar”, *CDT*, vol. 16, núm. 2, octubre 2024, pp. 985-999.

⁴ Vid. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurora, “El sexo de la persona física en Derecho internacional privado: evolución histórica y respuesta normativa (primera parte)”, *CDT*, octubre 2024, vol. 16, núm. 2, pp. 898-931, esp. p. 900.

momento en el que hay más personas involucradas, la sombra de la autodeterminación de género se hace más alargada, en el sentido de poder afectar a derechos de terceros, como, por ejemplo, la identidad del cónyuge o del hijo.

La autodeterminación de género supone que ciertos cimientos que antes se daban por supuestos y que, por tanto, se pasaban por alto, ahora se tambalean y exigen un replanteamiento general del ordenamiento jurídico⁵. Y, por supuesto, este replanteamiento también afecta al Derecho internacional privado. Esta idea se percibe fácilmente en materia de filiación, donde el sexo/género del progenitor siempre ha tenido una innegable importancia en la elección del concreto título sobre el que fundamentar el establecimiento de la filiación (o su impugnación). Pero también se percibe en el ámbito matrimonial, donde el cambio de género de uno de los cónyuges puede suponer, entre otras cosas, un problema para la concepción que del matrimonio siga el foro o, simplemente, para el régimen de su celebración o disolución⁶.

Estas dificultades que se derivan de la autodeterminación de género aumentan si tenemos en cuenta la existencia de otros posibles géneros distintos de los clásicos masculino y femenino, como es el caso del género no binario, ya reconocido en Alemania desde hace años⁷. Nuestro ordenamiento jurídico no reconoce el tercer género⁸, pero ello no significa que no podamos importar este género a través de situaciones privadas internacionales, como podría

⁵ Vid. sobre esta cuestión en general, GARCÍA RUBIO, M^a Paz, “Reivindicando el valor del Derecho civil. El tratamiento del Derecho civil por los poderes normativos”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 1, enero-marzo 2022, pp. 233-245. En particular, sobre el Derecho de familia, BLACO-MORALES LIMONES, Pilar, “Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto”, *Bitácora Millennium DIPr: Derecho internacional privado*, núm., 1, 2015, pp.1-16, esp. p. 4, disponible en <https://www.millenniumdipr.com/ba-4-una-filiacion-tres-modalidades-de-establecimiento-la-tension-entre-la-ley-la-biologia-y-el-afecto>.

⁶ El artículo 13 del Reglamento Roma III no obliga a un Estado miembro a disolver un matrimonio que no reconoce, posibilidad que se podría plantear en relación con un matrimonio en el que uno de los cónyuges es transexual. Vid. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, Lorenzo, “La cuestión previa de la existencia de matrimonio en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *CDT*, octubre 2013, vol. 5, núm. 2, pp. 140-208, esp. p. 180.

⁷ En el año 2017 el Tribunal Constitucional alemán declaró inconstitucional la anterior *Personenstandsgesetz* entendiéndolo que la posibilidad de dejar en blanco la mención del sexo no era suficiente para proteger el derecho general de la personalidad. Como reacción, el legislador alemán introdujo ya en 2018 una reforma en virtud de la cual se permitió la inscripción con la modalidad “divers”. Actualmente, la ley alemana sobre autodeterminación de género de 19 de junio de 2024, que entró en vigor el 1 de noviembre del mismo año, reconoce el tercer género. Vid. una necesaria panorámica de la nueva ley en MIQUEL SALA, Rosa, “Identidad de género y tercer género en Alemania: novedades y desafíos tras la nueva Ley de autodeterminación”, en JIMÉNEZ BLANCO, Pilar/RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, pp. 123-152, esp. pp. 127 y ss.

⁸ La única novedad que introduce la Ley 4/2023 mínimamente relacionada con este tema es la posibilidad que habilita su artículo 74.2 de dejar en blanco la mención del sexo en el Registro Civil de las personas intersexuales, siempre y cuando haya acuerdo mutuo de las progenitoras, pero únicamente durante el plazo de un año. Transcurrido ese año, la mención del sexo será obligatoria. El plazo ha sido criticado por su excesiva brevedad y consiguiente posible ineficacia para el objetivo buscado. Vid. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “La identidad de género en el Derecho internacional privado español”, *REDI*, vol. 75, 2023-2, pp. 343-366, esp. p. 348.

ser el caso de la celebración en España de un matrimonio entre una persona alemana de género no binario y un ciudadano español. De hecho, nuestra jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un problema de reconocimiento del género no binario de un ciudadano alemán a los efectos de su inscripción en el Registro Central de Extranjeros; en la sentencia, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ordena que el sexo conste como “indeterminado, X o expresión equivalente”⁹.

Al hilo de la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en el caso *Mirin*¹⁰, el Abogado General incidió precisamente en sus conclusiones en la estrecha relación entre la autodeterminación de género y estas dos materias cuando indicó que “el Derecho de la UE no restringe la competencia de los Estados miembros para regular en su Derecho nacional los efectos del reconocimiento o inscripción de una autodeterminación de género y en materia de las personas, lo que comprende las normas relativas al matrimonio y a la filiación”¹¹. El objeto de este estudio recoge esta afirmación para profundizar en ella y analizar cómo la autodeterminación de género puede afectar al régimen jurídico de las relaciones familiares. En concreto, el análisis se extenderá a su impacto en el matrimonio y la filiación.

La metodología de aproximación a esta problemática será, principal pero no exclusivamente, la conflictual¹²; en ocasiones recurriremos necesariamente al método del reconocimiento, entendiendo este, en sentido negativo, como la exclusión de una norma de conflicto del razonamiento¹³. El análisis técnico en términos de ley aplicable o reconocimiento se verá a veces irremediablemente mediatizado por la impronta de los Derechos humanos en la materia. Por ello, también nos toparemos con el orden público, especialmente sensible en las materias que nos ocupan. Por último, al ser materias que tienen una importante relevancia registral, nos encontraremos igualmente con proble-

⁹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala Contencioso-administrativo, sección 4ª), núm. 33/2023, de 23 de enero, ECLI:ES:TJAND:2023:792. *Vid.* el comentario a esta sentencia de OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “Asignación de sexo legal indeterminado: STJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 4ª), núm. 83/2023, de 23 de enero”, *REEI*, núm. 46, diciembre 2023, pp. 623-628.

¹⁰ Sentencia de 4 de octubre de 2024, *Mirin*, C-4/23, ECLI:EU:C:2024:845.

¹¹ Conclusiones del Abogado General, de 7 de mayo de 2024, Asunto C-4/23, *Mirin*, ECLI:EU:C:2024:385, apartado 101.

¹² *Vid.* en este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, *loc. cit.*, p. 4, donde ya destacaba el método conflictual como el correcto en casos de cambio de nombre, determinación de la filiación o celebración del matrimonio cuando concurriera además un cambio de sexo o género.

¹³ Reducción que hacemos conscientes de la dificultad que aún hoy genera la concreta delimitación del llamado “método del reconocimiento”, sobre todo, en los aspectos que tratamos en este trabajo. *Vid.*, significativamente, la heterogeneidad que muestra la síntesis de los informes nacionales (también publicados en el mismo medio) que realizan GÖSSL, Susanne, y MELCHER, Martina, “Recognition of a Status Acquired Abroad in the EU. A Challenge for Nationals Laws from Evolving Traditional Methods to New Forms of Acceptance and Bypassing Alternatives”, *CDT*, vol. 14, núm. 1, pp. 1012-1043. *Vid.*, igualmente, “Guidelines on the Recognition of A Foreign Legal Relationship”, aprobadas por el Grupo europeo de Derecho internacional privado en su reunión de Milán (2023). Accesible en la página web del GEDIP.

mas de eficacia en la aplicación del Derecho extranjero en relación con los moldes sensiblemente más rígidos del Registro Civil.

En nuestro estudio partiremos de la hipótesis de la aplicación del artículo 9.1 CC a las situaciones transfronterizas de autodeterminación de género. La “Ley Trans”, en la tónica habitual del legislador, obvia completamente las situaciones privadas internacionales y carece de previsión normativa que concrete cuándo las autoridades españolas son competentes para conocer de una autodeterminación de género, qué ley tendrían que aplicar o cómo reconocer el cambio de género realizado ante una autoridad extranjera. Ante la ausencia de respuesta legislativa y dejando al margen el análisis de posibles propuestas más elaboradas de *lege ferenda*, jugaremos aquí con la hipótesis indicada y aplicaremos la ley de la nacionalidad de la persona interesada a la autodeterminación de género¹⁴.

El trabajo está dividido en dos partes claras: la primera analiza el impacto de la autodeterminación en el matrimonio transfronterizo y la segunda el impacto en el régimen jurídico de la filiación. Para la ejecución de la primera parte del trabajo, distinguiré las situaciones y problemas que se pueden plantear diferenciando, por un lado, la perspectiva de la autoridad que celebra el matrimonio, con especial incidencia entre los sistemas que dan relevancia al género como condicionante de la validez del matrimonio y los que no; y, por otro lado, la perspectiva del otro cónyuge o contrayente. En la segunda, abordaré el impacto de la autodeterminación de género en el régimen jurídico de la filiación estructurando el análisis en función de que la autodeterminación haya tenido lugar antes o después del establecimiento de la filiación. Por último, culminaré con unas conclusiones.

2. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y MATRIMONIO TRANSFRONTERIZO

2.1. Perspectiva del sistema de la *auctoritas*

2.1.1. El modelo de matrimonio del foro como condicionante

La combinación de dos materias poco pacíficas en el ámbito de Derecho material y de Derecho internacional privado supone un impulsor de problemas para los que actualmente todavía no hay una clara solución. Tal y como hemos mencionado en la introducción, el sexo/género de los contrayentes es un presupuesto o elemento relevante en muchos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, de tal forma que el género puede condicionar la posibilidad de contraer matrimonio.

¹⁴ A falta de una solución específica, *vid.* OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *loc. cit.*, P. 350; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 990; BLANCO-MORALES LIMONES, Pilar, “Derecho de la persona y de la familia”, *CDT*, vol. 17, núm. 1 (2025), pp. 955-985, especialmente parágrafo 62.

Actualmente, sigue habiendo una gran heterogeneidad en relación con la institución del matrimonio. La famosa sentencia del TJUE en el caso *Coman* es buen indicador de la vivacidad de la cuestión¹⁵. Sin ánimo de caer en la reiteración y como mera contextualización, en este asunto quedó patente la perseverancia de Rumanía en su concepción de sistema en el que no se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo. Pese al mandato del TJUE de reconocimiento del matrimonio entre dos hombres a los meros efectos del cumplimiento y disfrute de la libertad de circulación de un ciudadano europeo y sin que ello implicara la necesidad de tener que reconocer su validez a todos los efectos, hoy en día la pareja de *Coman* no ha podido establecer su residencia en Rumanía¹⁶. En el momento que se escriben estas líneas, hay otra cuestión prejudicial pendiente ante el TJUE sobre matrimonio entre personas del mismo sexo, cuyo origen es la negativa de Polonia a la inscripción en su Registro Civil de un matrimonio entre dos hombres, uno de nacionalidad polaca y otro de doble nacionalidad polaco-alemana, que contrajeron matrimonio en Alemania, consecuencia del cual el primero adoptó el apellido del segundo¹⁷.

En puridad, siguen existiendo dos grandes modelos matrimoniales en Derecho comparado: por un lado, aquellos sistemas que admiten tanto los matrimonios tradicionales entre personas de distinto sexo, como los matrimonios entre personas de mismo sexo, entre los que se encuentra el sistema español; y, por otro, los sistemas que solo admiten matrimonios entre personas de distinto sexo. En esta segunda categoría se distinguen además aquellos que prevén una figura análoga a la del matrimonio para las uniones entre personas del mismo sexo, como es el caso de Italia, de aquellos otros que no ofrecen cobertura jurídica alguna para estas uniones. En los sistemas que integran el primer modelo, la reasignación de género no tendría por qué suponer problema alguno, porque simplemente el sexo/género de los contrayentes deja de ser relevante. Para los pertenecientes al segundo modelo, sin embargo, la reasignación de género puede afectar, según el caso, a la posibilidad de contraer matrimonio o a la eficacia del matrimonio previamente contraído. A todo ello hay que añadir un elemento más: la posible concepción binaria del matrimonio, esto es, como institución reservada para hombres y mujeres, y

¹⁵ Sentencia de 5 de junio de 2018, *Coman* y otros, C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385. El supuesto de hecho que generó esta cuestión prejudicial fue la negativa de Rumanía a conceder el derecho de residencia al cónyuge estadounidense de un ciudadano rumano y estadounidense, que habían contraído matrimonio en Bélgica.

¹⁶ De hecho, la cuestión está actualmente pendiente de sentencia ante el TEDH. *Coman* se ha dirigido a este tribunal ante la inexecución de la sentencia del TJUE por parte de Rumanía, con el fin de obtener una resolución en la que condene a este país por la vulneración de los artículos 8, 12 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Vid.* PÉREZ MARTÍN, Lucas Martín, "El caso *Coman* entre el TJUE y el TEDH: la identidad nacional como límite ilícito? a la práctica de la libertad de circulación en la UE", en JIMÉNEZ BLANCO, Pilar/RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, pp. 259-288. esp. pp. 273 y ss.

¹⁷ Asunto C-713/23, *JC-T* y *MT*.

la existencia de ordenamientos jurídicos que reconocen un tercer género, que implica el posible planteamiento de un matrimonio con una persona no binaria. En cualquier caso, la autodeterminación de género añade otro elemento disidente a un viejo problema: el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo.

2.1.2. Autodeterminación de género anterior al matrimonio

a) *Los datos del problema*

La autodeterminación de género realizada antes de la celebración del matrimonio tiene su importancia en función del modelo que siga la autoridad celebrante (*auctoritas*), sobre todo en el caso de que tal autodeterminación suponga que la unión posterior sea entre personas del mismo sexo, porque puede suponer un impedimento para los modelos de matrimonio exclusivamente heterosexual. En estos casos, debemos distinguir dos problemas distintos: uno, la no admisión/reconocimiento del cambio de género, ya sea en general o ya sea a través de una autodeterminación. Otro, que sí se reconozca la autodeterminación de género, pero consecuencia de ello se limite o suprima el *ius connubi*. Debemos recordar aquí la doctrina del TEDH en el sentido de que, si un ordenamiento jurídico admite el cambio de sexo, lo debe hacer con todas sus consecuencias, en particular en lo que se refiere a la habilitación del cambio de datos sobre el estado civil, la facultad de contraer matrimonio y la asunción de los correspondientes roles en cuanto a la maternidad/paternidad¹⁸.

En el caso del ordenamiento jurídico español, hace veinte años que el sexo/género de los contrayentes dejó de ser relevante a los efectos de la celebración de un matrimonio¹⁹. La modificación del artículo 44 CC realizada por la *Ley Trans* zanja también la cuestión para el caso de la transexualidad, en cuanto que ya no se habla de hombre y mujer, sino de que *toda persona* tiene derecho a contraer matrimonio²⁰. Ahora bien, esta irrelevancia no se extiende a otros extremos importantes tales como la inscripción del matrimonio en el

¹⁸ *Christine Goodwin c. Reino Unido*, núm. 28957/95. Vid. sobre el impacto de la sentencia en materia matrimonial, GONZÁLEZ BELLFUSS, Cristina, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 75; en general, sobre la evolución de la doctrina del TEDH en materia de identidad de género, vid. DURÁN AYAGO, Antonia, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: hacia la libre circulación de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Navarra, Aranzadi, 2023, pp. 35 y ss.; GONZÁLEZ VEGA, Javier A., "La larga marcha en pos de la autodeterminación de género: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en JIMÉNEZ BLANCO, Pilar/RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, pp. 25-50, esp. pp. 27 y ss.

¹⁹ Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE, 2-VII-2005.

²⁰ Como veremos más adelante, la sustitución de la referencia a los clásicos géneros binarios masculino y femenino por la categoría neutra de persona nos permite plantearnos la posible cabida de contrayentes de otros géneros desconocidos en nuestro sistema.

Registro civil que, hoy en día, sigue reflejando el sexo de los contrayentes. Por ello, en cualquier caso, persiste la necesidad de determinar el género de los cónyuges o futuros cónyuges.

b) Su definición en el DIPr español

En la descripción efectuada hemos partido de datos aceptados, posibles, que, sin embargo, tienen tras de sí un razonamiento más complejo, que no siempre está claro. Me refiero al significado, o técnicamente a la calificación, de la autodeterminación de género dentro del elenco de leyes que confluyen en la celebración de un matrimonio internacional: ¿qué ley es la que mide la relevancia de la autodeterminación de género en esa celebración? En España se ha barajado tanto la ley aplicable a la capacidad, que conduciría a consultar la ley nacional, como una calificación más “de fondo” que emparejaría el género y su trascendencia con la propia ley española como *lex auctoritas*.

La calificación como aspecto referido a la capacidad fue la opción que siguió la DGRN en su Resolución de 25 de enero de 2005, en la que este órgano directivo se pronunció sobre un caso que afectaba a una mujer trans de origen costarricense que quería contraer matrimonio con un nacional español²¹. El artículo 9.1 CC, aplicable a la capacidad para contraer matrimonio, conducía al Derecho costarricense, según el cual no se reconocía el cambio de sexo de la contrayente, siendo, por tanto, una persona de sexo legal masculino (en coincidencia con su biología); esta consideración impedía en aquel momento la celebración del matrimonio por corresponder a personas del mismo sexo²². La DGRN excepcionó la aplicación del Derecho costarricense por considerarlo contrario al orden público español, sobre la base de que la posibilidad de cambio de sexo es un principio básico e irrenunciable del ordenamiento jurídico español, protegido por el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad. En suma, la primera opción implica la calificación de la autodeterminación de género a los efectos de la celebración del matrimonio como una cuestión de capacidad, con la consiguiente aplicación del artículo 9.1 CC y, en su caso, la posible activación del expediente de excepción de orden público en aquellos casos en los que la ley personal no permita la celebración del matrimonio al contrayente trans por el hecho de la autodeterminación²³.

²¹ RJ2005\1954. Vid. la nota a esta resolución de SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, en *Rev. Crit. Dr. Int. Pr.*, vol. 94, núm. 4, octubre-diciembre, 2005, pp. 614-627; también, REQUEJO ISIDRO, Marta, *REDI*, vol. LVII (2005), 2, pp. 986-994.

²² La Resolución es anterior a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, con el fin de habilitar la posibilidad de celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo.

²³ Vid. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 996, donde la autora advierte además de la afectación al Convenio de París de 1964 tendente a facilitar la celebración de matrimonios en el extranjero.

La segunda opción se podría derivar de una aplicación analógica de la conocida Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005²⁴, según la cual la cuestión de la diversidad/identidad de sexo respecto de la institución matrimonial no sería un problema de capacidad, sino un elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio²⁵. Ahora bien, pese a ser una vieja reivindicación de la doctrina²⁶, seguimos, en la actualidad, sin tener una *lex matrimonii*. Algunos vieron en la argumentación de la Resolución Circular un germen para la creación de una norma de conflicto aplicable a las condiciones de fondo del matrimonio y basada en la *lex auctoritas*²⁷; sin embargo, la habitual desidia del legislador español hace que veinte años después la situación no haya cambiado²⁸.

La realidad es que tanto si se sigue la calificación de capacidad, como la calificación de fondo se llega al mismo resultado: la ley española va a posibilitar la celebración del matrimonio de una persona transexual. Lo contrario sería difícilmente sostenible, pues la aplicación de una ley extranjera que juzgue la autodeterminación de género como impedimento para contraer matrimonio supondría la vulneración de principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que, por un lado, la autodeterminación de género se deriva directamente del principio de libre desarrollo de la personalidad y, por otro lado, el sexo/género del contrayente es irrelevante para acceder al matrimonio. El problema es que el juego del orden público, cuya activación debe ser excepcional, correría el riesgo de convertirse en una herramienta de uso habitual, por lo que quizá esta no sea la metodología más adecuada²⁹.

En todo caso, la calificación “de fondo” parece preferible³⁰. El clásico estatuto de la capacidad es un estatuto genérico que debe limitarse a determinar

²⁴ Resolución Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005.

²⁵ Vid. especialmente el fundamento jurídico séptimo de la Circular. Esta Resolución Circular ha sido ampliamente comentada por la doctrina. Vid. por todos, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica”, *Diario La Ley*, núm. 6629, 15 de enero de 2007.

²⁶ Por ejemplo, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 62 y ss. y 178 y ss.; ARENAS GARCÍA, Rafael, “La doctrina reciente de la DGRN en materia de celebración del matrimonio en los supuestos internacionales”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 351-371, pp. 357 y ss.; SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, “Nota a la Ley 13/2005, de 1 de julio, que modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio”, *AEDIPr*, t. V, 2005, pp. 509-515, esp. p. 511.

²⁷ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Matrimonio entre personas...”, *loc. cit.*, p. 3; ARENAS GARCÍA, Rafael, *loc. cit.*, p. 369.

²⁸ El desinterés es extensible también al legislador europeo, *vid.* ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, “El matrimonio igualitario desde las lógicas del Derecho internacional privado”, *CDT*, vol. 16, núm. 2, pp. 617-632, esp. pp. 624 y ss.

²⁹ Así lo puso de manifiesto, en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo, ARENAS GARCÍA, Rafael, *loc. cit.*, pp. 361 y ss.

³⁰ En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, 13ª ed., Madrid, Civitas, pp. 497 y 498.

cuestiones estrictamente relacionadas con la aptitud de los contrayentes para asumir los derechos y obligaciones derivados de la institución del matrimonio. La transexualidad de una persona en absoluto afecta ni se relaciona con tal aptitud, por lo que debe quedar fuera de este estatuto. En realidad, la posibilidad de que una persona transexual pueda contraer matrimonio depende de la concreta configuración que de la institución matrimonial tenga el foro³¹.

Que, en todo caso, este tema merecería una respuesta legislativa lo atestigua el asunto *Szypula v. Poland*³² pendiente ante el TEDH, en el que España es también protagonista. En él se evidencia la necesaria actuación del legislador para clarificar cómo deben calificar nuestras autoridades las cuestiones relacionadas con el sexo/género de los contrayentes. El asunto surge por la negativa de Polonia, como Estado de la nacionalidad de los contrayentes, de expedir un certificado de capacidad matrimonial por ser su sistema contrario al matrimonio entre personas del mismo sexo. La duda se plantea en relación con las razones que llevaron a nuestras autoridades a solicitar la expedición de tal certificado de capacidad a las autoridades polacas³³.

c) *Su definición en sistemas que sí dan relevancia al género como elemento condicionante de la validez del matrimonio*

La problemática es de mayor calado en los sistemas que sí toman en consideración el género como condicionante para acceder a la institución del matrimonio. Desde el momento en que el género es un elemento relevante (ejemplo paradigmático serían los sistemas que sólo contemplan un matrimonio entre personas de distinto género), la *auctoritas* tendrá que determinar, con carácter previo a la celebración del matrimonio, el género de cada contrayente. La casuística puede ser muy variada, no sólo en función del modelo de matrimonio, sino también de la postura del foro en relación con el cambio de género (si lo admite o no y con qué condiciones y alcance), en general, y con la autodeterminación, en particular (si, de nuevo, la admite o no y con qué condiciones y alcance).

La incidencia de la autodeterminación de género en la celebración del matrimonio se podría afrontar, según el caso, desde una perspectiva conflictual (siempre cuando se haya producido en el foro) o desde el reconocimiento (opción, junto a la conflictual, si el cambio se ha producido en el extranjero). En ambos casos habrá que poner especial atención al posible juego del orden público, especialmente ejecutivo en esta materia.

³¹ Al igual que ocurre con la monogamia o poligamia o con el grado de exogamia exigido. *Vid.* ARENAS GARCÍA, Rafael, *loc. cit.*, p. 355.

³² *Szypula v. Poland*, núm. 78030/14 y 23669/16, TEDH.

³³ *Vid.* la crítica al respecto de ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, *loc. cit.*, pp. 624 y 625. Obsérvese que Polonia ni siquiera es parte del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980 relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial.

Desde la perspectiva de ley aplicable, la operación a realizar tiene dos fases, consecuencia de la necesaria delimitación del ámbito de aplicación de cada ley aplicable. En primer lugar, habría que aplicar la norma de conflicto a la autodeterminación de género y como resultados tendremos un Derecho que puede admitir o no admitir los efectos típicos de la reasignación del sexo a través de una manifestación de voluntad. Como decíamos, en esta operación puede entrar en juego el orden público en aquellos casos en los que el Derecho extranjero contravenga los principios fundamentales del foro en la materia (por ejemplo, porque el Derecho reclamado no permita la autodeterminación de género y para el foro esta posibilidad se derive del principio de libre desarrollo de la personalidad o viceversa). En cualquier caso, tras esta operación tendremos como resultado la concreción de un género (nuevo o “viejo” en caso de no permitirse la autodeterminación).

En segundo lugar, con el género determinado conforme a la operación anterior, la *auctoritas* valorará si es posible o no el acceso a su institución del matrimonio (en función de si estamos ante un matrimonio entre personas de igual o distinto sexo, en el caso de que solo se permitan estos últimos). Es decir, el género del contrayente tras la autodeterminación se utilizará como un dato a valorar en la autorización del matrimonio. Por ejemplo, si la *auctoritas* solo reconoce los matrimonios entre personas de distinto sexo, pero ha posibilitado (o reconocido) la autodeterminación de un hombre transexual que se quiere casar con una mujer tendrá que autorizar el matrimonio³⁴. Por el contrario, si no admite o reconoce la autodeterminación de género, al considerar la *auctoritas* que jurídicamente se trata de dos mujeres, no autorizará la celebración del matrimonio.

2.1.3. Autodeterminación de género posterior al matrimonio

La incidencia de la autodeterminación de género en el matrimonio también se produce cuando el matrimonio ya está celebrado. Desde la perspectiva de la *auctoritas*, la autodeterminación de género realizada por un cónyuge puede afectar a la eficacia o incluso existencia del matrimonio. Esto puede ocurrir en el caso de que el género sea relevante para la celebración del matrimonio en el sistema de la *auctoritas* y el cambio de género del cónyuge implique que ambos pasen a tener el mismo sexo.

Sin embargo, en sistemas como el español, el cambio de género posterior a la celebración del matrimonio de uno de los cónyuges no tiene por qué afectar a la validez del matrimonio³⁵. Si partimos de la hipótesis de la celebración del matrimonio en España, se pueden distinguir dos situaciones: caso en el que la

³⁴ En el contexto del CEDH ya hemos visto cómo autorizado o reconocido un cambio de sexo, éste tiene que admitirse como tal a los efectos de la celebración del matrimonio (*vid. supra* nota núm. 17).

³⁵ Cuestión distinta es el error en el consentimiento que una autodeterminación pueda generar en el otro cónyuge, problemática que trataremos *infra* en el epígrafe 2.2.

autodeterminación de género se pide ante las autoridades españolas y caso en el que la autodeterminación de género se haya realizado en el extranjero.

En el supuesto de que la autodeterminación se solicite ante las autoridades españolas, nos enfrentaremos a un problema de ley aplicable. Un supuesto podría ser el de un matrimonio celebrado entre un alemán y una española, en el que, tras la celebración, el cónyuge alemán quiere “transicionar” a mujer y así lo solicita a las autoridades españolas, correspondientes a su domicilio³⁶. Se aplicará la ley de la nacionalidad a la autodeterminación de género, en virtud del artículo 9.1 CC; y, en cuanto al impacto en el matrimonio de ese cambio de género del cónyuge, debe aplicarse la ley de la *auctoritas* (en consonancia con la calificación que hemos defendido), esto es, la ley española, según la cual el cambio de género de un cónyuge no tiene incidencia alguna en el matrimonio, al ser irrelevante.

En el caso de que este ciudadano alemán acuda a las autoridades de su nacionalidad para ejercer su derecho a la autodeterminación, se plantea, en primer lugar, un problema de reconocimiento de esa autodeterminación de género que, normalmente, va a constar en una certificación registral³⁷. En el caso de ser reconocida, de nuevo aplicamos la ley española a título de *lex auctoritas*.

Llegados a este punto podemos plantearnos el ejemplo con una variante: el matrimonio entre el alemán y la española se celebra en Italia y se procede a su reconocimiento en España, constando en el Registro Civil. Con posterioridad a la celebración del matrimonio el cónyuge alemán ejerce en Alemania su autodeterminación de género pasando a ser legalmente una mujer. En el caso de que Italia reconozca esa autodeterminación de género, la legislación italiana prevé la disolución del matrimonio, al pasar ambas cónyuges a tener el mismo sexo, y la conversión automática en una unión civil, en el caso de que las interesadas manifiesten su voluntad de no disolución³⁸. Sin embargo, el hecho de que la autoridad que celebró el matrimonio lo entienda como disuelto, no va a afectar a la validez y existencia del matrimonio (ya reconocido) en España. Una vez reconocido el matrimonio ya es “español” y en

³⁶ Dejamos al margen, por exceder del objeto de estudio, las dudas que plantea la falta de previsión de normas de competencia judicial internacional en la Ley 7/2023. De *lege ferenda*, propone un doble foro de competencia judicial internacional basado en la nacionalidad española y, alternativamente, en la residencia habitual en España, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 989. Más tímidamente, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “La identidad de género...”, *loc. cit.*, p. 358.

³⁷ Vid. MIQUEL SALA, Rosa, *loc. cit.*, pp. 130 y ss. Cosa distinta es que se tenga que hacer un control de legalidad, de conformidad con el artículo 98.1 c) de la Ley de Registro Civil, tal y como advierte JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 991.

³⁸ Artículo 1 apartados 26 y 27 de la Legge 20 maggio 2016, n° 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, consultada en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>. Vid. RIZUTTI, Marco/PAILLI Giacomo “L’Unione di coppie del medesimo sesso in Italia: un problema ancora aperto”, en JIMÉNEZ BLANCO, Pilar/RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, esp. p. 242.

España el cambio de género de un cónyuge no tiene relevancia. Es decir, una vez que el matrimonio está reconocido en España, el tratamiento de la autodeterminación de género del cónyuge alemán respecto del matrimonio es el mismo que hemos visto en el caso de celebración del matrimonio en España: aplicación de la *lex auctoritas* (española) con el consiguiente resultado de la irrelevancia del cambio de género.

Ahora bien, no está de más advertir que la solución no habría sido la misma en el caso de que el reconocimiento de la autodeterminación de género por parte de las autoridades italianas se hubiera producido antes del reconocimiento del matrimonio en España; en ese caso, el matrimonio nunca llegaría a existir para el ordenamiento jurídico español, por haberse disuelto antes de su reconocimiento. Desde este punto de vista sí podemos decir que una autodeterminación de género de un cónyuge puede tener cierta incidencia en función del momento en el que el matrimonio celebrado por autoridad italiana entre en contacto con el sistema español.

Una afirmación evidente, pero que no está de más destacar es que, el tratamiento del matrimonio en España debe ser el mismo, con independencia de que éste se haya celebrado ante autoridad española o ante autoridad extranjera y posteriormente reconocido en España.

2.1.4. Relevancia registral del género del contrayente en el sistema español

Tal y como ya hemos mencionado, el hecho de que el género de los cónyuges sea irrelevante a los efectos de celebración de un matrimonio en España no evita la necesidad de tener que determinarlo. El matrimonio tiene una importante perspectiva registral y en el caso de que el matrimonio deba acceder al Registro Civil, el sexo de los cónyuges es uno de los datos que tiene que reflejarse y es uno de los datos que se manifiesta en cualquier certificado o extracto.

El supuesto de mayor interés en relación con el acceso al Registro Civil tiene que ver con la posible existencia de un tercer género no conocido por el sistema español y establecido en aplicación de una ley extranjera. Una autodeterminación de género de masculino a femenino o viceversa no es problemática.

Por ejemplo, la hipótesis de celebración en España de un matrimonio entre ciudadano alemán de género no binario y mujer española. A los efectos de la celebración del matrimonio el hecho de que el tercer género no sea una categoría reconocida en nuestro sistema no plantea problema, en coherencia con la calificación de fondo que hemos mantenido y la irrelevancia en cuanto al género que recoge el artículo 44 CC. Es decir, el ciudadano alemán podrá casarse como no binario sin impedimento alguno³⁹. Cosa distinta es que, a la

³⁹ De la misma opinión, en Francia, *vid.* HAFTEL, Bernard, "Identité sexuelle et droit international privé", en *L'identité à l'épreuve de la mondialisation*, BOLLÉE, Sylvain/PATAUT, Etienne (dirs.), París, IRJS, 2016, pp. 139-148, esp. p. 146.

hora de inscribir el matrimonio, el tercer género del cónyuge alemán pueda tener su reflejo en nuestro Registro Civil.

Vaya por delante que el reconocimiento del tercer género no tendría por qué plantear *a priori* problema alguno; se trata de una categoría desconocida para nuestro sistema, pero que en ningún caso podríamos considerar como contraria a nuestro orden público⁴⁰. Ahora bien, la perspectiva registral tiene sus propias particularidades y limitaciones. El punto de partida es que, por un lado, deben constar en el Registro Civil los hechos y actos inscribibles que afecten a españoles y los referidos a extranjeros acaecidos en territorio español (artículo 9 de la Ley de Registro Civil); por otro lado, las circunstancias que respecto de esos extranjeros que accedan al Registro Civil se refieran, como el género, a su estatuto personal, van a regirse por una ley extranjera (la de su nacionalidad, en virtud del artículo 9.1 CC).

Sin embargo, la aplicación de esa ley extranjera puede toparse con restricciones porque la legislación registral de un país se corresponde, o al menos así se presupone, con las concepciones y categorías que recoja el Derecho del foro. Esto significa que un sistema cuyo Derecho material no conoce más que el género binario masculino y femenino, difícilmente va a poder prever a nivel registral una casilla para la categoría de uno (o varios) géneros distintos y desconocidos para el foro. En nuestro ejemplo, el cónyuge alemán no binario tendría que reconducir en el Registro Civil su género a una de las categorías conocidas por el Derecho español: la masculina o la femenina⁴¹.

El reciente ejemplo de la *Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 8 de junio de 2023* es más que elocuente. Dicha sentencia rechazó la inscripción del cambio de nombre y sexo operado por un nacional suizo en Alemania. El rechazo versó solamente sobre el cambio de género, no por una cuestión de orden público (que el TF no considera siquiera relevante), sino por una cuestión estrictamente registral; por exigencias de la estructura y la llevanza del registro⁴².

La solución no es nada satisfactoria y supone negar, en el ámbito registral, la identidad de género del extranjero, con la consiguiente vulneración de los

⁴⁰ De la misma opinión, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “La identidad de género...”, *loc. cit.*, p. 351; en Francia, *vid.* HAFTEL, Bernard, *loc. cit.*, p. 143 quien tras plantear primeramente una posible excepción de orden público internacional francés a la posibilidad de reconocer un tercer género, continúa con una visión más matizada, en la que un tercer género podría tener cabida, haciendo especial hincapié al respeto al derecho a la vida privada y, en el marco de la UE, a los condicionantes derivados de los principios de libertad de establecimiento y circulación.

⁴¹ *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Una visión de las propuestas...”, *loc. cit.*, pp. 15 y ss. *Vid.* también, CALVO CARAVACA, Alfonso Luis/CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo I, 2^o ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 1294, quienes defienden que, si bien la adquisición de un tercer género en España conforme a una ley extranjera no sería contraria al orden público, sí podría serlo su acceso al Registro Civil español.

⁴² https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/fr/php/expert/http/print.php?highlight_docid=aza://08-06-2023-5A_391-2021.

derechos de libre desarrollo de la personalidad, intimidad e identidad⁴³; y es que en esta materia cualquier adaptación a una realidad distinta que exista en el foro implica contradecir el género extranjero. Ante esta situación, es cierto que no podemos estirar el Registro Civil como un chicle para adaptarlo a infinitos posibles géneros distintos al masculino y femenino que pueda prever un Derecho extranjero⁴⁴. Pero sí creo que la cuestión se podría paliar habilitando una tercera casilla genérica para incluir a “otros” géneros o, al menos, se debería permitir dejar el dato en blanco⁴⁵. Con tales opciones, aunque no se consiga un reconocimiento pleno de la identidad de género del extranjero, al menos el Registro Civil no reflejará un dato incorrecto, sino solamente inexacto⁴⁶.

2.2. Perspectiva del otro contrayente o cónyuge

Siendo el matrimonio una institución a la que se accede por el consentimiento de dos personas, la posible incidencia de la autodeterminación de género de un cónyuge o futuro cónyuge debe analizarse también desde la perspectiva de la otra parte.

Desde este punto de vista, la autodeterminación de género de un cónyuge puede reflejarse, en primer lugar, en términos de vicios del consentimiento, en cuanto que el género de una persona es un dato lo suficientemente importante como para poder generar un error o vicio en el consentimiento del otro. El artículo 73.4 CC prevé la nulidad del matrimonio, cualquiera que fuera su forma de celebración, en caso de celebrarse “por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes en la prestación del consentimiento”. Por ejemplo, un español se casa en España con un ciudadano italiano, cuya residencia habitual está en Alemania y cuya biología se corresponde claramente con la del sexo femenino; sin embargo, sin conocerlo el cónyuge español, el italiano había realizado una autodeterminación de género en Alemania, siendo legalmente un hombre⁴⁷. Tratándose de una situación privada

⁴³ Vid. GÖSSL, Susanne Lilian., “From Question of Fact to Question of Law to Question of Private International Law: The question whether a person is male, female or ...?”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, núm. 2, 2016, pp. 1-19, esp. p. 16, disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2826067.

⁴⁴ Tendemos a pensar en el tercer género o género no binario por ser una realidad que nos es próxima, desde el momento en el que un ordenamiento jurídico de nuestro entorno, el alemán lo reconoce; pero basta que cualquier Derecho extranjero prevea cualquier género distinto del binario.

⁴⁵ La casilla en blanco es una opción conciliadora; en este sentido, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “La identidad de género...”, *loc. cit.*, p. 351; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 987.

⁴⁶ La cuestión puede ser mucho más amable fuera de la rigidez del ámbito del Registro Civil, como, por ejemplo, en la documentación administrativa. Por extensión de la citada sentencia del TSJ de Andalucía (*vid. supra* nota núm. 9), nada debería impedir que el cónyuge alemán solicite el reflejo de su género no binario en el Registro Central de Extranjeros, en su Tarjeta de Identificación de Extranjero y en cualesquiera otros registros, formularios o matrículas de la vida cotidiana.

⁴⁷ El extranjero que cuente en Alemania con un derecho de residencia indefinido, que resida de forma legal en territorio alemán y tenga un permiso prorrogable o que sea titular de una Tarjeta Azul UE, podrá ejercer la autodeterminación de género ante las autoridades alemanas. Se le permite escoger el

internacional, en la premisa de las causas del error en el consentimiento puede introducirse la variable de que la autodeterminación de género realizada en Alemania no se haya reconocido, porque no se haya solicitado, en España ni en Italia. En esas circunstancias, el ciudadano italiano podría, pese a la autodeterminación realizada en Alemania, casarse conforme a su sexo biológico (y el conocido por el otro cónyuge) en España; ahora bien, pese a la situación claudicante de la autodeterminación de género realizada en Alemania, cabría plantearse un posible error en el consentimiento por parte del cónyuge español.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado esta incidencia debe tratarse en términos de ley aplicable. El artículo 107 CC establece que la nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán conforme a la ley aplicable a su celebración. Esta previsión no arroja claridad alguna en relación con la ausencia de una *lex matrimonii* en nuestro sistema y el clásico debate en torno a las leyes aplicables a la celebración del matrimonio y a la calificación de cuestiones de fondo, forma y capacidad. Tratándose de la ley aplicable al consentimiento, ese clásico debate se mueve entre los que consideran que debe ser regido por la ley nacional de cada contrayente, en aplicación del artículo 9.1 CC, y los que, en una visión más matizada y depurada, consideran que el consentimiento debe regirse por la ley de la autoridad que lo celebra⁴⁸. En este punto, el hecho de que el error en el consentimiento venga de la mano de una autodeterminación de género, no aporta ningún dato nuevo al debate, pues, al margen de la discusión doctrinal, será la ley que identifiquemos como aplicable la que determinará si ese error es invalidante o no.

En segundo lugar, la autodeterminación de género realizada por un cónyuge ya casado genera una clara incidencia en la institución del matrimonio en relación con la identidad del otro cónyuge. En el trasfondo, se encuentra la importante cuestión de hasta dónde se pueden extender los efectos de una autodeterminación de género cuando esta afecta a los derechos de otra persona⁴⁹. El planteamiento del problema es sencillo: yo estaba casada con “Juan” y mi matrimonio era heterosexual y ahora tengo que estar casada con “Carmen” y además mi matrimonio pasa a ser homosexual, o viceversa. En estos casos se produce un choque de derechos: por un lado, el derecho al libre de-

Derecho alemán en el caso que la ley de su nacionalidad no le permita realizar el cambio de género, tal y como se deriva del artículo 7 a párrafo segundo EGBGB en su versión dada por la ley sobre autodeterminación de género de 19 de junio de 2024. Vid. MIQUEL SALA, Rosa, *loc. cit.*, p. 144. DEURING, Silvia, “Die Geschlechtszugehörigkeit im Internationalen Privatrecht”, *Iprax*, 2024, (Heft 6), pp. 433–439.

⁴⁸ Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, p. 486; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, *op. cit.*, pp. 178 y ss.; especialmente, *vid.* los argumentos esgrimidos a favor de la aplicación de la *lex auctoritas* de ARENAS GARCÍA, Rafael, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Servizo de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, pp. 215 y ss.

⁴⁹ Vid. *infra* el planteamiento de esta misma problemática, pero en relación con el hijo.

sarrollo de la personalidad, a la intimidad personal y a la propia imagen de la cónyuge trans; por otro lado, el derecho a la identidad del cónyuge no trans.

Evidentemente este planteamiento no lo hacemos en términos de si la autodeterminación de género puede tener lugar o no, pues eso lo asumimos como hipótesis; sin embargo, no hay una respuesta clara a la cuestión de en qué documentos se puede reflejar esa autodeterminación, sobre todo en aquellos que afecten también al cónyuge del trans. La respuesta conlleva una toma de postura y consiguiente frustración de los derechos de alguna de las partes.

En este punto es de obligada referencia la sentencia del TEDH de 16 de julio de 2014, en el asunto *Hämäläinen contra Finlandia*⁵⁰, donde se planteó el necesario equilibrio del derecho al reconocimiento legal del cambio de género con otros derechos, incluidos los del cónyuge de la persona transexual, bien es cierto que todo ello en el contexto de la concepción que Finlandia tiene en ese momento del matrimonio, reservado para personas de distinto sexo⁵¹. La demandante es una mujer transgénero finlandesa que estaba casada y tenía una hija con su cónyuge. En un momento posterior a la celebración del matrimonio realiza su reasignación de sexo, constando legalmente como mujer. El problema viene de la imposibilidad de solicitar su nuevo número de identificación, correspondiente a su nuevo sexo, sin el consentimiento de su cónyuge. Dicho consentimiento implicaba, además, la conversión del matrimonio en una figura análoga reservada para parejas del mismo sexo, como una unión registrada. Es decir, las opciones se limitaban a dos: constancia del matrimonio, sin posibilidad de modificar su número de identificación para adecuarlo a su nuevo género (lo cual implicaba la evidencia de su transexualidad cada vez que tenía que aportar su número identificativo) o la conversión del matrimonio en una figura análoga, con el consentimiento de la cónyuge no trans, en el marco de la cual sí se podría otorgar un nuevo número identificativo. El TEDH entendió que no concurría una violación de la vida personal y familiar del artículo 8 CEDH por entender que la exigencia del consentimiento del cónyuge era proporcionada.

Bien es cierto que esta sentencia está muy mediatizada por la concepción que Finlandia sostiene sobre la institución del matrimonio; sin embargo, aunque sea de forma indirecta, sirve como ejemplo del impacto de la autodeterminación de género de un cónyuge en los derechos del otro. En esa necesaria toma de postura, es importante tener en cuenta las declaraciones del TEDH en relación con que el derecho al reconocimiento legal del género no es absoluto y debe ser equilibrado, proporcionado, en su convivencia con otros derechos, especialmente los del otro cónyuge.

⁵⁰ *Hämäläinen contra Finlandia* (GS), núm. 37359/09, TEDH (2014).

⁵¹ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, "Una visión de las propuestas...", *loc. cit.*, p. 14; GONZÁLEZ VEGA, Javier A., *loc. cit.*, p. 31.

3. AUTODETERMINACIÓN DE GÉNERO Y FILIACIÓN

3.1. El contexto de los nuevos modelos familiares

Si el matrimonio no escapa a los efectos de una autodeterminación de género por parte de uno de los cónyuges, el sector de la filiación por naturaleza resulta igualmente sensible a la nueva forma de ver y reconocer la identidad de género y su expresión. Y la misma diversidad de cuestiones que suscita en la materia matrimonial se evidencia en filiación, donde, además, nos encontramos en un momento de transformación del Derecho sustantivo que es notorio, al menos en los ordenamientos de nuestro entorno⁵².

En efecto, el Derecho material de filiación por naturaleza se encuentra actualmente en una situación de crisis y transformación. Los viejos moldes tradicionales de familia compuesta por un padre y una madre (con correspondencia con su sexo biológico) han dejado de ser paradigma, para compartir espacio con nuevas realidades que van desde familias monoparentales a familias pluri-parentales, modelos socioafectivos multilaterales, familias heteroparentales u homoparentales, y las particularidades de la maternidad subrogada⁵³. A toda esta variedad hay que añadir el dato de que el sexo biológico de un progenitor ya no tiene por qué coincidir con el género legalmente reconocido, lo que supone un importante desafío para una regulación en la que tradicionalmente el sexo de los progenitores ha sido un elemento capital⁵⁴.

Estas transformaciones sociales no van siempre acompañadas de las modificaciones legislativas deseables, evidenciando en ocasiones el Derecho de filiación obsoleto que no siempre puede proporcionar respuestas coherentes⁵⁵. A ello hay que sumarle el impacto de ciertas reformas sectoriales, como ocurre, en nuestro caso, con la “Ley Trans”, que carece de una previsión sobre su incidencia en otras áreas del Derecho y, en concreto, en la filiación. En el artículo 116 CC podemos encontrar un ejemplo de incoherencia derivada del

⁵² Vid. GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo”, en CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz/DIAGO DIAGO, María del Pilar/RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles (coords.), *De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 229-252, esp. pp. 233 y ss.

⁵³ Vid. BARBA, Vincenzo., “Familias reconstituidas, multiparentalidad y sucesiones: nuevos retos”, en VVAA (eds.), *Nuovo paradigmi della filiazione. Atti del Primo Congresso Internazionale di Diritto delle Famiglie*, Sapienza Università Editrice, Roma, 2023, pp. 15-50, esp. pp. 17 y ss., donde el autor mantiene que nos encontraríamos ante el desafío de un replanteamiento global del concepto jurídico de familia y de la filiación, destacando el auge de la lógica de la socioafectividad, frente a la tradicional lógica de los vínculos de sangre.

⁵⁴ Vid. HEIDERHOFF, Bettina, “Geschlecht in Familienrecht: eine Einführung”, en HEDERHOFF, Bettina/RÖTHEL, Anne (dirs.), *Geschlecht in Familienrecht-eine überholte Kategorie?*, Frankfurt, Wolfgang Metzner Verlag, pp. 9-26, esp. p. 10, donde la autora reivindica en Alemania el desligar los títulos de legitimación de la filiación del género de los progenitores, por no ajustarse a la evolución constitucional de la autodeterminación de género.

⁵⁵ Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen/SOLÉ RESINA, Judith, *Actualización del Derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, esp. pp. 13 y ss.

impacto normativo de la introducción en nuestro sistema de la autodeterminación de género. Dicho artículo sigue recogiendo la clásica presunción de paternidad a favor del marido de la madre como título de legitimación para el establecimiento de la filiación matrimonial. La despatologización del cambio de sexo implica la posibilidad de que una persona trans pueda tener un hijo con el uso de sus órganos reproductivos biológicos; podría ser el caso, por ejemplo, de un hombre casado con una mujer, que realiza una autodeterminación de género, pasando a constar legalmente como mujer y tras la autodeterminación, usando sus gametos masculinos, tiene un hijo con su cónyuge. *A priori*, la mujer trans no podría ser destinataria de esa presunción de paternidad pensada y diseñada para el marido de la madre⁵⁶.

Es cierto que el impacto habría sido mucho mayor en el caso de que la “Ley Trans” hubiera reconocido un tercer género, pues todo nuestro sistema jurídico está basado en el binarismo. Sin embargo, tal cual hemos visto en relación con el matrimonio, no es descartable que nuestro ordenamiento jurídico se tenga que enfrentar a cuestiones de filiación respecto de progenitores extranjeros no binarios. El contexto en Derecho comparado goza de una gran heterogeneidad, derivada de los distintos ritmos y concepciones políticas y culturales en torno a las transformaciones sociales, que hacen del Derecho internacional privado un escenario donde la casuística nos permite ver especialmente cómo la autodeterminación de género incide en el régimen jurídico de la filiación. Lo haremos reproduciendo la misma secuencia que hemos utilizado en relación con el matrimonio, distinguiendo los supuestos en los que la autodeterminación de género es anterior al establecimiento de la filiación de los que se produce con posterioridad; si bien, a efectos simplificadores operaremos con casos o hipótesis predefinidas a las que aplicaremos las reglas de que disponemos en la actualidad.

3.2. Impacto de la autodeterminación de género anterior al establecimiento de la filiación

3.2.1. La existencia y determinación del vínculo de filiación:

a) Cómo se produce el impacto

En los casos en los que la autodeterminación de género se haya realizado antes del establecimiento de la filiación, el impacto se produce en relación con la posible duda en torno a la existencia o no del vínculo de filiación y, en el caso de existir este, en torno a la selección del concreto título de legitima-

⁵⁶ Sobre esta problemática en Alemania, ALTHOFF, Nina, “Gender diversity in law: the German perspective”, en SCHERPE, Jens M./DUTTA, Anatol/HELMS, Tobias (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 393-412, esp. pp. 406 y ss. En Francia, HAFTEL, Bernard, llega a la conclusión de que esta presunción de paternidad debe reservarse únicamente para los hombres, excluyendo a las mujeres y a las personas de sexo indeterminado; no aclara, sin embargo, el autor si dentro de la categoría hombres se incluye también a los hombres transexuales, *vid. loc. cit.*, p. 147.

ción de la filiación. Utilizaremos dos ejemplos para ver cómo se genera esta incidencia.

Una mujer búlgara y una mujer transexual española tienen un hijo en Bulgaria utilizando los gametos masculinos de esta última. Quieren inscribir la filiación ante las autoridades búlgaras. La filiación respecto de la madre que da a luz quedará determinada seguramente sin problema; sin embargo, es muy posible que la filiación respecto de la mujer trans española no quede determinada. Y si se quedase, sería en todo caso en calidad de padre y no de madre, al no aceptarse en Bulgaria la doble filiación materna⁵⁷. Podría ser un ejemplo de cómo la autodeterminación de género puede incidir en la existencia (legal) del vínculo de filiación.

Como ejemplo de la incidencia de la autodeterminación de género en la selección del concreto título sobre el que basar el establecimiento de la filiación, es imperativo referirnos a la sentencia del *Kammergericht* de Alemania, de 12 de enero de 2021, donde el tribunal se tuvo que enfrentar a esta problemática en el contexto de una situación privada internacional⁵⁸. Un hombre transgénero de nacionalidad austriaca y con domicilio en Alemania, dio a luz posteriormente a un niño en Alemania, al mantener sus órganos reproductivos femeninos. Una de las dudas que se plantearon ante el tribunal alemán fue la selección del concreto título de legitimación sobre el que basar el establecimiento de la filiación; en concreto, se planteó la duda de si se podía aplicar el clásico *mater semper certa est* tratándose de un hombre transgénero o si había que buscar otra alternativa. El tribunal llegó a la conclusión de que sí se podía utilizar el criterio y que legalmente tendría que constar como madre en el Registro Civil⁵⁹. Curiosamente, la inscripción como “madre” se compartía con la de su nuevo nombre de hombre y su género “masculino”.

La aproximación a esta problemática desde el Derecho internacional privado va a depender de si la autodeterminación de género por parte del progenitor se realiza ante autoridad extranjera o si se realiza ante la misma autoridad que tiene que resolver sobre la filiación. Desde la perspectiva de ley aplicable, utilizaremos el artículo 9.1 CC para la autodeterminación de género y el artículo 9.4 CC para la filiación⁶⁰.

⁵⁷ Vid. el supuesto que dio origen a la STJUE de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, Caso *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008.

⁵⁸ KG, Beschluss vom 12.01.2021-1W 1920/20, consultada en <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=KG&Datum=12.01.2021&Aktenzeichen=1%20W%201920/20>.

⁵⁹ Lo cierto es que cuando la autodeterminación de género implica hombres transexuales que pueden dar a luz, la incidencia de la autodeterminación no genera tanto problema, por el hecho biológico incontestable entre quien nace y quien da a luz. Nuestro CC ha añadido al clásico concepto de “madre” el de “progenitor gestante”. Vid. QUICIOS MOLINA, M. Susana., “Las relaciones de filiación de las personas LGTBI tras la Ley 4/2023”, *Cuadernos de Derecho Privado*, núm. 5, 2023, pp. 2-7, esp. p. 3.

⁶⁰ No parece que por el momento prospere la Propuesta de Reglamento de 7 de diciembre de 2022 sobre la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y aceptación de documentos auténticos en materia de filiación y la creación de un certificado europeo de filiación (COM (2022) 695 final) disponible en <https://commission.europa.eu/document/928ae98d-d85f-4c3d->

b) *Análisis cuando el género se ha autodeterminado en el extranjero: metodología del reconocimiento*

Como anunciamos, el siguiente análisis partirá de hipótesis concretas. En este caso, retomamos el ejemplo del cónyuge alemán de género no binario casado con una española, con residencia habitual en España. Con posterioridad al cambio de género, su mujer da a luz a un niño utilizando sus gametos masculinos y se plantea el establecimiento de la filiación respecto del progenitor transexual. En este caso vamos a jugar con la variante de que el progenitor transexual autodeterminó su género ante las autoridades alemanas, por lo que metodológicamente hay que enfrentar primeramente un problema de reconocimiento y después otro de ley aplicable.

En un supuesto como este, antes de determinar la ley aplicable a la filiación habría que establecer el género del progenitor por la vía del reconocimiento de la autodeterminación realizada ante las autoridades alemanas. Esto nos sitúa de nuevo en la problemática ya comentada en torno a la posibilidad de reconocer o no reconocer un género que no es contrario a nuestro orden público, pero que nuestro ordenamiento jurídico no conoce. En este caso, se trataría de ver si es posible reconocer el género no binario a los efectos de la determinación de la filiación. Reconocido el género no binario establecido ante autoridad extranjera, el siguiente paso es encajarlo en el Derecho aplicable a la filiación, que, en el ejemplo, es el Derecho español a título de residencia habitual del hijo (artículo 9.4 CC). *A priori* ese género desconocido en nuestro sistema de Derecho de filiación binario no encaja; sin embargo, sí creo que es posible una adaptación en esta materia sin necesidad de negar el género no binario del progenitor⁶¹. Una interpretación teleológica del artículo 116 CC permitiría integrar al cónyuge de la persona que da a luz en la presunción de paternidad con independencia de su género (máxime si además no hay dudas sobre el vínculo biológico entre el progenitor y el hijo)⁶². No obstante, debemos reconocer que a veces esa adaptación no va a poder ser posible y será necesaria una sustitución acorde con el sistema de género de la *lex causae*, cuando siendo esta una ley extranjera no sea tan flexible como pueda ser la española en el ejemplo descrito⁶³.

ac50-ba13ed981897_en, que establece una solución de ley aplicable muy diferente a la prevista en nuestro CC. Vid. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel., "La ley aplicable en la Propuesta de Reglamento de Filiación a la luz de los nuevos modelos de familia", *AEDIP*; t. XXIII, 2023, pp. 167-190, esp. pp. 171 y ss. Por otra parte, la Conferencia de La Haya continúa, tras más de una década, trabajando en la elaboración de un Convenio en la materia.

⁶¹ A favor del esfuerzo por una adaptación del ordenamiento jurídico de recepción del género no binario extranjero, GÖSSL, Susanne Lilian., "From Question of Fact...", *loc. cit.*, pp. 17 y 18.

⁶² Recordemos que el precepto sigue hablando de la presunción de "hijos del marido" de la madre.

⁶³ Vid. DUTTA, Anatol/PINTENS, Walter, "Private international law aspects of intersex", en /DUTTA, Anatol/HELMS, Tobias (eds.), *The Legal Status of Intersex Persons*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 415-426, esp. p. 424, donde los autores destacan que la necesidad de sustitución emerge incluso en casos internos del Derecho alemán, donde a pesar de reconocerse un estatus para las personas inter-

Por otro lado, existe otra posible opción, más discutible, pero que puede tomarse en consideración, en relación con la norma de conflicto en cascada del artículo 9.4 CC. Si la ley de la residencia habitual del hijo no permitiese el establecimiento de la filiación, se podría considerar la posibilidad de pasar al segundo punto de conexión, esto es, la ley de la nacionalidad del hijo (que, en muchas ocasiones coincidirá con la nacionalidad del progenitor transexual y, por tanto, con el sistema bajo el que se ha adquirido un tercer género), según la que quizá sí se pueda determinar la filiación respecto del progenitor de género no binario reconocido en España.

El problema del reconocimiento de una autodeterminación de género de un progenitor realizada ante autoridad extranjera no supone mayor problema (al margen de los inevitables problemas de adaptación mencionados en caso de género desconocido) para un sistema como el español, donde se permite tanto la autodeterminación de género, como la filiación homoparental. Sin embargo, esto no tiene por qué ser así en otros sistemas en los que tal reconocimiento podría ser un problema. Pienso, por ejemplo, en un sistema como el búlgaro, en el que tal y como quedó patente en el mencionado caso *Pancharevo*, no tiene cabida la homoparentalidad. Por ello, en caso de reconocerse en Bulgaria el cambio de género realizado en el extranjero por un progenitor (biológico) puede ser un obstáculo para el establecimiento de la filiación si la autodeterminación de género da como resultado una filiación homoparental. Obviamente, en este tipo de sistemas, no puede descartarse ni la ausencia de reconocimiento de la autodeterminación, ni la hipótesis de que incluso un reconocimiento positivo no se traslade a la determinación de la filiación y pudiera reconocerse una filiación bilateral heterosexual. En ambos supuestos, la filiación quedaría establecida, pero no en función del nuevo género de la persona trans.

c) Análisis cuando el género se autodetermina en el foro: metodología de ley aplicable

En el caso de que la autodeterminación de género del progenitor se haya realizado ante las mismas autoridades que están conociendo de la filiación, se nos plantea una posible concurrencia de leyes diferentes: la aplicable al género, y su posible autodeterminación, y la aplicable a la filiación. Si continuamos con nuestro ejemplo de progenitor alemán no binario, que realizó su autodeterminación de género ante las autoridades españolas, que ahora tienen que determinar la filiación, vemos que la autodeterminación de género se rige por el artículo 9.1 CC, ley de la nacionalidad, esto es, el Derecho alemán, que reconoce el tercer género. La filiación se rige por el artículo 9.4 CC que, en su primer punto de conexión determina la aplicación de la ley de

sexuales, el Derecho de familia alemán sigue basándose en el binarismo, como ocurre precisamente con la cuestión de si una persona de género indeterminado puede ser madre o padre.

la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación, lo que en el ejemplo conduciría a la aplicación de la ley española, cuyo sistema de filiación está basado en el binarismo. La hipótesis plantea diversos interrogantes.

La pregunta que debemos hacernos es qué ley debe determinar la cualidad de “progenitor”, “padre”, “madre” o equivalente. En otras palabras, nos encontramos ante un problema de delimitación del ámbito de aplicación de las leyes aplicables: ¿aplicamos la ley alemana a título de ley aplicable al género o la ley española a título de ley aplicable a la filiación? Desde el momento en el que el género ya no tiene por qué coincidir con el sexo biológico y, por tanto, no se puede dar por sentado, es necesario dar respuesta a esta pregunta, en cuanto que va a suponer la clave para identificar el concreto título de legitimación de la filiación sobre el que debemos basarnos. Y desde el momento en que tenemos que dar contenido a un concepto (el de “progenitor”, “padre”, “madre”...) cuya esencia está potencialmente regulada por una ley distinta (la ley de la nacionalidad de artículo 9.1 CC) de aquella que estás aplicando (la residencia habitual del hijo, en virtud del artículo 9.4 CC), se plantea un clásico problema de cuestión previa⁶⁴.

De entre las posibles formas de abordar esta problemática suelen destacarse dos soluciones ⁶⁵. La primera posibilidad supone la eliminación de la ley aplicable al género, de tal forma que la ley aplicable a la cuestión principal, la filiación, se aplica a la determinación de lo que se debe entender por “madre”, “padre”, “progenitor” o concepto equivalente. La supresión de una de las normas de conflicto en la ecuación supone eliminar, o al menos simplificar, el riesgo de problemas de adaptación, en cuanto que se presume la existencia de una coherencia entre el Derecho material aplicable a la filiación y el regulador del género de las personas físicas. En el ejemplo, esta opción nos conduce la aplicación de la ley española (como ley de la residencia habitual del hijo) a la cualidad del progenitor, lo que implicaría el no reconocimiento del cambio de género realizado por este, al no reconocerse en nuestro sistema género distinto de los binarios.

La segunda opción implica que el concepto utilizado por la ley rectora de la filiación (el de “madre”, “padre” o equivalente) esté regulado por una ley potencialmente distinta: aplicaremos a la cuestión previa, la autodetermina-

⁶⁴ Vid. GÖSSL, Susanne Lilian, “Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht”, *Das Ständesamt. Zeitschrift für Ständesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In – und Auslands*, n° 10, 2013, pp. 301-305, esp. pp. 302 y 303; DUTTA, Anatol/PINTENS, Walter, “Private international law...”, *loc. cit.*, esp. pp. 423 y 424; DUTTA, A., “Geschlechtsidentität statt Körper – Die Freizeit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz”, *FamRZ*, 2023, pp. 993-999, esp. p. 999; en la doctrina española, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Una visión de las propuestas...”, *loc. cit.*, pp. 22 y ss.

⁶⁵ Destacamos las dos soluciones más clásicas, sin olvidar que no son las únicas. Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “¿Qué norma de conflicto hay que adoptar para determinar la ley aplicable a las cuestiones previas a efectos de la sucesión?”, *REDI*, vol. 69, 2017, núm. 1, pp. 19-48, esp. pp. 25 y ss.

ción de género, su propia norma de conflicto⁶⁶. En el ejemplo que manejamos, esta solución daría como resultado la aplicación de la ley alemana a la cualidad del progenitor trans. En estos casos se puede plantear un problema de juicio de equivalencia y sustitución, en el caso de que el Derecho rector de la cuestión principal no conozca la institución, concepto o realidad jurídica del Derecho rector de la cuestión previa (por ejemplo, el género no binario del progenitor alemán) o no la conoce con el mismo contenido o alcance. Aquí podemos dar por reproducidas las inquietudes en torno a la difícil adaptación en materia de género, donde cualquier maniobra implicaría en realidad la opción por uno de los dos géneros binarios⁶⁷.

3.2.2. El sexo, el nombre y la denominación del progenitor

La autodeterminación de género, además de suponer una reasignación de sexo, suele ir acompañada de un cambio de nombre con el fin de adecuar la identidad al nuevo sexo legal del interesado⁶⁸. Si la reasignación y el cambio de nombre se han realizado ante autoridad extranjera, habrá que tratarlo como una cuestión de reconocimiento, respecto de la que, en principio, no tendría por qué plantearse problema, dado que nuestro ordenamiento jurídico no exige una correlación entre el nombre y el sexo o la identidad de género⁶⁹. Si se realiza ante autoridad española, la solución de ley aplicable coincidirá, habitualmente, con la de la autodeterminación de género, al ser la ley de la nacionalidad el criterio general que recoge el Convenio de Múnich de 1980⁷⁰.

El título de legitimación de la filiación que se seleccione en cada caso concreto no tiene, *a priori*⁷¹, por qué influir ni determinar el nombre del progenitor. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, son cuestiones independientes, a cada una de las cuales se les aplica su propia norma de conflicto⁷². Esto significa que se puede utilizar un título de legitimación de la filiación previsto para el sexo femenino (como es el clásico *mater semper certa est*) y, sin embargo, reflejar un nombre del progenitor correspondiente con el sexo masculino al que ha transicionado. Esta es la solución a la que llegó sobre este aspecto la sentencia del *Kammergericht* de Alemania ya referenciada. En el caso, el nacional austriaco había cambiado también su nombre para adecuarlo a su nueva identidad ante las autoridades de su nacionalidad. En

⁶⁶ De esta opinión, GÖSSL, Susanne Lilian, "Intersexuelle Menschen...", *loc. cit.*, p. 999.

⁶⁷ *Vid. supra*, epígrafe 2.1.4.

⁶⁸ *Vid.* sobre el impacto de la autodeterminación de género en el régimen jurídico del nombre, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, "La identidad de género...", *loc. cit.*, pp. 934 y ss.

⁶⁹ Artículo 51.2 Ley Registro Civil.

⁷⁰ Art. 1 del Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Múnich, el 5 de septiembre de 1980.

⁷¹ Salvo juego del orden público del foro. *Vid. infra*.

⁷² De hecho, de haber una influencia de una en la otra sería justo al revés, a la luz de la solución a la cuestión previa recogida en el Convenio de Múnich de 1980.

el momento de determinar la filiación, el tribunal alemán, tras optar por el título de legitimación correspondiente con el sexo biológico femenino, determinó que en la partida de nacimiento aparecería su nuevo nombre, correspondiente con su identidad de género masculina.

Un problema diferente, pero también relevante, es el de la nomenclatura para referirse al progenitor transexual respecto de su descendencia. Esta es una cuestión que tiene su reflejo en el Registro Civil o incluso en aquella documentación administrativa del hijo en la que se requiera el dato y que, por tanto, está regulada por el Derecho del foro. El asunto no es baladí, pues en función de la terminología utilizada se puede revelar más o menos información sobre el género del progenitor y, en consecuencia, puede suponer indirectamente la revelación del dato de la transexualidad de una persona. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de que la nomenclatura utilizada haga referencia a si el progenitor es gestante o no gestante o, por supuesto, si se usa la clásica mención de madre y padre. Tratándose de un hombre transexual, cuyo nombre determinado por su ley nacional se identifica con su nuevo género masculino, la nomenclatura de progenitor “gestante” (por haber dado a luz a su hijo usando sus órganos reproductores biológicos) o de “madre” revela su condición de transexualidad, pudiendo entenderse vulnerada su identidad de género⁷³.

Por último, otro dato que puede constar en la documentación registral o administrativa del hijo es el del sexo del progenitor. El esquema y la solución es la misma que hemos visto respecto del dato del nombre del progenitor. Formalmente, y aunque *a priori* parezca una incoherencia, nada impide que el sexo del progenitor reflejado en el certificado de nacimiento no coincida con el sexo en el que se base el título de legitimación de la filiación utilizado para su establecimiento. El género, y su posible autodeterminación, tiene su propia norma de conflicto y es una cuestión independiente. Las adaptaciones o sustituciones o, simplemente, interpretaciones que la ley de la filiación realice sobre el género del progenitor a los efectos de aplicar un título de legitimación, deben limitarse precisamente a esto. Dicho de otro modo, el trato que del género de la persona trans realice el Derecho aplicable a la filiación no debe arrastrar al género del progenitor (determinado por su propia norma de conflicto) a otros efectos. Por ello es posible que, como en la sentencia del

⁷³ Es interesante la postura que adoptó la Corte de Apelación de Montpellier, en su sentencia de 14 de noviembre de 2018, en la que el tribunal determinó judicialmente la filiación de dos mujeres (una biológica y otra transexual) ordenando que la inscripción de ambas constara con el término neutro de “progenitor”; el tribunal pretendía conciliar el interés superior del niño de ver reconocida su filiación y el derecho de la mujer transexual de ver reconocido su vínculo de filiación respetando el derecho a la vida privada. *Vid. Cour d’Appel de Montpellier, arrêt du 14 novembre 2018*, n° RG 16/06059, disponible en <http://efaidnbmnnnibpcajpcgclcfindmkaj/https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/11/16-06059.pdf> La sentencia fue, no obstante, anulada por la Corte de Casación francesa a la que nos referiremos *infra*, por no prever el Derecho francés vigente en ese momento la homoparentalidad.

Kammergericht de Alemania, la filiación se determine con base en un título previsto para ser “madre” y el género del progenitor en el registro conste como masculino.

3.3. Impacto de la autodeterminación de género en la filiación ya establecida

3.3.1. Estabilidad del vínculo de filiación y régimen jurídico de la impugnación

La autodeterminación de género realizada con posterioridad al establecimiento de la filiación también puede impactar en su régimen jurídico. La problemática que se puede derivar de esta situación se observa muy bien en la sentencia de la Corte de Casación de Francia de 16 de septiembre de 2020⁷⁴. Se trataba del caso de una mujer transgénero que, una vez realizado el cambio de sexo, procrea con su esposa, utilizando sus gametos masculinos. La sentencia, pese a que no es fruto de una situación privada internacional, es interesante porque a la duda en torno a cuál debe ser el título de legitimación de la filiación en casos de progenitores transexuales, se añadió el elemento de que ya existían hijos de la misma pareja nacidos antes del cambio de género y respecto de los que se había determinado pacíficamente la filiación paterna. El tribunal francés decidió que debían aplicarse los títulos de legitimación de la filiación previstos para padres/varones con base en dos razones: una, porque el Derecho francés no reconocía la homoparentalidad, por lo que no podrían constar dos madres; dos, porque esta solución permitía mantener el mismo título de filiación respecto de los hermanos mayores. A raíz de este caso podemos plantearnos la siguiente pregunta ¿cambia el régimen jurídico de la filiación ya establecida en el caso de una autodeterminación de género posterior de uno de los progenitores? La cuestión tiene especial relevancia en relación con la posibilidad de impugnar la filiación establecida. Si el padre ha “transicionado” a mujer y la ley aplicable establece vías diferentes para la impugnación de la maternidad y de la paternidad, ¿cuáles se aplican?

En este caso, creo que el planteamiento debe ser distinto y la competición entre leyes aplicables descartada. El título de legitimación de la filiación ya está seleccionado, y la filiación establecida. El artículo 9.4 CC determina temporalmente el punto de conexión al momento del establecimiento de la filiación⁷⁵. Por tanto, la lógica indica que cualquier tipo de circunstancia que

⁷⁴ Pourvoi n° 18-50.080, ECLI:FR:CCASS:2020:C100519, disponible en <https://www.courdecassation.fr/decision/5fca35855aecfb4efa770d5c>

⁷⁵ Con todas las críticas que esta imprecisa concreción temporal ha recibido, ya que finalmente no resuelve completamente el clásico problema de conflicto móvil que presentaba este precepto en sus versiones anteriores. *Vid.* al respecto, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, en VVAA (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2020, pp. 91-109, pp. 101-103;

pueda afectar al título de legitimación de la filiación ya determinada, debe entenderse incluido dentro del ámbito de aplicación de la ley aplicable a la filiación⁷⁶. Por ello, debe ser esta ley la que decida si da relevancia o no a un cambio posterior del género respecto del título de legitimación de la filiación ya establecida⁷⁷. Un ejemplo nos ayuda a ilustrar esta idea.

Pensemos en un hombre de nacionalidad maltesa y domicilio en Madrid, casado, que tiene un hijo con su mujer, respecto del que se establece la filiación matrimonial en virtud de la presunción de paternidad del marido de la madre recogida en el artículo 116 CC. Con posterioridad al establecimiento de la filiación, el interesado autodetermina su género pasando a ser considerado legalmente como mujer, de conformidad con la ley maltesa. Y con posterioridad a dicha autodeterminación, surgen dudas en torno a su vínculo de filiación. El problema surge porque las acciones de impugnación de la filiación también tienen sus propios títulos de legitimación, a veces basados en el género de los progenitores. En nuestro sistema la estructura de las acciones de filiación gira más en torno a la diferencia entre filiación matrimonial y filiación no matrimonial y la introducción de las nociones de “progenitor gestante” o “progenitor no gestante”. Aun así, hay preceptos, como el del art. 136 CC que regula específicamente la acción de impugnación de la “paternidad” por parte del “marido”. El problema interpretativo está servido en un nivel meramente interno y se complica en el internacional.

Desde el punto de vista de la determinación de la ley aplicable, a los problemas de delimitación de estatutos, se añade un problema temporal en relación con el momento en el que se debe valorar el género del supuesto progenitor: si el género que tenía cuando se estableció la filiación o si el género que tiene en el momento de la impugnación. Del artículo 9.4 CC se puede derivar una solución a esta cuestión, en el sentido de que la ley aplicable a la filiación y determinada en el momento del establecimiento (y no de la impugnación), es la que debe decidir esta cuestión. En el ejemplo, la ley aplicable sería la española y, por tanto, habría que decidir si al caso se puede aplicar la acción de impugnación para el marido de la madre prevista en el artículo 136 CC o si hay que explorar otras opciones que tengan cabida con el nuevo género femenino del progenitor, como la prevista en el artículo 140.2 CC.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos/SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *op. cit.*, p. 553, donde los autores abogan por un desdoble del punto de conexión a favor del hijo.

⁷⁶ De la misma opinión, SCHULZ, Alix, *Geschlechtliche Selbstbestimmung im Internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023, p. 179.

⁷⁷ En el caso del ordenamiento jurídico español, esta lógica es conforme con el principio de estabilidad de la filiación y el principio de seguridad jurídica, que se puede derivar del artículo 112 CC. Además, una aplicación retroactiva de la reasignación de género en relación con la filiación sería contradictoria con el efecto constitutivo de la rectificación registral que prevé el artículo 46.1 de la “Ley Trans”. En este sentido, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 998.

3.3.2. Impacto en la identidad del hijo: análisis de los intereses en juego

Tal y como ya hemos visto, parte de la identidad del hijo está conformada por los nombres y el sexo de sus progenitores. Son datos, además, que suelen tener cierta publicidad, en los casos en los que se reflejan en documentos identificativos del hijo. Desde el Derecho internacional privado, la determinación de la ley aplicable al nombre y al género del progenitor trans supone la aplicación de las normas de conflicto del nombre y del género (o su reconocimiento, en el caso de que esta operación la haya realizado autoridad extranjera), que nada tienen que ver con el hijo. Sin embargo, la clásica operación conflictual se va a ver muy mediatizada por la impronta de los Derechos humanos y, en concreto, por la afectación del principio de identidad del hijo.

La autodeterminación de género no debe plantear recelo o controversia alguna desde el punto de vista de los intereses del hijo cuando ésta se hace antes del establecimiento de la filiación. En un sistema como el español, en el que la autodeterminación de género se deriva directamente de un principio constitucional, la transexualidad de un progenitor es sencillamente irrelevante. La doctrina del TEDH, como hemos visto, es clara también en este sentido: cuando se reconoce el derecho a la reasignación de sexo de una persona, se debe hacer con todas las consecuencias, sin restringir ni el *ius connubi*, ni su posibilidad de procrear⁷⁸. Sin embargo, la cuestión no es tan pacífica en el caso de que la autodeterminación del progenitor se haya realizado una vez que la filiación está establecida. Sobre todo, en relación con las cuestiones adyacentes que afectan directamente a la identidad del hijo: el nombre del progenitor, el posible reflejo de su sexo en la documentación del hijo y la terminología utilizada por el foro para conceptuar el vínculo de filiación. En estos casos existe un choque entre los intereses de la persona transexual y los intereses del hijo⁷⁹.

En el trasfondo nos encontramos con la impronta de derechos tales como el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la vida personal y familiar, la dignidad de la persona o la identidad de la persona, entre otros. Por ello, como decíamos, este contexto hace que el análisis en términos conflictuales quede mediatizado, o casi desplazado por el análisis en términos de derechos⁸⁰. Las preguntas que debemos hacernos son: desde la perspectiva del progenitor transexual, ¿tiene derecho quien antes era padre a ser madre a partir del momento de la autodeterminación?; y desde el punto de vista del hijo, ¿tiene este que asumir que su padre “Juan” pase a ser su madre “Carmen”?

Como todo análisis en términos de valores y de confrontación de derechos, la respuesta implica una toma de postura en la que siempre va a haber

⁷⁸ Vid. supra, fundamentalmente en la referencia al caso *Christine Goodwin c. Reino Unido*.

⁷⁹ También da cuenta de este problema, en Alemania, SCHULZ, Alix, *op. cit.*, p. 179.

⁸⁰ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Una visión de las propuestas...”, *loc. cit.*, p. 8.

algún interés que salga perjudicado. Si ya hemos visto las reticencias en torno a la posibilidad de obligar a un cónyuge a soportar el cambio de género de su consorte, más dudas se plantean cuando esas consecuencias se refieren a la identidad del hijo. En general, es difícil pensar que el derecho a la identidad de género de una persona pueda suponer la imposición de una modificación del contenido concreto del derecho a la identidad de otra. No obstante, cabe realizar algunas matizaciones en función de que el hijo sea mayor o menor de edad.

En el caso de que el hijo sea mayor de edad, el impacto de la autodeterminación de género del progenitor sobre su identidad debería depender de su voluntad. Es decir, solo en el caso de que el hijo esté de acuerdo se modificarán los datos relativos a la identificación de su progenitor (nombre, nomenclatura y sexo) en la documentación que le afecte.

En el caso de hijos menores de edad, habrá que tener en cuenta el interés superior del menor. No es inusual que, en materia de filiación, de forma incorrecta, se introduzca como parámetro de valoración este principio a la hora de buscar respuestas desde el Derecho internacional privado⁸¹. Sin embargo, aquí no estamos hablando realmente de filiación, sino de identidad del hijo (derivada de esa filiación) y, por tanto, sí creo que el interés superior del menor es un válido parámetro para considerar en aquellos casos en los que la identidad del hijo afectada por la autodeterminación de género del progenitor sea, además, la identidad de un menor. Obviamente, en caso de entrar en juego este principio, tendríamos un argumento más para limitar el alcance del derecho a la libre determinación del progenitor trans, frente al derecho a la identidad del hijo⁸². Por último, la voluntad del menor podría ser tenida en cuenta también, en función de su edad y madurez. En este sentido, las disposiciones de la propia “Ley Trans” sobre la autodeterminación de género en menores podrían servir como parámetro.

3.3.3. Particularidades del juego del orden público

No podemos cerrar este análisis sin hacer referencia al posible juego del orden público del foro, especialmente sensible en las materias que nos ocupan. La autodeterminación de género deriva directamente del principio de libre desarrollo de la personalidad, pero también afecta al derecho a la identidad en relación con el derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH. La filiación configura, al igual que el matrimonio, la identidad familiar social y cultural de una sociedad. Buena prueba de ello son los casos *Pancharevo*⁸³

⁸¹ Lo denuncia ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “La ley aplicable a la filiación...”, *loc. cit.*, pp. 93 y ss.

⁸² El derecho a la identidad del niño se recoge en el artículo 8 de la Convención sobre los derechos del niño de Naciones Unidas.

⁸³ *Vid. supra.*

y *Rzecznik*⁸⁴ sustanciados ante el TJUE, en los que queda patente el difícil equilibrio entre las libertades europeas y el respeto a la identidad nacional y orden público de los Estados miembros a propósito de la filiación homoparental, no reconocida ni en Bulgaria, ni en Polonia respectivamente. Bajo estas circunstancias, es muy probable que vaya a prevalecer la concepción que el foro tenga sobre la autodeterminación de género y sobre la filiación. El análisis, como siempre, tendrá que hacerse caso por caso.

Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico español, el orden público tendría que actuar en el caso de que un ordenamiento extranjero niegue la determinación del vínculo de filiación por el hecho de la transexualidad del progenitor, ya sea por la vía del control de condiciones en el reconocimiento de una resolución o certificado emitido por autoridad extranjera, ya sea por la vía de la excepción del orden público del artículo 12.3 CC. No obstante, en el contexto del método conflictual, habría que tener en cuenta la relación entre la cascada del artículo 9.4 CC y la activación del orden público. Nuestra norma de conflicto es una norma materialmente orientada al *favor filiationis*, esto es, al objetivo de que la filiación quede establecida. Si el primer punto de conexión de la cascada nos conduce a la aplicación de una ley extranjera en la que la autodeterminación de género de un progenitor suponga un obstáculo a la determinación de la filiación, habría que dar curso a la cascada y pasar al segundo punto de conexión. En el caso de que en aplicación de este segundo punto de conexión lleguemos al mismo resultado de no establecimiento de la filiación, en último término, la norma de conflicto prevé como conexión de cierre la aplicación de la ley sustantiva española, según la cual la filiación sí quedaría establecida, por lo que no sería necesario acudir al mecanismo del orden público⁸⁵.

Sin embargo, la cuestión puede plantearse de una forma más compleja en la práctica, en el sentido de que: o bien se determine la filiación negando la autodeterminación de género del progenitor o bien no se determine a favor de ese progenitor, sino a favor de una tercera persona (por ejemplo, el marido de la madre, respecto del que esta se encuentra separada de hecho únicamente). En estos casos, la relación entre la cascada del artículo 9.4 CC y el orden público es más delicada, en cuanto que la filiación está establecida y la orientación material del mencionado artículo cumplida. La activación de la cascada conflictual con el recurso a la ley subsidiariamente aplicable implicaría introducir en la orientación material de esta norma de conflicto otros intereses u objetivos ajenos al establecimiento de la filiación en sí: el libre desarrollo de la personalidad y la identidad del progenitor transgénero. Dicho de otro modo, supondría que la norma de conflicto del artículo 9.4 CC estaría tomando partido entre dos tipos de filiaciones (la que tiene en cuenta

⁸⁴ Auto TJUE de 24 de junio de 2022, asunto C2/21, Caso *Rzecznick*, ECLI:EU:C:2022:502.

⁸⁵ Vid. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *loc. cit.*, p. 997.

la autodeterminación de género frente a la que no). Tal interpretación no nos parece procedente, por lo que, en estos casos, parece más adecuado activar directamente la excepción del orden público⁸⁶.

4. CONCLUSIONES

Las Conclusiones del Abogado General Jean Richard de la Tour en el caso *Mirin* mostraron una preocupación específica por la incidencia del cambio de género más allá de la esfera estrictamente personal del interesado. En ellas se apuntó a posibles efectos en “materia de estado de las personas, lo que comprende las normas relativas al matrimonio y a la filiación”. El presente trabajo ha demostrado que, efectivamente, tales efectos existen y pueden tener más o menos trascendencia, sobre todo, en función de la receptividad y flexibilidad de las leyes nacionales para asumir nuevas realidades del estado civil, de las nuevas personas y de las nuevas familias.

Adaptar todo un ordenamiento jurídico a una reforma legislativa como la que implica la introducción de la autodeterminación de género supone un gran desafío para el legislador. Las adaptaciones se hacen inmediatamente necesarias al verse afectados los pilares sobre los que tradicionalmente se han basado materias como el matrimonio o, más evidentemente, la filiación. Este escenario se hace aún más palpable en el ámbito internacional, donde la conjugación de la distinta heterogeneidad normativa y la confrontación de valores a veces contrapuestos de los distintos ordenamientos jurídicos, multiplica los problemas y dificulta su solución y adaptación.

La incidencia de la autodeterminación de género a los efectos de la celebración del matrimonio depende directamente de la concepción del foro respecto de la institución matrimonial. En ordenamientos jurídicos, como el nuestro, en los que el género no es un elemento relevante para el acceso al matrimonio la incidencia es generalmente manejable, hasta el punto de que un extranjero con un género no conocido para nuestro sistema puede casarse ante una autoridad española sin recelo alguno. No obstante, persiste la necesidad de una acción por parte del legislador que aclare cómo debemos calificar la autodeterminación de género de los contrayentes dentro del elenco de leyes que confluyen en la celebración del matrimonio, recomendándose una calificación de fondo que nos conduzca a la *lex auctoritas*.

Si la autodeterminación de género se realiza por un cónyuge, una vez que el matrimonio ya está celebrado, la incidencia se puede producir en términos de eficacia o incluso nulidad del vínculo matrimonial (por ejemplo, por crear

⁸⁶ Vid. RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, “La incidencia de la autodeterminación de género en el régimen jurídico de la filiación”, en JIMÉNEZ BLANCO, Pilar/RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, pp. 291-315, esp. pp. 307 y ss.

un vicio en el consentimiento del otro cónyuge o error en torno a la identidad del otro). De nuevo, desde nuestro ordenamiento jurídico se plantea la necesidad, a falta de una *lex matrimonii*, de concretar qué ley sería la que debe determinar esa posible afectación a la eficacia del matrimonio celebrado o qué ley debe determinar, en su caso, esa nulidad. Ahora bien, sea cual fuere la solución, hay que tomar en consideración el posible juego del orden público español, por ejemplo, en los casos en los que, como ocurre en Italia, la autodeterminación de género de uno de los cónyuges supone la terminación del matrimonio.

La cuestión plantea más limitaciones en el ámbito registral, donde los moldes del Registro Civil no pueden adaptarse a las exigencias de leyes extranjeras. En concreto, nuestro sistema sigue estando basado en el binarismo, de tal forma que, si bien hemos defendido que un extranjero no binario puede perfectamente casarse como tal ante autoridad española, sin embargo, a la hora de inscribir el matrimonio en el Registro Civil español será necesario, en el estado actual, realizar una adaptación a alguno de los géneros conocidos en nuestro sistema.

Respecto del régimen de filiación, la autodeterminación de género de un progenitor impacta en la aplicación e interpretación de las normas de filiación que aún están estrechamente ligadas al dato del sexo. En Derecho internacional privado el problema se traduce en la necesidad de delimitar los estatutos en juego y la posible cuestión previa entre la ley rectora de la filiación y la ley rectora de la autodeterminación de género, con los consiguientes problemas de adaptación o sustitución. A la hora de plantearse el establecimiento de una filiación, la autodeterminación puede incidir, en primer lugar, en la propia existencia del vínculo; por ejemplo, en la hipótesis de que la autodeterminación de género implique el paso de una filiación heteroparental a homoparental en aquellos casos en los que la ley aplicable rechace esta última o que sea contraria al orden público del foro. En segundo lugar, la autodeterminación puede generar dudas en torno a la selección del concreto título de legitimación de la filiación determinado por la *lex causae*; por ejemplo, en el caso de la aplicación de la presunción de la paternidad del marido de la madre del artículo 116 CC a un hombre transexual o a una persona con un tercer género.

Cuando la autodeterminación de género por parte del progenitor tiene lugar una vez determinada la filiación, el impacto puede darse respecto del régimen de impugnación de la filiación y, en concreto, en torno a la concreta acción o título sobre el que basar la misma. Esta problemática no debe tratarse como una competencia entre distintas leyes, sino como un problema de aplicación temporal. Será la ley aplicable a la filiación la que incluya dentro de su ámbito de aplicación cuál es el momento en el que hay que valorar el género del progenitor y, en consecuencia, concretar el régimen de impugnación.

Por último, no debemos olvidar que todas las ecuaciones planteadas están condicionadas por el posible juego del orden público, especialmente ejecutivo en las materias afectadas, de forma que no pueda ser sorprendente que en el resultado final prevalezca la concepción del foro. Sobre todo, es necesario tener en cuenta la impronta de los Derechos humanos, que están presentes no solo respecto del libre desarrollo de la personalidad de la persona trans, sino también respecto de la identidad del cónyuge o del hijo.

¿LÍMITES A LA INVESTIGACIÓN? LA NORMATIVA EUROPEA SOBRE CONTROL DE EXPORTACIONES EN LAS UNIVERSIDADES

LIMITS TO RESEARCH? EUROPEAN REGULATIONS ON EXPORT CONTROL IN UNIVERSITIES

Ana SÁNCHEZ COBALEDA*

Resumen: El artículo aborda la importancia de implementar medidas de control de exportaciones en el ámbito académico. Estas medidas son cruciales para prevenir la transferencia no autorizada de tecnologías sensibles y conocimientos que podrían ser utilizados en la proliferación de armas de destrucción masiva. Las universidades, como centros de investigación y desarrollo, a menudo manejan información y tecnología avanzada que puede tener aplicaciones duales, tanto civiles como militares. El artículo analiza la normativa europea vigente —que obliga a las universidades a controlar su investigación—, los retos que su implementación supone para las instituciones académicas y las recomendaciones ofrecidas por la Comisión Europea para garantizar su cumplimiento. Asimismo, destaca la necesidad de que los centros de investigación establezcan políticas y procedimientos claros para asegurar el cumplimiento de la normativa europea, encarnada en el Reglamento (UE) 2021/821 sobre control de exportaciones de bienes de doble uso. Además, se enfatiza la responsabilidad de los investigadores y administradores universitarios en la identificación de riesgos y en la formación adecuada sobre la regulación en vigor. De esta manera, se busca garantizar que la colaboración internacional y el intercambio de conocimiento se realicen de manera segura y responsable, protegiendo la seguridad nacional y salvaguardando la libertad académica.

Palabras clave: Universidades, investigación, seguridad internacional, exportación de conocimientos, UE, doble uso

Abstract: The article discusses the importance of implementing export control measures in academia. These measures are crucial to prevent the unauthorised transfer of sensitive technologies and knowledge that could be used in the proliferation of weapons of mass destruction. Universities, as research and development centres, often handle advanced information and technology that can have dual —civilian and military— applications. The article analyses the current regulations, the challenges that their implementation poses for universities, and the recommendations offered by the European Commission to ensure compliance. It also highlights the need for academic institutions to establish clear policies and procedures to ensure compliance with European regulations, embodied in Regulation (EU) 2021/821 on export control of dual-use goods. In addition, it emphasises the responsibility of university researchers and administrators to identify risks and provide adequate training on the regulations in force. In this way, it seeks to ensure that international collaboration and knowledge sharing takes place in a safe and responsible manner, protecting national security and promoting science with a conscience.

* Profesora lectora de Derecho Internacional Público en la Universidad de Barcelona (sanchezcoaleda@ub.edu). Estudio realizado en el marco del proyecto de investigación financiado por el Observatorio de Derecho Público IDP Barcelona “Las universidades como exportadoras de conocimiento estratégico: cumpliendo la normativa europea”. Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 27 de octubre de 2024.

Keywords: Universities, research, international security, knowledge transfer, EU, dual use

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. INVESTIGACIÓN Y SEGURIDAD: UN VÍNCULO ESTRATÉGICO. 3. MARCO JURÍDICO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 3.1. Modalidades de control. 3.1.1. *Controles de los bienes listados*. 3.1.2. *Controles derivados de la cláusula catch-all*. 3.2. Exenciones previstas en el control de exportaciones para los centros de investigación. 3.3. Obligaciones para los centros de investigación. 4. RETOS DE CUMPLIMIENTO PARA LOS CENTROS DE INVESTIGACIÓN. 4.1. Descentralización y falta de concienciación. 4.2. Valores académicos. 4.3. Evaluación de riesgos. 4.4. Aplicación interna. 5. RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE PROMOCIÓN DEL CUMPLIMIENTO INTERNO EN LAS UNIVERSIDADES 5.1. Compromiso de cumplimiento por parte de los altos cargos. 5.2. Estructura organizativa, responsabilidades y recursos. 5.3. Formación y concienciación. 5.4. Procedimientos y procesos de control de las exportaciones. 5.5. Revisión del rendimiento, auditorías, presentación de informes y medidas correctivas. 5.6. Registro y documentación. 5.7. Seguridad física y de la información. 6. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

En el actual contexto de la llamada competencia entre grandes potencias (“*Great Power Competition*”)¹, cualquier ventaja científica o técnica tiene la posibilidad de conceder al Estado que la posea una situación privilegiada respecto al resto. Ante esta realidad, las universidades y centros de investigación de todo el mundo se han convertido en actores geoestratégicos clave, capaces de situar a un Estado en la vanguardia no solo de la ciencia sino también de la competición por lograr una autonomía estratégica. Muchos de los conocimientos obtenidos en el contexto académico tienen un doble uso, es decir, que además de promover el desarrollo de los Estados, también son susceptibles de contribuir a amenazas contra la seguridad, como es la proliferación de armas de destrucción masiva (ADM), es decir, armas nucleares, químicas y biológicas y ciertas tecnologías de misiles. Si bien la academia siempre ha estado profundamente vinculada al desarrollo de los países, su importancia se está tornando cada vez más significativa, en tanto que el número de tecnologías y avances capaces de desestabilizar la seguridad internacional es cada vez mayor.

Ante este panorama, la Unión Europea (UE) ha adoptado medidas orientadas a garantizar que los Estados miembros no exporten conocimiento de doble uso que pueda contribuir a la inestabilidad internacional, aunque en ocasiones estos controles jurídicamente vinculantes exigidos por el *Reglamento (UE) 2021/821 por el que se establece un régimen de la Unión de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transfe-*

¹ SAVOY, Conor M. y STAGUHN, Janina, “Global Development in an Era of Great Power Competition”, *Center for Strategic and International Studies*, marzo, 2022. Disponible en: www.csis.org/analysis/global-development-era-great-power-competition

*rencia de productos de doble uso*² supongan limitaciones al funcionamiento de los centros de investigación e, incluso, puedan ir en contra de algunos de los principios fundamentales de la comunidad académica.

Analizar el impacto que estas obligaciones europeas de control de exportaciones están teniendo sobre las universidades y que podrían poner en peligro la libertad académica dentro de la UE es, precisamente, el primero de los dos objetivos del presente trabajo. El segundo es identificar los principales mecanismos al alcance de las instituciones académicas para tratar de resolver posibles conflictos y estar a la altura de sus obligaciones legales. A este respecto, resultan especialmente pertinentes los programas internos de cumplimiento (ICP por sus siglas en inglés) —tradicionalmente vistos en el sector industrial privado— promovidos por las recomendaciones no vinculantes publicadas por la Comisión Europea en su *Recomendación (UE) 2021/1700*³ sobre cómo aplicar correctamente los controles de exportaciones en el ámbito de las universidades.

Aunque parece razonable afirmar que el control total no es posible —y sería ingenuo pretenderlo—, la práctica demuestra que los agentes no estatales, como científicos y académicos, tendrán que desempeñar un papel cada vez más importante no sólo en la aplicación, sino, idealmente, también en las fases previas a la adopción de normativa internacional o nacional relacionadas con la investigación y los controles de exportaciones estratégicas.

2. INVESTIGACIÓN Y SEGURIDAD: UN VÍNCULO ESTRATÉGICO

Que el conocimiento y la producción científica pueden utilizarse tanto para fines benignos como malignos es algo bien sabido. Históricamente, quizás, el ejemplo más significativo sea la fisión nuclear, un descubrimiento que dio lugar a diversas aplicaciones civiles como la producción de energía, diagnósticos y tratamientos médicos, mejoras en la agricultura y otros fines industriales, pero que también fue aprovechado para la construcción de la primera bomba atómica. El llamado Proyecto Manhattan, investigación financiada por el gobierno de los EE.UU., se inició en 1941 y conceptualizó y desarrolló dispositivos explosivos nucleares utilizados en el arma nuclear⁴.

² Reglamento (UE) 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2021 (versión refundida), DOUE, L 206, de 11 de junio de 2021 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R0821>

³ Recomendación (UE) 2021/1700 de la Comisión de 15 de septiembre de 2021 relativa a los programas internos de cumplimiento para los controles de la investigación relacionada con productos de doble uso en virtud del Reglamento (UE) 2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un régimen de la Unión de control de las exportaciones, el corretaje, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso, DOUE, L 338, de 23 de septiembre de 2021 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021H1700>

⁴ FISCHER, David, *History of the IAEA: The First Forty Years. A 40th Anniversary Publication* International Atomic Energy Agency, Viena, 1997, pp. 15-16; LAURENCE, William L., *Men and Atoms*, Simon and Schuster, New York, 1959, p. 59.

En cuanto a las armas químicas, fue el Instituto de Química Física Kaiser Wilhelm el que desarrolló el uso de nubes de cloro durante la Primera Guerra Mundial, utilizadas en los tristemente célebres campos de Ypres (1915)⁵, y en el ámbito de la biología, como bien recogió en 2004 el influyente informe Fink, “*almost all biotechnology in service of human health can be subverted for misuse by hostile individuals or nations*”⁶.

Uno de los ejemplos más recientes de la conexión entre investigación y proliferación de ADM fue el descubrimiento de la red de Abdul Qaheer Khan, más conocido como A.Q. Khan⁷. Este científico, considerado el padre del programa clandestino de armas nucleares de Pakistán, obtuvo un doctorado en ingeniería metalúrgica en la Universidad Católica de Lovaina (Bélgica), trabajó para Urenco (consorcio de enriquecimiento de uranio) y, mediante la creación de una red de adquisición de productos de doble uso que en aquel momento no estaban sometidos a ningún control de exportaciones, logró no solo dotar a su país de la bomba atómica sino también proporcionar a otros Estados dichos bienes y tecnologías estratégicas⁸.

Las universidades son, por lo tanto, actores cada vez más clave de la seguridad nacional e internacional porque poseen conocimientos especializados y estratégicamente relevantes que, en manos inadecuadas, pueden ser capaces de afectar las relaciones internacionales, la paz y la estabilidad nacional o regional. Algunos Estados intentan adquirir ese *know-how* sensible para su propio beneficio o para transmitirlo a otros Estados y obtener ganancias económicas contribuyendo a la modernización de sus arsenales, por lo que, el personal investigador y administrativo de los centros académicos debe ser

⁵ RICHARDT, Andre y SABATH, Frank, “A Glance Back – Myths and Facts about CBRN Incidents”, en RICHARDT, Andre, HÜLSEWEH, Birgit *et al.* (eds.), *CBRN Protection: Managing the Threat of Chemical, Biological, Radioactive and Nuclear Weapons*. Wiley-VCH Verlag GmbH & Co. KGaA, Weinheim, 2013, pp. 3–38 (pp. 5–13).

⁶ El Fink Report es el informe de la National Research Council of the National Academies estadounidense, conocido así por el presidente del comité encargado de su elaboración, el Dr. Gerald Fink, del MIT. Este informe es considerado el punto de partida y fundamento necesario para analizar el debate sobre las posibles formas de bioseguridad y los posibles riesgos de la investigación en biología. NATIONAL RESEARCH COUNCIL OF THE NATIONAL ACADEMIES-US, *Biotechnology Research in an Age of Terrorism [‘The Fink Report’]*, National Academy Press, Washington, D.C., 2004.

⁷ ALBRIGHT, David, BRANNAN, Paul, y SCHEEL STRICKER, Andrea, “Detecting and Disrupting Illicit Nuclear Trade after A.Q. Khan”, *The Washington Quarterly*, vol. 33, núm. 2, 2010, pp. 85–106; ALBRIGHT, David y HINDERSTEIN, Corey, “Unraveling the A. Q. Khan and Future Proliferation Networks”, *The Washington Quarterly*, vol. 28, núm. 2, 2005, pp. 111–128.

⁸ Si bien ofreció sus servicios y conocimientos a los gobiernos de Iraq, Irán y RPDC, fue Libia su principal cliente y el mercado a través del cual se destapó esta red clandestina. El Dr. A. Q. Khan, para suministrar a Libia, había creado talleres y compañías pantalla en Turquía, Sudáfrica y Malasia desde donde se enviaban componentes a través de un Estado de tránsito como Emiratos Árabes Unidos. Uno de esos envíos —con materiales nucleares— fue interceptado en su ruta hacia puerto libio, quedando al descubierto las ambiciones nucleares de dicho Estado. ALBRIGHT, David y HINDERSTEIN, Corey, *op. cit.*, pp. 113–114; CLARY, Christopher, “Dr. Khan’s Nuclear WalMart”, *Disarmament Diplomacy*, vol. 76, 2004, pp. 31–36; ALBRIGHT, David, BRANNAN, Paul, y SCHEEL STRICKER, Andrea, “Detecting and Disrupting Illicit Nuclear Trade after A.Q. Khan”, *The Washington Quarterly*, vol. 33, núm. 2, 2010, pp. 85–106.

concedor de los riesgos y peligros de la participación consciente o inconsciente en la proliferación a través de su labor académica⁹.

El control de exportaciones es el mecanismo a través del cual las transferencias sensibles y la cooperación en materia de conocimiento estratégico quedan sometidas a limitaciones por parte de las autoridades nacionales con el objetivo de garantizar la seguridad¹⁰. Los controles de exportaciones tienen su origen en la Guerra Fría, cuando los EE.UU. recurrieron a ellos para prevenir que la Unión Soviética se hiciera con sus tecnologías avanzadas y las usara para socavar la supremacía militar e industrial estadounidense¹¹. Desde entonces, su uso se ha ampliado para incluir una función coercitiva. Por ejemplo, existen diversos regímenes nacionales e internacionales de control de las exportaciones dirigidos a una amplia gama de productos exportados a Corea del Norte, cuyo objetivo es aislar la economía norcoreana y obligar así a Pyongyang a renunciar a su programa de armas nucleares¹². Sin embargo, los controles de las exportaciones también se han justificado por su función de “bien público”, restringiendo la difusión de tecnologías que podrían contribuir a usos finales cuestionables como, por ejemplo, el desarrollo de ADM o violaciones de derechos humanos¹³.

Los controles de exportaciones se legislan casi exclusivamente a nivel nacional, ya sea en respuesta a iniciativas unilaterales¹⁴, o para garantizar la alineación nacional con los instrumentos jurídicos internacionales, como sanciones, Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas¹⁵

⁹ BROMLEY, Mark y MALETTA, Giovanna, “The Challenge of Software and Technology Transfers to Non-Proliferation Efforts: Implementing and Complying with Export Controls”, *SIPRI Research Paper*, SIPRI, Stockholm, abril 2018, p. 30.

¹⁰ MAX-PLANCK-GESELLSCHAFT, *Guidelines and Rules of the Max Planck Society on a Responsible Approach to Freedom of Research and Research Risks*, Múnich, mayo 2017 www.mpg.de/197392/guidelines-and-rules-of-the-max-planck-society-on-a-responsible-approach-to-freedom-of-research-and-research-risks.pdf?utm_source=chatgpt.com; HOUSE SELECT COMMITTEE ON THE CHINESE COMMUNIST PARTY AND THE HOUSE EDUCATION AND WORKFORCE COMMITTEE, *How American Taxpayers and Universities Fund the CCP's Advanced Military and Technological Research*, septiembre 2024 <https://selectcommitteeontheccp.house.gov/sites/evo-subsites/selectcommitteeontheccp.house.gov/files/evo-media-document/RS%20Report%20Cover%20Final%20%281%29-merged-compressed%20%282%29.pdf>

¹¹ CUPITT, Richard T., *Reluctant Champions: US Presidential Policy and Strategic Export Controls, Truman, Eisenhower, Bush and Clinton*, Routledge, New York, 2002, pp. 51-83; DANIELS, Mario y KRIGE, John, *Knowledge Regulation and National Security in Postwar America*, University of Chicago Press, Chicago, 2022, pp. 61-98.

¹² WATTERSON, Christopher, “What next for sanctions against North Korea?”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol. 75, núm. 5, 2019.

¹³ KANETAKE, Machiko, “The EU’s export control of cyber surveillance technology: human rights approaches”, *Business and Human Rights journal*, vol. 4, núm. 1, 2019, pp. 155-162.

¹⁴ Por ejemplo, los controles de las exportaciones de EE.UU. legislados en virtud de la prohibición de semiconductores de la Administración Biden a China.

¹⁵ Como la mencionada Resolución 1540 S/RES/1540, y las subsiguientes resoluciones orientadas a la prevención de la proliferación de ADM por actores no estatales: S/RES/1673 (2006), S/RES/1810 (2008), S/RES/1977 (2011), S/RES/2055 (2012), S/RES/2325 (2016), S/RES/2572 (2021), S/RES/2622 (2022) y S/RES/2663 (2022). Todas disponibles aquí: www.un.org/en/sc/1540/resolutions-committee-reports-and-SC-briefings/security-council-resolutions.shtml

o las listas de control emitidas por los regímenes multilaterales de control de las exportaciones, como el Grupo de Suministradores Nucleares, el Grupo Australia o el Arreglo Wassenaar¹⁶. En la actualidad, alrededor de tres cuartas partes de todos los Estados cuentan con legislación de control de exportaciones, incluida la inmensa mayoría de los Estados exportadores de tecnología avanzada¹⁷.

En el contexto de la Unión Europea, el régimen de control de exportaciones se encuentra regulado en el Reglamento (UE) 2021/821. Su artículo 2.1 define a los bienes de doble uso como los productos que pueden tener finalidades civiles y militares¹⁸. Dado que estos materiales se utilizan predominantemente con fines civiles (académicos o industriales), su potencial uso militar no suele ser evidente a primera vista¹⁹, pero pueden utilizarse con fines no pacíficos relacionados con las ADM y sus medios de dispersión. Además, los controles de exportación se aplican no sólo a las transferencias de bienes físicos, sino también a las transferencias intangibles, incluidas las que se realizan oralmente o a través de medios electrónicos con programas informáticos, software o a través de asistencia técnica e intercambio de conocimiento²⁰. Debido a la dualidad de estos bienes y tecnologías, el Reglamento (UE) 2021/821 obliga a controlar estos ítems, lo cual implica que las universidades, como creadoras de conocimiento estratégico, sean consideradas exportadoras en pie de igualdad con industrias y empresas del sector privado.

El vínculo entre las universidades y el control de exportaciones es la llamada proliferación académica, un tema emergente en el derecho internacional y de la UE que señala a centros académicos e investigadores de ámbitos tecnológicos sensibles como sujetos fundamentales en el control de la inves-

¹⁶ Son grupos de Estados proveedores de bienes de doble uso que acuerdan condiciones a la exportación de los mismos. Los principales regímenes de control de exportaciones son el Grupo de Suministradores Nucleares —así como el Comité Zanger, ambos referentes a bienes nucleares—, el Grupo Australia —sobre bienes químicos y biológicos—, el Régimen de Control de Tecnología de Misiles —sobre bienes que contribuyen a la producción de sistemas de dispersión de ADM—, y el Arreglo Wassenaar —sobre bienes relacionados con armas convencionales y bienes de doble uso—. GAHLAUT, Seema, “Multilateral Export Control Regimes: operations, successes, failures and the challenges ahead”, en JOYNER, Daniel (ed.), *Non-Proliferation Export Controls: origins, challenges, and proposals for strengthening*, Ashgate, Burlington, 2006, pp. 7-27 (pp. 7-14).

¹⁷ BURKHARD, Sarah, ALBRIGHT, David, FARAGASSO, Spencer y KEENAN, Linda, *The Peddling Peril Index (Ppi) 2021/2022*, Institute for Science and International Security, Washington DC, 2021, pp. 25-38.

¹⁸ Productos de doble uso, definidos en el artículo 2.1 del Reglamento (UE) 2021/821: “los productos, incluido el soporte lógico (software) y la tecnología, que puedan destinarse a usos tanto civiles como militares, y entre los que se incluirán productos que puedan utilizarse para el diseño, el desarrollo, la producción o el empleo de armas nucleares, químicas o biológicas y sus sistemas vectores, incluidos todos los productos que puedan ser utilizados tanto para usos no explosivos como para ayudar a la fabricación de armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos”.

¹⁹ BUNDESAMT FÜR WIRTSCHAFT UND AUSFUHRKONTROLLE, *Handbuch Exportkontrolle und Academia*, 2. Auflage, Eschborn, 2022

²⁰ BROMLEY, Mark, BROCKMANN, Kolja y MALETTA, Giovanna, “Controls on intangible transfers of technology and additive manufacturing”, *SIPRI Yearbook 2018*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 436-437.

tigación que llevan a cabo²¹. En consecuencia, las universidades y centros académicos tienen actualmente la responsabilidad, como líderes de la investigación, de ejercer un papel en la seguridad internacional.

Este control, en realidad, no es nuevo, ya que el reglamento anterior sobre bienes de doble uso, Reglamento (CE) 428/2009²², que fue substituido por el Reglamento (UE) 2021/821 en el que se basa este artículo, ya consideraba a las universidades y centros de investigación como exportadores de estos bienes estratégicos. De hecho, estando en vigor el anterior reglamento, fue cuando tuvo lugar el caso H5N1, posiblemente el asunto que más de relevancia puso la vinculación entre la investigación académica y el control de exportaciones en la UE hasta ahora²³.

En el 2011, las autoridades nacionales neerlandesas decidieron someter a licencia de exportación la publicación del artículo del virólogo Dr. R. Fouchier sobre la obtención de cepas de gripe aviar H5N1 especialmente agresivas en la transmisión entre mamíferos, justificando que el artículo contenía información sensible cubierta por los controles de exportación²⁴. Según las autoridades de los Países Bajos, las decisiones sobre qué es y qué no es “investigación con posibles consecuencias para la proliferación internacional” no pueden dejarse a los investigadores individuales sin comprometer las obligaciones de los Estados en virtud de la Resolución 1540 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas²⁵. Esta opinión fue mal recibida por parte de la academia, incluido el propio responsable de los polémicos resultados, quien denunció la imposición de controles a la exportación de su estudio como una “violación de la libertad académica”²⁶. Aunque el autor solicitó, y obtuvo, su licencia de exportación y el artículo fue finalmente publicado, el

²¹ MICHEL, Quentin, *Trade control and dual use research: a difficult compromise*, European Studies Unit, Université de Liège, Liège, 2022, p. 5.

²² Reglamento (CE) n° 428/2009 de 5 de mayo de 2009, por el que se establece un régimen comunitario de control de las exportaciones, la transferencia, el corretaje y el tránsito de productos de doble uso (versión refundida), DOUE, L 134, de 29 de mayo de 2009, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R0428>

²³ CHARATSIS, Christos, “Setting the Publication of “Dual-Use Research” under the Export Authorisation Process: The H5N1 Case”, *Strategic Trade Review*, vol. 1, núm. 1, 2015, pp. 56–72.

²⁴ GRONVALL, Gigi K., *H5N1: A Case Study for Dual-Use Research*, CFR Working Paper, Council on Foreign Relations, New York, 2013 https://cdn.cfr.org/sites/default/files/pdf/2013/05/WP_Dual_Use_Research.pdf; KELLE, Alexander, “H5N1: Bungling Dual-Use Governance”, *Bulletin of the Atomic Scientists*, vol. 20, núm. 3, 2012.

²⁵ La Resolución 1540, adoptada en 2004 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, obliga a los Estados a adoptar legislación nacional que, a través del control de exportaciones, transferencias, corretaje y asistencia técnica de transferencias de materiales conexos a las ADM, prevenga su proliferación a manos de actores no estatales. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: S/RES/1540, “La proliferación de las armas nucleares, químicas y biológicas, así como sus sistemas vectores”, 28 de abril, 2004. BUTLER, Declan, “Court upholds need for export permits for risky flu research”, *Nature (Blog)*, Sept., 2013, pp. 1–3 <https://blogs.nature.com/news/2013/09/court-upholds-need-for-export-permits-for-risky-flu-research.html>

²⁶ ENSERINK, Martin, “Dutch H5n1 Ruling Raises New Questions”, *Science*, vol. 342, núm 6155, 2013; EVANS, Samuel A. W. y VALDIVIA, Walter D., “Export Controls and the Tensions between Academic Freedom and National Security”, *Minerva*, vol. 50, núm. 2, 2012. Declaración pública de Ron

caso sirvió para iniciar un debate que continúa abierto sobre el impacto de los controles de exportaciones en el ámbito académico y la dificultad de su cumplimiento²⁷.

La dificultad a la hora de cumplir con la normativa de control de exportaciones estratégicas ha aumentado más si cabe en los últimos años, al incrementarse también la importancia de la tecnología. En el marco de los regímenes de control de las exportaciones, “tecnología” se define como la información necesaria para desarrollar, producir o utilizar un bien de doble uso incluido en las listas de control²⁸. Es decir, que tecnología engloba toda aquella información, instrucción y directriz, en definitiva, conocimiento, imprescindible para fines estratégicos y que se encuentra sometido a control de exportaciones. Desde los años 90, y de forma cada vez más evidente, la manera en la que la tecnología se transfiere internacionalmente ha cambiado gracias a los ordenadores, internet y sistemas electrónicos de almacenamiento de información. Nunca había sido tan sencillo y tan rápido compartir y transferir datos, conocimiento, planos, manuales, o softwares asociados a maquinarias y demás información, entre empresas, universidades e individuos²⁹. Si bien incluso en la era de los disquetes, CD, o USB, era posible centrar el control en el objeto físico, como si de papel se tratara, en la actualidad, los intercambios electrónicos y las plataformas de internet suponen un enorme reto para los controles tradicionales. I. Anthony así lo admite: “*data passing through these networks are nearly always invisible to regulators in normal circumstances*”³⁰.

A raíz de un mayor acceso a información y a tecnologías intangibles, son muchos los Estados que están adquiriendo la capacidad de desarrollar sus conocimientos y adaptarlos para producir bienes de doble uso y son muchos también los que pueden sentir la tentación de adquirir conocimientos que permitan, o al menos faciliten, la producción o distribución de ADM o armamento convencional³¹. Mientras el avance del conocimiento con fines pacíficos y de desarrollo industrial de los Estados es un fin deseable, la creciente amenaza

Fouchier: “Apparently, the court thinks that export control officers are in a better position to judge scientific publications”, recogida en: BUTLER, Declan, *op. cit.* pp. 1–3.

²⁷ IMAI, Masaki *et al.*, “Experimental Adaptation of an Influenza H5 HA Confers Respiratory Droplet Transmission to a Reassortant H5 HA/H1N1 Virus in Ferrets”, *Nature*, núm. 486, 2012, pp. 420–28.

²⁸ ANTHONY, Ian, “The evolution of dual-use technology controls: A historical perspective”, en MEIER, Oliver (ed.), *Technology Transfers and Non-Proliferation*, Routledge, New York, 2013, pp. 25–44 (p. 33).

²⁹ La dimensión del control de transferencias de tales intangibles es solo una parte de este problema; retos como el ciberataque o el robo por hackeo de información sometida a control son otras vertientes apremiantes del problema, claro que escapan del dominio habitual de los controles de transferencias. STEWART, Ian J., “Examining Intangible Controls”, *Project Alpha*, King’s College London, Londres, 2016, p. 14.

³⁰ ANTHONY, Ian, *op. cit.*, p. 34.

³¹ TURPEN, Elizabeth, *Achieving Nonproliferation Goals: Moving from denial to technology governance, Policy Analysis Brief*, The Stanley Foundation, Muscatine, 2009, p. 3 www.stanleyfoundation.org/publications/pab/TurpenPAB609.pdf

de que las ADM caigan en manos de terroristas, Estados proliferadores y otros grupos no estatales constituye también una grave preocupación³².

Campos del conocimiento como la física, la química, la biología, la informática, la ingeniería eléctrica, de materiales o aeroespacial son extremadamente relevantes para el control de exportaciones³³. El conocimiento sensible se encuentra en la industria, pero también en departamentos de universidades, centros de investigación y escuelas técnicas superiores. Por ello, en virtud del marco jurídico de la UE, todos los investigadores e instituciones académicas trabajando en estos ámbitos deben implicarse y asumir su responsabilidad en relación con el control de los bienes de doble uso. Por un lado, se trata de que controlen las posibles contribuciones tangibles a la proliferación, a través de la exportación de bienes físicos (por ejemplo, material de laboratorio, muestras o equipos de ensayo), y por otro, que controlen la contribución intangible, es decir, la transferencia de conocimientos o “apoyo técnico” (en correos electrónicos, en la nube, en conferencias, etc.)³⁴. En este sentido, los controles de exportaciones en el ámbito académico van desde el envío físico de bienes fuera de la UE, a la acogida de investigadores invitados, la participación en proyectos de investigación con terceros Estados sobre materias controladas, la contribución a conferencias internacionales y otros acuerdos de intercambio o la publicación de resultados susceptibles de tener un doble uso³⁵. Toda transferencia de conocimientos puede ser la base potencial para que Estados proliferadores alcancen la independencia científica y técnica en ámbitos sensibles y es por ello por lo que los científicos, investigadores y técnicos están incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2021/821, a pesar de las dificultades que su implementación plantea (y que se analizan en la sección 4).

3. MARCO JURÍDICO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

En el ámbito científico, ya sea físico, químico, biológico o cualquier campo de estudio relacionado con tecnologías de misiles y medios de dispersión, existen numerosas sustancias de doble uso cuya exportación fuera del territorio aduanero de la UE está sometida a controles por el *Reglamento (UE)*

³² El temor a la proliferación a manos de actores no estatales fue, precisamente, el detonante que hizo que, en el 2004, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas adoptara la Resolución 1540 y estableciese el Comité del mismo nombre. CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, S/RES/1540, *op. cit.*, párrafo operativo 4. VEEL, Hanne, “1540 and the 2016 Comprehensive Review: A Brief History of United Nations Security Council Resolution 1540 in Light of the 2016 Comprehensive Review”, *Background Paper-International Law and Policy Institute*, 18, 2016, p. 4; ÁLVAREZ-VERDUGO, Milagros, *Incidencia del Consejo de Seguridad en el régimen jurídico de las armas nucleares*, J. M. Bosch Ed. S.A., Barcelona, 2007.

³³ GARRIDO REBOLLEDO, Vicente, “Intangible transfers of technology and visa screening in the European Union”, *EU Non-Proliferation Paper*, núm. 13, SIPRI, Stockholm, 2012, p. 5.

³⁴ BROMLEY, Mark y MALETTA, Giovanna, *op. cit.*, p. viii.

³⁵ BUNDESAMT FÜR WIRTSCHAFT UND AUSFUHRKONTROLLE, *op. cit.*, p. 54.

2021/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2021 por el que se establece un régimen de la Unión de control de las exportaciones, el contrate, la asistencia técnica, el tránsito y la transferencia de productos de doble uso³⁶. Como tal, este Reglamento es jurídicamente vinculante para todos los Estados miembros y forma parte de la Política Comercial Común de la UE, en virtud del artículo 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Este importante instrumento de alto contenido técnico —especialmente por su Anexo I—, exige que los países de la UE adopten medidas de control adecuadas para contrarrestar la proliferación indeseable e incontrolada de productos, programas informáticos y conocimientos de doble uso especificados en la lista de control de productos aneja al reglamento a países no pertenecientes a la UE. Esto significa que la exportación de dichos bienes y tecnologías de doble uso a terceros países está sujeta a autorización. En el marco español, la normativa de referencia está constituida por, entre otros instrumentos, la Ley 53/2007, de 28 de diciembre, sobre el control del comercio exterior de material de defensa y de productos y tecnologías de doble uso³⁷ y el Real Decreto 494/2020, de 28 de abril³⁸, con la Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo como autoridad responsable de gestionar las licencias a la exportación. Asimismo, juega un papel destacado la llamada JIMDDU, es decir, la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso, el organismo encargado de autorizar exportaciones y supervisar el cumplimiento normativo³⁹. Por su parte, la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario guarda silencio al respecto.

La normativa de control de las exportaciones forma parte de la estrategia europea que pretende prevenir los peligros de la proliferación de ADM, la acumulación incontrolada de armamento convencional, las violaciones selectivas de los derechos humanos y las amenazas del terrorismo internacional. Así, el Reglamento (UE) 2021/821 está totalmente alineado con los instrumentos clave de la UE en la materia. Las Nuevas Líneas de Actuación de 2008, que complementaban la Estrategia de la UE contra las ADM de 2003, ya hacían hincapié en la necesidad de concienciar a los “círculos académicos” sobre el control de las exportaciones, pero sólo consiguie-

³⁶ Reglamento (UE) núm. 2021/821, *op. cit.*

³⁷ La Ley 53/2007 (www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-22437) debe tratarse también de manera conjunta con el Real Decreto 414/2022, de 31 de mayo, por el que se modifica el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso, aprobado por el Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-10514

³⁸ Real Decreto 494/2020 (www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-4708) por el que se modifica el anterior Real Decreto 679/2014, de 1 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de control del comercio exterior de material de defensa, de otro material y de productos y tecnologías de doble uso. www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-8926

³⁹ Más información sobre la Junta Interministerial Reguladora del Comercio Exterior de Material de Defensa y de Doble Uso disponible en la página web del ministerio: <https://comercio.gob.es/ImportacionExportacion/Regimenes/Paginas/FAQS/conceptos-defensa.aspx>

ron cambios limitados⁴⁰. Por su parte, la Estrategia Global de Seguridad, de 2016⁴¹, reconocía la importancia de reforzar las normas de control de exportaciones de bienes de doble uso, tal y como se hizo en 2021, y marcos más recientes como la Brújula Estratégica, de 2022⁴², indicaban la necesidad de fortalecer los regímenes de control de exportaciones. Entre todos estos instrumentos destaca especialmente la Estrategia de Seguridad Económica, de junio de 2023, donde la UE establece que una “mejor coordinación de la UE en el control de las exportaciones de productos de doble uso” es un elemento fundamental para que la UE pueda “desempeñar plenamente su papel como actor mundial en un contexto en el que los regímenes multilaterales de control de las exportaciones están sometidos a presión, respetando plenamente las competencias respectivas de la UE y de los Estados miembros”⁴³.

Si bien tradicionalmente los destinatarios de estas normas de control eran los actores de la industria y el mundo empresarial, actualmente el ámbito de aplicación es más amplio, en tanto que obliga también a universidades y centros de investigación a controlar los proyectos de investigación, los socios colaboradores e, incluso, las publicaciones cuando compartan resultados e información vinculados a los bienes de doble uso. En comparación con el anterior Reglamento de 2009, el Reglamento (UE) 2021/821 es mucho más explícito en lo que respecta a la conexión entre los controles de las exportaciones de productos de doble uso y las universidades y los académicos. Se refiere explícitamente a los “investigadores” como una de las categorías de personas que deben ser “conscientes de los riesgos asociados a la exportación y a la prestación de asistencia técnica en relación con los productos sensibles”⁴⁴. Así las cosas, las actuales normas de control se aplican por igual a particulares, como científicos, y a personas jurídicas, como instituciones de investigación o empresas de desarrollo y fabricación, independientemente de la motivación y la finalidad de su actividad. El potencial uso indebido de los bienes o tecnologías transferidas es el único criterio que determina su posibilidad de exportación.

⁴⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Conclusiones del Consejo y nuevas líneas de actuación de la Unión Europea en la lucha contra la proliferación de armas de destrucción masiva y sus sistemas vectores*, 17172/08, 17 de diciembre de 2008 www.hcoc.at/documents/New-lines-for-action-2008.pdf

⁴¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Shared Vision, Common Action: A Stronger Europe A Global Strategy for the European Union's Foreign And Security Policy*, noviembre de 2016 www.eeas.europa.eu/sites/default/files/eugs_review_web_0.pdf

⁴² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *A Strategic Compass for Security and Defence*, 21 de marzo de 2022 www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/strategic_compass_en3_web.pdf

⁴³ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo – Estrategia Europea de Seguridad Económica*, 20 de junio de 2023 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX%3A52023JC0020>

⁴⁴ Reglamento (UE) 2021/821, *op. cit.*, párr. 13

3.1. Modalidades de control

El control de las actividades de investigación queda inevitablemente incluido en el ámbito de aplicación del reglamento, aunque, como se verá en el siguiente apartado (3.2), existen excepciones específicas para la investigación científica básica y la información de dominio público, que quedan excluidas del control.

Los “exportadores” de productos de doble uso, tienen la obligación de controlar tanto la tecnología y materiales listados, como los bienes —tangibles o intangibles— que, a pesar de no estar incluidos en ninguna lista, podrían llegar a estar controlados. Efectivamente, los bienes sometidos a control se pueden clasificar en dos grupos, los listados —que aparecen en una lista compuesta por diez categorías de productos contenida en el Anexo I del Reglamento—⁴⁵, y los no listados —aquellos en los que, para determinar si deben ser controlados, se tienen en cuenta el uso final y el usuario final, así como medidas adicionales que actúan de complemento a los controles de exportación, como sanciones específicas por país o entidad—. Este segundo escenario es posible en virtud de la llamada cláusula *catch-all* o cláusula “atrapa todo”, destinada a someter a control la transferencia de aquellos bienes de doble uso que, a priori, no deben controlarse debido a ser utilizados con mucha asiduidad, pero que, en determinadas circunstancias, sí que lo serán⁴⁶.

Dicho de otro modo, el Reglamento (UE) 2021/821 prevé dos modalidades distintas de control.

3.1.1. Controles de los bienes listados

Los bienes de doble uso que deben controlarse en virtud del Reglamento vienen incluidos en su lista de control, reflejada en el Anexo I. Este primer anexo es un texto de alto contenido técnico donde se identifican los bienes

⁴⁵ El Anexo I del Reglamento (UE) 2021/821 contiene la lista de productos de doble uso contemplada en el artículo 3 del Reglamento y los clasifica en 10 categorías (de la 0 a la 9).

⁴⁶ Un ejemplo ilustrativo lo encontramos en el cloro, cuyo comercio no está prohibido —a pesar de haber sido empleado a gran escala durante la I Guerra Mundial—, porque es mucha su utilidad industrial y pacífica. Por lo tanto, su comercio está permitido si es para fines pacíficos, ni siquiera aparece listado como tal en el Anexo I (y tampoco en ninguna de las listas de control de la Convención de Armas Químicas —CAQ— en las que el Reglamento de la UE se basa para crear su propia lista de control). Ahora bien, su empleo (o de cualquier otro tóxico químico) como arma, tal y como ocurrió en el contexto de la guerra civil siria, está terminantemente prohibido por el Reglamento (y también por la CAQ). En otras palabras, el Reglamento (UE) 2021/821 no interfiere ni en su producción ni en su comercio legítimos y por ello no lo incluye en sus listas de control. Ahora bien, si se dan determinadas circunstancias que hacen sospechar de que se emplee con fines prohibidos por el Reglamento, será necesario someter a control de exportaciones su transferencia, llegando incluso a su prohibición.

clasificados en 10 categorías⁴⁷. La UE adopta y actualiza periódicamente esta lista en virtud de los acuerdos alcanzados en el seno de los regímenes multilaterales de control de exportaciones, así como de las listas de químicos anexas a la Convención para la Prohibición de Armas Químicas⁴⁸, tal y como recoge el Reglamento en la primera frase de su Anexo I⁴⁹.

La correcta identificación del producto o tecnología a transferir es responsabilidad del exportador, quien, a partir de ese momento y valorando la percepción del riesgo, deberá comportarse con la diligencia debida⁵⁰. Los científicos, investigadores y personal universitario podrán llevar a cabo exportaciones de bienes de doble uso en el sentido tradicional cuando, por ejemplo, envíen muestras de patógenos o de cualquier otro tipo de componente⁵¹ con el que estén trabajando y llevando a cabo sus proyectos, a laboratorios u otras instituciones fuera de la UE. Ante la transferencia de tales materiales, las autoridades académicas deberán solicitar una licencia a las autoridades nacionales para evitar cualquier contribución a la proliferación. De hecho, si se tratara de transferir los bienes altamente sensibles, como ricina o saxitoxina, listados en el Anexo IV del Reglamento, la exigencia de licencia de exportación se extendería incluso a las transferencias intracomunitarias, es decir, entre Estados miembros de la UE⁵².

Sin embargo, el principal reto para los académicos es controlar aquellas actividades que, como la colaboración científica internacional, la presentación de resultados en una conferencia, la acogida de investigadores extranjeros o las publicaciones, pueden contribuir a la proliferación de ADM sin que se dé una exportación de bienes tangibles *per se*⁵³. Efectivamente, la difusión de resultados o la cooperación en proyectos internacionales en ámbitos estratégicos también quedan cubiertas por los controles del presente Reglamento incluso cuando este intercambio de conocimiento se dé por medios electrónicos, incluido el fax, teléfono (por transmisión oral), co-

⁴⁷ Las 10 categorías del Anexo I del Reglamento (UE) 2021/821 son: Categoría 0, Materiales, instalaciones y equipos nucleares; Categoría 1, Materiales especiales y equipos conexos; Categoría 2, Tratamiento de los materiales; Categoría 3, Electrónica; Categoría 4, Ordenadores; Categoría 5, Telecomunicaciones y “seguridad de la información”; Categoría 6, Sensores y láseres; Categoría 7, Navegación y aviónica; Categoría 8, Marina; y Categoría 9, Aeronáutica y propulsión.

⁴⁸ ACHILLEAS, Philippe, “Introduction Export Control”, en TAMADA, Dai y ACHILLEAS, Philippe (eds.), *Theory and Practice of Export Control: Balancing International Security and International Economic Relations*, Springer, New York, 2017, pp. 11–13.

⁴⁹ “La lista de productos de doble uso incluida en el presente anexo tiene por objetivo la aplicación de los controles de doble uso acordados internacionalmente, entre ellos el Grupo Australia el Régimen de Control de la Tecnología de Misiles, el Grupo de Suministradores Nucleares, el Arreglo de Wassenaar y la Convención sobre las Armas Químicas”. Reglamento (UE) 2021/821, *op. cit.*

⁵⁰ Reglamento (UE) 2021/821, *op. cit.*, considerando 7º, preámbulo.

⁵¹ Químicos, toxinas, materiales compuestos, virus, etc.

⁵² Reglamento (UE) 2021/821, *op. cit.*, Anexo IV.— Lista de productos de doble uso contemplada en el artículo 11, apartado 1, del presente Reglamento.

⁵³ BROCKMANN, Kolja y KELLEY, Robert, “The challenges of emerging technologies to non-proliferation efforts: controlling additive manufacturing and intangible transfers of technology”, *SIPRI Research Paper*, abril 2018, p. viii.

reero electrónico o por cualquier otro medio telemático a un destino situado fuera de la UE o a un nacional de un tercer Estado que se encuentre en el territorio de la Unión⁵⁴.

De conformidad con el artículo 3.1, si un exportador, en este caso, centro académico (persona jurídica) o investigador (persona física) —dependiendo de quién designe la Universidad como responsable de la comunicación con las autoridades—, identifica en la lista de control uno o varios de los bienes con los que está tratando y que desea transferir fuera de la UE, deberá solicitar a las autoridades nacionales una licencia de exportación. En caso de ser concedida, esta licencia también autorizará la exportación, al mismo usuario final, de la tecnología mínima requerida para la instalación, el funcionamiento, el mantenimiento y las reparaciones de dicho producto.

3.1.2. Controles derivados de la cláusula *catch-all*

La segunda modalidad de control recibe el nombre de cláusula *catch-all* (o atrapa todo) y constituye un mecanismo subsidiario que permite a las autoridades controlar bienes no listados en el Anexo I ante determinadas circunstancias.

De conformidad con el artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2021/821, la transferencia de bienes no listados requerirá una autorización cuando el exportador haya sido informado por las autoridades competentes de que los bienes se van a destinar —en todo o en parte—: “a) *al desarrollo, la producción (...) de armas químicas, biológicas o nucleares o de otros dispositivos nucleares explosivos; b) a un uso final militar, si el país de compra o de destino está sujeto a un embargo de armas; o c) a un uso como accesorios o componentes del material de defensa enumerado en la lista nacional de material de defensa que se ha exportado del territorio de un Estado miembro sin autorización o en contravención de una autorización preceptiva en virtud del Derecho interno de dicho Estado miembro*”.

Asimismo, en virtud del artículo 4.2, el exportador está obligado a notificar a la autoridad competente si tiene “conocimiento” de que los productos de doble uso no incluidos en la lista están destinados —en su totalidad o en parte— a cualquiera de las finalidades mencionadas. En este caso, la autoridad nacional deberá decidir si la transferencia en cuestión requiere o no autorización.

⁵⁴ Quedan englobados bajo el término “exportación” la participación en publicaciones, conferencias, colaboraciones de investigación, servicios de consultoría, asistencia técnica, prototipos o desarrollos experimentales, *spin off*, profesores visitantes y estudiantes extranjeros de doctorado o postdoctorado, cursos online, publicaciones en revistas, etc. BROCKMANN, Kolja y KELLEY, Robert, *op. cit.*, p. 35; BROMLEY, Mark y MALETTA, Giovanna, *op. cit.*, pp. 28-29; GARRIDO REBOLLEDO, Vicente, *op. cit.*, p. 5.

La cláusula *catch-all* está presente también en los artículos 5, 9 y 10 del Reglamento, cada uno de ellos previendo situaciones en las que bienes de doble uso no listados requerirán una licencia. En el caso del artículo 9, por ejemplo, un Estado miembro puede prohibir o imponer una licencia para productos de doble uso no incluidos en la lista “por motivos de seguridad pública, incluida la prevención de atentados terroristas, o por consideraciones de derechos humanos”⁵⁵.

Sin embargo, es la cláusula *catch-all* prevista en el artículo 5 la que levantó más polémica durante las negociaciones del presente Reglamento. Esta cláusula aplica controles a bienes y tecnologías de ciber vigilancia que, a pesar de no estar relacionados con la producción o uso de ADM y no estar listados, pueden vulnerar los derechos humanos. Esta ampliación del concepto de bien de doble uso es una de las características más innovadoras de esta normativa europea⁵⁶. Concretamente, el artículo 5.2 exige al exportador que cuando “*basándose en sus averiguaciones de diligencia debida, tenga conocimiento de que los productos de ciber vigilancia propuestos para exportación, no incluidos en el anexo I, están destinados, total o parcialmente, a cualquiera de los usos contemplados en el apartado 1 del presente artículo, informará de ello a la autoridad competente*”. Los usos contemplados en el apartado 1 son la contribución total o parcial a medidas de represión interna o la comisión de graves violaciones de los derechos humanos y del Derecho internacional humanitario. La decisión de si esa transferencia queda sujeta a una licencia de exportación será, nuevamente, de la autoridad nacional.

A la luz de estos controles *catch-all*, las universidades y los académicos tienen que examinar si bienes de doble uso no incluidos en la lista con los que están trabajando y considerando transferir, están destinados a ser utilizados

⁵⁵ El artículo 9.1 se combina con los llamados “controles transmisibles” del artículo 10, según el cual los controles nacionales de un Estado miembro en virtud del artículo 9 pueden ser impuestos por otros Estados miembros en toda la UE. BROMLEY, Mark y BROCKMANN, Kolja, “Implementing the 2021 Recast of the EU Dual-Use Regulation: Challenges and Opportunities”, *Non-Proliferation and Disarmament Papers*, núm. 77, septiembre 2021, pp. 11-12.

⁵⁶ Su inclusión fue resultado de los esfuerzos de los Verdes en el Parlamento Europeo durante las negociaciones para la reforma del Reglamento de doble uso y no fue bien recibida por los liberales y representantes de aquella industria que, a partir de ese momento, iban a ver sus exportaciones sometidas a controles a pesar de no guardar relación con las ADM. Por motivos muy distintos, tampoco fue bien recibida por ONGs y sociedad civil, que consideraron que esta reforma suponía un fracaso a la hora de abordar eficazmente la situación de los derechos humanos en terceros países, minimizando el papel desempeñado en estas violaciones por las exportaciones de productos de doble uso de la UE. AMNESTY INTERNATIONAL, “Out of Control: Failing EU Laws for Digital Surveillance Export”, *AI Report*, 2020. www.amnesty.org/en/documents/eur01/2556/2020/en/; HUMAN RIGHTS WATCH, “EU: Robustly Carry Out New Surveillance Tech Rules: Updated Regulations Aim to Restrict Sales to Abusive Governments”, *HRW Online Report*, 25 March 2021 www.hrw.org/news/2021/03/25/eu-robustly-carry-out-new-surveillance-tech-rules.

en relación con los usos finales sensibles especificados en los artículos 4 y 5 del Reglamento (UE) 2021/821⁵⁷.

En lo que a la exportación de tecnología se refiere, es decir, la tecnología que es requerida para el desarrollo, la producción o el uso de los artículos no controlados en la lista de doble uso, esta tecnología permanecerá sometida a control bajo la cláusula *catch-all*.

3.2. Exenciones previstas en el control de exportaciones para los centros de investigación

El Reglamento anima a los Estados miembros a coordinar sus políticas de control de exportaciones en la academia, especialmente en lo que respecta a dos excepciones. En consonancia con los regímenes multilaterales de control de las exportaciones, la aplicación de los controles debería prever, en la medida de lo posible, un enfoque común con respecto a determinadas disposiciones, en particular por lo que se refiere a las notas de descontrol relacionadas con el mundo académico, esto es, dos situaciones excepcionales donde no aplican control alguno sobre las transferencias de conocimiento. Así las cosas, el Reglamento (UE) 2021/821 prevé que los controles de transferencia de tecnología no se aplicarán a la información considerada “de dominio público” ni a la “investigación científica básica”⁵⁸.

Efectivamente, de acuerdo con las Notas del Anexo I del Reglamento, el software y la tecnología que incurran en una de estas dos categorías, no estarán sometidos a control. Para encontrar una definición de lo que estos conceptos implican, se debe consultar la Recomendación de la Comisión 2021/1700⁵⁹, relativa a los programas internos de cumplimiento para los controles de la investigación relacionada con productos de doble uso, ya que el Reglamento no los define exactamente.

Al dejar fuera de la exigencia de control la tecnología “disponible en el dominio público”, se está refiriendo a que cualquier “tecnología” o “software” que se haya puesto a disposición del público sin restricciones para su difusión posterior no necesitará de licencia de exportación para ser transferida. Someter a controles la información ya diseminada y obtenible sin restricción sería inútil. Es necesario especificar que las restricciones del derecho de propiedad intelectual y sus posibles limitaciones de copyright no impedirán que

⁵⁷ Esta inclusión de las violaciones de los derechos humanos como posible causa de activación de la exigencia de controles para bienes de ciber-vigilancia no listados fue resultado de la utilización por parte del Parlamento Europeo de sus poderes de codecisión en materia de Política Comercial Común para intentar añadir un control *catch-all* específico para las exportaciones de estos productos, lo que provocó un retraso de dos años en la actualización de la lista. BROMLEY, Mark, “The EU Dual-use Regulation, cyber-surveillance and human rights: the competing norms and organised hypocrisy of EU export controls”, *Defence Studies*, vol. 23, núm. 4, 2023, pp. 644–664 (p. 653).

⁵⁸ ANTHONY, Ian, *op. cit.*, p. 33.

⁵⁹ Recomendación (UE) 2021/1700, *op. cit.* Apartado 2.3.5.

la “tecnología” o el “software” sean considerados de “dominio —o conocimiento— público”⁶⁰. Quedarán cubiertos por esta categoría las publicaciones en acceso abierto, todo el conocimiento publicado en editoriales científicas, el saber disponible en librerías comerciales, así como en línea⁶¹, cursos ofrecidos en internet, etc.

En lo que a la “investigación científica básica” se refiere, la Recomendación específica que se trata de dejar fuera de todo control aquel trabajo experimental o teórico realizado principalmente para adquirir nuevos conocimientos sobre los principios fundamentales de fenómenos o hechos observables y que no está orientado primordialmente a un fin u objetivo práctico específico⁶². Si de la descripción del proyecto, los socios del consorcio o la financiación se desprende que los resultados de la investigación en cuestión implicarán “investigación científica básica”, entonces esa actividad estará exenta de solicitar una autorización.

Es importante tener en cuenta que sólo aquella tecnología y software de doble uso que estén incluidos en la lista de control del Reglamento podrán beneficiarse de las excepciones mencionadas en las Notas sobre Software y Tecnología del Anexo I del Reglamento (UE) 2021/821. Por ello resulta tan importante que las universidades y científicos entiendan qué se considera “tecnología y software” para comprender si estas excepciones se aplican al caso concreto⁶³.

3.3. Obligaciones para los centros de investigación

La universidad o centro de investigación es quien debe valorar si aplica la normativa de control de exportaciones de bienes de doble uso en cada caso concreto y realizar una evaluación de riesgos. Para ello, el control de exportaciones que deben ejercer los centros académicos se debe centrar en tres aspectos: los bienes, la trayectoria de la transferencia y su uso y usuario final. Así, cuando se vayan a transferir bienes de doble uso a Estados fuera de la UE (y, como hemos visto, también dentro de la UE para un número limitado de productos muy sensibles especificados en el Anexo IV), el control se puede organizar en tres partes.

La primera parte, y posiblemente, la más importante, es la identificación de los bienes de doble uso, es decir, la respuesta a la pregunta de si la producción científica pertenece a una de las diez categorías de la lista de control

⁶⁰ *Ibidem*, apartado Definiciones.

⁶¹ En páginas como slideshare.net, por ejemplo.

⁶² Recomendación (UE) 2021/1700, *op. cit.*, apartado definiciones. Esta definición se encuentra también, por ejemplo, en el apartado “Definitions” del: Régimen de Control de Tecnología de Misiles, *Equipment, Software and Technology Annex, MTCR/TEM/2018/Annex*.

⁶³ STALENDHOEF, Claire, KANETAKE, Machiko y VAN DER WENDE, Marijk, “The implications of the EU’s Dual-Use Export Control Regulation 2021/821 for Universities and Academics”, *Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe, Working Papers*, octubre 2022.

de doble uso (Anexo I)⁶⁴. Cuando la producción científica (por ejemplo, materiales o muestras, pero también programas informáticos, conocimientos técnicos o resultados de una investigación) figure en la lista de control de doble uso, deberá solicitarse una autorización antes de su “exportación”⁶⁵, entendida esta como transferencia.

El siguiente paso es analizar la trayectoria de la transferencia. En esta fase se debe comprobar si el país de destino y el de uso final de los bienes y tecnologías de doble uso está —o están— sujetos a un embargo o sanción. Algunos países o entidades son destinos más sensibles (como escala intermedia y/o destino final) que otros⁶⁶. Por ello, la exportación de determinados artículos a Estados sometidos a embargo o sancionados está prohibida y no se puede obtener autorización para ellos⁶⁷.

Finalmente, la tercera fase consiste en examinar el uso y usuario finales de la transferencia del bien o tecnología de doble uso a través de fuentes de información públicas. Como hemos visto, en virtud de la cláusula *catch-all*, también se requiere una autorización para los productos que no figuran en la lista de productos de doble uso. La diligencia debida se menciona explícitamente en el artículo 5.2, al presuponer que los exportadores apliquen “la diligencia debida” a los “bienes de ciber vigilancia”. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la cláusula *catch-all* del artículo 4.2. Ahora bien, atendiendo al considerando 7º del preámbulo Reglamento, la diligencia debida se espera en general y de forma transversal a lo largo de todo el proceso.

Si bien el Reglamento (UE) 2021/821 no recoge como obligación para las universidades el establecimiento de un ICP, es decir, de un sistema interno de cumplimiento⁶⁸, en tanto que es responsabilidad de los investigadores y centros de conocimiento controlar sus transferencias, resulta deseable, o cuanto menos, recomendable, la adopción de medidas de se-

⁶⁴ Y esta identificación no está libre de dificultad, especialmente en aquellos campos del conocimiento que avanzan a gran velocidad. BROMLEY, Mark y MALETTA, Giovanna, *op. cit.*, p. 3.

⁶⁵ El Reglamento (UE) 2021/821, en su artículo 2.2.c, define “exportación” como: “la transmisión de soportes lógicos (software) o tecnología por medios electrónicos, incluido por fax, teléfono, correo electrónico u otro medio electrónico cualquiera a un destino situado fuera del territorio aduanero de la Unión; incluye la puesta a disposición en un formato electrónico de dichos soportes lógicos y tecnología a personas físicas o jurídicas o a asociaciones de fuera del territorio aduanero de la Unión; también incluye la transmisión oral de tecnología cuando la tecnología se describa a través de un medio de transmisión de voz”.

⁶⁶ FLEMISH INTERUNIVERSITY COUNCIL, *Guidelines for researchers on dual use and misuse of research*, Ad hoc Working Group Dual Use, 2017, p. 3.

⁶⁷ Esta lista incluye, entre otros, a Irán, Siria, Rusia, Sudán, Sudán del Sur y Corea del Norte, pero también a Bielorrusia, Zimbabue, Afganistán, Yemen, Libia y Costa de Marfil (lista consolidada de sanciones: www.sanctionsmap.eu/#/main).

⁶⁸ Que es definido por el Reglamento, en su artículo 2.21 así: “políticas y procedimientos en curso eficaces, adecuados y proporcionados, adoptados por los exportadores para facilitar el cumplimiento de las disposiciones y los objetivos del presente Reglamento y las condiciones de autorización aplicadas en virtud del presente Reglamento, incluidas, entre otras, medidas de diligencia debida para evaluar los riesgos relacionados con la exportación de los productos a usuarios finales y para usos finales”.

guridad intra-universitarias que tengan por fin evitar que las tecnologías sujetas a autorización salgan de la UE a través del envío de materiales, la acogida de estudiantes, empleados o investigadores temporales no comunitarios, la participación en proyectos internacionales o la transmisión de conocimiento sensible oralmente en conferencias y actividades de intercambio⁶⁹. Así, el establecimiento de un servicio centralizado en los centros de investigación facilitaría el contacto con las unidades nacionales para solicitar las autorizaciones a la exportación de productos de doble uso de las categorías 0 a la 9 de la lista de control a países no pertenecientes a la UE y, en el caso de los productos más sensibles del anexo IV, también a otros Estados miembros.

Llegados a este punto, resulta relevante mencionar que, en aquellos casos en los que la investigación esté parcial o completamente financiada por EE.UU., la normativa estadounidense sobre control de exportaciones también aplicará, ya que sus controles de exportación tienen un amplio alcance extraterritorial, no libre de controversia⁷⁰. De esta forma, si participan instituciones académicas de EE.UU. o se utilizan materiales y tecnologías procedentes de ese país, puede implicar que no se permita participar en la investigación a personas de determinada nacionalidad, o que la difusión posterior de los resultados esté sujeta a la autorización del gobierno estadounidense⁷¹.

En la práctica, consecuentemente, esto implica que las universidades deben disponer de un procedimiento para realizar una evaluación inicial de riesgos y deben seguir este procedimiento cuando lleven a cabo actividades de investigación con productos de doble uso. Asimismo, incluir tales mecanismos en las políticas institucionales y procedimientos normalizados de la universidad promoverá el cumplimiento de la obligación de control cuando las transferencias potencialmente sensibles se enmarquen en solicitudes de proyectos para la UE u otras agencias que requieran un examen ético⁷²; en programas de cooperación bilateral con empresas; o en asociaciones o actividades de difusión que requieran una autorización de exportación⁷³.

Los científicos y las instituciones de investigación se atienen a la misma normativa legal que la industria manufacturera, transportista o de corretaje tradicionalmente regulada por el Reglamento de doble uso. Ni las cláusulas

⁶⁹ GARRIDO REBOLLEDO, Vicente, *op. cit.*, pp. 5–6.

⁷⁰ United States of America's Export Administration Regulations (EAR), 15 CFR §§ 730-774, www.bis.gov/ear y United States of America's Code of Federal Regulations (CFR), 31 CFR 539, <https://ofac.treasury.gov/additional-ofac-resources/ofac-legal-library/code-of-federal-regulations-cfr>

⁷¹ BUNDESAMT FÜR WIRTSCHAFT UND AUSFUHRKONTROLLE, *op. cit.*, p. 20; FLEMISH INTERUNIVERSITY COUNCIL, *op. cit.*, p. 7.

⁷² Como las convocatorias del programa Horizonte2020.

⁷³ FLEMISH INTERUNIVERSITY COUNCIL, *op. cit.*, p. 8.

civiles de los estatutos universitarios⁷⁴ ni el principio de libertad académica eximen a las universidades del control de las exportaciones. La motivación personal de los investigadores, las fuentes de financiación de la investigación y los fines de cada investigación individual son irrelevantes a este respecto⁷⁵. Frente a los posibles contraargumentos que sostienen que el control de las exportaciones limita la libertad científica, hay que recordar que el objetivo del control de las exportaciones no es censurar la investigación o las publicaciones científicas, sino evitar abusos importantes relacionados con la seguridad cuando se transfieren al extranjero bienes o conocimientos sensibles. La libertad científica, garantizada por la Constitución Española y por instrumentos internacionales⁷⁶, no dispensa a los centros de investigación del cumplimiento de la normativa comercial —y de seguridad— de la UE, sino que constituye un recordatorio de la necesidad de evaluar los riesgos caso por caso y evitar soluciones homogéneas a situaciones heterogéneas.

4. RETOS DE CUMPLIMIENTO PARA LOS CENTROS DE INVESTIGACIÓN

Las medidas a que obliga el Reglamento de la UE no están exentas de problemas de aplicación en el sector académico. El propósito de esta sección es analizar el impacto que las obligaciones europeas de control están teniendo en las universidades, las cuales, aunque disponen de las excepciones mencionadas anteriormente relacionadas con la investigación científica básica o la información de dominio público, tienen el potencial de poner en peligro la libertad académica dentro de la UE y entrar en colisión con los pilares fundamentales que sustentan la comunidad universitaria.

De hecho, el propio Reglamento (UE) 2021/821 reconoce los “diferentes retos” a los que se enfrentan las comunidades académicas a la hora de aplicar los controles a la exportación. Esto se debe, tal y como señala el preámbulo del Reglamento, al “compromiso general con el libre intercambio de ideas, al hecho de que su trabajo de investigación a menudo implica tecnologías de vanguardia, a sus estructuras organizativas y al carácter internacional de sus intercambios científicos”⁷⁷.

A continuación, se analizan algunos de los retos más destacados para el cumplimiento de los controles sobre transferencias de doble uso a los que se enfrentan específicamente las universidades, y se ofrecen algunas opciones de las que disponen los reguladores universitarios para gestionarlos.

⁷⁴ Una cláusula civil representa el compromiso de la universidad que la incluya en sus estatutos de no realizar ninguna investigación con fines militares.

⁷⁵ BUNDESAMT FÜR WIRTSCHAFT UND AUSFUHRKONTROLLE, *op. cit.*, p. 17

⁷⁶ Constitución Española, 1978, art. 27; Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, art. 27; Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, art. 13.

⁷⁷ Reglamento (UE) 2021/821, *op. cit.*, párr. 13.

4.1. Descentralización y falta de concienciación

Las universidades son instituciones muy descentralizadas compuestas por una miríada de facultades, departamentos, secciones, laboratorios, institutos y centros de investigación, cada uno con su personal administrativo, investigadores y profesores. Aunque no todos los departamentos supondrán un riesgo en términos de conocimiento estratégico, sigue siendo difícil identificar quién o dónde puede estar teniendo lugar una investigación denominada “sensible” debido a la falta de una estructura centralizada como la que se puede encontrar en las empresas privadas. Además, el amplio ámbito de actuación típico de las universidades dedicadas a la investigación intensiva puede implicar un elevado número de agentes potencialmente afectados que, por otra parte, resultan desconocer las obligaciones de control vinculadas a su investigación y su trabajo. Una encuesta realizada en 2009 sobre las actitudes hacia la investigación de doble uso en las ciencias de la vida, por ejemplo, concluyó que “las cuestiones de doble uso no son prioritarias. Muchos científicos no reconocen que su propio trabajo pueda considerarse investigación de doble uso”⁷⁸.

Y he aquí un primer e importante problema. Los sistemas de control del comercio se basan en el principio de que los operadores que lidian con los bienes de doble uso —que, tradicionalmente, han sido empresas e industrias del sector privado— conocen los artículos y tecnologías listados en el reglamento, que están al corriente de los posibles usos finales que pueden darse a los bienes objeto de sus transferencias y que están en condiciones de identificar a los usuarios finales potenciales así como cualquier otra cuestión sensible vinculada a la seguridad. Sin embargo, nada de ello se da en el contexto académico, al menos hasta ahora.

Todo ello comporta que establecer un programa de cumplimiento interno (ICP, por las siglas en inglés de “*Internal Compliance Programme*”) que abarque todas las actividades que tienen el potencial de contribuir a las transferencias ilícitas de conocimiento sensible sea un gran reto para las universidades.

Una solución para este problema consiste en contar con el apoyo político de la alta dirección de la universidad y seguir un planteamiento descendente para lograr el compromiso de las diferentes facultades, institutos y centros de una universidad⁷⁹. Una vez los niveles más altos de la dirección se comprometan, los siguientes distintos niveles de la jerarquía universitaria se ajustarán a esos criterios más fácilmente. Independientemente del tipo de situación que se plantee, siempre será necesario llevar a cabo un ejercicio individual por

⁷⁸ COOK-DEEGAN, Robert, ATLAS, Ronald M., FRANZ, David, LEPKOWSKI, James, MACRINA, Francis, y VOGEL, Kathleen, *A Survey of Attitudes and Actions on Dual Use Research in the Life Sciences*, National Academies Press, Washington DC, 2009, p. 141.

⁷⁹ Como hacen las universidades de Cambridge, Edimburgo, o Ámsterdam, entre otras.

parte de la universidad para identificar las áreas relevantes y los temas que se estén investigando que puedan verse afectados por la normativa. Una vez identificados, se debería proceder a la concienciación y formación sobre las obligaciones legales. Lo ideal sería que dicho trabajo de identificación —el mal llamado mapeo por la directa traducción del término anglosajón “*mapping*”— se realizara periódicamente, para garantizar tanto que la universidad está al corriente sobre el tipo de investigación que se lleva a cabo internamente, como que todos los nuevos miembros del personal están al día y son conscientes de las obligaciones y compromisos de control.

No obstante, la formación y la sensibilización no deben centrarse únicamente en los académicos, sino que también deben incluir actividades de capacitación orientadas a preparar a perfiles administrativos responsables de dichos controles⁸⁰. Del mismo modo que la propia universidad es la que está en mejor posición para identificar en qué sectores y con qué perfiles debe llevarse a cabo la capacitación para que esta tenga un mayor impacto, también es la propia institución la que puede, teniendo en cuenta su diversidad, establecer un programa de control que cumpla con todos los requisitos. Un sistema relativamente habitual consiste en contar con personal administrativo especializado, como un asesor de control de las exportaciones o un jefe de seguridad, que actúen como punto de contacto de referencia en cualquier asunto relacionado con los controles de exportaciones de doble uso⁸¹. Ellos y/o su equipo deberían poder contar siempre con el respaldo técnico proporcionado por los propios investigadores que son, al fin y al cabo, quienes mejor conocen la investigación que están llevando a cabo.

4.2. Valores académicos

Una dificultad inherente a la exigencia de controlar el “conocimiento” es la forma en que funcionan las universidades. El mundo académico se basa en dos principios fundamentales: apertura y cooperación. Según las universidades, el conocimiento debe ser accesible y gratuito, mientras que la investigación debe funcionar sobre la base de la colaboración abierta y el intercambio de información. En todo, desde en los proyectos hasta en las convocatorias de los entes financiadores, se han considerado tradicionalmente —y más aún, recientemente— la internacionalidad y la interdisciplinariedad de la investigación como objetivos a los que aspirar⁸². Y, simultáneamente, como parte de

⁸⁰ Recomendación (UE) 2021/1700, *op. cit.*, p. 36.

⁸¹ Tal es el caso en universidades como Leiden, Oxford, KU Leuven, Ámsterdam, Edimburgo o Zúrich.

⁸² European Commission, “MSCA Co-funding of regional, national and international programmes (2023/24),” *Marie Skłodowska-Curie Actions, Developing talents, advancing research*. Publicado el 06/12/2022. <https://marie-skłodowska-curie-actions.ec.europa.eu/calls/msca-cofund-2023>; European Commission, “How should interdisciplinarity and stakeholder knowledge be addressed and evaluated in Horizon 2020 proposals?,” *Funding and tender opportunities, Single Electronic Data Interchange Area*

esta apertura, los académicos se enfrentan a la presión de publicar con frecuencia los resultados de sus investigaciones en revistas de gran impacto. De hecho, la publicación de trabajos de investigación es una de las principales misiones de la universidad, hasta el punto de que las principales clasificaciones de universidades incluyen parámetros relacionados con el volumen, la frecuencia, el tipo y la calidad de los trabajos publicados⁸³.

Por ello, las publicaciones se toman a menudo como referencia para valorar la carrera académica, validar ascensos y certificar el progreso profesional. Sin embargo, cada vez son más los Estados que exigen una licencia para publicar determinados resultados en ciertas circunstancias⁸⁴. En una cultura académica en la que el lema “publicar o perecer” (“*publish or perish*”) está fuertemente arraigado, los posibles límites establecidos al intercambio de resultados recién descubiertos a través de las obligaciones de control de exportaciones suponen un reto increíble para quienes intentan publicar su investigación estratégica. De hecho, los resultados de investigaciones sensibles pueden adquirir un valor añadido por ser polémicos o controvertidos, lo que lleva a los académicos a presionar para que se publiquen, a menudo sin una consideración reflexiva y proactiva de los riesgos relativos a los controles estratégicos⁸⁵. Este problema se ve agravado por la ya mencionada falta general de familiaridad con las cuestiones de doble uso y, por ende, con los regímenes de control y las obligaciones legales asociadas.

Lo mismo ocurre con la cooperación con socios extranjeros cuyos perfiles pueden no ser adecuados por motivos de seguridad. Proyectos, estancias de investigación, movilidad de estudiantes, conferencias, congresos y otro tipo de actividades de cooperación internacional pueden estar prohibidos si el tema en torno al cual giran es considerado sensible por las autoridades nacionales. Y esto también constituye una gran contradicción con la libre circulación de personas que generalmente se fomenta en el entorno académico.

Estas limitaciones, tanto en materia de publicaciones como de colaboraciones, chocan frontalmente con el principio que constituye la punta de lanza

(SEDIA). FAQ ID 935. Publicado el 06/09/2019. <https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/portal/screen/support/faq?keywords=/935>.

⁸³ ALTBACH, Philip G. y SALMI, Jamil, “Introduction”, en ALTBACH, Philip G. y SALMI, Jamil (eds.), *The Road to Academic Excellence The Making of World-Class Research Universities*, The World Bank, Washington D.C., 2011, pp. 7-8.

⁸⁴ En Estados como Bélgica, Alemania o los Países Bajos se han exigido licencias para la publicación. Como subraya la Liga de Universidades Europeas de Investigación (LERU), esto es difícil de conciliar con las exigencias de las instituciones de la UE de mantener las publicaciones en acceso abierto y fomentar la difusión de los resultados de la investigación. LEAGUE OF EUROPEAN RESEARCH UNIVERSITIES, “The dual-use regulation – specific concerns from the academic sector”, *LERU Position Paper*, 2018. www.leru.org/files/Publications/LERU-Dual-Use-Note-July-2018.pdf.

⁸⁵ ENGEL-GLATTER, Sabrina y IENCA, Marcello, “Life Scientists’ Views and Perspectives on the Regulation of Dual-Use Research of Concern”, *Science and Public Policy*, vol. 45, núm. 1, 2018, pp. 5, 7.

de los valores de la comunidad universitaria: la llamada libertad académica. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 27, establece que “toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”, y a nivel europeo, el artículo 13 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, establece que “las artes y la investigación científica son libres. Se respeta la libertad de cátedra”⁸⁶. En la llamada Declaración de Salamanca, cientos de instituciones autónomas de enseñanza superior confirmaron su adhesión “al principio (...) de libertad académica”⁸⁷. Por tanto, no es de extrañar que científicos e investigadores de diversa índole se pregunten dónde acaba su libertad en el momento en que se les considera “exportadores” y capaces de contribuir a la desestabilización de la paz y la seguridad nacional o internacional. Cómo lograr un equilibrio entre dos intereses legalmente protegidos, a saber, la libertad y la seguridad, se convierte en uno de los problemas centrales de la aplicación de las medidas de control de exportaciones en el contexto académico, ya que, como afirman casi 400 rectores de universidades europeas en la *Magna Charta Universitatum*, “la libertad académica es su esencia vital; la indagación abierta y el diálogo libre su nutrición”⁸⁸.

El valor que el mundo académico concede a compartir los conocimientos generados por el proceso científico es, por tanto, una faceta de la cultura académica que complica el cumplimiento de los controles de tecnología de doble uso. Este intercambio de conocimientos no sólo es esencial para los procesos académicos críticos, como la revisión por pares y la reproducción de resultados, sino que también puede decirse que sirve al propósito más elevado de mejorar la humanidad, tal y como han considerado científicos de máximo nivel a lo largo de la historia⁸⁹. R. Oppenheimer, por ejemplo, sentenció que:

“It is not possible to be a scientist unless ... you think that it is of the highest value to share your knowledge, to share it with everyone that is interes-

⁸⁶ Unión Europea, “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, DOUE, C202, de 7 de junio de 2016.

⁸⁷ “Como entidades jurídicas, educativas y sociales, autónomas y responsables reafirman su adhesión a los principios de la Magna Carta Universitatum de 1988 y, en particular, al de la autonomía universitaria”. *Convención de Salamanca 2001, Proceso de Bologna y Espacio Europeo de Educación Superior*, Salamanca, (2001), p. 16, www.eua.eu/downloads/publications/salamanca%20convention%202001%20the%20bologna%20process%20and%20the%20european%20higher%20education%20area%20en%20fr%20de%20es.pdf. Más sobre la Libertad de cátedra como un derecho constitucional en: SPANNAGEL, Janika, “Introducing Academic Freedom in Constitutions: a new global dataset 1789–2022. Dataset”, *European Political Science*, 2023.

⁸⁸ *Magna Charta Universitatum*, MCO’s Governing Council (2020) www.magna-charta.org/magna-charta-universitatum/mcu2020 (consultada el 7 de agosto de 2024).

⁸⁹ Como Robert Oppenheimer, Ian Ramshaw o el ya mencionado Ron Fouchier. SCHWEBER, Silvan S., *In the Shadow of the Bomb: Bethe, Oppenheimer, and the Moral Responsibility of the Scientist*, Princeton University Press, Princeton, 2000, p. 18; SELGELID, Michael J. *et al.*, “The Mousepox Experience”, *EMBO reports* 11, núm. 1 (2010).

ted. It is not possible to be a scientist unless you believe that the knowledge of the world, and the power that this gives, is a thing which is of intrinsic value to humanity, and that you are using it to help in the spread of knowledge, and are willing to take the consequences. ... secrecy strikes at the very root of what science is, and what it is for"⁹⁰.

Estos valores han sido invocados por académicos para cuestionar las restricciones impuestas a la comunicación de resultados delicados. Por ejemplo, I. Ramshaw, coautor de un estudio que demuestra cómo la ectromelia (la versión murina de la viruela) puede hacerse resistente a las vacunas, justificó así su decisión de romper filas con su financiador y comunicar los resultados:

"[The funder] was concerned. [It] tried to contain the publicity and there were only certain people allowed to talk. I wasn't one of them, but that didn't stop me. I wasn't the official spokesperson, but I've got academic freedom and I'm happy to be open about this. I think the worst thing we can do as scientists is try to hide what we are doing. ... There's no problem about telling the public about what we can do with mousepox. I think it's an issue that they should be aware of ... We need lots of inputs; and the more open we are, the more respect we'll get from the public"⁹¹.

El mencionado virólogo holandés R. Fouchier denunció igualmente la imposición de controles a la exportación de su estudio sobre el H5N1, aunque los tribunales neerlandeses confirmaron que la licencia de exportación era, en efecto, necesaria para publicar ciertos resultados sobre la gripe aviar⁹².

Aunque una revisión completa de la cultura académica no es realista, se pueden adoptar medidas más modestas para, al menos, cerrar la aparente brecha en la concienciación sobre las cuestiones de doble uso. La mencionada encuesta de 2009, por ejemplo, indicaba un fuerte apoyo a la introducción de formación sobre bioseguridad y cuestiones de doble uso en los planes de estudios de ciencias de la vida⁹³. Otro paso sensato, tal y como han señalado algunas de las principales instituciones académicas europeas⁹⁴, sería implicar en este debate a financiadores, revistas y editoriales e, idealmente, hacerles cumplir las mismas obligaciones y requisitos que se esperan de investigadores, científicos y universidades. La orientación para estas otras partes interesadas, como editores y financiadores, debería

⁹⁰ SCHWEBER, Silvan S., *op. cit.*, p. 18.

⁹¹ SELGELID, Michael J. *et al.*, *op. cit.*

⁹² ENSERINK, Martin, "Flu Researcher Ron Fouchier Loses Legal fight over H5N1 Studies", *Science*, 25 septiembre 2013. Disponible en: www.science.org/content/article/flu-researcher-ron-fouchier-loses-legal-fight-over-h5n1-studies; EVANS, Samuel A. W. y VALDIVIA, Walter D., *op. cit.*

⁹³ ENGEL-GLATTER, Sabrina y IENCA, Marcello, *op. cit.*, p. 8.

⁹⁴ LEAGUE OF EUROPEAN RESEARCH UNIVERSITIES, "Export Control and Publications", *LERU Position Paper*, junio 2024 www.leru.org/files/LERU-Statement-Publications-and-export-control.pdf

ser ineludible⁹⁵. Por último, salvaguardar la libertad académica al tiempo que se protege la seguridad internacional y nacional constituye un delicado acto de equilibrio que debe realizarse caso por caso. A la hora de restringir la libertad académica, siempre debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad. Como recuerdan los expertos de la Universidad de Utrecht: “la línea divisoria entre el impacto legítimo sobre la libertad académica y el impacto ilegítimo sobre el derecho a la libertad académica es delgada y dependerá de si la naturaleza del derecho a la libertad académica sigue presente en el recorte del mismo”⁹⁶.

4.3. Evaluación de riesgos

Los controles estratégicos de transferencia de tecnología encuentran su base fundamental en los procedimientos de evaluación de riesgos. Los controles sólo pueden funcionar mediante un sistema eficaz de evaluación de riesgos y un proceso de selección de transacciones que garantice que el mundo académico permanece “tan abierto como sea posible pero tan cerrado como sea necesario”⁹⁷. Sin embargo, la evaluación del riesgo no siempre es tan fácil y clara como cabría desear, como tampoco lo son los criterios para llevarla a cabo.

Aunque existen índices como los llamados “niveles de madurez tecnológica” o TRLs, por las siglas en inglés de “*Technology Readiness Levels*”, que pretenden servir de guía para identificar la investigación de doble uso que podría quedar excluida de los controles por su condición de “investigación científica básica” o por tratarse de conocimientos que ya están disponibles en el dominio público⁹⁸, en la práctica son sólo un marco aproximado y básico

⁹⁵ El G7 publicó un conjunto de buenas prácticas para una investigación segura y abierta en las que se determina que “al examinar las solicitudes, los financiadores son responsables de sopesar los riesgos frente al mérito científico y los beneficios de una propuesta”. G7-Security and Integrity of the Global Research Ecosystem (SIGRE) Working Group, *G7 Best Practices for secure and open research*, (2003) 8. www8.cao.go.jp/cstp/kokusaiteki/g7_2023/2023_bestpracticepaper.pdf (consultado el 31 de julio de 2024).

⁹⁶ STALENDHOEF, Claire, KANETAKE, Machiko y VAN DER WENDE, Marijk, *op. cit.*

⁹⁷ Este es el principio que *Horizon Europe* pide a los investigadores que sigan a la hora de tratar los datos de investigación, que deben ser abiertos por defecto “while taking into account the need to balance openness and protection of scientific information, commercialization and Intellectual Property Rights, privacy concerns and security concerns”. BURGELMAN, Jean-Claude, PASCU *et al.*, “Open science, open data, and open scholarship: European policies to make science fit for the twenty-first century”, *Frontiers in Big Data*, vol. 2, núm. 43, 2019; European Commission, Directorate-General for Research & Innovation: *H2020 Programme Guidelines on FAIR Data Management in Horizon 2020*. Version 3.0., 26 de julio de 2016.

⁹⁸ Estas dos son las únicas exenciones previstas en el Reglamento de la UE sobre control de bienes de doble uso en relación con las transferencias de tecnología intangible. Reglamento (UE) 2021/821, *op. cit.* Estas exenciones también están previstas, por ejemplo, en el marco jurídico del Reino Unido, cuyo artículo 8 de la Ley de Control de las Exportaciones tiene por objeto proteger la libertad académica. UK Government, Export Control Joint Unit, Department for International Trade, *Guidance-Export controls applying to academic research*, 2021.

que no logra cubrir la mayoría de los casos, ni los casos más complejos, dejando completamente fuera de su alcance las preocupaciones relativas al uso final, usuario final o destino de la transacción.

Las universidades muy descentralizadas aspiran a utilizar un sistema de diligencia debida de escrutinio del riesgo que sea homogéneo a otros centros y unificado, ello sería esencial para controlar lo que acaban siendo “sólo unos pocos rincones de actividades de riesgo”⁹⁹. Sin embargo, para obtener un sistema de este tipo se necesita una colaboración más estrecha y sólida con las autoridades. Aunque lo más probable es que la propensión al riesgo varíe de una institución a otra, sería deseable que las autoridades nacionales proporcionasen orientaciones claras y uniformes sobre cómo abordar los controles para fomentar la igualdad de condiciones no sólo entre las universidades, sino incluso entre los Estados. En palabras del Prof. V. Garrido Rebolledo, “sería útil redactar manuales y boletines con orientaciones e información basadas en las preocupaciones sobre la proliferación, respetando los códigos deontológicos profesionales”¹⁰⁰.

En un mundo académico cada vez más competitivo en el que el número de matrículas es un bien cada vez máspreciado, no es deseable arriesgarse a perder estudiantes, doctorandos o investigadores más veteranos en favor de universidades cuyos controles se sabe que son menos estrictos. Por lo tanto, para conciliar ambos objetivos, es decir, mantener las cifras de matriculación y evitar la nivelación a la baja —en otras palabras, impedir la relajación de los controles—, sería deseable que todas las instituciones que llevan a cabo investigación sensible unificaran las normas y criterios de sus sistemas de control. La homogeneización de los controles también debería abarcar, idealmente, una definición uniforme de la libertad académica, ya que tanto a nivel internacional como regional y nacional se adopta un enfoque ligeramente diferente del concepto o de la forma en que debe salvaguardarse¹⁰¹.

Sin embargo, cuando se trata de evaluar los riesgos, no existe un enfoque único. Por el contrario, cada actividad debe examinarse individualmente, teniendo en cuenta su tipo, su alcance, el estado actual de las políticas institucionales, las medidas de embargo o la fiabilidad del socio con el que se coopera¹⁰². Lo ideal sería detectar las áreas de riesgo en una fase temprana para evitar que se produzcan transferencias arriesgadas, sin obviar la difi-

⁹⁹ “Only a few pockets of *at risk* activities”. LERU, *LERU Statement on Export Control ICP Guidance for Academia*, Documento interno de trabajo, 2020.

¹⁰⁰ GARRIDO REBOLLEDO, Vicente, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰¹ STALENDHOEF, Claire, KANETAKE, Machiko y VAN DER WENDE, Marijk, *op. cit.*, p. 6

¹⁰² BUNDESAMT FÜR WIRTSCHAFT UND AUSFUHRKONTROLLE, *op. cit.*, p. 110; KANETAKE, Machiko, “Converging Dual-Use Export Control with Human Rights Norms: The EU’s Responses to Digital Surveillance Exports”, en FAHEY, Elaine (ed.), *Framing Convergence with the Global Legal Order: The EU and the World*, Hart Publishing, Bloomsbury Publishing Plc, Oxford, 2020, p. 25.

cultad de averiguar si las leyes vigentes cubren el trabajo de los investigadores¹⁰³. De hecho, dado que los ICP funcionan en un entorno dinámico, la evaluación de los riesgos dependerá de la evolución del marco jurídico en el que se opera y de la actividad concreta que emprenda el organismo de investigación en cada momento¹⁰⁴. Pero también en este caso, las universidades se encuentran con una falta de claridad en cuanto a su diligencia debida. La ausencia de tal definición en los marcos nacionales o internacionales deja un amplio margen de maniobra en el que las universidades se preguntan hasta dónde llega su diligencia debida. Parece claro que el personal científico y administrativo debe recibir formación general, así como herramientas para enmarcar su diligencia debida y facilitar su evaluación inicial de riesgos¹⁰⁵. Pero, a fin de cuentas, las instituciones académicas siguen estando bastante solas en lo que respecta a sus procesos individuales de evaluación de riesgos. Como sugiere el profesor Q. Michel, la práctica común de las grandes empresas y las PYME de aplicar procedimientos de diligencia debida respecto de todos los terceros que intervienen en su cadena de suministro puede tener un efecto positivo a la hora de incentivar e inspirar a las universidades para que sean responsables, “siguiendo la letra y el espíritu de la ley de control de las exportaciones”¹⁰⁶.

4.4. Aplicación interna

Establecer un procedimiento de cumplimiento, especialmente en una estructura compleja como la de una universidad, no sólo requiere tiempo, sino también recursos. Y ese es un último reto que parece ser un problema siempre presente en el sector académico: la falta de recursos, tanto presupuestarios como, a su vez, humanos. Sin embargo, la escasez generalizada de recursos no es la única dificultad relacionada con el cumplimiento de la normativa.

Otro reto para las universidades es la determinación de responsabilidades. En efecto, decidir quién debe rendir cuentas en caso de incumplimiento es un proceso complejo en el ámbito universitario debido, como hemos visto, a su carácter descentralizado. El centro académico es el más indicado para determinar dónde debe recaer la responsabilidad, pero la decisión no es fácil de tomar. ¿Debe ser responsable de la transferencia prohibida, por ejemplo,

¹⁰³ UPTON, Ben, “War and peace”, *Research Europe*, 11 octubre 2018, p. 13.

¹⁰⁴ CHARATSIS, Christos, “Interferences between non-proliferation and science: ‘exporting’ dual-use know-how and technology in conformity with security imperatives”, *Doctoral thesis, University of Liège, Sponsored by the European Commission Joint Research Centre, Liège*, 2016, p. 144.

¹⁰⁵ Una herramienta relativamente común utilizada por quienes ya aplican sus controles es el uso de sistemas de flujo de trabajo (“*workflow systems*”), que también se aplican a los controles de exportación. Estos sistemas crean automáticamente todos los documentos necesarios e integran a los responsables de cumplimiento en el proceso de aprobación. BUNDESAMT FÜR WIRTSCHAFT UND AUSFUHRKONTROLLE, *op. cit.*, 2022, p. 118.

¹⁰⁶ MICHEL, Quentin, *op. cit.*, p. 48.

el doctorando que no actúa conforme a la normativa? ¿O debe serlo el investigador principal (IP) en cuyo proyecto trabaja el investigador infractor? ¿Tiene sentido que el Decano o incluso el Rector de una universidad sean responsables del incumplimiento? ¿O es esa la función del responsable del cumplimiento —i.e. “*compliance officer*”—? Dependiendo de la normativa nacional, están en juego multas, inhabilitación para el cargo o, incluso, penas de cárcel. Determinar dónde recae la responsabilidad debe ser el resultado de un proceso de toma de decisiones que depende del propio centro de investigación y que, por tanto, puede resolverse de diversas maneras, aunque ninguna de ellas sea fácil¹⁰⁷. Tal y como se señala en la guía de *Buenas Prácticas del G7 para una investigación segura y abierta*, las universidades deben asegurarse de que quienes eventualmente pudieran tener que rendir cuentas comprendan claramente el alcance de sus responsabilidades y cuenten con el apoyo adecuado de las autoridades académicas¹⁰⁸.

Por último, en el contexto de la aplicación de las normas, debe tenerse en cuenta lo difícil que resulta aplicar los controles en sí. Es decir, aunque se hubieran resuelto todos los problemas anteriormente mencionados y, por lo tanto, se hubiera infundido una cultura de cumplimiento de las normas de seguridad, se contara con un presupuesto lo suficientemente amplio como para disponer de suficientes recursos humanos formados, se hubiera resuelto el dilema libertad/seguridad y se hubieran asignado responsabilidades y competencias relativas a la rendición de cuentas, la aplicación de los controles para evitar las transacciones de doble uso ilegales seguiría siendo ardua y complicada. La propia naturaleza intangible del conocimiento, así como de los canales de intercambio, el hecho de que una gran proporción de las transferencias tenga lugar en el mundo online y la condición escurridiza de la información y los conocimientos técnicos reflejan el alto nivel de dificultad a la hora de aplicar controles de seguridad efectivos¹⁰⁹. Un ejemplo práctico de este tipo de problema se encuentra en el intercambio de información por medios electrónicos (por ejemplo, software que permite colaborar desde distintas ubicaciones remotas o a través de tecnologías de intranet) que puede incluir datos sometidos a control y ser accesible para extranjeros o personas en terceros Estados. En tal caso, puede llegar a requerirse una licencia para la exportación de los datos¹¹⁰, pero los mecanismos tradicionales de control de transferencias para las tecnologías intangi-

¹⁰⁷ Rowena Rege, “Universities should implement internal control programs to monitor compliance with export control laws”, *Journal of Law & Education*, vol. 35, núm. 2, abril de 2006, pp.199-200.

¹⁰⁸ G7-Security and Integrity of the Global Research Ecosystem (SIGRE) Working Group, *G7 Best Practices for secure and open research*, (2003) 9. www8.cao.go.jp/cstp/kokusaiteki/g7_2023/2023_bestpracticepaper.pdf

¹⁰⁹ MICHEL, Quentin, *op. cit.*, 14.

¹¹⁰ AUBIN, Yann y IDIART, Arnaud, *Export Control Law and Regulations Handbook: A Practical Guide to Military And Dual-Use Goods trade restrictions and compliance*, 2ª edición, Wolters & Kluwer Law and Business, New York, 2011, p. 9.

bles no parecen estar adaptándose completamente a las realidades modernas¹¹¹. La velocidad a la que avanza la tecnología —cuyo reto más reciente está representado por el “*cloud computing*”, la llamada “nube” que permite almacenar archivos sin que ésta esté localizada geográficamente en ningún lugar—, augura una mayor dificultad en el control de las transferencias de bienes de doble uso intangibles consistentes en archivos de formación, instrucciones para producir o emplear ADM, o asistencia técnica.

Aceptando que el riesgo cero no es posible, los centros de investigación deberían, no obstante, tratar de aplicar los controles más coherentes y eficaces posibles. De hecho, la cultura académica imperante —entendida de la forma más amplia posible, es decir, abarcando todas las características identificadas anteriormente— constituye el principal obstáculo para la prevención de las transferencias en las universidades. Asumir esta realidad y no dejar que les paralice o desanime es el primer paso para construir y mantener un sistema que aspire a limitar este fenómeno salvaguardando la seguridad internacional y nacional sin coartar la libertad académica.

5. RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE PROMOCIÓN DEL CUMPLIMIENTO INTERNO EN LAS UNIVERSIDADES

Llegamos en este punto al segundo objetivo de esta contribución, que es identificar algunas de las recomendaciones al alcance de las instituciones académicas para tratar de cumplir con sus obligaciones legales intentando hacer frente a los obstáculos que se acaban de presentar. Se trata de un tema complejo para los centros de investigación, ya que se esfuerzan por mantener el equilibrio adecuado entre las prioridades de seguridad nacional y las libertades académicas. Acontecimientos recientes, como la publicación por parte de la UE de recomendaciones para investigadores en ámbitos de doble uso, y casos de aplicación de normativa de control de exportaciones que han acaparado titulares en otros países¹¹², ponen de relieve el grado de escrutinio al que se enfrentan y la importancia de un cumplimiento estricto de la normativa.

El intercambio abierto de conocimiento, la colaboración y las publicaciones son cruciales para las universidades dedicadas a la investigación intensiva. Dado que este régimen pone en peligro la libertad académica en la UE, las principales universidades europeas dedicadas a la investigación in-

¹¹¹ TURPEN, Elizabeth Turpen, *op. cit.*, p. 2.

¹¹² Como la sanción de 2021 impuesta a la Universidad de Princeton, en EE.UU., para zanjar supuestas exportaciones de patógenos animales. TRAGER, Rebecca, “Princeton fined for export violations involving controlled pathogens”, *Chemistry World*, 1 marzo 2021, www.chemistryworld.com/news/princeton-fined-for-export-violations-involving-controlled-pathogens/4013318.article. Para conocer otros casos: STARKS, Brian y TUCKER, Christopher, “Export control compliance and American academia”, *Strategic Trade Review*, vol. 3, núm. 4, primavera 2017, pp. 71-72.

tensiva han venido exigiendo a las autoridades orientaciones claras sobre el procedimiento de cumplimiento interno¹¹³, ya que dichas directrices pueden ser esenciales para preservar los derechos de libertad de cátedra, apertura y cooperación mientras se protegen la paz y seguridad. Este es precisamente el nudo gordiano de la cuestión: la intersección entre la libertad académica y el cumplimiento del Reglamento de la UE que, a su vez, también pretende alcanzar un equilibrio entre comercio y seguridad. En respuesta a las demandas, la Comisión Europea adoptó la Recomendación (UE) 2021/1700, una suerte de guía que constituye el principal instrumento al alcance de las universidades y centros de investigación en el contexto de la UE.

Sobre la base del Reglamento (UE) 2021/821, el cual compromete a la Comisión y a sus Estados miembros a sensibilizar a la comunidad investigadora al respecto¹¹⁴, el 15 de septiembre de 2021, la Comisión Europea adoptó una serie de recomendaciones para que los organismos de investigación identifiquen y mitiguen los riesgos asociados a la investigación con productos de doble uso¹¹⁵. Las orientaciones se dirigen específicamente a los organismos de investigación (universidades, escuelas universitarias, academias de ciencias, centros de investigación aplicada y laboratorios).

En tanto la investigación, el conocimiento y los resultados obtenidos por proyectos académicos son considerados bienes de doble uso en su vertiente intangible, resulta evidente que la cooperación con la academia es necesaria y se va a ir volviendo más habitual. Si bien en el sector de la industria hace ya más de una década que se vienen incorporando medidas de cumplimiento interno, en las universidades, especialmente en las de algunos Estados miembros, como es el caso de España, todavía debe desarrollarse una conciencia más marcada que se refleje a través de los llamados programas internos de cumplimiento, también conocidos como ICP, los cuales buscan garantizar que, en el seno de esas organizaciones, se respeten las exigencias de control de bienes de doble uso¹¹⁶. El establecimiento de un ICP no es obligatorio para las universidades, pero sí que es deseable.

Según las recomendaciones de la Comisión, un ICP puede adaptarse al tamaño, la estructura y el alcance de la organización, y específicamente

¹¹³ LEAGUE OF EUROPEAN RESEARCH UNIVERSITIES, "The dual-use regulation... *op. cit.*

¹¹⁴ Reglamento (UE) 2021/821, *op. cit.*, considerando 13: "Los Estados miembros y la Comisión deben sensibilizar a la comunidad académica e investigadora, cuando sea necesario, y proporcionarle orientaciones adaptadas para hacer frente a estos retos concretos".

¹¹⁵ Recomendación (UE) 2021/1700, *op. cit.*

¹¹⁶ BAUER, Sibylle, BROCKMANN, Kolja *et al.*, "Internal Compliance and Export Control Guidance Documents for Actors from Academia and Research", *Export Control ICP Guidance Material-SI-PRI Good Practice Guide*, núm. 1, julio de 2017; KASSENOVA, Togzhan, *Preventing WMD Proliferation Myths and Realities of Strategic Trade Controls*, 2012, p. 4. https://carnegieendowment.org/files/wmd_proliferation_Togzhan_Jan_25_2012.pdf; CISTEC, "The Center for Information on Security Trade Controls (CISTEC) Export Control Model of Japan: Role, Utility, and Management", *Strategic Trade Review*, vol. 5, núm. 8, 2019, pp. 77-92 (pp. 81-85).

a las actividades de los exportadores. En el caso de las universidades y los académicos, esto implica que el ICP deba adaptarse a las actividades específicas de investigación y enseñanza desarrolladas en cada centro. De acuerdo con las recomendaciones, la evaluación de riesgos deberá identificar las vulnerabilidades relacionadas con la exportación de los productos de doble uso, de modo que el exportador pueda incorporar formas de mitigar esos riesgos en el marco de su ICP. La Recomendación de la Comisión, documento sin fuerza vinculante, sienta las bases para el establecimiento de un programa interno de cumplimiento y enumera siete consideraciones como elementos básicos de un programa, que se describen brevemente a continuación.

5.1. Compromiso de cumplimiento por parte de los altos cargos

Según la Recomendación de la Comisión, deben tomarse medidas concretas para conseguir por parte de la alta dirección una declaración de compromiso en la que se afirme que el exportador, en este caso, la universidad, cumple con la legislación de la UE y del Estado miembro en materia de control de productos de doble uso¹¹⁷. Tal declaración, además de un carácter simbólico, tendrá un carácter práctico, en tanto que servirá para crear conciencia entre todos los investigadores y personal administrativo que se pueda ver afectado por la normativa. Deberán también definirse las expectativas específicas de la dirección en materia de cumplimiento, así como hacerse hincapié en la eficacia de los procedimientos internos de control. Idealmente, la universidad hará uso de todos los medios disponibles para dar publicidad a esta declaración y recurrirá a las fuentes de información a su alcance para concienciar sobre los procedimientos internos de cumplimiento que deberán seguirse.

5.2. Estructura organizativa, responsabilidades y recursos

Si bien cada universidad es distinta y no existe un modelo válido para todos los centros de investigación, sí que se recomienda establecer una estructura clara en todos los centros que permita llevar a cabo controles internos de cumplimiento que sean conocidos por todos aquellos afectados. Como parte de esa consigna de claridad, se recomienda que el exportador disponga de una recopilación de los procesos y procedimientos documentados en códigos a su disposición, incluida la principal cadena de responsabilidad que se seguirá en la organización en concreto¹¹⁸.

La Comisión identifica tres “tipos” de responsabilidad: el primero, que se refiere a la responsabilidad general de aplicar las políticas de cumplimiento

¹¹⁷ Recomendación (UE) 2021/1700, *op. cit.*, párr. 3.2.1.

¹¹⁸ Recomendación (UE) 2021/1700, *op. cit.*, párr. 3.2.2.

de la organización, recae en la dirección de la institución e incluye la asignación de “los recursos adecuados al cumplimiento”; el segundo tipo de responsabilidad requiere establecer y aplicar las medidas de cumplimiento interno tales como responder a las solicitudes de control de exportaciones o decidir si es pertinente presentar una solicitud de licencia a las autoridades nacionales. Este tipo recaerá típicamente en un departamento o en, al menos, una persona de la universidad con experiencia en el cumplimiento de obligaciones jurídicas y acostumbrada a interactuar tanto con el personal como con colaboradores externos. Por último, el tercer tipo de responsabilidad se refiere a las medidas prácticas que debe adoptar el personal científico para garantizar el cumplimiento de los requisitos de control de la organización, es decir, identificar si un proyecto puede requerir una licencia, realizar comprobaciones de usuario final o informar de la naturaleza sensible de su investigación.

5.3. Formación y concienciación

Con el fin de hacer frente a la realidad imperante de desconocimiento relativo a esta normativa y a las obligaciones de ella derivadas, la Recomendación de la Comisión anima a que el exportador, es decir, el centro de investigación, organice cursos de sensibilización sobre el control de exportaciones de productos de doble uso para garantizar que su propio personal esté debidamente informado y pueda actuar de acuerdo con el ICP. Además, se recomienda incorporar a las formaciones “las enseñanzas extraídas de las revisiones del rendimiento, las auditorías, la presentación de informes y las medidas correctivas”¹¹⁹ que ya se hayan ido aplicando. Las actividades de formación, clasificadas con mayor detalle en el documento de la Comisión, deberían dirigirse tanto al personal científico como al administrativo.

En este ámbito, debe insistirse en el papel de las autoridades nacionales y los Estados miembros, quienes, idealmente y en virtud del considerando 13 del Reglamento, deberían contribuir a los esfuerzos de concienciación. Gobiernos de algunos Estados miembros de la UE, como Croacia, Alemania, Hungría y los Países Bajos, han emprendido iniciativas específicas para llegar al mundo académico y ofrecer directrices o asistencia¹²⁰.

5.4. Procedimientos y procesos de control de las exportaciones

El proceso de control de las exportaciones (conocido en inglés como “*transaction screening process*”) constituye el núcleo duro de las medidas

¹¹⁹ *Ibidem*, párr. 3.2.3.

¹²⁰ BAUER, Sibylle y BROMELY, Mark, “The Dual-Use Export Control Policy Review: Balancing Security, Trade and Academic Freedom in a Changing World”, *Non-Proliferation Papers*, núm. 4, EU Non-Proliferation Consortium, 2016, p. 13.

internas de cumplimiento de un organismo. Un buen ICP debe asegurar que ninguna transacción se realice sin la licencia necesaria o contraviniendo cualquiera de las restricciones o prohibiciones establecidas. En función del alcance y la sensibilidad de la investigación realizada, el proceso de control de las exportaciones podrá afectar, como hemos visto, a varias actividades¹²¹. Estas actividades podrán tener lugar tanto en el contexto de colaboraciones formales con socios externos como de intercambios informales, que se producen sobre todo a nivel individual, incluyendo la acogida y emisión de investigadores. Así pues, el proceso y el procedimiento de selección de las transferencias deberá adoptarse de forma que se contemplen ambas posibilidades¹²².

Hay Estados que, para garantizar un sólido control sobre las posibles transferencias sensibles a través de programas de investigadores visitantes o estudiantes de doctorado y postdoctorado, han puesto en funcionamiento un sistema de veto a los visados solicitados por ciudadanos de determinados Estados con intenciones de cursar estudios potencialmente relacionados con la proliferación en materias estratégicas¹²³. El llamado “*visa vetting*” puede ir en contra de la cultura académica, que, como hemos visto, aspira a favorecer el intercambio abierto de ideas, por ello, mientras varios países lo han adoptado como mecanismo complementario a los controles ejercidos por las universidades, otros, han impugnado ante los tribunales estos controles basados en la nacionalidad de los estudiantes¹²⁴. En caso de extenderse un sistema de control de visados, deberá tenerse en cuenta la posibilidad de que aquellos que quieran obtener conocimiento estratégico y llevar a cabo investigaciones sensibles se decanten por acudir a universidades y centros de Estados sin tales controles, o con mecanismos más laxos, por lo que podrían darse grietas en un sistema que aspira a ser homogéneo¹²⁵. El logro del llamado “*level-playing field*”, esto es, igualdad de condiciones, es una de las aspiraciones de la UE, que quiere evitar una aplicación desigual entre Estados miembros en todos los ámbitos, incluido el control de los bienes de doble uso¹²⁶.

¹²¹ Por ejemplo, exportación de bienes tangibles implicados en la investigación, contratación de personal (principalmente con socios internacionales), inscripción de patentes de resultados de investigación, publicación de artículos o material de conferencias, transmisión electrónica (incluida la puesta a disposición de artículos en línea), viajes y conferencias en el extranjero o acogida de visitantes del extranjero.

¹²² Recomendación (UE) 2021/1700, *op. cit.*, párr. 3.2.4.

¹²³ BAUER, Sibylle y BROMELY, Mark, *op. cit.*, p. 13.

¹²⁴ Estados como Reino Unido, Francia o Suecia, examinan las solicitudes de visas para que el control sea más exhaustivo, mientras los tribunales de los Países Bajos concluyeron que, a menos que estas restricciones se basen en una obligación jurídica internacional como las sanciones de NNUU, su aplicación es discriminatoria. BROMLEY, Mark y MALETTA, Giovanna, *op. cit.*, pp. 27-28.

¹²⁵ GARRIDO REBOLLEDO, Vicente, *op. cit.*, p. 6.

¹²⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo – Revisión de la política de control de las exportaciones: garantizar la seguridad y la competitividad en un*

Por otra parte, la Comisión hace hincapié en que los investigadores individuales deben “ser capaces de identificar y notificar cuestiones relativas al control de las exportaciones mientras llevan a cabo su investigación”¹²⁷. La organización debe proporcionarles herramientas genéricas, como formularios digitales o cuestionarios desplegables (“*decision trees*”), para guiar a los investigadores a través de los pasos que deben dar para identificar posibles casos de control de las exportaciones. Asimismo, se recomienda que los procedimientos de control de las exportaciones se incluyan en la fase de planificación de un proyecto de investigación y antes de firmar un acuerdo formal con otras organizaciones asociadas. Los controles de las exportaciones también pueden ser relevantes en la fase final de un proyecto de investigación, cuando las universidades o el investigador individual decide compartir con terceros un producto cuya exportación está sometida a control.

Consciente del omnipresente requisito de la internacionalidad en la investigación, la Comisión no obvia que parte del proceso de controlar las exportaciones pasa por examinar a los socios que participan en un proyecto de investigación sensible y los destinatarios de los resultados de la investigación que pueden utilizarlos para fines ilícitos. Por ello, como consecuencia de esta disposición, es importante que una universidad o un investigador individual solicite una declaración de uso final si la actividad implica productos de doble uso incluidos en la lista de control del Reglamento o cuando existan preocupaciones de uso final en caso de productos de doble uso no incluidos en la lista (la anteriormente mencionada cláusula *catch-all*).

5.5. Revisión del rendimiento, auditorías, presentación de informes y medidas correctivas

De acuerdo con las recomendaciones, es importante que el ICP se revise y se actualice con frecuencia. A estos efectos, resultan importantes las asociaciones o grupos dedicados a compartir buenas prácticas y lecciones aprendidas por distintas universidades y centros de investigación. Entre ellos destacan EECARO, acrónimo con el que se conoce a la Asociación Europea de Control de Exportaciones para las Organizaciones de Investigación¹²⁸, o la LERU, la Liga de Universidades Europeas dedicadas a la Investigación¹²⁹. En contextos nacionales encontramos también el equivalente británico, HEE-

mundo cambiante, COM (2014) 244 final, 24 de abril de 2014 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0244>; BAUER, Sibylle y BROMLEY, Mark, *op. cit.*, p. 14.

¹²⁷ Recomendación (UE) 2021/1700, *op. cit.*, párr. 3.2.4.

¹²⁸ EECARO – *European Export Control Association for Research Organizations* <https://eecaro.eu/> Esta asociación tiene por objetivo ayudar a los centros de investigación de la UE a cumplir con el Reglamento (UE) 2021/821.

¹²⁹ LERU – *League of European Research Universities* www.leru.org/ Esta red, que aglutina a las 24 principales universidades dedicadas a la investigación intensiva de Europa, persigue defender, a través del lobby a las instituciones europeas, el fomento de la investigación básica en las universidades. Como

CA¹³⁰, o el estadounidense, AUECO¹³¹. Todas estas redes tienen en común la pretensión de unir a institutos de investigación, universidades y sus responsables del cumplimiento de las normas de control de las exportaciones con vistas a abordar el carácter específico de los controles de los bienes de doble uso en un contexto de investigación.

Como parte del proceso de auditorías y medidas correctivas, la Recomendación hace hincapié en que incluso se llegue a establecer un procedimiento interno de denuncia de irregularidades para lidiar con las acciones del personal en aquellos casos en los que se sospeche o se sepa que se ha producido un incidente de incumplimiento¹³².

5.6. Registro y documentación

Se recomienda que la universidad adopte un sistema exhaustivo de registro que le permita llevar a cabo revisiones de rendimiento y auditorías de las actividades relacionadas con el control de exportaciones de productos de doble uso. De este modo, en el caso en que un centro académico lleve a cabo investigaciones sometidas a control en colaboración con otros centros, se podrían insertar cláusulas especiales en los acuerdos formales que especifiquen las obligaciones de todas las partes implicadas de cumplir con la legislación en materia de control de exportaciones. Idealmente, una disposición de ese tipo debería también aclarar de quién es la responsabilidad de solicitar una licencia y cumplir con los requisitos de mantenimiento de registros resultantes¹³³.

En este ámbito, bajando ya al nivel más pragmático, las autoridades de Flandes recomiendan, por ejemplo, que en los proyectos de cooperación con múltiples socios se mencione que el coordinador del proyecto presentará una solicitud como “solicitante del proyecto” en nombre del resto de socios para lograr las necesarias licencias de la exportación de tecnología de doble uso a países no pertenecientes a la UE, comprometiéndose todos los demás a entregar a tiempo la información necesaria a dicho coordinador. Otra posibilidad es que el acuerdo de cooperación mencione que todos los socios se comprometen individualmente a respetar la legislación sobre doble uso y a

parte de su mandato, creó un grupo de expertos dedicado a promover el cumplimiento con la normativa de doble uso al tiempo que aboga por garantizar la libertad académica.

¹³⁰ HEECA – *Higher Education Export Control Association* <https://heeca.org.uk/> Es la red nacional británica para desarrollar, mantener y promover las mejores prácticas en materia de cumplimiento del control de las exportaciones en todo el sector de la enseñanza superior del Reino Unido.

¹³¹ AUECO – *Association of University Export Control Officers* www.aueco.org/ AUECO aglutina actualmente a más de 500 responsables de control de exportaciones de bienes de doble uso de casi 300 universidades estadounidenses. Su misión es hacer avanzar la profesión del control de las exportaciones en las instituciones de enseñanza superior fomentando una comunidad diversa y colaboradora.

¹³² Recomendación (UE) 2021/1700, *op. cit.*, párr. 3.2.5.

¹³³ *Ibidem*, párr. 3.2.6.

solicitar ellos mismos las autorizaciones necesarias (especialmente cuando se exporten productos tangibles que deban declararse en aduana)¹³⁴.

5.7. Seguridad física y de la información

Finalmente, debido a la alta sensibilidad de los productos de doble uso, la Recomendación (UE) 2021/1700 recuerda que es importante que estos estén protegidos físicamente y seguros. Los exportadores deben garantizar la seguridad física de los bienes y tecnologías de doble uso y establecer medidas y procedimientos básicos de salvaguardia para el almacenamiento seguro y el acceso a programas informáticos o de tecnología de doble uso controlados en formato electrónico. Estas recomendaciones reconocen que los riesgos de seguridad emanan de amenazas tanto externas como internas al propio centro de investigación¹³⁵, por lo que sugiere que, a la hora de diseñar su propio ICP, la universidad tenga en cuenta todo el espectro de amenazas y desarrolle mecanismos que las aborden con independencia de su origen¹³⁶.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Si bien tradicionalmente, las universidades podían mantenerse al margen de la geopolítica de sus países y colaborar libremente con académicos extranjeros, beneficiando así a toda la humanidad, el deterioro del contexto geopolítico, el incremento de las tensiones globales y la renovada competencia entre grandes potencias por el control de conocimiento y tecnologías clave están transformando a las universidades en escenarios de confrontación en materia de inteligencia y política exterior. Los centros de investigación de la UE se ven afectados directamente al ser obligados a controlar sus exportaciones, entendidas estas en su más amplia acepción: cooperación, movilidad, financiación, intercambio de conocimiento y publicaciones.

Las universidades son entornos normativos singulares que se enfrentan a retos de cumplimiento propios y diferentes a los que se encuentran otros organismos como los laboratorios militares o las empresas exportadoras tradicionales del sector privado. Por ello, la sensibilización de las universidades y centros de investigación mejora el sistema de control, asegurando que los científicos y académicos que están en primera línea entiendan los riesgos y puedan garantizar la seguridad en sus actuaciones sin que ello obstaculice su libertad de cátedra ni el desarrollo pacífico de los Estados. Este aumento

¹³⁴ FLEMISH INTERUNIVERSITY COUNCIL, *op. cit.*, p. 8.

¹³⁵ Así como amenazas que procedan tanto de agentes estatales como no estatales. FULDA, Andreas y MISSAL, David, "Mitigating threats to academic freedom in Germany: the role of the state, universities, learned societies and China", *The International Journal of Human Rights*, vol. 26, núm. 10, 2022, pp. 1803-1821.

¹³⁶ Recomendación (UE) 2021/1700, *op. cit.*, párr. 3.2.7. Las amenazas externas se refieren a las interferencias procedentes del exterior.

del número de actores implicados está íntimamente ligado a las exigencias de la globalización. La naturaleza dinámica y compleja de las agendas de seguridad y el mayor nivel de proliferación y otros riesgos para la seguridad plantean la necesidad estratégica urgente de aumentar la concienciación, la coordinación y la colaboración entre las universidades y las autoridades nacionales.

El cumplimiento desigual y, en casi todos los casos, también tibio¹³⁷, de la normativa europea sobre control de exportaciones por parte de las universidades no solo pone de manifiesto la dificultad intrínseca a su implementación, sino que puede comportar también grados de exigencia tan diversos entre Estados y centros que repercutan negativamente en la seguridad internacional. Por ello, la ponderación entre intereses contrapuestos jurídicamente protegidos cobra una gran importancia y deberá ser aplicada con el máximo tiento posible, asumiendo la limitación que, en su caso, esta actuación pueda suponer.

Los gobiernos deben encontrar maneras de lograr que, igual que la industria y las compañías privadas, los centros de investigación de cualquier tipo también cumplan y mantengan sus compromisos de conformidad con las exigencias internas e internacionales, de lo contrario, deberán asumir el riesgo de que los bienes de doble uso contribuyan a la proliferación de ADM. Sin embargo, en la mayoría de casos, las universidades se encuentran huérfanas de cualquier tipo de orientación gubernamental que les indique cómo desempeñar su función científica sin poner en riesgo la seguridad nacional.

En conclusión, se deberá seguir trabajando en esta área, en la que, en cualquier caso, aumenta la relevancia del principio de precaución, es decir, la prudencia que deberá ser ejercida por los científicos al iniciar una investigación de doble uso¹³⁸. Ahora bien, conviene tener presente que el control total no es posible y que sería ingenuo suponerlo. Dentro del avance científico —se trate de lo mejor o de lo peor—, si es posible, se hará. Los autores de tales avances los defenderán como algo positivo, como “progreso”, mientras que los que los padezcan, harán lo contrario y actuarán de detractores. Por ello, las autoridades deberían asumir que, si es factible, habrá quien proceda a hacerlo (un principio absoluto dicta que cualquier cosa, si se puede hacer, se hará; no tiene excepciones). Del mismo modo que R. Mowatt-Larsen nos instaba a “evitar cualquier pensamiento convencional de establecer límites al

¹³⁷ BAUER, Sibylle, BROMELY, Mark, *op. cit.*, p. 13.

¹³⁸ Hay quien argumenta, incluso, que los investigadores deberían ser responsables no solo de no participar en actividades intencionadamente dañinas, sino también de la investigación con implicaciones perjudiciales que puedan prever razonablemente, KUHLAU, Frida, EVERS, Kathinka *et al.*, “Taking Due Care: Moral Obligations in Dual Use Research”, *Bioethics*, vol. 22, núm. 9, 2008, pp. 477–87 (p. 481).

arte de lo posible de la acción terrorista”¹³⁹, tampoco es realista pensar que es posible ponerle límites a la evolución científica.

El desafío de equilibrar la libertad académica con la seguridad internacional requiere un enfoque matizado y proactivo. Mientras que la cooperación científica y la difusión del conocimiento han sido motores clave del progreso, el contexto geopolítico actual impone restricciones que pueden limitar estos intercambios en aras de la seguridad. Sin embargo, este dilema no debe resolverse con medidas excesivamente restrictivas que asfixien la innovación ni con una laxitud que ponga en riesgo la estabilidad global. En este sentido, los gobiernos tienen la responsabilidad de dotar a las universidades de marcos normativos claros y orientaciones prácticas que les permitan cumplir con los controles sin comprometer su papel esencial en la generación y transmisión de conocimiento. Solo a través de una regulación equilibrada y una coordinación eficaz entre el ámbito académico y las autoridades nacionales se podrá garantizar que la ciencia continúe beneficiando a la humanidad sin convertirse en un instrumento de riesgo o conflicto.

En el caso del control de exportaciones en el ámbito académico, el fiel de la balanza entre la libertad de investigación y la seguridad tendrá que ajustarse con la mayor precisión posible.

¹³⁹ MOWATT-LARSEN, Rolf, “Al Qaeda Weapons of Mass Destruction Threat: Hype or Reality?”, *Belfer Center for Science and International Affairs*, enero de 2010, citado por: GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Gonzalo, “El Terrorismo NBQ-R En La Unión Europea y En España”, en *Las Armas NBQ-R Como Armas de Terror*, ed. por Monografías del CESEDEN, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pp. 85–139.

EL ACUERDO SOBRE SUBVENCIONES A LA PESCA DE LA OMC Y LA IMPLEMENTACIÓN PARCIAL DE LA META 14.6 DE LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE

THE WTO FISHERIES SUBSIDIES AGREEMENT AND THE INCOMPLETE IMPLEMENTATION OF TARGET 14.6 OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS

Carlos TEIJO GARCÍA*

Resumen: La adopción del *Acuerdo sobre Subvenciones a la Pesca* en 2022 tiene varios aspectos de interés para el análisis del ordenamiento internacional contemporáneo, al reflejar las dificultades que genera la traducción de la noción de desarrollo sostenible en obligaciones jurídicas vinculantes. El Acuerdo, aprobado en el seno de la OMC pese a tener un carácter medioambiental, supone una consecución parcial de la meta 14.6 de los ODS, al definir la prohibición de los subsidios ligados a la pesca ilegal y a la pesca de poblaciones sobreexplotadas. Respecto al tercer pilar de la negociación —la prohibición de subvenciones que estimulan la sobrecapacidad de la flota— los Estados no han alcanzado un acuerdo. Por otra parte, los Estados tampoco consiguieron definir el trato especial y diferenciado que debía ser reconocido a los países en desarrollo durante la aplicación de las nuevas disciplinas. El artículo revisa tanto los logros como las notables limitaciones del texto jurídico adoptado en la 12ª Conferencia Ministerial de la OMC.

Palabras clave: Subvenciones pesqueras, OMC, Acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias, ODS 14.

Abstract: The approval of the *WTO Agreement on Fisheries Subsidies* (2022) highlights several aspects of interest for the analysis of contemporary international order, since it reflects the difficulties linked to the translation of the notion of sustainable development into binding legal obligations. The Agreement, approved within the WTO despite having environmental (non-commercial) nature, represents a partial achievement of SDG target 14.6, by defining the prohibition of subsidies linked to illegal fishing and to the fishing of overexploited stocks. Regarding the third pillar of the negotiation (the prohibition of subsidies that encourage fleet overcapacity) States did not reach a minimum consensus. Furthermore, States also failed to agree on the special and differential treatment that should be granted to developing countries during the application of the new disciplines. This paper reviews both the achievements and the shortages of this legal text, adopted at the 12th WTO Ministerial Conference.

Keywords: Fisheries Subsidies, WTO, Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SDG14.

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y RR.II. Universidad de Santiago de Compostela (carlos.teijo@usc.es). Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación "Recursos marinos, sostenibilidad y territorio. Implicaciones para España de la evolución de los regímenes jurídicos de la pesca y la plataforma continental ampliada" (RECMAR). PID2023-150405OB-I00, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades/Agencia Estatal de Investigación /10.13039/50110001103/FEDER/UE.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL COSTE MEDIOAMBIENTAL DE LAS SUBVENCIONES A LA PESCA. 2. LAS NEGOCIACIONES MULTILATERALES PARA LA REGULACIÓN DE LAS SUBVENCIONES PESQUERAS Y LA FORMULACIÓN DEL ODS 14.6. 3. LA PROHIBICIÓN DE CONCEDER SUBVENCIONES A LA PESCA ILEGAL, NO DECLARADA Y NO REGLAMENTADA. 4. LA REGULACIÓN DE LAS SUBVENCIONES RELACIONADAS CON LA CAPTURA DE POBLACIONES SOBREEXPLOTADAS. 5. LAS PROHIBICIONES RELATIVAS A LAS FLOTAS DE PESCA A DISTANCIA. 6. LA NORMA QUE NO PUDO SER: EL FRACASO EN LA DELIMITACIÓN DE LOS SUBSIDIOS QUE CONTRIBUYEN A LA SOBRECAPACIDAD. 7. EL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO. 8. DISPOSICIONES INSTITUCIONALES, SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS Y ENTRADA EN VIGOR. 9. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y CUESTIONES PENDIENTES. 10. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN: EL COSTE MEDIOAMBIENTAL DE LAS SUBVENCIONES A LA PESCA

El comportamiento comercial desleal que tiene un origen público, como el que puede derivar de las subvenciones otorgadas por Estados, resulta un objeto complejo para el Derecho Internacional Económico puesto que esta materia plantea considerables dificultades de conceptualización. La regulación de este ámbito normativo se localiza básicamente en el *Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (ASMC)* de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que establece que “existe una subvención cuando se produce una contribución financiera del gobierno a favor de una industria nacional que le confiere un beneficio comercial”¹. A partir de esta sucinta definición, los órganos de solución de diferencias de la organización han perfilado jurisprudencialmente el alcance de nociones como organismo público, contribución financiera, ventaja comparativa, ayuda específica o perjuicio grave, con el objetivo de delimitar el ámbito material de las subvenciones prohibidas².

En las últimas dos décadas, el proceso de regulación internacional de un tipo específico de subvenciones —las concedidas en el ámbito pesquero— ha adquirido una creciente visibilidad. Estas ayudas, respecto a las que existe un grado notable de opacidad³, generan distorsiones comerciales entre los operadores que participan del mercado global de productos pesqueros⁴. En primer término, porque las flotas de Estados con niveles bajos de subsidiación pierden

¹ *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, BOE núm. 20, 24.1.1995.

² LÓPEZ-JURADO, Carmen, MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo “La regulación material del comercio internacional”, en HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel y ROLDÁN BARBERO, Javier (coords.) *Derecho Internacional Económico*, Tirant lo Blanch, 2022, en especial pp. 95-99.

³ Sobre la falta de información exhaustiva sobre subvenciones pesqueras y el incumplimiento de las obligaciones de notificación impuestas por el ASMC a los Estados Parte, vid. FORMENTI, Lorenzo, “Assessing transparency in fisheries subsidies: A notification-driven analysis”, *Marine Policy*, vol. 136, 2022, pp. 1-11.

⁴ Para una exposición detallada del coste comercial de los subsidios pesqueros, vid. entre otros los documentos de posición presentados durante las negociaciones en la OMC por *Australia, Chile, Ecuador, Islandia, Nueva Zelanda, Perú, Filipinas y los Estados Unidos*, TN/RL/W/3, 22.4.2002, y *Nueva Zelanda*, TN/RL/W/12, 4.7.2002. En el mismo sentido, FAO, *Introducing Fisheries Subsidies*, Technical Paper 437, 2003, en especial, pp. 49 y ss.

márgenes de captura y de comercialización frente a las que reciben un mayor apoyo público. En segundo lugar, porque los Estados costeros encuentran serias dificultades para incrementar la competitividad de sus flotas frente a las procedentes de Estados de pesca a distancia que han recibido históricamente un nivel elevado de financiación pública⁵. Y, por último, porque la desventaja comparativa de las flotas no subsidiadas se ve agravada cuando la actividad pesquera se desarrolla en el ámbito de procesos altamente tecnificados como la captura de poblaciones transzonales o migratorias en alta mar.

La normativa internacional que regula el empleo de subsidios ha resultado inadecuada, sin embargo, para atacar los efectos perniciosos de las subvenciones pesqueras, tanto en el plano propiamente comercial como en el medioambiental. El ASMC fue concebido para incidir sobre las distorsiones que se producen en el ámbito de la exportación pero no regula las disfunciones que surgen en la cadena productiva (como el incremento de la sobrecapacidad pesquera) cuando estas no repercuten directamente sobre el intercambio comercial⁶. En realidad, la mayoría de los subsidios pesqueros se conceden para garantizar la oferta de pescado en el mercado interno mediante el estímulo de la actividad de la flota de cada Estado en caladeros nacionales e internacionales —más que con el objetivo de promover las exportaciones de productos pesqueros— por lo que resulta difícil que este tipo de subvenciones lleguen a ser calificadas como prohibidas en el marco del ASMC⁷ y, en consecuencia, impugnadas ante el órgano de solución de diferencias de la OMC⁸.

El elemento que resulta realmente novedoso del proceso de restricción de las subvenciones pesqueras, en el plano internacional, es que obedece a una lógica más medioambiental que comercial. Dicho de otro modo, los subsidios pesqueros no han sido incorporados a la agenda normativa de la comunidad internacional porque supongan un trascendental problema económico sino por las negativas consecuencias ecológicas que generan. De acuerdo con los datos de la FAO, el 60 por ciento de las poblaciones de peces están plenamente explotadas y un 35 por ciento se encuentran en niveles de aprovechamiento que resultan insostenibles⁹. Esta situación crítica de las pesquerías, a nivel mundial, se explica fundamentalmente por la deficiente gestión individual que realizan los Estados ribereños de sus zonas económicas exclusivas (ZEE), así como por como la endeble administración cooperativa, mediante organizaciones y acuerdos regionales, que caracteriza a

⁵ Vid. infra. apartado 5.

⁶ CHANG, Seung Wha, "WTO Disciplines on Fisheries Subsidies: A Historic Step Towards Sustainability?", *Journal of International Economic Law*, vol. 6, , 2003, pp. 879-921, p. 885.

⁷ YOUNG, Margaret "Fragmentation or interaction: the WTO, fisheries subsidies, and international law", *World Trade Review*, vol. 8, núm. 4, 2009, pp. 477-515, p. 487.

⁸ CAMPLING, Liam, HAVICE, Elisabeth, "Mainstreaming Environment and Development at the World Trade Organization? Fisheries Subsidies, the Politics of Rule-Making, and the Elusive 'Triple Win'", *Environment and Planning*, vol. 45, núm. 4, 2013, pp. 835-852, p. 840.

⁹ FAO, *The State of World Fisheries and Aquaculture (SOFIA) 2022*, Roma, 2023, p. 50.

la pesca en alta mar¹⁰. Sin embargo, los análisis coinciden en señalar que un vector subyacente que resulta clave para comprender el alcance de la crisis pesquera global es la existencia de un exceso de capacidad de captura que deriva, en gran medida, de la reducción artificial de los costes de producción de los armadores que encuentra su origen en los subsidios gubernamentales¹¹.

Ante la ausencia de una base de datos completa, la estimación más habitual que emplean Estados e instituciones internacionales apunta a que se conceden anualmente 35400 millones de dólares estadounidenses a la industria pesquera, de los cuales 22200 tienen un carácter negativo puesto que contribuyen al incremento de la capacidad del sector. China es el principal financiador de estas ayudas (21 por ciento del total), seguido por los EEUU y Corea del Sur (10 y 9 por ciento respectivamente), mientras que los Estados miembros de la UE otorgan, en conjunto, el 11 por ciento de las subvenciones mundiales a la pesca¹². El análisis de la distribución geográfica de los subsidios refleja que, utilizando el criterio de autocalificación como país en desarrollo que aplica la OMC, sólo el 35 por ciento de las ayudas procede de países desarrollados mientras que el 65 por ciento restante tiene origen en economías en desarrollo¹³.

El *Acuerdo sobre Subvenciones Pesqueras* (ASP) aprobado en la Duodécima Conferencia Ministerial (CM12) de la OMC¹⁴ busca subsanar las deficiencias de la normativa vigente en la materia y adaptar este marco regulatorio internacional a los compromisos asumidos en el contexto de la Agenda 2030. El presente trabajo realiza un análisis valorativo de las disposiciones incluidas en este Acuerdo, de las alternativas regulatorias que han manejado los Estados durante la negociación del mismo y también de los notables límites observables en el consenso alcanzado, de acuerdo con el esquema siguiente. En primer término, el texto avanza una contextualización histórica del debate sobre las subvenciones a la pesca y la formulación de la meta 14.6 de los ODS (2). Después, aborda la configuración legal en el Acuerdo de las prohibiciones de subvencionar actividades relacionadas con la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada, INDNR (3) y con la captura de poblaciones sobreexplota-

¹⁰ CULLIS-SUZUKI, Sarika, PAULY, Daniel, "Failing the high seas: A global evaluation of regional fisheries management organizations", *Marine Policy*, vol. 34, 2010, pp. 1036-1042.

¹¹ WORLD BANK, FAO, *The Sunken Billions: The Economic Justification for Fisheries Reform*, World Bank, 2009, p. 23; en el mismo sentido, WORLD BANK, *The Sunken Billions Revisited: Progress and Challenges in Global Marine Fisheries*. World Bank, 2017, p. 58; y SMITH, Martin, "Subsidies, efficiency, and fairness in fisheries policy", *Science*, vol. 364, 2019, pp. 34-35.

¹² Los siete mayores subsidiadores a nivel mundial —es decir, China, la UE, Estados Unidos, Corea del Sur, Japón, Rusia, Tailandia e Indonesia— conceden, en términos brutos, el 65 por ciento del total de las ayudas pesqueras, SUMAILA, Rashid et. al., "Updated estimates and analysis of global fisheries subsidies", *Marine Policy*, 109, 2019.

¹³ Esta visión de conjunto, sin embargo, resulta distorsionada por la inclusión de China, entre otros, dentro de la categoría de país en desarrollo, algo que resulta ciertamente cuestionable en el marco de la OMC, al respecto, HU, Weinian, "China as a WTO developing member, is it a problem?", 2019, Bruselas, *CEPS Policy Insights*, núm.16, 2019.

¹⁴ OMC, *Acuerdo sobre subvenciones a la pesca*, Decisión Ministerial de 17 de junio de 2022, WT/MIN(22)/33, 22.6.2022.

das (4); para finalizar el análisis de las prohibiciones sustantivas que recoge el tratado, son objeto de estudio las disciplinas residuales establecidas para la financiación de las flotas de pesca a distancia (5). A continuación, el artículo trata el problema nuclear de la delimitación de los subsidios que contribuyen a la sobrecapacidad (6), así como la espinosa cuestión del trato especial y diferenciado (TED) para los países en desarrollo (7), que son los ámbitos del mandato negociador en los que los Estados miembros de la OMC no han sido capaces de fraguar un consenso. Por último, son objeto de revisión las disposiciones institucionales, de solución de diferencias y las relativas a la entrada en vigor del ASP (8), así como los problemas pendientes que tendrán que ser abordados con el objetivo de completar el mandato negociador dado a la OMC (9). El trabajo se cierra con una breve consideración final (10).

En tanto que norma convencional, el ASP presenta varios aspectos de interés para el estudio de la incorporación de la noción de “desarrollo sostenible” al ordenamiento jurídico internacional, puesto que esta resulta todavía incipiente y requiere de concreciones normativas que la sustantiven¹⁵. La primera nota distintiva del tratado radica en su naturaleza eminentemente medioambiental, a pesar de haber sido adoptado en el marco jurídico comercial de la OMC. En segundo término, el convenio ilustra la interdependencia de los objetivos y metas de la Agenda 2030, al articularse en la intersección de tres regímenes internacionales (el comercial, el medioambiental y el marítimo) que se superponen en el marco regulatorio de los subsidios pesqueros. La tercera nota de interés viene dada porque el mandato sobre el reconocimiento de un TED para los países en desarrollo ejemplifica la tensión que suscita la reclamación por parte de China y de otras dinámicas economías en desarrollo de un principio de discriminación positiva (en este caso, traducido en una exención respecto a la prohibición general de subvencionar) que ha perdido, en virtud del crecimiento de estos Estados, su razón originaria de ser. Por último, también es preciso recordar que la adopción del ASP ha concitado un elevado interés porque se ha convertido —a pesar de su restringido alcance material— en un indicador para evaluar la eventual revitalización de una organización, la OMC, que atraviesa una importante crisis institucional¹⁶.

2. LAS NEGOCIACIONES MULTILATERALES PARA LA REGULACIÓN DE LAS SUBVENCIONES PESQUERAS Y LA FORMULACIÓN DEL ODS 14.6.

La incorporación de la problemática generada por los subsidios pesqueros perjudiciales a la agenda multilateral tuvo lugar, por vez primera, en la *De-*

¹⁵ FERNÁNDEZ-LIESA, Carlos, “El desarrollo sostenible y la teoría del derecho internacional”, *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, vol. 11, núm. 2, 2022, pp. 54-77, p. 65.

¹⁶ KINDLON, Julia, “Can Fish Save the WTO: Current Problems and Potential Outcomes of the WTO Fisheries Subsidies Negotiations”, *NYU Environmental Law Journal*, vol. 28, núm. 2, 2020, pp. 282-318.

claración de Doha que estableció que “los participantes también procurarán aclarar y mejorar las disciplinas de la OMC con respecto a las subvenciones a la pesca, habida cuenta de la importancia de este sector para los países en desarrollo”¹⁷. En la *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible* de Johannesburgo de 2002, los gobiernos concretaron el objetivo de eliminar las subvenciones que contribuyen a la pesca INDNR así como al exceso de capacidad¹⁸, mientras que la *Conferencia Ministerial* de Hong Kong terminó de perfilar el mandato, al enfatizar la conexión del tema con la seguridad alimentaria de los países en desarrollo¹⁹. Tras varios años de negociaciones, en 2007 fue presentado un primer borrador de acuerdo, que no encontró apoyo entre los Estados negociadores²⁰.

El mandato de la OMC sobre subsidios pesqueros languideció hasta 2015, cuando se produjo su revitalización a través de la meta 14.6 de los ODS, que formulaba la necesidad de lograr (antes de 2020 y contando con la inclusión de un trato especial y diferenciado para países en desarrollo) la supresión de las tres modalidades de ayudas al sector pesquero que generan consecuencias medioambientales más lesivas, esto es, aquellas que contribuyen a la pesca INDNR, a la captura de poblaciones de peces que están sobreexplotadas y las que estimulan la sobrecapacidad de la flota²¹. A pesar del impulso político derivado de los ODS, los miembros de la OMC fueron incapaces de alcanzar un consenso en la *Conferencia Ministerial* de Buenos Aires (2017)²² por lo que la decisión final sobre el acuerdo se postergó hasta la décimo segunda *Conferencia Ministerial* (CM12), programada para 2021 pero que finalmente tuvo lugar en junio de 2022, por razón de la crisis sanitaria del COVID19. Pese a las dificultades planteadas por la pandemia, el *Grupo de Negociación sobre Normas* de la OMC desarrolló un intenso trabajo diplomático en los dos años anteriores a la adopción del convenio, presentando un primer borrador de texto consolidado en 2020 (con el objetivo de alcanzar el plazo establecido en el ODS 14.6) y revisando este documento en varias ocasiones para integrar las observaciones formuladas por los Estados²³.

¹⁷ WT/MIN(01)/DEC/1, 20.11.2001. Sobre el proceso de movilización, dentro de la sociedad civil y por parte de un grupo de Estados sensibles a la problemática (EEUU, Noruega y Nueva Zelanda, en primera instancia), que condujo a la inclusión de la cuestión de los subsidios a la pesca dentro de la agenda de la OMC, vid. REINERT, Kenneth A. “Fisheries Subsidies and the World Trade Organization: A Concise History”, *International negotiation*, 2022, vol. 27, pp. 1-25, en particular p. 8.

¹⁸ Apartado (f) del artículo 31 del Plan de aplicación, A/CONF.199/20.

¹⁹ WT/MIN(05)/W/31, 7.12.2005, Anexo D, párr. 9.

²⁰ JTN/RL/W/213, 30.11.2007.

²¹ ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, A/RES/70/1, 25.9.2015.

²² *Decisión Ministerial sobre subvenciones a la pesca*, WT/MIN(17)/64, 18.12.2017

²³ Bajo el liderazgo del Presidente del Grupo de Negociación sobre Normas durante el período comprendido entre noviembre de 2019 y septiembre de 2022 (el Embajador de Colombia ante la OMC, Santiago Wills) fueron presentadas sucesivas propuestas de texto consolidado, con numerosas disposiciones sometidas a debate y mantenidas entre corchetes hasta el final de la negociación, que evolucionaron progresivamente con la intención de reflejar los consensos parciales alcanzados entre las distintas delegaciones. Al respecto, vid. los documentos RD/TN/RL/126, 25.6.2020, RD/TN/RL/126 rev. 1,

El texto adoptado en la CM12 es un acuerdo incompleto que refleja tanto el mínimo consenso obtenido respecto a las dos primeras prohibiciones del mandato (subsidios a la pesca INDNR y a la captura de poblaciones sobre-explotadas) como el fracaso relativo a la regulación de las subvenciones que generan sobrecapacidad y a la delimitación del trato especial y diferenciado. Antes de entrar en el análisis de los compromisos adoptados, conviene aclarar el alcance de unas disciplinas, que no han sido diseñadas para regular la totalidad de las ayudas públicas que son concedidas en los diversos planos de la actividad pesquera.

En este sentido, el artículo 1 del ASP remite a la definición contenida en el artículo 1.1 del Acuerdo SMC y establece que deberán ser consideradas, en consecuencia, como subvenciones las siguientes modalidades de contribución financiera: la transferencia directa de fondos (como donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos); la condonación de ingresos públicos, como pueden ser las bonificaciones fiscales; el suministro de bienes o servicios —que no sean de infraestructura general— o la compra de bienes; la realización de pagos a un mecanismo de financiación, o la encomienda a una entidad privada de funciones que normalmente incumbirían al gobierno; y el sostenimiento de ingresos o precios que otorgue un beneficio. Por otra parte, como precisa el artículo 2 del Acuerdo SMC, tan solo son objeto de prohibición las subvenciones que tienen un carácter específico, al dirigirse a empresas o sectores concretos, por lo que quedan excluidas del ámbito de aplicación del tratado las otorgadas con carácter general, con la finalidad de estimular la producción económica en su conjunto ²⁴.

Desde un punto de vista material, el ASP también aparece circunscrito a las ayudas relacionadas con la pesca de captura marina salvaje, por lo que los subsidios dirigidos a la acuicultura y a la pesca continental están excluidos del ámbito de aplicación de esta norma. Por otra parte, de acuerdo con la nota 2 del ASP, quedan fuera igualmente del marco regulador del tratado los pagos realizados entre Gobiernos en el contexto de los tratados de acceso a pesquerías previstos en el artículo 63 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (CNUDM). Aunque casi todos los convenios para el acceso a recursos pesqueros contienen elementos objetivos que permitirían calificarlos como subvenciones²⁵, al conllevar una reducción de los costes asumidos por los armadores para el desarrollo de la actividad pesque-

2.11.2020 y RD/TN/RL/126 rev. 2, 18.12.2020; TN/RL/W/276, 11.5.2021, TN/RL/W/276/Rev.1, 30.6.2021, TN/RL/W/276/Rev.2., 8.11.2021 y, finalmente, WT/MIN(22)/W/20, 10.6.2022, que fue el texto consolidado sometido a debate en la CM12.

²⁴ LÓPEZ-JURADO, Carmen, MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo, *op.cit.*, p. 99.

²⁵ Para una visión panorámica sobre estos acuerdos vid. FAO, *Mapping distant-water fisheries access arrangements*, 2022, FAO Fisheries and Aquaculture Circular núm. 1252, Roma <https://doi.org/10.4060/cc2545en>

ra²⁶, la mayoría de los Estados negociadores se opusieron a incluirlos dentro de las disciplinas²⁷. A pesar de la relevancia que ha tenido esta exclusión en el proceso de negociación del ASP, el tema ha quedado cerrado en falso puesto que la India —que ha sido el país que ha obstaculizado, en mayor medida, el consenso durante la CM12— se ha mostrado, tras la adopción del tratado, extremadamente beligerante respecto a este asunto y dispuesta a reabrir el debate sobre el alcance y sentido de esta exclusión en futuras rondas negociadoras²⁸.

3. LA PROHIBICIÓN DE CONCEDER SUBVENCIONES A LA PESCA ILEGAL, NO DECLARADA Y NO REGLAMENTADA.

El primero de los objetivos que persigue el ODS 14.6 es desconectar la concesión de ayudas públicas del amplio catálogo de prácticas que infringen, con mayor o menor grado de intensidad, la normativa pesquera nacional o internacional y son susceptibles de ser calificadas como pesca INDNR²⁹. En este primer pilar del mandato negociador, el artículo 3 del tra-

²⁶ OECD, *Support to fisheries: Levels and impacts*, OECD Food, Agriculture and Fisheries Papers, No. 103, OECD Publishing, Paris, 2017, en particular, p. 12.

²⁷ La cuestión de los acuerdos de acceso resulta compleja y requiere de un análisis casuístico puesto que la incorporación a este tipo de tratados de ciertos componentes de codesarrollo ligados a la mejora de la gestión pesquera ha llevado a considerar que algunos de ellos —como los Acuerdos de Cooperación para la Pesca Sostenible de la UE— pueden presentar características parcialmente conexas con las subvenciones positivas. Sobre este particular, ha sido indicado que “these agreements often involve complex arrangements including public fisheries subsidies but also private firms and overseas development aid (not always related to fishing). These relationships are beyond the purview of the WTO, so nations must ensure that transparency initiatives incentivized by this agreement and its flexibilities extend beyond it to ensure nations benefit from fish in their waters, which has sometimes been undermined by fishing access agreements that are legal but highly inequitable”, CISNEROS-MONTEMAYOR, Andrés et al. “A constructive critique of the World Trade Organization draft agreement on harmful fisheries subsidies”, *Marine Policy*, vol. 135, 2022, p. 2.

²⁸ En este sentido, en las negociaciones que han continuado, tras la CM12 de julio de 2022, con el objetivo de completar el mandato de la meta 14.6, la delegación india ha indicado que “we recognise the fact that such access agreements/arrangements can help some Members generate revenues, especially in some developing countries including LDCs. However, further transfer, by a payer Member government, of access rights that it has acquired from another Member government to fish within the jurisdiction of such other Member should be treated as subsidies within the meaning of this Agreement. Excluding subsidies arising from the further transfer of access rights is like a blank cheque to distant water fishing nations that fish in other Member’s EEZ /high seas. Such exclusion can easily circumvent the subsidy disciplines by entering into bilateral or circuitous agreements and avoid recovery of subsidy paid to commercial players”, *Provisions on the Scope for the Comprehensive Agreement on Fisheries Subsidies Contributing to Overcapacity and Overfishing, Communication from India*, RD/TN/RL/175, 10.9.2023, p. 3.

²⁹ En la nota al pie 4 del ASP se aclara que son consideradas como pesca INDNR las actividades descritas en el *Plan de Acción* de la FAO, que se refiere a la pesca ilegal como aquella “realizada por buques nacionales o extranjeros en aguas bajo la jurisdicción de un Estado, sin el permiso de éste o contraviniendo su legislación; realizada por buques que enarbolan el pabellón de Estados que son partes de una organización regional de ordenación pesquera competente, pero faenan contraviniendo las medidas de conservación y ordenación adoptadas por dicha organización y en virtud de las cuales están obligados los Estados, o las disposiciones pertinentes del derecho internacional aplicable; o en violación de las leyes nacionales u obligaciones internacionales, inclusive las contraídas por los Esta-

tado establece como cláusula general que “ningún Miembro concederá ni mantendrá ninguna subvención a un buque o a un operador que practique la pesca INDNR”. Sin embargo, en el desarrollo ulterior de la disposición se observan algunos matices que rebajan la ambición de anteriores borradores del texto. El primero de ellos afecta al propio alcance de la prohibición de subsidiar puesto que el acuerdo no aclara si debe ser impuesta respecto al buque que incurre en prácticas contrarias al ordenamiento pesquero o si debe extenderse también, para ser realmente eficaz, al operador que es “el propietario del buque, o cualquier persona que tenga a su cargo o dirija o controle el buque” (artículo 2.e). El efecto disuasorio vinculado a la prohibición resultaría incrementado si la sanción se dirigiese siempre contra la empresa armadora que, debido al carácter abierto de buena parte de los programas de ayuda (al combustible, al mantenimiento de rentas de los trabajadores o a la compra de bienes de equipo, por ejemplo) puede estar recibiendo un apoyo simultáneo en varios navíos de su propiedad. A pesar de ello, algunos Estados negociadores se mostraron contrarios a la extensión de la responsabilidad más allá del buque infractor³⁰ por lo que el texto final no prejuzga si la prohibición de subvencionar debe alcanzar sólo a este o al operador en su conjunto³¹.

Un segundo aspecto relevante para configurar esta prohibición es el análisis de los sujetos legitimados para formular la denuncia sobre pesca INDNR que da lugar a la activación de las disciplinas. En este punto, el texto arroja, de nuevo, un resultado conservador puesto se ha optado por limitar el elenco de potenciales denunciadores, al haber sido reconocida esta capacidad a cualquier Estado Miembro de la OMC ribereño respecto de las actividades realizadas en aguas bajo su jurisdicción; a un Estado Miembro del pabellón sobre las actividades realizadas por buques que enarbolan su bandera; y, por últi-

dos cooperantes con respecto a una organización regional de ordenación pesquera competente”; a la pesca no declarada como aquella “que no ha sido declarada, o ha sido declarada de modo inexacto, a la autoridad nacional competente, en contravención de la legislación nacional; o llevada a cabo en la zona de competencia de una organización regional de ordenación pesquera competente, que no ha sido declarada o ha sido declarada de modo inexacto, en contravención de los procedimientos de declaración de dicha organización”; y a la pesca no reglamentada como aquella “realizada en la zona de aplicación de una organización regional de ordenación pesquera competente por buques sin nacionalidad, o que enarbolan el pabellón de un Estado que no es parte de esa organización, o por una entidad pesquera, de una manera que no está en consonancia con las medidas de conservación y ordenación de dicha organización, o que las contraviene; o realizada en zonas o en relación con poblaciones de peces respecto de las cuales no existen medidas aplicables de conservación u ordenación y en las que estas actividades pesqueras se llevan a cabo de una manera que no está en consonancia con las responsabilidades que incumben al Estado con respecto a la conservación de los recursos marinos vivos en virtud del derecho internacional”, FAO, *Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada*, Roma, FAO, 2001, 27 pp., párr. 3.1, 3.2 y 3.3.

³⁰ En este sentido, vid. *Comunicación de la Argentina, Colombia, Costa Rica, Panamá, el Perú y el Uruguay*, TN/RL/GEN/187, 29.5.2017, nota 7.

³¹ El Presidente del Grupo de Negociación ha justificado este enfoque de la disposición, a nuestro juicio criticable, señalando que resulta “coherente con el entendimiento general de que la propia OMC no interviene, ni debería intervenir en la naturaleza y alcance sustantivos de ninguna determinación de pesca INDNR”, WT/MIN(22)/W/20/Add.1

mo, a una organización o arreglo regional de ordenación pesquera (OROP/AROP) en las zonas y respecto de las especies bajo su competencia (artículo 3.2). El ASP habría resultado más ambicioso si el Estado rector del puerto hubiese sido incluido como eventual denunciante, puesto que es el actor sobre el que se han hecho pivotar recientemente las estrategias más avanzadas de lucha contra la pesca ilegal³² y había aparecido en las primeras versiones del borrador de acuerdo desempeñando esta función³³.

Un tercer elemento significativo por relación a la prohibición que define el artículo 3 tiene que ver con las garantías procesales que debe reunir una denuncia sobre pesca INDNR. Esta cuestión ha resultado relevante durante la negociación puesto que la determinación realizada por uno de los sujetos legitimados con competencia territorial (como un Estado miembro o una OROP/AROP) provoca un impacto directo sobre el Estado que otorga la subvención, por lo que parece razonable establecer cautelas, al menos de procedimiento, sobre la denuncia. Las garantías procesales son importantes en el ámbito de competencia de las OROP/AROP pero resultan indispensables en el plano de las determinaciones hechas por Estados ribereños puesto que, si bien la remisión a la legislación nacional resulta útil para aportar un margen de adaptación local a cualquier denuncia de pesca INDNR, puede generar resultados contradictorios, al ser el catálogo estatal de infracciones pesqueras heterogéneo, en términos comparados³⁴. Esta situación es fácil de ilustrar si pensamos, por ejemplo, en una práctica tan sensible como el *descarte* (la parte de la captura que no se retiene a bordo durante una operación de pesca y se desecha al mar) que es considerada como una actividad sancionable en ciertas jurisdicciones³⁵ mientras resulta completamente permisible en otras. Desde este punto de vista, resulta lógico reforzar los elementos garantistas del procedimiento sancionador por lo que el ASP establece que la prohibición de subsidiar sólo será aplicable si la determinación del ribereño se basa en información fáctica pertinente; si este ha proporcionado al Estado de pabellón la oportuna notificación de de-

³² *Agreement on Port State Measures to prevent, deter and eliminate illegal, unreported and unregulated fishing*, 22.11.2009, 3161 UNTS. El Acuerdo entró en vigor el 5.6.2016 y, en octubre de 2024, son Partes en el mismo 78 Estados y la Unión Europea, que tiene competencia en todos los ámbitos regulados por el mismo, cf. DO L 191, 22.7.2011.

³³ Cf. RN/TN/RL/126, 25.6.2020. Al no haber sido aceptada la legitimación directa del Estado Miembro rector del puerto, el ASP recoge un rol difuso y secundario para este actor al señalar que, cuando notifique a un Miembro otorgante de una subvención que tiene motivos fundados para considerar que un buque que se encuentra en uno de sus puertos ha incurrido en actividades de pesca INDNR, “el Miembro otorgante de la subvención tendrá debidamente en cuenta la información recibida y tomará las medidas que estime apropiadas con respecto a sus subvenciones”, artículo 3.6.

³⁴ SCHMIDT, Carl-Christian, “Issues and Options for Disciplines on Subsidies to Illegal, Unreported and Unregulated Fishing” en ICTSD (ed.), *Fisheries Subsidies Rules at the WTO: A Compilation of Evidence and Analysis*, pp. 53-81, p. 64

³⁵ Como ocurre en la regulación básica sobre la obligación de desembarque que establece el artículo 15 del Reglamento (UE) núm. 1380/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.12.2013, sobre la política pesquera común, DO L 354, 28.12.2013.

tención temporal del buque o de iniciación de la investigación; si el Estado de bandera ha tenido oportunidad de remitir información pertinente antes de que se produzca la determinación definitiva; y, por último, si se notifican adecuadamente tanto la determinación definitiva, como las sanciones aplicadas (artículo 3.3.b).

Respecto a cuál ha de ser el umbral de gravedad de la infracción a partir del que deben ser activadas las disciplinas, el ASP señala que el Estado miembro otorgante de la subvención “tendrá en cuenta la naturaleza, la gravedad y la repetición de la pesca INDNR practicada por un buque o un operador al fijar la duración de la aplicación de la prohibición” (artículo 3.4). Esto equivale a afirmar que el Estado otorgante carece de la posibilidad de inaplicar la prohibición sobre la base una calificación autónoma que incida sobre la ausencia de gravedad de la infracción, disponiendo tan solo de discrecionalidad para graduar la extensión temporal de la sanción aplicable en función de criterios de proporcionalidad. Por último, el artículo se cierra estableciendo como umbral mínimo que la prohibición de subvencionar debe extenderse “mientras siga vigente la sanción resultante de una determinación que haya activado dicha prohibición, o por lo menos mientras el buque o el operador figure en una lista de una OROP/AROP, cualquiera que sea el período más largo”.

4. LA REGULACIÓN DE LAS SUBVENCIONES RELACIONADAS CON LA CAPTURA DE POBLACIONES SOBREEXPLOTADAS

El artículo 4 del ASP aborda el segundo pilar de la meta 14.6, es decir, la prohibición de conceder subvenciones para la pesca de poblaciones ictícolas sobreexplotadas que, como se ha indicado, son el 35 por ciento de aquellas de las que dispone de datos científicos³⁶. Para aplicar en la práctica la restricción a los subsidios, el Acuerdo requiere que haya sido declarada una situación de sobreexplotación por parte del Estado ribereño en cuya jurisdicción tiene lugar la pesca o, en su caso, por la OROP/AROP competente. El apartado 3 del artículo introduce una flexibilidad básica al alcance de la prohibición, al permitir que un Miembro mantenga las subvenciones si estas son aplicadas al restablecimiento de la población a un nivel biológicamente sostenible, utilizando puntos de referencia como el *rendimiento máximo sostenible* (RMS) u otros. Mediante esta excepción, los Estados negociadores han buscado estimular el empleo de subsidios positivos (como los orientados hacia el estudio científico de los stocks, al establecimiento de áreas marinas protegidas o a la mejora de la selectividad de las artes) así como optimizar la gestión pesquera a través de la utilización de parámetros de control de las pesquerías, como el RMS, que resulten homologables entre los distintos Estados parte en el Acuerdo.

³⁶ Vid. nota núm. 9.

5. LAS PROHIBICIONES RELATIVAS A LAS FLOTAS DE PESCA A DISTANCIA

Los Estados negociadores no lograron cumplir de manera exhaustiva con el triple mandato de la meta 14.6 de los ODS, al ser incapaces de delimitar un marco regulador para las subvenciones relacionadas con la sobrecapacidad, que son las más habituales y perniciosas desde un punto de vista medioambiental. En la redacción dada al definitivo artículo 5 del Acuerdo, que lleva por título “Otras subvenciones”, se percibe el carácter residual del compromiso logrado que se extiende sobre dos aspectos accesorios como son, en primer término, la prohibición de las subvenciones a la pesca que se realiza en zonas no reguladas de alta mar y, en segundo lugar, el establecimiento de ciertas obligaciones de comportamiento —que no de resultado— para aquellos Estados que otorguen subsidios a buques que no enarbolen su propio pabellón.

Respecto a la primera de estas cuestiones, es preciso señalar que una parte central del debate sobre subsidios pesqueros ha gravitado sobre la necesidad de limitar las importantes ayudas que reciben las grandes flotas de pesca a distancia. Esta clase de subvenciones ha sido objeto de una crítica recurrente —por parte de Estados en desarrollo, de ONG y en el ámbito académico— en la que ha sido destacado que estas benefician principalmente a los segmentos de flota más industrializada, que es la que causa un mayor daño medioambiental y genera un menor rendimiento social, al emplear a un número reducido de trabajadores³⁷. Los diez primeros Estados proveedores de subvenciones pesqueras (China, Japón, Corea, Rusia, EE.UU., Tailandia, Taiwán, España, Indonesia y Noruega) destinaron más de 5300 millones de dólares a financiar las actividades extractivas de sus flotas nacionales en las ZEE de otros países, lo que supone más de una tercera parte de las subvenciones perjudiciales que han concedido³⁸. Por relación específicamente a la pesca en alta mar, el volumen de subsidios global asciende hasta los 4200 millones de dólares anuales³⁹. En ambos planos, la subvención intensiva de las flotas a

³⁷ En este sentido, ha sido estimado que de los 35400 millones de USD en subsidios pesqueros proporcionados globalmente en 2018, sólo el 19 por ciento se dirigió a subsector de la pesca a pequeña escala, que incluye a las pesquerías artesanales y de subsistencia, mientras que más del 80 por ciento financió a la pesca industrial a gran escala; a consecuencia de dicho reparto, un pescador implicado en actividades de pesca industrial recibe, como media, casi cuatro veces más subsidios que un pescador a pequeña escala, SCHUHBAUER, Anna et al., “The Global Fisheries Subsidies Divide Between Small and Large-Scale Fisheries”, *Frontiers in Marine Science*, vol. 7, 2020. Compartiendo un enfoque crítico similar; vid., entre otros, los sucesivos informes publicados por OCEANA en el marco de la campaña *Transparent Oceans Initiative*, así como las posiciones defendidas por los Estados en desarrollo de África, Caribe y Pacífico (ACP) durante la negociación del ASP respecto a la conveniencia de concentrar las prohibiciones en “las subvenciones concedidas a la pesca comercial o industrial en gran escala y en las subvenciones a las actividades pesqueras realizadas fuera de la jurisdicción marítima de los Miembros”, *Comunicación de Rwanda en nombre del Grupo ACP*, TN/RL/GEN/182, 16.11.2016.

³⁸ SKERRITT, Daniel, SUMAILA, Rashid, *Assessing the spatial burden of harmful fisheries subsidies*, Final report, February 2021, Oceana, p. 13.

³⁹ Los países que conceden mayores cantidades de subsidios a su flota industrial de alta mar son Japón (20 por ciento de las ayudas mundiales a este segmento) y España (14 por ciento) seguidos de

distancia refleja no sólo el dominio histórico que las potencias pesqueras han ejercido sobre los océanos y sus recursos sino también la voluntad presente de perpetuar un *statu quo* frente al que se posicionan, sobre todo, las nuevas potencias pesqueras emergentes⁴⁰.

El debate suscitado en torno a esta disposición del Acuerdo ha dado lugar a una regulación modesta que, sin embargo, merece una valoración positiva al perseguir el objetivo de mejorar la gestión pesquera, en primer término, mediante la prohibición de que puedan ser concedidas subvenciones a buques que desarrollen su actividad en áreas de alta mar que se encuentren fuera de la competencia de una OROP/AROP (artículo 5.3)⁴¹. Para España, tras la entrada en vigor del ASP, la aplicación de este artículo puede generar un impacto significativo al afectar previsiblemente a la flota arrastrera que faena en la zona FAO 41, es decir en el alta mar situada frente a las costas argentinas y de Malvinas, donde no ha sido constituida hasta la fecha una OROP/AROP por razón de la controversia territorial existente con el Reino Unido.

La segunda previsión contenida en el artículo 5.2 indica que un Estado miembro “tendrá especial cuidado y ejercerá la debida moderación” al conceder subvenciones a buques que no enarbolan su pabellón. La redacción de esta disposición, que recoge una obligación de simple diligencia a cargo del Estado subvencionador, es fruto del compromiso alcanzado en los estadios finales de la negociación⁴² entre los países partidarios de establecer una prohibición completa de las ayudas concedidas a buques que no enarbolan el pabellón del Miembro que las otorga (que estuvo presente en los primeros borradores de acuerdo)⁴³ y los contrarios a aceptar dicha limitación. Como apuntaron varios de los Estados más proactivos en esta materia, la completa proscripción de estos subsidios tendría repercusiones positivas de alcance puesto que la mayoría de las empresas que emplean pabellones de conveniencia están situadas en países que cuentan también con importantes flotas de aguas distantes⁴⁴. La total prohibición de esta práctica contribuiría a refor-

China, Corea del Sur y Estados Unidos. La dependencia de las ayudas públicas es tan elevada en este tipo de pesquería que se ha calculado que el 54 por ciento de la actividad extractiva en alta mar resultaría deficitaria sin la recepción de subsidios, SALA, Enric, et al., “The Economics of Fishing the High Seas”. *Science Advances*, 2018, eaat2504, p. 4.

⁴⁰ Desde esa lógica, es preciso coincidir con el diagnóstico de que “international fisheries law is no longer driven by the clash of interests between coastal and distant-water fishing States but is increasingly about how States in existing international fisheries, mostly with some degree of responsibility for their depletion, are striving to exclude newcomers”, SERDY, Andrew, “Postmodern International Fisheries Law, or We Are All Coastal States Now”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 60, 2011, pp 387-422, p. 387.

⁴¹ Esta propuesta fue avalada durante la negociación por distintos Estados, como se refleja en los documentos de posición del *Grupo de los Países Menos Avanzados* (PMA), RD/TN/RL/125, 6.3.2020, o de *EEUU, Argentina, Australia, Chile, Nueva Zelanda y Uruguay*, RD/TN/RL/91, 27.6.2019

⁴² WT/MIN(22)/W/20/Add.1, 10.6.2022, p. 14.

⁴³ WT/MIN(21)/W/5, 24.11.2021.

⁴⁴ *Comunicación de Argentina, Australia, los Estados Unidos, Nueva Zelanda y Uruguay*, TN/RL/GEN/201, 7.10.2019; en la misma línea *Indonesia*, TN/RL/GEN/189/Rev.1, 13.7.2017. En este sentido,

zar la transparencia del sector pesquero, que se caracteriza por una notable opacidad transnacional —por motivos como la estructura multinacional de la propiedad empresarial, la propia dinámica transfronteriza de la actividad extractiva, el carácter plurinacional de las tripulaciones o la multiplicación de los abanderamientos de conveniencia— y vendría a reforzar la *relación auténtica* que, de acuerdo con el artículo 91 del CNUDM, debiera existir entre el Estado de pabellón y los buques integrados en la flota nacional⁴⁵. La redacción final de este artículo resulta reveladora, sin embargo, de la falta general de ambición que caracteriza al Acuerdo.

6. LA NORMA QUE NO PUDO SER: EL FRACASO EN LA REGULACIÓN DE LOS SUBSIDIOS QUE CONTRIBUYEN A LA SOBRECAPACIDAD

El enfrentamiento mantenido durante la CM12 sobre la delimitación de los subsidios a la sobrecapacidad reveló la ausencia de un mínimo común denominador entre los Estados respecto a esta cuestión. Desde este punto de vista, el ASP ha nacido dañado en términos estructurales, al haber renunciado los negociadores a regular este pilar del mandato, que es dónde se concentraban los mayores obstáculos para el consenso⁴⁶. A diferencia de lo que ocurre con las ayudas públicas a la pesca ilegal o a la captura de stocks sobreexplotados, que siempre generaron un rechazo unívoco entre las delegaciones, el acercamiento a los subsidios vinculados con la sobrecapacidad presenta mayores dosis de ambigüedad, como se puede constatar a través del análisis de las propuestas estatales formuladas durante la negociación. En torno a estas subvenciones existen profundas divergencias, que derivan de los distintos objetivos socioeconómicos que persiguen los Estados mediante este tipo de ayuda estructural. Para algunos países la modernización e industrialización de sus flotas continúa resultando prioritaria, a fin de llegar a explotar de forma autónoma los recursos de sus ZEE y poder participar en los mecanismos de asignación de cuotas de las AROP/OROP. Las posiciones

diversos estudios han logrado documentar —tras investigar intrincadas redes de sociedades pantalla y personas jurídicas interpuestas— la titularidad real (*beneficial ownership*) de armadores chinos, surcoreanos, rusos, taiwaneses y españoles, entre otros, respecto a buques que faenan bajo banderas de conveniencia, como son las de Ghana, Camerún, Liberia, Sierra Leona o Panamá, vid. ENVIRONMENTAL JUSTICE FOUNDATION, *Off the Hook. How flags of convenience let illegal fishing go unpunished*, London, 2020; y OCEANA, *Problematic EU ownership of fishing vessels in countries that fail to tackle illegal fishing*, 2022.

⁴⁵ Sobre este particular, se ha señalado que mediante la eliminación de las subvenciones destinadas al 15 por ciento de las embarcaciones pesqueras que enarbolan pabellón de conveniencia o que están inscritas como embarcaciones “de pabellón desconocido” se suprimirían distorsiones artificiales e incentivos potencialmente perjudiciales que afectan actualmente a la economía pesquera, vid. *Comunicación de Indonesia, Nueva Zelanda, Islandia, Pakistán*, TN/RL/GEN/186, 27.4.2017.

⁴⁶ SILINGARDI, Stefano, “Il nuovo accordo OMC sulle sovvenzioni alla pesca: luci e ombre di un tentativo importante ma imperfetto di avvicinamento agli obiettivi dello sviluppo sostenibile die mari”, en CATALDI, Giuseppe, ROSSI, Valentina (eds.) *Approcci e strumenti innovativi per la pesca sostenibile nel Mar Mediterraneo: Percorsi evolutivi nell’ordinamento internazionale ed europeo*, Editoriale Scientifica, 2024, pp. 128–148.

negociadoras de otras coaliciones de Estados reflejan, sin embargo, intereses contrapuestos como pueden ser, entre otros, el mantenimiento de niveles elevados de autoabastecimiento alimentario, la salvaguarda de la integración vertical de las cadenas de valor empresariales o la reducción de la conflictividad social mediante el apoyo a las rentas de los productores pesqueros. En cualquiera de estos contextos, la meta perseguida tiende a desembocar en el establecimiento de políticas públicas enfocadas hacia la financiación basal del sector pesquero y al estímulo de la sobrecapacidad extractiva.

A fin de disciplinar este segmento de subsidios, durante la negociación del ASP se propusieron tres modelos básicos de regulación. El primero se centraba en los “efectos” que genera la ayuda pública⁴⁷, al conectar la prohibición de subsidiar con la calidad de la gestión pesquera y considerar que las ayudas solo tienen que ser restringidas en caso de que impacten negativamente sobre los recursos marinos. Esta propuesta tiende a consolidar la posición hegemónica de países que han sido financiadores tradicionales de subsidios (como los Estados miembros de la UE, los EEUU o Japón) pero que mantienen, tras la aplicación de amplias medidas de gestión, poblaciones ictícolas explotadas de un modo sostenible⁴⁸.

Un segundo enfoque propuesto para aplicar la prohibición es el denominado “de topes”, que consistía en suprimir subsidios a partir de un determinado límite cuantitativo⁴⁹. Las propuestas manejadas durante la negociación diseñaron distintos métodos para fijar los umbrales de ayuda, que pueden ser definidos bien como un recorte porcentual del subsidio, como un porcentaje sobre el valor de mercado de las capturas o incluso como un monto financiero límite asignable anualmente a cada pescador⁵⁰.

La tercera opción manejada en el debate tenía un carácter cualitativo al consistir en fijar un listado de subvenciones prohibidas⁵¹. A través del análisis de los borradores de acuerdo que circularon entre las delegaciones resulta posible constatar cómo, a medida que avanzaba la negociación, tendió a concitar un apoyo mayoritario un enfoque “híbrido” en el que la base de la regulación consistía en una relación de subvenciones prohibidas que, a su vez, se encontraba matizada por una salvedad que permitiría mantener un subsidio

⁴⁷ LUNENBORG, Peter, *Analysis of the overcapacity and overfishing, pillar of the WTO fisheries subsidies negotiations*, Research Paper, No. 122, South Centre, Geneva, 2020.

⁴⁸ Con diversas modulaciones, esta ha sido la posición mantenida en las comunicaciones de *Nueva Zelanda e Islandia*, RD/TN/RL/79/Rev.1, 18.4.2019, o *UE, Japón, Corea del Sur y Taiwán*, RD/TN/RL/112/Rev.1, 5/2/2020.

⁴⁹ Esta solución, con distintos formatos técnicos, estuvo presente en las propuestas de *EEUU, Argentina, Australia y Uruguay*, TN/RL/GEN/197/Rev.2, 11.7.2019, *Brasil*, RD/TN/RL/124, 28.2.2020, o *China* TN/RL/GEN/199, 4.6.2019.

⁵⁰ Sobre las diversas opciones, TIPPING, Alice, IRSCHLINGER, Tristan, *Negociaciones de la OMC sobre las subvenciones a la pesca: ¿En qué situación se encuentran?*, Agosto 2020, International Institute for Sustainable Development, p. 16.

⁵¹ Como defendió, por ejemplo, el grupo de los países en desarrollo de los ACP, RD/TN/RL/96/Rev.1, 4.2.2020.

si el Estado otorgante disponía de las medidas de gestión necesarias para mantener las poblaciones de peces en un nivel biológicamente sostenible. De este modo, el borrador de texto consolidado —que fue debatido en la CM12 y finalmente no logró reunir suficiente consenso entre los Estados como para ser incluido en el ASP— consideraba como prohibidas las ayudas a la construcción, adquisición, modernización, restauración o mejora de buques; a la compra de máquinas y equipo (incluidos artes de pesca, motores y maquinaria); a los costos de combustible; a los costes de personal y seguros; al sostenimiento de los ingresos de los buques o trabajadores que estos emplean; al sostenimiento de los precios del pescado capturado; a la asistencia en el mar; y, por último, a las pérdidas de explotación de los buques (artículo 5.1)⁵².

A pesar de que esta disposición se mantuvo en el borrador de acuerdo hasta las postrimerías de la conferencia ministerial, una parte significativa de los países en desarrollo rechazó su inclusión en el texto final en virtud del carácter conservador de una cláusula que permitía a los subsidiadores tradicionales eludir la prohibición y, en consecuencia, la reforma de sus esquemas de ayudas a la pesca.

7. EL TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO PARA LOS PAÍSES EN DESARROLLO

El segundo aspecto en el que la negociación del ASP ha naufragado ha sido la definición del alcance que debía otorgarse al TED para los países en desarrollo, que se encuentra en el núcleo de la meta 14.6 de los ODS. Durante el proceso de concertación diplomática desplegado en torno al ASP se evidenciaron una serie de intereses contrapuestos que se articulan no sólo en el eje reduccionista que divide a Estados desarrollados y en desarrollo sino también en torno a otros criterios de diferenciación como pueden ser la existencia (o no) en el país de una flota de pesca a distancia, la defensa de los derechos de acceso a recursos de las flotas tradicionales, el grado de dependencia de la proteína marina en términos de seguridad alimentaria o, incluso, la demanda de establecer distintas intensidades de discriminación positiva en función de la heterogeneidad interna de los autocalificados como Estados en desarrollo. A partir de esta compleja constelación de intereses, la presidencia del Grupo sobre Normas de la OMC persiguió una acomodación, imposible a la postre, entre posiciones tan divergentes como son las de las potencias en desarrollo con una política pesquera en fase expansiva (como China o India), las de Estados que enfatizaban la relevancia de la pesca artesanal (como el grupo de los países menos avanzados, PMA, y el de los Estados en desarrollo de África, Caribe y Pacífico, ACP), las de países con flotas de rango medio que se perciben amenazados por la agresividad de los buques foráneos en el alta mar contiguo a sus ZEE (como le ocurre a buena parte de los Estados latinoame-

⁵² WT/MIN(22)/W/20, 10.6.2022.

ricos) o las expresadas por estados desarrollados (como los miembros de la UE, EE UU, Noruega o Australia) que abogaban por que el reconocimiento de un trato preferencial para los países en desarrollo no terminase implicando la supresión del enfoque medioambiental del acuerdo.

Desde el punto de vista de la técnica jurídica, las propuestas para articular este mecanismo de trato favorable debieran haber combinado varios criterios operativos, a fin de facilitar la acomodación de los intereses estatales en presencia. En primer lugar, debiera ser tomado en consideración el parámetro de la riqueza nacional puesto que casi todas las delegaciones aceptaban que los PMA tendrían que quedar exentos de la prohibición de conceder subvenciones que alienten la sobrecapacidad. Una segunda variable para integrar en la definición del TED debiera pasar por aplicar distintos niveles de restricción en función de los espacios marinos (mar territorial o ZEE) en los que se realice la actividad pesquera. Una tercera fórmula para flexibilizar la prohibición podría basarse en aplicarla sólo a la flota industrial, eximiendo de la misma a la pesca de subsistencia, artesanal y a pequeña escala de los países en desarrollo.

La distancia existente entre los enfoques propuestos sobre el TED que fueron defendidos por los Estados durante la negociación condujo a que en el texto debatido en la ronda final de la conferencia se buscara un equilibrio basado en la combinatoria de varios criterios de flexibilidad⁵³. De este modo, el texto preveía, en primer lugar, un tope destinado a excluir de este régimen preferencial en materia de subsidios a aquellos Estados en desarrollo, como China, que tuviesen un mayor porcentaje en la captura global⁵⁴. En segundo término, el artículo contemplaba un período transitorio de hasta 7 años para que cualquier país en desarrollo pudiese mantener las subvenciones prohibidas dentro de su ZEE y en la zona de competencia de una OROP/AROP. La tercera salvedad definía una excepción de mínimos para los Estados en desarrollo que tuviesen una participación reducida en la captura global, al indicar que aquellos que no supusiesen más del [0,8] por ciento de esta podrían mantener los subsidios. Y, por último, el artículo preveía el mantenimiento de las subvenciones para la pesca de bajos ingresos y de subsistencia, o bien hasta [12] o hasta [24] millas. Sobre ninguna de estas flexibilidades (relativas a umbrales mínimos o máximos para la aplicación de la exclusión, períodos transitorios o el propio alcance de la noción de pesca artesanal) fueron capaces los negociadores de construir un consenso final por lo que cabe afirmar que el logro de la meta recogida en el ODS 14.6 quedó incompleto.

⁵³ Vid. artículo 5.5, WT/MIN(22)/W/20, 10.6.2022.

⁵⁴ En el borrador de texto debatido en la CM 12, la nota 14 dejaba entre corchetes la determinación de este tope al establecer que “La presente disposición no se aplicará a los Miembros cuya participación anual en el volumen mundial de la producción de la pesca de captura marina sea igual o superior al [X] por ciento según los datos más recientes publicados por la FAO y distribuidos por la Secretaría de la OMC”. Sin embargo, en la nota explicativa publicada por el Presidente del Grupo de Negociación sobre las Normas se precisaba que el umbral máximo sometido a debate era del 10 por ciento, cf. WT/MIN(22)/W/20/Add.1, p. 15.

En el texto del ASP aparecen recogidas únicamente algunas disposiciones tangenciales de discriminación positiva en favor de los países en desarrollo. En primer lugar, los artículos 3 y 4 del Acuerdo incluyen sendos períodos de gracia (la denominada por los negociadores “cláusula de paz”) para impedir que, durante un período de dos años, las controversias que surjan de aplicar la prohibición de conceder subvenciones conexas con la pesca INDNR y la captura de poblaciones sobreexplotadas en la ZEE de Estados en desarrollo puedan ser sometidas a los procedimientos obligatorios de arreglo⁵⁵. En segundo término, el artículo 6 contiene una disposición horizontal para advertir que los Estados Miembros ejercerán la “debida moderación” al plantear situaciones de incumplimiento relativas a un PMA, debiendo tener en cuenta la situación específica de este.

8. DISPOSICIONES INSTITUCIONALES, SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS Y ENTRADA EN VIGOR

El núcleo obligacional del ASP se concentra en las prohibiciones relativas a la concesión de subsidios respecto a las que ha resultado posible alcanzar un consenso. Sin embargo, el tratado recoge también otra serie de disposiciones complementarias que no están desprovistas de relevancia, al conllevar obligaciones vinculadas con el incremento de capacidad de los Estados miembros de la OMC para afrontar las obligaciones asumidas en el Acuerdo, el aumento de la transparencia en la concesión de ayudas públicas y, finalmente, el fortalecimiento institucional orientado hacia el control del nuevo régimen jurídico.

Comenzando por el primer aspecto, es preciso señalar que el artículo 7 prevé la articulación de un mecanismo de financiación voluntario de la OMC con el objetivo de que los países en desarrollo puedan recibir asistencia técnica para la aplicación del Acuerdo. Pese a que el tratado aún no ha entrado en vigor, el mecanismo ha sido constituido tras presentar la Secretaría de la OMC al Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos una notificación en la que explicaba tanto el funcionamiento del Fondo — que se desarrolla a través de la colaboración con competentes en materia pesquera como la FAO, el Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA) y el Banco Mundial— como el presupuesto estimado a alcanzar, que se sitúa

⁵⁵ Esta exclusión transitoria del mecanismo de control institucional que recoge el tratado es superior a la reflejada en borradores anteriores del texto, en los que había sido contemplada la excepción únicamente para las subvenciones dirigidas a la pesca de bajos ingresos, limitadas en recursos y de subsistencia que se conceden dentro del mar territorial de los ribereños, cf. arts. 3.8 y 4.4, TN/RL/W/276, 11.5.2021. La cláusula de paz del ASP no contiene ninguna limitación respecto del tipo de pesca al que se refiere (artesanal o no) y ha sido definida con un ámbito territorial amplio (que alcanza hasta la ZEE) a fin de compensar a los países en desarrollo por la omisión de las disposiciones generales de carácter sustantivo sobre TED.

en torno a los 20 millones de dólares⁵⁶. La UE ha sido uno de los primeros donantes en contribuir a la dotación del nuevo mecanismo⁵⁷.

En el ámbito esencial del incremento de la transparencia en la concesión de ayudas, el artículo 8 recoge especificaciones adicionales sobre notificación que vienen a añadirse a las reglas básicas en la materia establecidas en el artículo 25 del Acuerdo SMC, en el que ya está previsto que cada Estado Parte asume el compromiso de informar sobre la forma, cuantía, finalidad y duración de las subvenciones que concede. Para el ámbito pesquero, el ASP concreta que el Estado deberá proporcionar información suplementaria sobre el tipo o clase de actividad extractiva para la que se otorga la ayuda (8.1.a)⁵⁸. Con un grado menor de coactividad, que se justifica por las notables diferencias que existen entre los Estados miembros por relación a la calidad de su gestión pesquera, el Acuerdo establece que las Partes también tendrán que proporcionar “en la medida de lo posible” otra información relevante como el estado de los stocks, las medidas de conservación y ordenación en vigor, la capacidad de la flota, la identidad de los buques beneficiarios y los datos sobre capturas de la pesquería (8.1.b); de igual forma, el Estado se compromete a notificar anualmente al Comité la lista de buques y operadores que haya determinado que han practicado pesca INDNR (8.2).

Pasando al plano institucional, el artículo 9 del ASP instituye un *Comité de Subvenciones a la Pesca* que será competente para supervisar la aplicación del tratado por los Estados Parte. Con este objetivo, el Comité examinará la información contenida en las notificaciones estatales (previstas en el artículo 8 y en los artículos 3.3 y 3.5) al menos cada dos años. Complementariamente, el artículo 9.3 contempla un examen anual sobre el funcionamiento del propio mecanismo de control, a través de la remisión de un informe al Consejo del Comercio de Mercancías de la OMC sobre las actividades del Comité, las reuniones celebradas y el resultado del examen de las notificaciones. De manera más general, en el artículo 9.4 se define la obligación de realizar una evaluación periódica de la aplicación sustantiva del Acuerdo, transcurridos cinco años tras la entrada en vigor de este y cada tres años a partir de ese momento. El funcionamiento de los procedimientos articulados en torno al *Comité de Subvenciones a la Pesca* tiene el potencial de crear —a través del diálogo, del incremento de la transparencia y del fomento de procesos de-

⁵⁶ WTO, Committee on Budget, Finance and Administration, *Report of the Meeting Held on 8 November 2022*, WT/BFA/208, 8.12.2022.

⁵⁷ WTO, *EU donates EUR 1 million to WTO Fisheries Funding Mechanism*, Press Release 940, 23.11.2023.

⁵⁸ La nota al pie número 13 matiza el alcance la obligación al señalar que en el caso de los PMA y de los países en desarrollo con una participación anual en el volumen mundial de la producción de la pesca de captura marina que no supere el 0,8 por ciento, según los datos más recientes publicados por la FAO y distribuidos por la Secretaría de la OMC, la notificación de la información adicional prevista podrá presentarse cada cuatro años.

liberativos— prácticas y reglas que permitan desarrollar, a nivel técnico, el régimen jurídico de las ayudas públicas en materia pesquera⁵⁹.

En el ámbito de la solución de diferencias entre Estados Parte, el Acuerdo contempla que resultarán de aplicación, con carácter general, los artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrollados por el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*⁶⁰. Sin embargo, para las disputas relativas a la interpretación de las prohibiciones sustantivas que definen los artículos 3, 4 y 5 del ASP será necesario aplicar el mecanismo del artículo 4 del Acuerdo SMC, que prevé un procedimiento de arreglo más ágil, basado en consultas, y que estipula plazos breves cuando se requiere la intervención del Grupo Permanente de Expertos⁶¹.

Las disposiciones recogidas en el artículo 11 contemplan una serie de previsiones para eximir del cumplimiento de la prohibición de conceder subvenciones en el caso de que se produzcan desastres. Por último, el artículo 12 prevé que los Miembros sigan trabajando para elaborar “disciplinas completas” y contiene un mecanismo de terminación del tratado según el cual, si transcurre un límite máximo de cuatro años tras la entrada en vigor del ASP sin que haya sido completado el mandato negociador, el Acuerdo se dará por terminado de forma automática, a menos que los Miembros decidan otra cosa.

En el Apéndice a la Declaración Ministerial mediante la que se adopta el ASP se aclara que, cuando este entre en vigor, será insertado como Protocolo de Enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, a continuación del ASMC, y que no podrá ser formulada reserva alguna sobre las disposiciones del texto. La vigencia del tratado se producirá cuando haya sido ratificado por 109 Estados, es decir, por dos terceras partes de los 164 miembros de la OMC⁶².

⁵⁹ En este sentido, LENNAN, Mitchell, SWITZER, Stephanie, “Agreement on Fisheries Subsidies”, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 38, 2023, 1-17, p. 16. Sobre el potencial de los comités de la OMC para diseminar información, facilitar asistencia técnica, promover el desarrollo regulatorio y articular comunidades interpretativas a partir de las normas definidas en los tratados, LANG Andrew, SCOTT, Joanne, “The hidden world of WTO governance”, *European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 3, 2009, pp. 575-614.

⁶⁰ LÓPEZ-JURADO, Carmen, “La solución de diferencias en la OMC: regulación actual, crisis y perspectivas de futuro”, en HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis Miguel y ROLDÁN BARBERO, Javier (coords.) *op.cit.*, pp. 175-203.

⁶¹ MÜLLER, Wolfgang, “Article 4: Remedies”, *WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures. A Commentary*, Cambridge University Press, 2017, pp. 229-258.

⁶² En octubre de 2024, 84 Estados han depositado el instrumento de aceptación del ASP. Respecto a la manifestación de consentimiento de la UE (DO L 148, 8.6.2023, transmitido a la organización mediante doc. OMC, WLI/100, 3.7.2023), es preciso tomar en consideración que, como establece la primera nota al pie de la Declaración Ministerial, “a los efectos del cálculo de las aceptaciones de conformidad con el artículo X.3 del Acuerdo sobre la OMC, un instrumento de aceptación presentado por la Unión Europea para ella misma y respecto de sus Estados miembros se contará como la aceptación por un número de Miembros igual al número de Estados miembros de la Unión Europea que son Miembros de la OMC”, OMC, *Declaración Ministerial de 17 de junio de 2022*, WT/MIN(22)/33, 22.6.2022.

9. PERSPECTIVAS DE FUTURO Y CUESTIONES PENDIENTES

Tras el análisis de contenidos del ASP cabe afirmar que el proceso de regulación internacional de las subvenciones pesqueras perniciosas se encuentra inconcluso. La primera y más evidente falla estructural del tratado radica en la incapacidad de los Estados para alcanzar un consenso mínimo sobre la prohibición de los subsidios que estimulan la sobrecapacidad, que suponen un 63 por ciento de las ayudas públicas concedidas en el ámbito pesquero⁶³. La principal categoría de estos subsidios —los orientados a abaratar la adquisición de combustible⁶⁴— ha quedado fuera incluso del ámbito material de aplicación del acuerdo cuando tienen un carácter no específico, es decir, en los casos más habituales en la práctica estatal los que la ayuda tiene alcance general y no se dirige a una empresa o conjunto de empresas en particular. Por relación a los restantes subsidios a la sobrecapacidad, los Estados no han sido capaces de identificar un listado que deba ser sometido a prohibición y tampoco han logrado un acuerdo para instrumentar un criterio de discriminación positiva en favor de los países en desarrollo. El ASP, por tanto, ha nacido mutilado y las propias delegaciones negociadoras se han comprometido a completarlo, en un plazo que no supere los cuatro años siguientes a la entrada en vigor del texto.

La tarea que tienen por delante no es sencilla puesto que los intereses de los Estados se encuentran bastante alejados. Las delegaciones procedentes de países en desarrollo han establecido como línea roja, a lo largo de la negociación que condujo a la adopción del ASP, que las subvenciones de pesca a pequeña escala, artesanal y de subsistencia deben quedar excluidas de la prohibición, por lo que parece difícil vislumbrar que puedan llegar a ser establecidos límites en el futuro a este tipo de ayudas dentro de la ZEE de estos Estados. Particularmente en los PMA, donde existe una mayor conexión entre las prácticas pesqueras a pequeña escala y la cobertura del derecho a alimentación⁶⁵.

Las subvenciones ligadas a la sobrecapacidad que se dirigen a la pesca industrial debieran llegar a ser objeto, sin embargo, de alguna clase de restricción en los países en desarrollo. En este sentido, no resulta posible ignorar que dos terceras partes de las ayudas anuales concedidas globalmente proceden de Estados en desarrollo y que, a su vez, la mayor parte de los subsidios que otorgan estos países (hasta un 83 por ciento del total) se canaliza tam-

⁶³ SUMAILA, Rashid et al. "Updated estimates...", *op.cit.*, p. 4.

⁶⁴ Por vía directa o indirecta, mediante exenciones tributarias, las ayudas al combustible pesquero constituyen las subvenciones más cuantiosas relacionadas con la sobrecapacidad, al suponer el 22 por ciento de los subsidios concedidos a nivel global y elevarse hasta un montante anual de 7700 millones de dólares, SUMAILA, Rashid et al., *ibidem*, p. 4.

⁶⁵ DE SCHUTTER, Olivier; *La pesca y el derecho a la alimentación, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación*, A/67/268, 8.8.2012.

bién hacia la pesca industrial a gran escala⁶⁶. A propósito de este debate, la dinámica extractiva en el Océano Índico resulta bastante ilustrativa puesto que Tailandia, India, Malasia e Indonesia proporcionan la mitad de los subsidios pesqueros en la región; generando un serio problema de sostenibilidad de las pesquerías y de inequidad nutricional para los países ribereños del Índico occidental, que son particularmente vulnerables a las consecuencias generadas por la subsidiación perniciosa⁶⁷. A partir de este tipo de evidencia empírica, resulta preciso asumir, de cara al desarrollo de la regulación pendiente, que los subsidios pesqueros no pueden ser concebidos sólo como un problema generado por los países desarrollados de pesca a distancia (como EEUU, la UE, Japón o Corea del Sur) y por potencias como China y Rusia sino también por las economías emergentes que ejercen liderazgos de rango regional⁶⁸. Si la futura prohibición relativa a los subsidios que alientan la sobrecapacidad no limita las ayudas otorgadas por estos Estados resultará ineficaz en términos tanto medioambientales como socioeconómicos.

El criterio que permite mantener la concesión de subvenciones en los contextos en los que existe una gestión pesquera que garantice la sostenibilidad de los stocks, como aparecía formulado en el artículo 5.1. del último borrador que debatió la CM12, debiera ser mantenido de cara a las futuras negociaciones; no sólo para ser implementado en las ZEE de los países desarrollados sino también en las economías emergentes que experimentan un rápido crecimiento de su flota industrial. Por otra parte, la regulación debiera insistir en la necesidad de incentivar el tránsito desde la financiación de subsidios a la sobrecapacidad (como las exenciones fiscales, las ayudas a la compra de combustible, a la construcción de buques o a la modernización de motores) hacia medidas de apoyo orientadas a la optimización de la gestión pesquera, como son la mejora del conocimiento de las pesquerías y de las tasas de captura sostenible de las especies⁶⁹. Complementariamente, una estrategia integral de reforma de las políticas de subsidios debiera seguir abogando también por introducir una configuración diferente del modelo de apoyo al ingreso del pescador, de forma que puedan ser priorizadas las ayudas dirigidas a comunidades vulnerables ligadas a la pesca a pequeña escala —con independencia del contexto geográfico— frente a los subsidios que abaratan los costes de producción empresariales y alientan de manera directa la sobrecapacidad⁷⁰.

⁶⁶ SCHUHBAUER, Anna et al. "The Global Fisheries Subsidies Divide ...", op.cit., p. 7.

⁶⁷ ANDREOLI, Vania, MEEUWIG, Jessica, SKERRITT, Daniel. *et al.* "Fisheries subsidies exacerbate inequities in accessing seafood nutrients in the Indian Ocean". *Ocean Sustainability*, vol. 2, 2023, p. 7, <https://doi.org/10.1038/s44183-023-00031-9>

⁶⁸ HOPEWELL, Kristen, MARGULIS, Matías Ezequiel, "Emerging economy subsidies undermining sustainability of global fisheries", *Nature Food*, vol. 3, núm. 2-3, 2022., <https://doi.org/10.1038/s43016-021-00451-1>

⁶⁹ SKERRITT, Daniel, SUMAILA, Rashid, "Broadening the global debate on harmful fisheries subsidies through the use of subsidy intensity metrics", *Marine Policy*, vol. 128, June 2021, p. 7.

⁷⁰ En este sentido, se ha indicado que "regarding fisher incomes, there must be distinctions between crews on large vessels and hired fishers in firms with many smaller vessels, compared to 'self-em-

Al margen de las normas que puedan ser pactadas en el ámbito de la delimitación de los subsidios a la sobrecapacidad, la principal arena de conflicto durante la negociación de disciplinas adicionales al ASP continuará situada en el ámbito de la financiación de la pesca a distancia. En primer término, porque algunos relevantes países en desarrollo, como India, han reclamado, en la nueva fase de las negociaciones, la incorporación de las ayudas públicas conexas con los acuerdos pesqueros interestatales dentro del régimen del ASP⁷¹. Y, en segundo lugar, porque en el ámbito de la pesca en alta mar regulado mediante OROP/AROP es previsible que continúen incrementándose las tensiones entre países desarrollados y en desarrollo, tanto por el acceso como por la distribución de los recursos pesqueros. En este ámbito institucional, en el que resulta preciso conjugar la libertad de pesca con la sostenibilidad de los stocks, los Estados tradicionales con flota a distancia, como los de paellón representados por la UE, poseen una legitimidad decreciente para defender la continuidad de unos derechos históricos de pesca que fueron consolidados durante décadas, en buena medida, a través de subsidios públicos⁷².

La viabilidad de un ASP que pueda llegar a tener, en el futuro, un carácter integral parece requerir de la aceptación de un mayor compromiso redistributivo por parte las potencias pesqueras, tanto tradicionales (la UE, EEUU, Rusia, Taiwán o Japón) como emergentes y emergidas durante este siglo (como China, Indonesia, India o Corea del Sur), sobre todo, por relación a la pesca en alta mar. En el mismo sentido, la negociación pendiente tendrá que deshacer el nudo gordiano del alcance y significado práctico que debe ser otorgado al TED, una problemática que trasciende al debate específico

ployed' artisanal and subsistence fishers. While programs such as income support carry an inherent risk of subsidizing overcapacity, they can also be important for mitigating fishing income disruptions or specific communities in need". Para Cisneros "it is important to ensure that vulnerable populations are not further impacted as reforms take place. There must be space for programs that support access to sustainably-managed fisheries for rights-holders—notably including Indigenous peoples—and historically-marginalized groups, and this connects well with the wider benefits of integrating fisheries and broader well-being policy", si bien donde exista una notoria situación de sobrecapacidad debiera apostarse por dessectorializar las ayudas, integrando a los pescadores de bajos ingresos "into broader income support programs whenever possible", CISNEROS-MONTEMAYOR, Andrés et al., "A constructive critique...", *op.cit.*, *Marine Policy*, vol. 135, 2022, p. 2.

⁷¹ Vid. supra. nota 28.

⁷² El caso de la Comisión del Atún del Océano Índico, que es el principal caladero para la flota atunera europea, resulta paradigmático de la tensión existente entre detentadores históricos y titulares recientes de los derechos de acceso al recurso. En la negociación sobre posibilidades de pesca, la UE ha defendido que el criterio de la historicidad en las capturas sea la base para asignar el 85 por ciento de la cuota total, mientras que los Estados ribereños rebajan ese porcentaje hasta el 60 por ciento e introducen el matiz de que toda la captura de poblaciones transzonales y migratorias que sea realizada dentro de la ZEE de un Estado miembro regulada por la CAOI debiera ser asignada a este; una posición frente a la que la UE contrapone la oferta de que la imputación al Estado costero pueda elevarse, como máximo, hasta el 10 por ciento, debiendo ser asignado el 90 por ciento restante al Estado de paellón del buque atunero. Dos visiones antagónicas que menoscaban la imagen asociativa, solidaria y socialmente sostenible de la dimensión externa de la Política Común de Pesca de la UE. Sobre esta problemática, entre otros, SINAN, Hussain et al., "Subsidies and allocation: A legacy of distortion and intergenerational loss", *Frontiers in Human Dynamics*, 2022, vol. 4.

sobre los subsidios pesqueros y está relacionado con la estructura regulatoria profunda del comercio internacional⁷³. Para avanzar en este objetivo, tendrán que ser refinados los parámetros que empleaba el borrador de acuerdo de la CM12 (como, entre otros, el porcentaje de participación en la captura global) a fin de articular una “diferenciación diferenciada” que permita excluir del beneficio del TED a los países en desarrollo susceptibles de ser calificados como potencias pesqueras⁷⁴.

10. CONSIDERACIÓN FINAL

Tras más de veinte años de negociaciones, la adopción del ASP ha sido considerada un logro histórico⁷⁵. Desde un punto de vista contextual, el tratado constituye un triunfo para la OMC. La firma de un tratado singular, por orientarse hacia la tutela de intereses medioambientales dentro de un régimen comercial y por ser el segundo acuerdo multilateral adoptado por la OMC⁷⁶, proporciona algo de oxígeno a una organización amenazada por el riesgo de colapso institucional. Por otra parte, desde un punto de vista sustantivo, merecen una valoración positiva la proscripción de los subsidios más perniciosos en términos medioambientales (los conectados con la pesca INDNR y con la captura de poblaciones sobreexplotadas), la prohibición de conceder subsidios a la pesca en alta mar que se produzca fuera del régimen regulatorio de una OROP/AROP y, por último, la definición del marco institucional de supervisión articulado en torno al *Comité de Subvenciones a la Pesca*.

Pese a estas notas favorables, es preciso señalar que el ASP ha defraudado las elevadas expectativas generadas durante su larga gestación. En primer término, por la pérdida del plazo indicado en la meta 14.6 de los ODS, que

⁷³ En este sentido, hay que recordar que los EEUU han propuesto limitar la aplicabilidad de la noción mediante una definición más estricta del término país en desarrollo, cf. WTO, *Communication from the United States. An Undifferentiated WTO: self-declared Development Status Risk Institutional Irrelevance*, WT/GC/W/757, 16.1.2019. La UE también ha señalado la necesidad de incorporar asimetrías en las excepciones aplicables a países en desarrollo, European Commission, *WTO Modernisation: Introduction to Future EU Proposals, EU concept paper on WTO reform*, Brussels, 18.9.2018; en la misma línea de introducir una mayor diferenciación entre los países en desarrollo se sitúa la posición canadiense, vid. WTO *Communication from Canada. Strengthening and Modernizing the WTO: Discussion Paper*, JOB/GC/201, 24.9.2018. Para una visión general del tema, con una referencia específica a la cuestión pesquera en pp. 476-479, HOPEWELL, Kristen, “Emerging Powers, Leadership, and South-South Solidarity: The Battle Over Special and Differential Treatment at the WTO”, *Global Policy*, vol. 13, 2022, pp. 469-482.

⁷⁴ UKPE, Aniekan, KHORANA, Sangeeta, “Special and differential treatment in the WTO: framing differential treatment to achieve (real) development”, *Journal of International Trade Law and Policy*, vol. 20, núm. 2, 2021, pp. 83-100.

⁷⁵ OKONJO-IWEALA, Ngozi, “A Message from Director General”, en *Implementing the WTO Agreement on Fisheries Subsidies. Challenges and Opportunities for Developing and Least-Developed Country Members*, Geneva, WTO, 2022, p. 4.

⁷⁶ Tras el solitario precedente establecido por el *Acuerdo sobre Facilitación del Comercio*, cf. *Protocolo de enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, DOUE, L 284, 30.10.2015 en vigor desde el 22.2.2017.

establecía que las modalidades más negativas de subsidios a la pesca tendrían que haber sido prohibidas en 2020⁷⁷. Pero, sobre todo, porque el ASP presenta déficits estructurales tan severos —en el ámbito de la restricción de los subsidios a la sobrecapacidad y en la definición del TED para países en desarrollo— que no puede ser considerado como un régimen holístico de regulación internacional de las subvenciones a la pesca.

⁷⁷ ANDRIAMAHEFAZAFY, Mialy, et al. “Sustainable development goal 14: To what degree have we achieved the 2020 targets for our oceans?”, *Ocean and Coastal Management*, vol. 227, 2022.p. 2.

II. FORO / *FORUM*

Coordinación a cargo de
Miguel GARDEÑES SANTIAGO

ALGUNAS CUESTIONES DE APLICABILIDAD TERRITORIAL DEL REGLAMENTO (UE) 2024/1689, DE 13 DE JUNIO DE 2024, DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

*SOME ISSUES ON THE TERRITORIAL SCOPE
OF EU REGULATUION 2024/1689 OF 13 JUNE 2024,
ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE*

NOTA INTRODUCTORIA *INTRODUCTORY NOTE*

Miguel GARDEÑES SANTIAGO*

En el actual escenario de rápido desarrollo e implantación de los sistemas de inteligencia artificial, la Unión Europea ha querido ser pionera en la regulación del nuevo fenómeno, pretensión que ha cristalizado en el nuevo Reglamento 2024/1689, de 13 de junio de 2024, de inteligencia artificial (RIA). Está por ver si la nueva regulación europea tendrá el impacto que sus promotores esperan, teniendo en cuenta que la Unión Europea no es, al menos de momento, un *front runner* en el desarrollo de esta nueva tecnología, y son otros los que están liderando el proceso. En este contexto complejo, resulta crucial

* Profesor Titular de la Universidad Autónoma de Barcelona. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista y coordinador de la Sección “Foro” del área de Derecho Internacional Privado (miquel.gardenes@uab.es)

analizar los criterios de aplicabilidad del RIA, para poder determinar el alcance que el legislador de la UE ha querido darle, en un ámbito tecnológico en el que no es fácil establecer límites territoriales claros sin comprometer la aplicación eficaz de la norma. Por ello, nuestra revista ha querido contribuir tempranamente a este análisis, para el que tenemos la fortuna de contar con dos grandes especialistas en la materia, los profesores Pedro Alberto De Miguel Asensio y Aurelio López-Tarruella Martínez.

El trabajo del profesor De Miguel ofrece una excelente visión de conjunto del significado del RIA para el Derecho internacional privado. En primer lugar, procede a contextualizar adecuadamente la nueva regulación, lo cual es muy de agradecer teniendo en cuenta la complejidad y el carácter prolijo del texto. Así pues, sintetiza sus aspectos básicos y su encuadramiento sistemático. Ello resulta imprescindible para poder abordar el núcleo del trabajo, dedicado al ámbito de aplicación territorial y personal del RIA. A este respecto, desmenuza las reglas de aplicabilidad de su artículo segundo, que como bien señala se ven condicionadas por los objetivos del RIA y por el carácter de instrumento de orden público del mismo. Pone de relieve también que la naturaleza del RIA, como texto esencialmente de Derecho público, incide decisivamente en los mecanismos de aplicación y control que contiene, también de carácter público. En cambio, no prestaría atención —en contraste con lo que acontece en el caso de otros Reglamentos del ámbito tecnológico, como los de protección de datos y servicios digitales— a los mecanismos de tutela de Derecho privado. Así pues, como bien señala el autor, cuando se susciten litigios jurídico-privados de carácter transfronterizo derivados de eventuales responsabilidades, extracontractuales o contractuales, derivadas del uso de sistemas de inteligencia artificial, resultará de aplicación la reglamentación general de la UE sobre competencia judicial y Derecho aplicable a las obligaciones. Independientemente de cual fuere la ley aplicable a la obligación según dichos Reglamentos, el cumplimiento o no del RIA —en tanto que norma administrativa— sería un factor muy a tener en cuenta para apreciar y graduar la eventual responsabilidad extracontractual o contractual, y de ahí la importancia de determinar correctamente su aplicabilidad o no al caso según los criterios del mencionado artículo 2. Finalmente, el trabajo concluye con una mención específica de los aspectos relativos a la propiedad intelectual, por la posibilidad de que se utilicen obras protegidas por tales derechos para desarrollar sistemas de inteligencia artificial generativos. El profesor De Miguel explica las disposiciones del RIA al respecto y, por lo que se refiere a los aspectos de Derecho internacional privado, destaca que la regulación se basa en el principio tradicional del carácter territorial de los derechos de propiedad intelectual (principio *lex loci protectionis* o de aplicación de la ley del país para cuyo territorio se reclama la protección). Tratándose de la explotación en línea de obras protegidas, dicho criterio conduciría a la aplicación de la ley del país de recepción o destino. Como decía al principio, las anteriores observa-

ciones del profesor De Miguel ofrecen una visión de conjunto del RIA y de sus problemas de aplicación en el espacio, aunque sintética, muy completa y del todo necesaria para poder entender el terreno en el que nos movemos. Complementa este marco general la también interesantísima contribución del profesor Aurelio López-Tarruella. En ella reflexiona sobre los “claroscuros” del llamado “efecto Bruselas” en el RIA. Desde luego, el fenómeno bautizado con el nombre de la ciudad poblada por las instituciones de la UE no es nuevo, y se ha predicado de otros muchos textos europeos, como por ejemplo el Reglamento General de Protección de Datos. Ahora bien, y como se desprende del trabajo de López-Tarruella, hasta ahora el discurso sobre el “efecto Bruselas” estaba imbuido de un cierto tono triunfalista, en la medida en que implicaba que la Unión Europea era capaz de marcar la pauta del sentido de la regulación, ya no solo en la UE sino también a nivel mundial, por la emulación de la regulación europea que llevarían a cabo los Estados terceros, para facilitar a sus empresas el acceso al mercado interior europeo. Pues bien, por lo que al RIE se refiere, la contribución aquí reseñada ofrece una visión mucho más matizada y cauta sobre la posibilidad de un “efecto Bruselas” que conduzca a que la norma europea se convierta en un estándar regulatorio global. A este respecto, expone argumentos convincentes que arrojan dudas sobre esta posibilidad. De hecho, son conocidas algunas decisiones y declaraciones de grandes empresas tecnológicas extranjeras que han desafiado abiertamente la nueva regulación europea, a la que acusan haber establecido un marco legal supuestamente impredecible. Tales movimientos son sin duda inquietantes, como bien destaca López-Tarruella, en la medida en que pueden desembocar en que tanto las empresas como los consumidores europeos puedan verse privados del acceso a herramientas tecnológicas punteras, si dichas grandes empresas, o algunas de ellas, decidieran dejar de ofrecer sus sistemas en Europa, lo que colocaría a la UE en una situación de desventaja competitiva. También existiría el riesgo, según apunta el autor, de que las empresas tecnológicas europeas migren en busca de un entorno legal más flexible. Por último, también incluye interesantes elementos de comparación con algunos enfoques regulatorios adoptados fuera de la UE.

Creo que las breves consideraciones anteriores permiten adivinar la riqueza e interés de los trabajos que hoy se publican en este foro. Está claro que en los próximos tiempos —intuyo que las novedades se producirán rápidamente— habrá mucho más que decir sobre el tema de la inteligencia artificial, y por supuesto sobre sus implicaciones legales. Pero, de momento, nuestra Revista cumple con su cometido mediante la publicación, en una fase todavía temprana de la regulación europea, de las sólidas aportaciones de dos grandes especialistas, que estoy convencido de que abrirán caminos que servirán de guía para trabajos posteriores de otros autores.

REGLAMENTO (UE) 2024/1689 DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

EU ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO*

Palabras clave: Inteligencia Artificial. RIA. Unión Europea. Ámbito territorial. Derecho aplicable.

Keywords: Artificial Intelligence. AI Act. European Unión. Territorial Scope. Applicable Law.

SUMARIO: 1. SIGNIFICADO DEL NUEVO INSTRUMENTO. 2. ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO. 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL. 4. TUTELA PÚBLICA Y TUTELA PRIVADA. 5. PROPIEDAD INTELECTUAL.

1. SIGNIFICADO DEL NUEVO REGLAMENTO

1. La regulación de la inteligencia artificial (IA), como fenómeno tecnológico, es una cuestión transversal, que se proyecta sobre el conjunto del ordenamiento jurídico y se vincula con los peculiares riesgos derivados de la opacidad y automatización de estas tecnologías, que dificultan el control del respeto a los derechos fundamentales en el desarrollo y funcionamiento de esos sistemas. La evolución del marco normativo relativo a la IA en la UE parte de la limitación de la intervención legislativa a la medida en que estas tecnologías suscitan riesgos no resueltos de manera adecuada por el acervo previo.

2. En este contexto se enmarca la adopción del Reglamento (UE) 2024/1689 de Inteligencia Artificial (RIA)¹. Se trata de un instrumento construido en gran medida sobre el modelo de la legislación preexistente relativa a la seguridad de los productos, a la que complementa. Básicamente, es un instrumento de Derecho público regulador de la introducción en el mercado y el despliegue de ciertos sistemas de IA, con un gran peso de los mecanismos de evaluación de conformidad y vigilancia del mercado. Lo anterior condiciona su significado desde la perspectiva del DIPr², en la que tiene especial relevan-

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad Complutense de Madrid.

¹ Reglamento (UE) 2024/1689, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828, *DOUE* L, 2024/1689, de 12 julio de 2024.

² Desde una perspectiva más amplia, acerca de la interacción entre las normas de DIPr de la Unión y la utilización de herramientas de IA en determinadas actividades, *vid.* POESEN, Michiel, "Regulating Artificial Intelligence (AI) in the European Union (EU): Exploring the Role of Private International Law",

cia la delimitación de su ámbito de aplicación territorial y la interacción de éste con la determinación de la normativa aplicable a litigios en materia de responsabilidad civil y de contratos.

3. Los objetivos del RIA aparecen sintetizados en su art. 1.1. En primer lugar, pretende garantizar la tutela de los derechos fundamentales de las personas situadas en la UE frente a las amenazas y riesgos que suscitan los sistemas de IA. Vinculado con ese objetivo, se encuentra el de asegurar el funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de mercancías y servicios basados en la IA en la UE. Como tercer objetivo, pretende reforzar la innovación en materia de IA, incluyendo normas sobre espacios controlados de pruebas.

4. Ese propósito de reforzar la innovación se vincula con la conveniencia de valorar si lo que constituye un instrumento de regulación de la IA pionero a nivel comparado no sólo se convierte en un marco normativo que, a partir del conocido “efecto Bruselas”, resulta un referente para los legisladores de otras regiones del mundo y condiciona de hecho la actividad más allá de la UE de los actores implicados, sino que además contribuye realmente a la innovación en el seno de la UE en comparación con otras regiones.

5. El liderazgo normativo en el establecimiento de estándares de relevancia internacional por parte de la UE no ha ido unido —tal vez por los costes inherentes a algunas de sus exigencias y muy especialmente por las carencias durante lustros en su aplicación efectiva a operadores de terceros Estados— al liderazgo empresarial europeo en el desarrollo y explotación de los servicios en cuestión, incluso dentro de la propia Unión. Desde esta perspectiva, destaca la circunstancia de que el RIA, en la línea de otros instrumentos recientes como el Reglamento 2016/679 General de Protección de Datos (RGPD)³, el Reglamento (UE) 2022/2065 de Servicios Digitales (RSD)⁴, el Reglamento (UE) 2022/1925 de Mercados Digitales (RMD)⁵ o el Reglamen-

Recht in beweging – 29ste VRG-Alumniidag, Gompel&Svacina, 2022, pp. 297-314, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3959643>; LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl, “Compatibilidad del futuro régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial con las normas de Derecho internacional privado en los accidentes de tráfico transfronterizos causados por vehículos automatizados”, *AEDIPr*, 2022, pp. 139-180; DORNIS, Tim, ‘Künstliche Intelligenz und internationaler Vertragsschluss’, *RabelsZ*, 2023, pp. 306-325; HENCKEL, Kirsten, “Issues of conflicting laws – a closer look at the EU’s approach to artificial intelligence”, *NIPR*, 2023, pp. 199-226; y HEINZE, Christian, “Künstliche Intelligenz und Internationales Privatrecht” en VON BAR, Christian; KNÖFEL, Oliver; MAGNUS, Ulrich; MANSEL, Heinz-Peter; WUDARSKI, Arkadius (eds.), *Gedächtnisschrift für Peter Mankowski*, Mohr Siebeck, 2024, pp. 161-176.

³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, *DOUE*, L 119 de 4 de mayo de 2016.

⁴ Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE, *DOUE*, L 277 de 27 de octubre de 2022.

⁵ Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828, *DOUE*, L 265 de 12 de octubre de 2022.

to (UE) 2023/2854 de Datos,⁶ incorpora un elaborado marco institucional de aplicación y pretende reforzar los mecanismos de tutela.

2. ENCUADRAMIENTO SISTEMÁTICO

6. El RIA establece un marco regulatorio horizontal, es decir, no limitado a sectores concretos. No obstante, al valorar el contenido del RIA y su repercusión sobre el régimen jurídico de la IA —y su limitada trascendencia en relación con el DIPr—, es esencial tener en cuenta que se trata de un instrumento que responde al enfoque de la UE de limitar la intervención legislativa a la medida en que estas tecnologías suscitan riesgos no resueltos de manera adecuada por el acervo existente⁷.

7. El art. 1.2 RIA ofrece la síntesis de su contenido. En concreto, establece normas armonizadas relativas a la introducción en el mercado, la puesta en servicio y la utilización de sistemas de IA en la UE; prohibiciones de un reducido conjunto de prácticas de IA que se considera que generan riesgos inadmisibles; requisitos específicos para los sistemas de IA de alto riesgo así como obligaciones para los operadores de dichos sistemas; normas de transparencia respecto de ciertos sistemas de IA que generan un riesgo limitado; normas sobre la introducción en el mercado de modelos de IA de uso general; normas sobre supervisión y cumplimiento; y medidas en apoyo de la innovación.

8. La estructura del RIA responde a la clasificación de riesgos de los sistemas de IA en que se funda: inadmisibles (prácticas prohibidas en el capítulo II —art. 5—); alto (sometidos al conjunto elaborado de requisitos y obligaciones de su capítulo III); y limitado (sometidos a las obligaciones de transparencia de su capítulo IV —art. 50—), quedando al margen los sistemas que no alcanzan ese nivel de riesgo. Por su parte, el capítulo V, añadido durante la tramitación legislativa, pues no figuraba en la Propuesta inicial de la Comisión⁸, regula los modelos de IA de uso general (arts. 51 a 56), incluyendo obligaciones específicas para los proveedores de tales modelos que generen riesgos sistémicos.

9. Los sistemas de riesgo alto son objeto de regulación en el Capítulo III, que constituye el componente principal del RIA, pues abarca los arts. 6 a 49 (que se acompañan de ciertos anexos) e incluye el elaborado régimen de requisitos de Derecho público regulatorio exigibles a tales sistemas y de obli-

⁶ Reglamento (UE) 2023/2854 de Datos del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828, *DOUE*, L 2023/2854, de 22 de diciembre de 2023.

⁷ Comisión Europea, “Libro blanco sobre la inteligencia artificial – un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza”, 19.2.2020, COM (2020) 65 final, p. 21.

⁸ Propuesta de Reglamento por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, 21.4.2021, COM(2021) 206 final.

gaciones que deben ser cumplidas por los operadores implicados, incluyendo proveedores de sistemas de IA y sus representantes autorizados, importadores, distribuidores, responsables del despliegue y terceros relevantes en la cadena de valor de la IA. Al margen de una evaluación de conformidad con carácter previo a su introducción en el mercado, puesta en servicio y uso, los requisitos exigidos van referidos, entre otras cuestiones, al establecimiento de un sistema de gestión de riesgos, la calidad de los conjuntos de datos empleados, la documentación y registro, la transparencia y la divulgación de información a los usuarios, la supervisión humana, y la solidez, la precisión y ciberseguridad.

10. Conforme al art. 6 RIA, la categoría de sistema de IA de alto riesgo está integrada por dos grupos de sistemas de IA. Por una parte, los que están destinados a ser utilizados como componente de seguridad de los productos —o constituyen uno de dichos productos— que conforme a la legislación sectorial de la UE enumerada en el Anexo I del RIA están sometidos a una evaluación de conformidad para su introducción en el mercado o puesta en servicio, como máquinas, juguetes, ascensores, productos sanitarios, vehículos, aeronaves, etc. Por otra parte, los sistemas de IA que no son componentes de seguridad de tales productos o tales productos en sí mismos, se clasifican como de alto riesgo si, a la luz de su finalidad prevista, presentan un alto riesgo de ser perjudiciales para la salud y la seguridad o los derechos fundamentales de las personas (Anexo III del RIA, donde aparecen organizados en nueve ámbitos).

11. El RIA no menoscaba que con respecto a los modelos y sistemas de IA y los productos y servicios conexos sujetos a su regulación resulta también de aplicación el acervo comunitario relevante, así como el resto de las disposiciones aplicables de nuestro ordenamiento (cdo. 9 RIA). Ese criterio sobre la interacción entre el RIA y otros instrumentos de la Unión y las legislaciones de los Estados miembros tiene reflejo en su art. 2. Ciertamente, un conjunto muy significativo de normas del ordenamiento de la UE y de las legislaciones de los Estados miembros resulta típicamente de aplicación en relación con el desarrollo y utilización de sistemas y modelos de IA y productos y servicios conexos. Tal es el caso de la normativa sobre ciertos derechos fundamentales, no solo el de protección de datos personales, sino también, por ejemplo, a la no discriminación. Igualmente sucede con la legislación sobre protección de los consumidores y de los trabajadores, los instrumentos sobre seguridad de productos y servicios, la legislación en materia de responsabilidad por productos, los instrumentos sobre servicios de la sociedad de la información y servicios y mercados digitales, así como la normativa sectorial en ámbitos como la salud o el transporte. Las normas de otros sectores que no son en principio objeto del RIA se proyectan sobre la utilización de sistemas y modelos de IA, como sucede con las reguladoras de la competencia o la propiedad intelectual.

12. A modo de ejemplo, la caracterización en el RIA de sistemas de IA que hacen posible generar “deep fakes” (“ultrasuplantaciones” en la terminología del RIA) como de riesgo limitado —cuando no se trate de sistemas de IA que encajen entre los clasificados como de alto riesgo— y la consiguiente aplicación de las normas relevantes de su Capítulo IV (art. 50 RIA) sobre transparencia, no excluyen la eventual aplicación a esas actividades de otras normas de nuestro ordenamiento. Será el caso, cuando proceda, de la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de la legislación sobre propiedad intelectual o, incluso, de las normas penales que puedan resultar aplicables. Resulta claro en este contexto que el RIA no altera las normas preexistentes de DIPr relevantes en todas esas materias⁹.

13. El criterio general de no afectación del RIA al RGPD resulta particularmente relevante en relación con el derecho de todo interesado, conforme a lo dispuesto en el art. 22 RGPD, a no ser objeto de ciertas decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, así como en relación con el eventual derecho a indemnización del interesado en caso de infracción de la prohibición del art. 22 RGPD, conforme al art. 82 RGPD.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN TERRITORIAL

14. Los objetivos del RIA condicionan decisivamente su dimensión internacional y su ámbito de aplicación territorial. Aparece concebido como un instrumento de orden público, que resulta de aplicación necesaria en la medida en que las prácticas, sistemas y modelos de IA o los productos y servicios conexos objeto de regulación afecten (significativamente) a las personas que se encuentran en la Unión o a los intercambios en el mercado interior.

15. El art. 2.1 RIA establece su ámbito territorial (y personal) de aplicación. Su texto contempla la aplicación a: a) los proveedores que introducen en el mercado o ponen en servicio sistemas de IA o modelos de IA de uso general en la Unión, con independencia de si están “establecidos o ubicados” en la Unión o en un tercer país; b) los responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en la Unión; c) los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en un tercer país, “cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión”; d) los importadores y distribuidores de sistemas de IA en la UE; e) los fabricantes de productos que introduzcan en el mercado o pongan en servicio un sistema de IA junto con su producto y con su propio nombre o marca en la Unión; f) los representantes autorizados de los provee-

⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “La Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea: un modelo para innovaciones radicales, responsables y transparentes basadas en el riesgo”, *La Ley Unión Europea*, n.º 124, 2024, apdo. III.3.

dores que no estén establecidos en la Unión; y g) las personas afectadas que estén ubicadas en la Unión.

16. La referencia del inciso final g) a las personas afectadas que estén ubicadas en la Unión resulta atípica, en la medida en que no es lo habitual que al delimitar el ámbito territorial de aplicación en la relación de los obligados a su cumplimiento se incluya la mención en esos términos de las personas cuyos derechos e intereses trata de protegerse (resultan ilustrativos al respecto los arts. 3 RGPD, 2.1 RSD o 1.2 RMD). No obstante, refuerza el criterio de que, pese a que su ámbito de aplicación territorial engloba ciertas actividades de operadores establecidos o ubicados en un tercer país, incluso en ocasiones cuando se desarrollan fuera de la UE, su aplicación solo se justifica en situaciones que producen efectos significativos en la UE, al estar las personas afectadas por tales actividades ubicadas en la UE.

17. Precisamente, desde la perspectiva del cuestionamiento de la pretendida aplicación extraterritorial y potencialmente excesiva de algunas de estas normas de la Unión, cabe constatar que los incisos a) y d) del art. 2.1 RIA, van referidos a situaciones en las que no resulta cuestionable que la aplicación del RIA obedece a una conexión significativa con la UE. Su contenido debe ser interpretado a la luz del significado atribuido en el art. 3 RIA a los conceptos de “distribuidor” (quien no siendo el proveedor ni el importador comercializa “en el mercado de la Unión” —art. 3.7—), “introducción en el mercado” (en concreto, “en el mercado de la Unión” —art. 3.9—), “comercialización” (suministro para “su distribución o utilización en el mercado de la Unión” —art. 3.10—), “puesta en servicio” (“en la Unión” —art. 3.11—).

18. La aplicación en todo caso y sin matizaciones a “los responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en la Unión”, prevista en el inciso b) (cdo. 21), puede generar algunas dudas, incluso desde la perspectiva de la competitividad de la UE (el término “responsable del despliegue” se define en el art. 3.4 RIA sin referencia específica a la utilización del sistema en el territorio de la UE). El empleo en el art. 2.1 RIA de la expresión “establecidos o ubicados” en la Unión puede facilitar la apreciación de que concurre esta circunstancia respecto de la Unión en operadores, sistemas y modelos de IA estrechamente vinculados también con terceros países. Apremiar la existencia de un establecimiento en la UE implica en principio constatar tan solo el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables en la UE, sin que la forma jurídica de tales modalidades sea relevante. Ese resultado podría alcanzarse mediante la aplicación analógica de lo previsto en el cdo. 22 del RGPD, basado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto. La referencia en el art. 2.1 RIA a “establecidos o ubicados” en la Unión parece avalar una interpretación flexible, que tal vez en relación con el inciso c) deba adaptarse en situaciones en las que el despliegue en cuestión tiene lugar únicamente en terceros países.

19. Mención específica merece el inciso c) del art. 2.1, referido a los proveedores y responsables del despliegue de sistemas de IA que estén establecidos o ubicados en un tercer país, “cuando los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la Unión”. Ciertamente, hay circunstancias en las que la aplicación del RIA con base en que los resultados de salida generados por el sistema de IA se utilicen en la UE está plenamente justificada, pues precisamente esa utilización resulta determinante de que la actividad—incluso desarrollada en un tercer país por alguien ubicado allí— tenga un efecto significativo en la UE.

20. El cdo. 22 del RIA destaca que en tales situaciones está justificado que el Reglamento pueda resultar de aplicación respecto de sistemas de IA que no son introducidos en el mercado, puestos en servicio ni siquiera utilizados en la UE. Como ejemplo señala situaciones en las que un operador establecido en la Unión contrata con un operador establecido en un tercer país que le preste servicios en relación con una actividad que llevará a cabo un sistema de IA que se consideraría de alto riesgo para posteriormente utilizar los resultados de salida en la Unión. Para hacer frente a esas situaciones se introduce el criterio de que el RIA será siempre de aplicación cuando el resultado producido se utiliza en la Unión. Se trata de un enfoque razonable pero cuya concreción no está exenta de dificultades.

21. Hacer depender la aplicación del Reglamento en su conjunto de que el usuario decida emplear en la UE el resultado producido parece apropiado en relación con la posición —y obligaciones— del usuario, pero puede ser cuestionable con respecto a la posición del proveedor del sistema de IA, cuando esa circunstancia le resulte no solo desconocida sino imprevisible. En este sentido, merece una opinión favorable, pues puede mitigar ese riesgo, el que en la versión final del RIA la referencia en el cdo. 11 de la Propuesta a la aplicación del Reglamento en esos puestos “en la medida en que la información de salida generada por dichos sistemas se utilice en la Unión”, se ha sustituido en el nuevo cdo. 22 por la afirmación “en la medida en que los resultados de salida generados por dichos sistemas estén destinados a utilizarse en la Unión”. Pese a su escasa precisión y a que el texto de la norma —art. 2.1.c)— no se ha modificado en el mismo sentido, la nueva redacción dada a ese cdo. avala una interpretación restrictiva del art. 2.1.c) RIA sobre ese particular, para hacer frente al riesgo señalado.

22. El criterio de que el proveedor (en línea) de un sistema de IA controla en todo caso dónde va a ser utilizado por su usuario el resultado producido por el sistema no parece corresponderse con la realidad. Cuando quepa apreciar que el proveedor o el responsable del despliegue en cuestión ofrece los servicios relacionados con el sistema de IA en cuestión para ser utilizados en la Unión, ciertamente el sometimiento al RIA en su conjunto estará plenamente justificado (en la línea de lo previsto en el art. 3.2.a RGPD). Si ese es el caso, en realidad cabría entender que cuando se ofrecen servicios o

resultados de actividades que implican el empleo del sistema de IA para su empleo en la Unión se trata de situaciones en las que la posición del operador debería ser equiparada a la de quienes introducen en el mercado o ponen en servicio tales sistemas en la Unión. Por el contrario, las situaciones en las que el operador que hace posible la utilización del sistema de IA no ofrece esos servicios en la UE, pese a lo cual operadores —cabe entender únicamente de manera aislada— utilizan esos servicios y los resultados generados por su sistema de IA en la UE, parece que deberían recibir una respuesta parcialmente diferente.

23. Al margen del sometimiento al Derecho de la UE del operador que emplea los resultados en la Unión, puede resultar excesivo considerar que el Reglamento en su conjunto es de aplicación al proveedor del sistema de IA cuando el uso de sus resultados en la Unión fuera imprevisible para él. Lo anterior no impide apreciar que respecto de ese operador podría estar justificado que se adoptaran medidas, por ejemplo, para bloquear el acceso desde la Unión a sus servicios, con base en las normas de la Unión y nacionales que puedan resultar aplicables, incluidas en su caso en el RSD (también su art. 9.2.b sobre la necesidad de limitar territorialmente de manera estricta el alcance de este tipo de medidas) y las relativas a servicios de la sociedad de la información. Medidas de este tipo respecto de operadores establecidos en Estados terceros pueden resultar especialmente apropiadas en el entorno digital para la eficaz protección en la Unión de los derechos que el RIA trata de salvaguardar.

4. TUTELA PÚBLICA Y TUTELA PRIVADA

24. El ámbito de aplicación territorial del RIA se proyecta directamente sobre los mecanismos de aplicación que contempla, estrictamente de Derecho público, fijando el alcance de la competencia de las autoridades de la Unión (incluidas las autoridades nacionales competentes de sus Estados miembros) y la correlativa aplicación del marco normativo jurídico-público que contiene. Los Capítulos VII, VIII y IX del RIA se ocupan de los mecanismos de gobernanza y de aplicación del Reglamento. La Oficina Europea de Inteligencia Artificial, concebida como una función de la Comisión, tiene atribuidas importantes funciones de supervisión, en especial con respecto a las obligaciones de los proveedores de modelos de IA de uso general. Además, destaca la creación del Consejo Europeo de Inteligencia Artificial, como una pieza clave para la coordinación de las autoridades nacionales de control.

25. El Capítulo IX regula las obligaciones de control e información de los proveedores de sistemas de IA tras su comercialización, en particular con respecto a incidentes y fallos de funcionamiento, así como el control de las autoridades, con una remisión al Reglamento (UE) 2019/1020 relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos —que condiciona

también la determinación de las autoridades competentes—, sin perjuicio de ciertas previsiones específicas. El art. 83 RIA prevé que cuando la autoridad de vigilancia del mercado de un Estado miembro constate un incumplimiento, exigirá al proveedor correspondiente que lo subsane dentro de un plazo. Los incumplimientos en cuestión son los relativos a la colocación del marcado CE (art. 48); la declaración UE de conformidad (art. 47); el registro en la base de datos de la UE (art. 71); la no designación, cuando proceda, de un representante autorizado; y la ausencia de documentación técnica. En caso de que el incumplimiento persista, se prevé la adopción por la autoridad de vigilancia del mercado en cuestión de “medidas adecuadas y proporcionadas para restringir o prohibir la comercialización del sistema de IA de alto riesgo o para asegurarse de que se recupera o retira del mercado sin demora” (art. 83.2).

26. Como complemento de las previsiones contenidas en la Propuesta inicial de la Comisión, durante el procedimiento legislativo se incorporaron en el Capítulo IX reglas adicionales en relación con las vías de recurso específicas derivadas del RIA, para reforzar la posición de las personas afectadas. En concreto, el art. 85 contempla el derecho de toda persona que tenga motivos para considerar que se ha infringido el RIA a presentar una reclamación ante una autoridad de vigilancia del mercado, “sin perjuicio de otras vías administrativas o judiciales de recurso”. Por su parte, el art. 86 atribuye a toda persona que se vea afectada por una decisión que el responsable del despliegue adopte basándose en los resultados de salida de un sistema de IA de alto riesgo que figure en el anexo III, el derecho a obtener del responsable del despliegue “explicaciones claras y significativas acerca del papel que el sistema de IA ha tenido en el proceso de toma de decisiones y los principales elementos de la decisión”, salvo en ciertos supuestos excepcionales.

27. El Capítulo XII RIA regula las sanciones. El establecimiento de las sanciones —efectivas, proporcionadas y disuasorias— y otras medidas de ejecución frente a las infracciones del Reglamento corresponde a los Estados, respetando las condiciones previstas en el mismo, que incluyen los límites de las sanciones administrativas, entre las que se contemplan multas muy elevadas. Objeto de atención específica son las multas a proveedores de modelos de IA de uso general, cuya imposición compete a la Comisión.

28. Desde la perspectiva del DIPr, cabe constatar que el limitado objeto del RIA y su enfoque regulatorio de Derecho público se refuerzan al constatar que la tutela jurídico-privada de sus normas no recibe en su contenido la atención que sí le prestan otros instrumentos recientes de la UE. Pese a la importancia de la tutela jurídico-pública también en otros instrumentos, como el RGPD, el RSD o la Directiva (UE) 2024/2831 relativa al trabajo en plataformas con sus normas sobre gestión algorítmica, en ellos sí se contempla de manera específica la tutela jurídico-privada, como una vía complementaria, respecto de la que resulta determinante la aplicación de las normas de DIPr.

29. Así sucede, en particular, en el RGPD, el RSD y la Directiva (UE) 2024/2831. En concreto, cabe hacer referencia a los arts. 79 (derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento) y 82 (derecho a indemnización) RGPD, al art. 54 (derecho a indemnización) RSD y al art. 18 (derecho a reparación) de la Directiva 2024/2831. En otros instrumentos, se contempla de manera expresa las consecuencias civiles de la infracción de algunas de sus normas, como sucede en el art. 13 Reglamento (UE) 2023/2854 de Datos, según el cual, ciertas cláusulas contractuales sobre el acceso a los datos y su utilización o sobre la responsabilidad y las vías de recurso por incumplimiento impuestas unilateralmente por una empresa a otra empresa no serán vinculantes en caso de ser abusivas.

30. El RIA no incluye disposición alguna sobre el derecho a indemnización en situaciones en las que el sistema de IA infrinja lo previsto en el Reglamento. Esa ausencia se vincula con la previsión acerca del carácter complementario de instrumentos sobre responsabilidad. Destaca la adopción tras el RIA de la Directiva (UE) 2024/2853 sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos¹⁰, que adapta el marco jurídico en esa materia a los riesgos en el contexto digital, incluida la IA. La definición de “producto” incluye ahora los ficheros de fabricación digital y los programas informáticos, abarcando las aplicaciones y sistemas de IA (cdo. 13). Por su parte, la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad en materia de IA¹¹, limitada básicamente a facilitar las demandas de responsabilidad civil por daños y perjuicios causados por un sistema de IA basadas en regímenes de responsabilidad extracontractual subjetiva (con culpa), encontró mayores dificultades y ha sido retirada por la Comisión.

31. La ausencia de referencia a la tutela privada en el RIA no excluye, obviamente, que la infracción de sus normas pueda resultar determinante en relación con el ejercicio de acciones jurídico-privadas, especialmente en materia de responsabilidad extracontractual o incluso contractual en este ámbito. El RIA —al igual que la Directiva 2024/2853— no altera la aplicación de las normas relevantes de DIPr. Las normas de competencia judicial y de ley aplicable, tanto en materia contractual como de responsabilidad extracontractual, incluida la responsabilidad por productos o la competencia desleal, por ejemplo, en el caso de acciones frente a prácticas de competencia con infracción de sus normas, se proyectarán sobre tales situaciones¹².

¹⁰ Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo, *DOUE*, L, 2024/2853, de 18 de noviembre de 2024.

¹¹ Propuesta de Directiva relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA), de 28 de septiembre de 2022, COM (2022) 496 final.

¹² DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Conflict of Laws and the Internet*, 2ª ed, 2024, Edward Elgar, Capítulos II-VI.

32. Cuando el incumplimiento de obligaciones o restricciones establecidas en el RIA sea relevante para establecer la responsabilidad civil extracontractual —por ejemplo, en materia de responsabilidad por productos, competencia desleal u otras acciones por daños y perjuicios— o el régimen contractual, el ámbito territorial de aplicación del RIA conforme a su art. 2 determina en qué medida tales obligaciones o restricciones de Derecho público regulatorio resultan exigibles. Por su parte, la ley que rige la obligación extracontractual o el contrato vendrá determinada de acuerdo con las normas sobre ley aplicable a los contratos o las obligaciones extracontractuales, contenidas principalmente en los Reglamentos Roma I (RRI) y Roma II (RRII) (sin perjuicio de su remisión a los convenios internacionales que puedan continuar siendo aplicables, lo que, lamentablemente, en el caso español se proyecta todavía sobre las reglas de conflicto en materia de responsabilidad por productos contenidas en el Convenio de La Haya de 1973).

33. A los efectos tanto del art. 16 del RRII como del art. 9 RRI, el ámbito de aplicación territorial del RIA resulta también determinante del alcance dentro del cual la aplicación de sus disposiciones en tanto que leyes de policía no debe verse afectada por la circunstancia de que la ley aplicable al fondo de la obligación extracontractual o del contrato en cuestión sea la ley de un tercer país¹³.

5. PROPIEDAD INTELECTUAL

34. Vinculadas a la incorporación de reglas sobre los modelos de IA de uso general, se encuentra la inclusión en la versión final del RIA de ciertas disposiciones en materia de propiedad intelectual, que no figuraban en la propuesta inicial de la Comisión. Se localizan en su art. 53.1.c) y sus cdos. 105-108. El contenido normativo sobre propiedad intelectual del RIA es muy limitado. Al hilo de los riesgos que para los titulares de derechos de autor y derechos afines plantea la eventual utilización de las obras y prestaciones objeto de tales derechos para el desarrollo y entrenamiento de los grandes modelos de IA generativos, entre las obligaciones que el art. 53.1.c) RIA impone a todos los proveedores de modelos de IA de uso general, se incluye la de establecer “directrices para cumplir el Derecho de la Unión en materia de derechos de autor y derechos afines, y en particular, para detectar y cumplir... una reserva de derechos expresada de conformidad con el art. 4.3 de la Directiva (UE) 2019/790”.

35. Las excepciones y limitaciones en materia de minería de textos y datos, establecidas en los arts. 3 y 4 de la Directiva 2019/790 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, presentan carácter obligatorio para los Estados miembros. La Directiva establece dos regímenes claramente

¹³ LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, Aurelio, “El futuro Reglamento de Inteligencia Artificial y las relaciones con terceros Estados”, *REEI*, núm. 45, 2023, pp. 9-11.

diferenciados (lo que no ha impedido que, en la cuestionable transposición española, el art. 67 Real Decreto-ley 24/2021 optara por fusionar ambos preceptos en uno). El art. 3 establece un régimen específico de excepción de ciertos derechos —básicamente el derecho de reproducción y el derecho de extracción y reutilización de una base de datos— para las actividades de minería de textos y datos realizadas con fines de investigación científica por organismos de investigación e instituciones responsables del patrimonio cultural. Por su parte, el art. 4 regula una limitación o excepción de tales derechos en relación con la minería de textos y datos en situaciones no comprendidas en el art. 3.

36. Cuando no resulta de aplicación la excepción establecida en el art. 3, el criterio general es que los titulares de derechos conservan la libertad para poder seguir concediendo licencias para el uso de sus obras. La introducción en el art. 4 de esta limitación —en el caso de que el Estado miembro opte por prever una compensación equitativa— o excepción pretende aportar seguridad jurídica respecto a la posibilidad de realizar reproducciones y extracciones con fines de minería de textos y datos en obras u otras prestaciones a las que hayan accedido lícitamente. Esta excepción o limitación va referida a las obras y otras prestaciones “accesibles de forma legítima”, incluyendo las puestas a disposición del público en línea, y se aplica a condición de que el uso de las obras y otras prestaciones no esté reservado expresamente por los titulares de derechos de manera adecuada (art. 4.3). Cuando se trata de contenidos puestos a disposición del público en línea, solo se considera adecuado reservar los derechos mediante la utilización de medios de lectura mecánica, como los metadatos y las condiciones de un sitio web o un servicio, mientras que en otros casos se considera que puede resultar adecuado reservar los derechos por otros medios, como acuerdos contractuales o una declaración unilateral (cdo. 18 de la Directiva). La aplicación del art. 4 plantea ciertos elementos de incertidumbre, si bien la adecuada tutela de los derechos de propiedad intelectual avala una interpretación de tal excepción —que no va referida al derecho de comunicación al público— en el sentido de que no ampara ciertos actos de utilización de obras y prestaciones por los modelos de IA de uso general, en particular, con respecto a la difusión de ciertos resultados generados por tales modelos. La obligación de facilitar información acerca del contenido utilizado para el entrenamiento del modelo de IA de uso general —art. 53.1.d) RIA— debería facilitar el establecimiento de la eventual infracción de derechos de autor y derechos afines en tales situaciones.

37. Como recuerda el cdo. 105 del RIA, en las situaciones comprendidas en el art. 4 de la Directiva, cuando el titular del derecho se ha reservado de manera adecuada el derecho de exclusión, es preciso obtener su autorización para llevar a cabo una prospección (minería) de textos y datos con dichas obras. A diferencia de la excepción del art. 3, la limitación o excepción del art. 4 no excluye la posibilidad de disposiciones contractuales contrarias a la excepción o limitación que establece, como resulta del art. 7.1 de la Directiva.

38. El art. 53.1.c) RIA exige que los proveedores de modelos de IA de uso general establezcan directrices para detectar y cumplir con las reservas de derechos expresadas de conformidad con el art. 4.3 de la Directiva (UE) 2019/790, en la medida en que están obligados a ello cuando la legislación de la Unión en materia de derechos de autor y derechos conexos (más exactamente las normas de transposición de algún Estado miembro) resulta de aplicación. En relación con este último punto, es plenamente apropiado el criterio recogido en el cdo. 105 del RIA, según el cual esa obligación debe ser cumplida por “todo proveedor que introduzca un modelo de IA de uso general en el mercado de la Unión..., independientemente de la jurisdicción en la que tengan lugar los actos pertinentes en materia de derechos de autor que sustentan el entrenamiento de dichos modelos de IA de uso general”.

39. Como justificación sobre el particular, ese cdo. se limita a afirmar que es necesario “para garantizar unas condiciones de competencia equitativas” que un proveedor obtenga una ventaja competitiva en el mercado de la Unión al beneficiarse de normas en materia de derechos de autor menos estrictas que las establecidas en la Unión. Si bien ese argumento es apropiado, la razón de fondo es que ese criterio es en realidad una consecuencia necesaria del carácter territorial de esos derechos de exclusiva, y de la circunstancia de que la legislación aplicable a la responsabilidad derivada de la infracción de esos derechos es la ley del país para cuyo territorio se reclama la protección, es decir, se determina conforme al criterio *lex loci protectionis* (art. 8.1 RRII, de carácter imperativo —apdo. 3— precisamente por su vinculación con el carácter estrictamente territorial de estos derechos —cdo. 26 RRII—). Con respecto a la explotación en línea de obras y prestaciones, el criterio *lex loci protectionis* conduce típicamente a la aplicación de la ley del país de recepción (o mercado de destino).

40. Se trata de un criterio sustancialmente confirmado por el Tribunal de Justicia. Ya en su sentencia *Football Dataco*¹⁴ abordó cómo se localiza el lugar (o lugares) de infracción de los derechos de propiedad intelectual (en relación con bases de datos) cuando la infracción deriva de actos en los que el supuesto infractor introduce en un servidor situado en el Estado de su residencia información que envía a los ordenadores de los usuarios de sus servicios situados en otro Estado. El Tribunal concluyó que la actividad infractora se localiza como mínimo en el Estado al que se envía la información supuestamente infractora cuando “concurran indicios que permitan concluir que este acto pone de manifiesto la intención de su autor de dirigirse a las personas situadas en este territorio”. Además, el Tribunal puso de relieve cómo no resultaba aceptable la posición de la parte demandada en el litigio principal según la cual la actividad debe considerarse localizada exclusivamente en el territorio del Estado en el que está situado el servidor web a partir del cual

¹⁴ Sentencia de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco*, C-173/11, EU:C:2012:642.

se envían los datos, destacando que tal posición menoscabaría gravemente la eficacia territorial de la propiedad intelectual.

41. La introducción por el proveedor del modelo de IA de uso general en el mercado de la Unión resulta determinante de la aplicación de la legislación de la Unión (o en su caso normas nacionales de transposición) en materia de derechos de autor y derechos conexos. Ciertas actividades desarrolladas en línea pueden llegar a considerarse dirigidas a una pluralidad de países, lo que en el ámbito de la ley aplicable conduce con base en el criterio *lex loci protectionis* del art. 8.1 RRII a la aplicación de tantos ordenamientos como territorios de infracción. El alcance de la ley así designada se limita a la eventual infracción de derechos en ese concreto territorio, lo que puede conducir a la aplicación cumulativa y distributiva de varios ordenamientos.

CLAROSCUROS DEL “EFECTO BRUSELAS” DEL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

THE GREY AREAS OF THE “BRUSSELS EFFECT” OF THE ARTIFICIAL INTELLIGENCE ACT

Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ*

Palabras clave: Reglamento de inteligencia artificial, efecto Bruselas.

Keywords: AI Act, Brussels Effect.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ELEMENTOS QUE PERMITEN RELATIVIZAR EL EFECTO BRUSELAS *DE FACTO* DEL RIA. 3. SOBRE EL EFECTO BRUSELAS *DE IURE* DEL RIA: NORMATIVAS VINCULANTES VS. MEDIDAS VOLUNTARIAS. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Existe un consenso generalizado entre los expertos, los políticos y la sociedad civil sobre los grandes beneficios que la inteligencia artificial (en adelante IA) puede significar para la humanidad, pero también sobre los riesgos que conlleva. La preocupación sobre estos riesgos ha generado un amplio consenso sobre la necesidad de adaptar la normativa existente. En el caso de la Unión Europea, la regulación de la IA ha estado en la agenda desde 2016, pero particularmente desde la publicación del Libro Blanco en la materia en 2020¹.

Cualquier esfuerzo regulatorio en la materia exige tomar en consideración la naturaleza global de los servicios y herramientas basados en IA. Esta tecnología no conoce fronteras y su impacto va a afectar progresivamente la vida de personas, y a remodelar sociedades y las economías de todos los rincones del mundo². En vista de esta naturaleza global, se ha propuesto fomentar la cooperación internacional para adoptar una regulación eficiente³. Pero, desafortunadamente, esta propuesta no llega en un buen momento para el multilateralismo. Si bien los progresos llevados a cabo en el marco

* Catedrático de Derecho internacional privado, Universidad de Alicante (Aurelio.lopez@ua.es). Estudio realizado en el marco del Proyecto *Justicia Digital para asuntos transfronterizos* (MINECO, PID2021-126056OA-I00).

¹ COMISIÓN EUROPEA “Libro Blanco sobre inteligencia artificial – Un enfoque europeo para la excelencia y la confianza”, Doc. COM(2020) 65 FINAL, pp. 12 y 13.

² GRUPO INDEPENDIENTE DE EXPERTOS DE ALTO NIVEL SOBRE INTELIGENCIA ARTIFICIAL, *Directrices éticas para una IA fiable*, punto 18.

³ UK GOVERNMENT, “A pro-innovation approach to AI regulation: government response”, 2024, punto 80, disponible en <https://www.gov.uk/government/consultations/ai-regulation-a-pro-innovation-approach-policy-proposals/outcome/a-pro-innovation-approach-to-ai-regulation-government-response>. La apuesta del gobierno británico por la cooperación internacional se plasmó en la firma de la Declaración de Betchley en noviembre de 2023.

de UNESCO⁴, OCDE⁵ y, particularmente, el Consejo de Europa⁶ para alcanzar puntos de acuerdo sobre dicha regulación no deben de ser olvidados, la situación actual es que cada jurisdicción está abordando de manera individual la regulación de la IA, circunstancia que sintoniza con la vuelta al unilateralismo y el proteccionismo comercial que caracteriza la geopolítica en los últimos años⁷.

En esta carrera por regular la IA, la Unión Europea ha tomado la delantera merced a la publicación en junio de 2024 del Reglamento 2024/1689 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (en adelante RIA), cuyas disposiciones serán aplicables en su totalidad en agosto 2027⁸. Las instituciones europeas no esconden su pretensión de que el Reglamento se convierta en el standard regulatorio global⁹. Para alcanzar este objetivo, juega un papel esencial el llamado “efecto Bruselas”. Este efecto, también llamado “globalización regulatoria unilateral” se produce cuando una jurisdicción —p. ej. la Unión Europea— consigue expandir sus estándares regulatorios más allá de sus fronteras, aprovechándose de las dinámicas de los mercados, con el resultado de que dichos estándares acaban adoptándose a nivel global¹⁰. La atribución en el art. 2 de un amplio ámbito de aplicación territorial al RIA, justificada en la mayoría de los supuestos¹¹, es imprescindible para alcanzar este objetivo.

En un trabajo anterior, cuando el Reglamento todavía estaba en fase de propuesta legislativa, tuve ocasión de apuntar las razones por las cuales considero que, efectivamente, el efecto Bruselas puede producirse, si bien ello no

⁴ Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial, <https://www.unesco.org/es/articles/recomendacion-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>

⁵ Recomendación del Consejo sobre la Inteligencia Artificial, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449#translations>

⁶ Convenio marco del Consejo de Europa sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho, hecho en Vilnius el 5 de septiembre de 2024, disponible en <https://rm.coe.int/1680afae3c>

⁷ En este sentido, hay argumentos para sostener el carácter proteccionista del RIA y el resto de leyes digitales europeas. Así, A. Mantelero ha afirmado, acertadamente, que ante la dependencia tecnológica de empresas establecidas en terceros Estados, a la UE solo le queda el recurso exógeno de una normativa vinculante que proteja los intereses europeos (MANTELERO, A., “El Reglamento de inteligencia artificial: la respuesta del legislador europeo a los retos de la Inteligencia artificial”, en L. Cotino Hueso / P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Madrid, La Ley-Aranzadi, 2024, pp. 25 ss, esp. 27).

⁸ Art. 113.

⁹ Sirva de ejemplo, la nota de prensa publicada por el Consejo UE tras la aprobación el texto definitivo del RIA: “Al ser la primera propuesta legislativa de este tipo en el mundo, puede establecer un referente mundial para regular la IA en otras jurisdicciones, como hizo el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), promoviendo así el enfoque europeo de la regulación tecnológica en la escena mundial”. Disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/>

¹⁰ BRADFORD, A., *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, OUP, 2020, esp. 1-4.

¹¹ Sobre el particular puede consultarse la otra contribución a este Foro de Pedro A. de Miguel Asensio.

resulta necesariamente ventajoso para la UE y sus empresas¹². La adopción del texto definitivo del Reglamento y ciertos acontecimientos ocurridos desde su publicación (junio 2023) aportan nuevos elementos para sostener esta postura. Para su explicación, siguiendo a Anu Bradford, se va a distinguir entre las dos manifestaciones de este fenómeno: el efecto Bruselas *de facto* y *de iure*.

2. ELEMENTOS QUE PERMITEN RELATIVIZAR EL EFECTO BRUSELAS DE FACTO DEL RIA

El efecto Bruselas *de facto* se produce porque, para ahorrar en costes de cumplimiento normativo, las empresas que actúan a nivel global, con independencia de los Estados en los que llevan a cabo sus actividades comerciales, adaptan sus productos o servicios a la legislación que establece los estándares regulatorios más estrictos. En la actualidad, en muchas materias, y en particular en la regulación del entorno digital, dichos estándares resultan ser los establecidos por la Unión Europea.

A. Bradford sostiene dos argumentos por lo que considera que el RIA puede generar un efecto Bruselas *de facto*: cualquier proveedor que quiera incluir datos localizados en Europa para entrenar un sistema de IA, o desarrollar aplicaciones de IA para el mercado europeo, deberá cumplir con los estándares regulatorios europeos. No resulta lógico, desde un punto de vista empresarial que, si ese proveedor ofrece ese mismo sistema en terceros Estados, entrene el algoritmo con datos recopilados exclusivamente fuera del territorio europeo para no tener que cumplir con la normativa europea. Del mismo modo, habiendo realizado una inversión para que un sistema IA cumpla con los estrictos requisitos necesarios para su comercialización en Europa, carece de sentido que la compañía desarrolle sistemas de menor fiabilidad para su comercialización en terceros Estados¹³. No toda la doctrina está de acuerdo con esta opinión¹⁴.

En primer lugar, no puede considerarse que el RIA establezca los estándares regulatorios más estrictos para todas las cuestiones que regula¹⁵. Ciertamente, así es para las prácticas IA prohibidas, los sistemas IA de alto riesgo, y los modelos IA de uso general con riesgo sistémico. Pero para el resto de los sistemas de IA, que son la mayoría, tan sólo se insta a la adopción de códigos de conducta (art. 95) y se establecen, para algunos supuestos, obligaciones de transparencia (art. 50). La conformidad con el RIA no garantiza

¹² LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A., “El futuro Reglamento de inteligencia artificial y las relaciones con terceros Estados”, *REEI*, núm. 45, 2023, pp. 1 ss.

¹³ BRADFORD, A., *Digital Empires: The Global Battle to Regulate Technology*, OUP, 2023, pp. 397-398.

¹⁴ Entre otros, PAGALLO, U., “Why the AI Act Won’t Trigger a Brussels Effect” (December 16, 2023), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4696148>.

¹⁵ ALMADA, M / RADU, A., “The Brussels Side-Effect: How the AI Act Can Reduce the Global Reach of EU Policy”, *German Law Journal*, vol. 25, issue 4, 2024, pp. 646 ss., esp. 654.

necesariamente que estos otros sistemas de IA cumplen con las leyes de otras potenciales jurisdicciones¹⁶.

En segundo lugar, en relación con aquellos aspectos regulados por estándares que pueden considerarse estrictos, Bradford sostiene que el tamaño del mercado europeo y el poder adquisitivo del consumidor medio provoca que las empresas tecnológicas no puedan prescindir de la Unión Europea y, por lo tanto, opten por cumplir con ellos¹⁷. Pues bien, ciertos ejemplos de decisiones adoptadas por los gigantes tecnológicos permiten cuestionar esta premisa: en diciembre 2024, OpenAI lanzó Sora, una IA generativa que convierte textos en videos, en el mundo entero excepto en la Unión Europea; en la misma situación se encuentra, por ahora, Apple Intelligence y, hasta recientemente, Gemini de Google o Llama AI de Meta. La razón de estas decisiones es la presunta falta de previsibilidad del marco normativo europeo, si bien no referido exclusivamente al RIA¹⁸. No se trata de que estas empresas carezcan de los recursos para hacer frente a los costes de cumplimiento normativo, sino de que persiguen evitar las cuantiosas sanciones a las que se pueden ver expuestas en caso de incumplimiento¹⁹.

Decía en mi anterior trabajo que los costes de cumplimiento normativo de los estrictos estándares regulatorios europeos se podían ver reflejados en el aumento del precio final de productos y servicios que debe asumir el consumidor final europeo²⁰. Estos ejemplos ponen de manifiesto que las consecuencias pueden ir más allá: empresas y consumidores europeos se pueden ver privados de tener acceso a tecnología punta porque las empresas establecidas en terceros Estados dejan de ofrecer sus sistemas IA en Europa las razones antes expuestas.

Ciertamente, la situación puede ser aprovechada por empresas europeas para desarrollar esas herramientas de IA que dejan de ofrecer las empresas de terceros Estados. No obstante, la doctrina ha señalado las grandes dificultades interpretativas que plantea el cumplimiento de algunos de los requisitos y obligaciones que establece el Reglamento²¹. Esto puede implicar un elevado coste de cumplimiento normativo que genere obstáculos para que se produzca este resultado y, como se ha denunciado, se frene la innova-

¹⁶ ALMADA, M. / RADU, A., *op. cit.*, p. 656.

¹⁷ BRADFORD, A., *Brussels Effect...*, *op. cit.*, pp. 26-30.

¹⁸ Sirva de ejemplo esta noticia: WEATHERBED, J., "Meta won't release its multimodal Llama AI model in the EU", *The Verge*, 18 julio 2024, disponible en <https://www.theverge.com/2024/7/18/24201041/meta-multimodal-llama-ai-model-launch-eu-regulations>

¹⁹ De acuerdo con el art. 99 dichas sanciones pueden llegar a 35 millones de euros o hasta el 7% del volumen de negocio mundial total del infractor.

²⁰ LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, A., *op. cit.* p. 23.

²¹ ALMADA, M., "Regulation by Design and the Governance of Technological Futures", *European Journal of Risk Regulation*, vol 14, 2023, pp. 697 ss, esp. 699-702.

ción en Europa²². También es criticable el carácter simétrico de sus normas: al contrario que otras leyes europeas digitales²³, las disposiciones del RIA resultan aplicable a todas las empresas por igual, con independencia de su tamaño²⁴. Ciertamente, la innovación tecnológica no se puede promover a cualquier precio. La importancia de los bienes jurídicos protegidos —“la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente”²⁵ — justifica la adopción del Reglamento, pero ello no es óbice para exigir que su regulación sea eficiente, es decir, que se garantice la protección de estos objetivos generando el menor obstáculo posible a la innovación y la libertad de empresa²⁶. Para que las empresas europeas puedan aprovechar la oportunidad que les ofrece el marco jurídico uniforme que establece el RIA adquieren gran importancia ciertos mecanismos introducidos en las últimas etapas del proceso legislativo destinados a facilitar el cumplimiento normativo, en particular a las Pymes: la elaboración de códigos de buenas prácticas²⁷ o directrices²⁸; y la creación de espacios con-

²² El llamado *Informe Draghi* afirma que: “*the EU’s regulatory stance towards tech companies hampers innovation: the EU now has around 100 tech-focused laws and over 270 regulators active in digital networks across all Member States*” (*The future of European Competitiveness. A comprehensive Strategy for Europe – Part A*, 2024, p. 32, disponible en https://commission.europa.eu/topics/strengthening-european-competitiveness/eu-competitiveness-looking-ahead_en#paragraph_47059). “Existe una preocupación generalizada sobre la posibilidad de que la regulación excesiva de la IA frene la innovación” (MULTINACIONALES CON ESPAÑA, “Impulsando el crecimiento de España: el papel de las tecnologías, la IA y las multinacionales” 2024, ap. 20 y ss, <https://multinacional.es/cms/wp-content/uploads/2024/10/Informe-Tecnologias-IA.pdf>)

²³ Las disposiciones del Reglamento 2022/1925 de mercados digitales sólo resultan aplicables a aquellos prestadores que ofrecen un servicio básico de plataforma (art. 2.2) y cumplen con las condiciones establecidas en el art. 3. Como es conocido, por el momento, los seis guardianes de acceso designados son cinco estadounidenses y un chino. Por su parte, las obligaciones más estrictas del Reglamento 2022/2065 de servicios digitales (Sección 5 del Capítulo III) sólo resultan aplicables a las llamadas plataformas en línea de muy gran tamaño o motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (art. 33). A 17 de diciembre 2024, eran 20 plataformas. A su vez debe recordarse que las Pymes están exceptuadas de cumplir con muchas de las obligaciones previstas (arts. 19 y 29).

²⁴ No es por ello de extrañar que el *Informe Draghi* (p. 33) señale que “*the EU should carry out a thorough impact assessment of the effect of digital and other regulation on small companies, with the aim of excluding SMEs from regulations that only large companies are able to comply with*”.

²⁵ Art. 1.1 RIA.

²⁶ En este sentido, el *Informe Draghi* (p. 8), afirma: “*we claim to favour innovation, but we continue to add regulatory burdens onto European companies, which are especially costly for SMEs and self-defeating for those in the digital sectors. More than half of SMEs in Europe flag regulatory obstacles and the administrative burden as their greatest challenge*”.

²⁷ Códigos de buenas prácticas para promover la aplicación efectiva de las obligaciones relativas a la detección y el etiquetado de contenidos generados o manipulados de manera artificial (art. 50.7); y para facilitar el cumplimiento de las obligaciones de los modelos IA de uso general con (art. 55.2 y 56) o sin riesgo sistémico (Art. 53.4 y art. 56). El primer borrador se publicó en 14 noviembre 2024: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/first-draft-general-purpose-ai-code-practice-published-written-independent-experts>).

²⁸ Art. 96.

trolados de pruebas (*sandboxes*)²⁹. Del mismo modo, la Comisión Europea, con el concurso de la Oficina de IA, está llamada a jugar un papel clave para la implementación del RIA por las competencias que se le atribuyen para adoptar actos delegados y de ejecución que permitan precisar los requisitos y obligaciones establecidos en el Reglamento³⁰, y actualizar la normativa a los avances tecnológicos que vayan surgiendo³¹.

3. SOBRE EL EFECTO BRUSELAS *DE IURE* DEL RIA: NORMATIVAS VINCULANTES VS. MEDIDAS VOLUNTARIAS

El efecto Bruselas *de iure* se produce porque los estándares regulatorios de la Unión Europea son adoptados como modelo a seguir por los legisladores de terceros Estados, bien *motu proprio* —por la adecuación de la normativa europea a los valores fundamentales e intereses del Estado importador— bien por la insistencia de las empresas globales a las autoridades de sus jurisdicciones de origen para adaptar la normativa nacional a la europea y, así, poder competir en igualdad de condiciones en sus mercados nacionales con las empresas que únicamente actúan a nivel local.

Según se ha indicado, el efecto Bruselas solo debería producirse en relación con algunas disposiciones del RIA, en particular las que establecen estándares regulatorios estrictos. Este parece ser el caso en relación con la clasificación, a efectos regulatorios, de los sistemas de IA en atención al riesgo. Todas las jurisdicciones parecen compartir este enfoque³². Ahora bien, a partir de este punto, se observa una diferencia importante: mientras la UE ha optado por una regulación de carácter vinculante (el RIA) y horizontal, en los países más avanzados tecnológicamente, las medidas adoptadas o en fase de discusión tienen carácter voluntario y están referidas a sectores específicos³³.

²⁹ Art. 57 y 58. Cabe recordar que en España ya existe el Real Decreto 817/2023, de 8 de noviembre, que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial.

³⁰ P. ej. art. 53.5.

³¹ Así, por ejemplo, el Art. 7 faculta a la Comisión para modificar el listado de sistemas IA de alto riesgo del Anexo III.

³² PÉREZ-UGENA, M., “Análisis comparado de los distintos enfoques regulatorios de la inteligencia artificial en la Unión Europea, EE. UU., China e Iberoamérica”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 8(1), 2024, pp. 129-156. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.28.05>; EY, “The Artificial Intelligence (AI) global regulatory landscape. Policy trends and considerations to build confidence in AI”, 2024, <https://www.ey.com/content/dam/ey-unified-site/ey-com/en-gl/insights/ai/documents/ey-the-artificial-intelligence-ai-global-regulatory-landscape-final.pdf>

³³ EY, *op. cit.*, pp. 9-10. Sobre estos distintos enfoques, FIERRO RODRÍGUEZ, D., “La disyuntiva «a la californiana» entre regular el uso de la inteligencia artificial o liberalizar su aprovechamiento”, *La Ley-Derecho Digital e Innovación* núm. 22, Oct-Dic. 2024.

Tal es el caso en particular de Japón³⁴, Estados Unidos³⁵, Reino Unido³⁶ o Canadá³⁷. Todas estas jurisdicciones han decidido esperar para adoptar medidas vinculantes hasta ver cómo evoluciona la tecnología. Así, en Australia, donde existen una serie de medidas no vinculantes en vigor³⁸, se ha empezado a discutir recientemente la conveniencia de adoptar una normativa horizontal obligatoria para los sistemas IA de alto riesgo, con gran influencia del RIA³⁹. El caso de China⁴⁰ es especial pues, aunque su legislación también está inspirada en la normativa europea, su prioridad es asegurar un control estricto sobre el desarrollo tecnológico y su impacto en la sociedad y conlleva riesgos sobre la libertad y privacidad⁴¹. En fin, ciertos países de América Latina han iniciado trabajos sobre la materia, hasta donde hemos podido conocer sólo en Colombia y Brasil⁴², está en fase de tramitación una normativa de carácter vinculante⁴³.

En definitiva, el efecto Bruselas *de iure* del RIA es, por ahora, muy limitado. Pero más preocupante resultan los efectos contraproducentes que puede tener. La aproximación más flexible adoptada por los países tecnológica-

³⁴ Como explica PAGALLO, U, *op. cit.*, sección 3.1., en la actualidad, existen varias directrices. Se está trabajando en un borrador de Ley de Inteligencia artificial pero que no se someterá al Parlamento hasta 2025. FUJIKOUGE, T., KOSUGE, N., MATSUMOTO, F., “Understanding AI Regulations in Japan – Current Status and Future Prospects”, *DLA Piper*, 28 octubre 2024, <https://www.dlapiper.com/en/insights/publications/2024/10/understanding-ai-regulations-in-japan-current-status-and-future-prospects>

³⁵ *Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence* de 30 octubre 2023. La orden establece una serie de principios y prácticas para el uso responsable y confiable de la IA por parte de las agencias federales. La orden no se aplica a las empresas privadas (PÉREZ-UGENA, M., *op. cit.*). Debe además señalarse que California cuenta desde septiembre 2024 con su *Artificial Intelligence Accountability Act*, que establece la obligación de adoptar directrices sobre el uso de esta tecnología por las agencias estatales. Sobre esta última legislación, FIERRO RODRÍGUEZ, D., *op. cit.* p. 1.

³⁶ “We think a non-statutory approach currently offers critical adaptability —especially while we are still establishing our approach—but we will keep this under review” (UK GOVERNMENT, *op. cit.*, par. 16).

³⁷ Actualmente se está tramitando la *Artificial Intelligence and Data Act* como parte de la *Digital Charter Implementation Act*. El proceso legislativo se inició en 2022 pero no se espera que esté concluido hasta 2025. A su vez, en septiembre de 2023 se anunció y se abrió a la adopción voluntaria el *Voluntary Code of Conduct on the Responsible Development and Management of Advanced Generative AI Systems*.

³⁸ En particular el *Voluntarily AI Safety Standard*, <https://www.industry.gov.au/publications/voluntary-ai-safety-standard>

³⁹ *Proposals Paper for introducing mandatory guardrails for AI in high-risk settings*, disponible en <https://consult.industry.gov.au/ai-mandatory-guardrails>

⁴⁰ “Medidas provisionales para la gestión de servicios de inteligencia artificial generativa”, adoptadas el 13 de julio de 2023, en vigor desde 24 de agosto. Sobre las mismas, FERNANDEZ, C. B. “China aprueba una regulación de inteligencia artificial y de la inteligencia artificial generativa”, *La Ley*, 31 agosto de 2023.

⁴¹ PÉREZ-UGENA, M., *op. cit.*, p. 129.

⁴² *Projeto de lei nº 2338 do Senado, que regulamenta a IA*, <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>

⁴³ En otros países existen o se está trabajando en estrategias nacionales. CORVARÁN, J. G. / CARRO, M. V., “El Reglamento de inteligencia artificial desde fuera de la Unión Europea: impulsos reguladores desde otras partes del mundo y una visión desde Iberoamérica”, en L. Cotino Hueso / P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Madrid, La Ley-Aranzadi, 2024, pp. 54 ss.

mente desarrollados conlleva el riesgo de que aquellas empresas europeas que puedan permitírselo se sientan incentivadas a trasladar sus centros de desarrollo de herramientas de IA fuera de la UE⁴⁴. De nuevo, este riesgo debe combatirse a partir de los mecanismos que ofrece el RIA para facilitar el cumplimiento de sus requisitos y obligaciones por parte de nuestras empresas. Segundo, al contrario de lo que ocurre con las medidas legislativas no vinculantes, se corre el riesgo de que la evolución tecnológica en materia de IA deje obsoleta la normativa adoptada por la Unión Europea⁴⁵. Un claro ejemplo de este peligro lo encontramos en el proceso legislativo del propio RIA en el que, de prisa y corriendo, se tuvo que introducir un nuevo capítulo para regular los modelos IA de uso general⁴⁶. Habrá que ver, hasta qué punto la Comisión Europea, con la ayuda de la Oficina de IA, es capaz de evitar este problema a través de los actos delegados y de ejecución que está autorizada a adoptar.

Ante este escenario, poco podía esperarse del Convenio marco IA del Consejo de Europa con el cual se buscaba crear un instrumento jurídico vinculante de carácter transversal, que fuera atractivo no solo para los Estados de Europa sino para el mayor número posible de Estados de todas las regiones del mundo⁴⁷; y que, de esta manera, exportara en todo lo posible, el contenido del RIA. El Convenio tiene la virtud de afianzar un concepto uniforme de “sistemas de IA” —también contenido en la Recomendación OCDE y en el RIA—, y de recoger un conjunto de normas vinculantes que van más allá de los instrumentos internacionales actualmente existentes⁴⁸. No obstante, se trata de normas mínimas, de contenido poco nítido, y con escasos derechos y obligaciones que, en todo caso, tienen valor interpretativo⁴⁹. Además, la eficacia práctica del Convenio se ha visto considerablemente mermada en su redacción final por cuanto su art. 3.1 b) permite a los Estados contratantes excluir la aplicación de sus disposiciones al sector privado.

⁴⁴ De acuerdo con el *Informe Draghi* (p. 6): “Between 2008 and 2021, close to 30% of the “unicorns” founded in Europe —startups that went on the be valued over USD 1 billion— relocated their headquarters abroad, with the vast majority moving to the US”.

⁴⁵ PAGALLO, U., *op. cit.*, sección 3. Las normativas no vinculantes facilitan su progresiva adaptación a los cambios tecnológicos. UK GOVERNMENT, *op. cit.*, (punto. 76). “Introducing binding measures too soon, even if highly targeted, could fail to effectively address risks, quickly become out of date, or stifle innovation”.

⁴⁶ El actual Capítulo V (arts. 51 a 56).

⁴⁷ De ahí que países como Estados Unidos, Canadá o Israel participaran como observadores.

⁴⁸ ZILLER, J., “El Convenio del Consejo de Europa de Inteligencia Artificial frente al Reglamento de la Unión Europea: dos instrumentos jurídicos muy diversos”, en L. Cotino Hueso / P. Simón Castellano (dirs.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*, Madrid, La Ley-Aranzadi, 2024, pp. 38 ss.

⁴⁹ COTINO HUESO, L., “El Convenio sobre inteligencia artificial, derechos humanos, democracia y Estado de Derecho del Consejo de Europa”, *Revista Administración y Ciudadanía, EGAP*, vol 19, num. 2, 2023, pp. 161-182.

4. CONCLUSIONES

El supuesto éxito de la UE de haber adaptado la primera normativa vinculante en materia de IA no garantiza que esta regulación se vaya a convertir en el estándar regulatorio global. Primero, a pesar del tamaño del mercado europeo, empieza a ser habitual que empresas tecnológicas establecidas en terceros Estados dejen de ofrecer temporal o permanentemente sus sistemas de IA en la Unión Europea por la supuesta inseguridad del marco normativo. Segundo, aunque algunas jurisdicciones han tomado como referente el RIA en lo que respecta al enfoque regulatorio basado en el riesgo, existen muchos aspectos del RIA que no están regulados por normas estrictas por lo que su regulación puede ser muy diferente en otros Estados. Tercero, los países más avanzados han optado por la adopción de normativa no vinculante. Esto implica el riesgo de que la regulación adoptada reste competitividad a las empresas europeas por los elevados costes normativos que el RIA conlleva. Queda en manos de la Comisión, con la ayuda de la Oficina de IA, evitar este resultado a partir de los mecanismos paralegales contemplados en el Reglamento, y que nuestras empresas puedan beneficiarse del hueco que pueden dejar aquellas empresas de terceros Estados que no están dispuestas a afrontar el efecto Bruselas.

III. PRÁCTICA ESPAÑOLA RELATIVA A DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES / *PRACTICE OF SPAIN RELATING TO INTERNATIONAL LAW AND INTERNATIONAL RELATIONS*

Coordinada por
Helena TORROJA MATEU y José Luis IRIARTE ÁNGEL

CANCELACIÓN DE VUELO Y FRUSTRACIÓN DE VIAJE COMBINADO: ASPECTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN DE LA AGENCIA DE VIAJES CONTRA EL OPERADOR AÉREO *FLIGHT CANCELLATION AND FRUSTRATION OF PACKAGE TRAVEL: PROCEDURAL ASPECTS OF THE TRAVEL AGENCY'S ACTION AGAINST THE AIRLINE OPERATOR*

Marta CASADO ABARQUERO*

Palabras clave: Viaje combinado, competencia judicial internacional, cancelación de vuelo.

Keywords: Package travel, international jurisdiction, flight cancellation.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. MARCO JURÍDICO. 3. CUESTIONES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL. 3.1. Cláusulas de elección de tribunal. 3.2. Foro especial en material contractual. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Las agencias de viajes son empresas habilitadas para el ejercicio de actividades de asesoramiento, intermediación y organización de servicios turís-

* Profesora contratada doctora en la Universidad de Deusto (marta.casado@deusto.es)).

ticos¹. Cuando esa actividad se centra, total o parcialmente, en la comercialización y venta de servicios turísticos de transporte que van a ser prestados por un operador o compañía aérea y por causa imputable a esta última la prestación del servicio de transporte resulta fallida, la agencia de viajes puede resultar responsable frente al cliente.

En el presente trabajo se pretende analizar sólo una pequeña parte de los problemas que esta situación plantea, circunscribiéndose a los supuestos en los que la agencia de viajes compensa al cliente por los daños íntegros causados por la cancelación de un vuelo y, en un segundo estadio, pretende repercutir tales gastos a la compañía aérea.

Pensemos un supuesto en el que una agencia de viajes española organiza y comercializa un viaje de estudios a Roma de 4 días, que incluye transporte, alojamiento y visitas guiadas a monumentos de interés. El vuelo de ida se hace vía conexión con Frankfurt pero el primer tramo del mismo es cancelado por el operador de transportes sin aviso previo y sin ofrecer a los afectados una verdadera alternativa que permita la efectiva realización del viaje de estudios con la totalidad de los servicios contratados desde hacía tiempo. La agencia de viajes se ve obligada a devolver al centro de estudios la totalidad del precio del viaje, que éste había adelantado. El 85% del precio estaba destinado a pagar los servicios contratados por la agencia de viajes; y el 15% restante, el beneficio que ésta esperaba obtener con la operación. La agencia de viajes intenta solicitar la devolución de los gastos a los diferentes proveedores pero, finalmente, sólo puede recuperar una pequeña parte. La compañía aérea devuelve el precio de los billetes y abona a los pasajeros una indemnización en concepto de derecho a compensación de 250 euros. Imaginemos que la agencia de viajes pretende reclamar a la compañía aérea el daño emergente y la ganancia dejada de obtener. Ante qué tribunales podría interponer la demanda.

Se trata de una cuestión aparentemente sencilla y concreta pero cuya respuesta exige analizar una serie de cuestiones previas que condicionan la respuesta dada a la cuestión.

Así, en primer lugar, es preciso subrayar que las agencias de viaje se clasifican en mayoristas, minoristas y mayoristas-minoristas. Las primeras son las que proyectan, elaboran y organizan los servicios turísticos para su ofrecimiento a las agencias minoristas, no pudiendo ofrecer sus productos directamente a usuarios y consumidores. Por su parte, las agencias minoristas son

¹ Así es como se definían las agencias de viaje en el artículo 1 del Real Decreto 271/1988, de 25 de marzo, por el que se regulaba el ejercicio de las actividades propias de las Agencias de Viajes. Esta norma fue derogada mediante el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero (*BOE* núm. 30, de 4 de febrero de 2010), puesto que era preciso que fueran las propias comunidades autónomas las que, en el ejercicio de sus competencias, adaptaran las correspondientes normas de ordenación del sector a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, *DOUE* L 376/36, de 27 de diciembre de 2006.

aquéllas que, o bien comercializan el producto de las agencias mayoristas con la venta directa a la persona usuaria o consumidora, o bien proyectan, elaboran, organizan y/o venden todos los servicios turísticos directamente a la persona usuaria, no pudiendo ofrecer sus productos a otras agencias. Finalmente, las agencias mayoristas-minoristas son aquéllas que pueden simultanear las actividades de las dos anteriores².

Pues bien, cuando el consumidor ha contratado un viaje combinado con una agencia de viajes, la relación creada entre ambos se regula por las normas que trasponen al ordenamiento interno la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados³. En el caso del ordenamiento jurídico español, por los artículos 150 a 170 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).

En concreto, el artículo 13 de la Directiva comunitaria establece la obligación de los Estados miembros de garantizar que el organizador del viaje combinado resulte responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de servicios de viaje. Ampliando este mandato, el artículo 161.1 TRLGDCU extiende tal responsabilidad a los minoristas de viajes combinados al establecer que *“Los organizadores y los minoristas de viajes combinados responderán frente al viajero del correcto cumplimiento de los servicios de viaje incluidos en el contrato en función de las obligaciones que les correspondan por su ámbito de gestión del viaje combinado, con independencia de que estos servicios los deban ejecutar ellos mismos u otros prestadores”*. Esto no obstante, en los supuestos en que el organizador del viaje o el minorista abonen una compensación al consumidor, el mismo artículo prevé la posibilidad de repetir contra el causante efectivo del daño, reconociendo el derecho a solicitar el resarcimiento a terceros que hayan contribuido a que se produjera el hecho que dio lugar a la compensación, a la reducción del precio o al cumplimiento de otras obligaciones.

En este contexto es en el que se plantean las cuestiones de competencia judicial internacional que pretendemos abordar en este modesto trabajo.

2. MARCO JURÍDICO

En materia de responsabilidad del transportista en el marco del transporte aéreo de pasajeros existen principalmente dos regímenes de respon-

² Esta clasificación, que han mantenido la práctica totalidad de normas autonómicas, se recogía ya en el artículo 3 del derogado Real Decreto 271/1988.

³ *DOUE* núm. 326, de 11 de diciembre de 2015.

sabilidad. En primer término, el derivado del conocido como Reglamento de compensación⁴, que establece un régimen estandarizado e inmediato de reparación. En segundo término, el derivado del Convenio de Montreal⁵, que regula las condiciones en las que los pasajeros perjudicados pueden entablar acciones destinadas a obtener una indemnización de daños y perjuicios con carácter individual y que requiere un análisis individualizado, caso por caso, del alcance de los daños indemnizables sufridos. Este segundo, a diferencia del primero, contiene además normas de competencia judicial internacional. Así, en su artículo 33 establece que una acción de indemnización de daños, distintos del daño resultante de la muerte o lesiones del pasajero, deberá interponerse, a elección del demandante, ante los tribunales del territorio del Estado contratante en que el transportista tenga su domicilio, oficina principal u oficina por cuyo conducto se celebró el contrato, o ante los tribunales del lugar de destino.

Sin embargo, el Convenio de Montreal unifica ciertas reglas en el ámbito del transporte aéreo internacional entre las que no se encuentra el régimen de responsabilidad del transportista con ocasión de la cancelación de un vuelo. Así pues, el Convenio de Montreal no es aplicable a este tipo de supuestos⁶. Por ello, la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales nacionales ante los que se interpone una demanda presentada exclusivamente sobre la base del Reglamento de compensación debe regirse exclusivamente por lo establecido en el Reglamento Bruselas I bis⁷.

3. CUESTIONES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

3.1. Cláusulas de elección de tribunal

No es infrecuente que los contratos de transporte aéreo recojan entre sus condiciones generales una cláusula por la que el operador o compañía aérea impone al pasajero el sometimiento a los tribunales de determinado territorio (generalmente los juzgados y tribunales del lugar en el que radica su

⁴ Reglamento (CE) n° 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos (*DOUE* núm. 46, de 17 de febrero de 2004)

⁵ Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999, sobre la unificación de ciertas reglas del transporte aéreo internacional (en adelante Convenio de Montreal (*BOE* núm. 122, de 20 de mayo de 2004). Este Convenio fue adoptado por la Unión Europea mediante Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001 (*DOUE* núm. 194, de 18 de julio de 2001), y entró en vigor el día 28 de junio de 2008.

⁶ Sobre el concepto de cancelación del art. 2.1 del Reglamento 261/2004/CE, la STJUE de 13 de octubre de 2011 (*Sousa Rodríguez y otros*, C-83/10) declara que no se refiere exclusivamente al supuesto en que el avión no haya despegado, sino que incluye los casos en que el avión ha despegado pero después se ve obligado a regresar al aeropuerto de origen y los pasajeros hayan sido transferidos a otros vuelos.

⁷ En este sentido, véase, la STJUE de 9 de julio de 2009, *Rehder*, C204/08, apartado 27 y 28; o la sentencia STJUE de 10 de marzo de 2016, *Flight Refund Ltd Belgische Staat*, C-94/14 apartado 4.

establecimiento principal), y al Derecho u ordenamiento jurídico del mismo, buscando la doble identidad *forum-ius* que le permite un notable ahorro de costes procesales y una mayor familiaridad o conocimiento del Derecho aplicable, en detrimento del derecho de acceso a la jurisdicción del pasajero.

Desde el punto de vista del pasajero o consumidor, cuando el contrato de transporte forma parte de un viaje combinado, la eficacia de esta cláusula de elección de foro resulta menoscabada por la regulación que el Reglamento Bruselas I bis efectúa de los mismos en la sección dedicada a la regulación de los contratos celebrados por los consumidores⁸. Recordemos que cuando un contrato es encuadrado dentro de esta categoría, el Reglamento Bruselas I bis niega su eficacia a menos que sean posteriores al nacimiento del litigio; o que amplíe al consumidor el elenco de tribunales potencialmente competentes; o que el consumidor y su cocontratante estén ambos domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato y atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro (artículo 19).

Cuando el contrato de transporte de pasajeros no está incluido en un contrato de viaje combinado, el régimen jurídico del Reglamento en materia de contratos celebrados por consumidores no resulta de aplicación. De hecho, este tipo de contratos aisladamente considerados está expresamente excluido del régimen especial de protección puesto que no forma parte de un contrato que por un precio global ofrece una combinación de viaje y alojamiento (artículo 17.3). No obstante, el hecho de que el Reglamento Bruselas I bis permita la celebración de este tipo de acuerdos no quiere decir que tales cláusulas sean legales en todo caso. La vinculación del consumidor con cláusulas de elección de foro (o incluso de elección de ley) insertas en un contrato de adhesión puede venir condicionada por la *lex contractus*. En este sentido, será la ley aplicable al contrato de transporte la que determine si la cláusula de elección de foro es abusiva y/o si ha sido efectivamente incorporada al contrato de transporte. Así, la *lex contractus* puede negar la eficacia de este tipo de cláusulas si, conforme a la misma, se concluye que la cláusula de elección de tribunal es abusiva y/o no ha sido incorporada correctamente al contrato⁹. Esto sucede en los supuestos en que resulta aplicable la ley de

⁸ CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. “Novedades sobre la jurisdicción competente en los contratos internacionales de transporte aéreo de pasajeros —Reglamento Bruselas I-BIS y Convenio de Montreal—”, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, vol. 51, 2020.

⁹ En este punto, es interesante traer a colación la sentencia del Tribunal Supremo 554/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3073), también conocida como Sentencia Ryanair. La Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo ha declarado nulas determinadas cláusulas del condicionado general del contrato aéreo de pasajeros de Ryanair. Entre ella, la cláusula de sumisión al derecho irlandés de la interpretación del contrato. El Supremo considera que esa cláusula es abusiva porque la sumisión a la ley irlandesa “*causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes y obstaculiza el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor*”, ya que “*tiene como resultado que el consumidor español deba informarse del contenido de la ley irlandesa si quiere conocer sus derechos y obligaciones contractuales y probar el contenido de dicha ley en cualquier reclamación judicial*”. Consi-

un Estado Miembro puesto que éste se encuentra vinculado por lo dispuesto en la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores¹⁰. El artículo 3 de la misma establece que se considerarán abusivas cuando, “*contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*”. Además, el Anexo de Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas, entre las que se encuentran aquellas que pueden “*suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor*”¹¹. EL TJUE ha declarado en reiteradas ocasiones que la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, constituye una norma general de protección de los consumidores que se aplica en todos los sectores de la actividad económica, incluido el del transporte aéreo¹².

Todo lo referido resulta aplicable en los supuestos en que es el pasajero quien demanda al operador aéreo. Pero ¿qué sucede cuando es la agencia de viajes que comercializó el vuelo la que en el ejercicio del derecho de repetición anteriormente mencionado se dirige contra la compañía aérea? ¿cabría defender la eventual eficacia o ineficacia de la cláusula atributiva de jurisdicción, pese a que la agencia de viajes no tiene la condición de consumidor o parte débil de la relación contractual?

Con independencia de que el Reglamento Bruselas I bis les reconozca o no eficacia en función de si se trata de un contrato de transporte que forma parte de un viaje combinado o no, un argumento principal nos lleva a defender la eventual ineficacia de la cláusula atributiva de jurisdicción frente a la agencia de viajes: las únicas partes vinculadas por el eventual acuerdo de elección que figura en las condiciones generales de transporte de la compañía aérea son las partes contractuales, es decir, el pasajero y el operador de transporte

dera que “*para enjuiciar el carácter abusivo de la cláusula de elección de ley no hay que acudir a ningún Derecho nacional (en este caso, ni el irlandés ni el español), sino que el estándar de abusividad deriva del propio Reglamento Roma I, puesto que determina la ley aplicable a un contrato en defecto de elección. Conforme a su art. 5, en el caso de un contrato de transporte de pasajeros, el Derecho aplicable al contrato sería la ley española si: (i) el consumidor tiene su residencia habitual en España; y (ii) además, el lugar de origen o destino de viaje se localiza en nuestro país. Es decir, sin la cláusula de elección, los contratos de Ryanair con los consumidores con residencia en España se someterían, en la mayor parte de los casos, a la ley española. Mientras que, con la inclusión de la cláusula, quedan sometidos a la ley irlandesa. Lo que, entre otras consecuencias, tiene como resultado que el consumidor español deba informarse del contenido de la ley irlandesa si quiere conocer sus derechos y obligaciones contractuales y probar el contenido de dicha ley en cualquier reclamación judicial*”. Además, el Supremo resalta que la cláusula es incompleta y puede inducir a error al consumidor, porque da a entender que únicamente se aplica al contrato la ley irlandesa, sin informarle de que también le ampara la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho de transporte aéreo de pasajeros.

¹⁰ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOUE núm. 95, de 21 de abril de 1993).

¹¹ Punto 1, letra g), del anexo de la Directiva

¹² En materia de ley aplicable STJUE de 18 de noviembre de 2020, *Ryanair DAC y DelayFix*, C-519/19, pár. 52; y STJUE de 6 de julio de 2017, *Air Berlín*, C-290/16, pár.44.

aéreo que emite el billete. En este sentido se ha pronunciado el TJUE con ocasión del transporte marítimo de mercancías, quien ha considerado que, a menos que el tercero (en este caso la agencia de viajes) haya prestado el consentimiento inicial, sólo quedará vinculado por la cláusula de elección de foro en la medida en que el derecho aplicable al contrato determine que este tercero se ha subrogado en los derechos y obligaciones de una de las partes originarias del contrato de transporte en el que se incluía la cláusula atributiva de jurisdicción¹³.

Pues bien, la lectura del artículo 23 del Reglamento de Compensación no parece que permita defender la subrogación de la agencia de viajes en la posición del pasajero, sino simplemente el derecho de aquélla a solicitar del operador aéreo *“el reembolso de los gastos o una compensación con arreglo a la legislación aplicable en la materia”*. Tampoco el artículo 161.1 *in fine* TRLG-DCU avala una conclusión diferente, puesto que reconoce el derecho del minorista a *“solicitar el resarcimiento a terceros que hayan contribuido a que se produjera el hecho que dio lugar a la compensación, a la reducción del precio o al cumplimiento de otras obligaciones”*.

3.2. Foro especial en material contractual

En el supuesto en que no existiera un acuerdo de elección de tribunal, la competencia judicial internacional vendría determinada por el foro especial en materia contractual o por el foro general del domicilio del demandado.

En este punto la duda se plantea en relación con el foro especial puesto que es preciso dilucidar es si el derecho a la compensación de daños que la agencia de viajes ostenta frente el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo tiene o no naturaleza contractual, toda vez que el contrato de transporte existe entre la compañía aérea y el pasajero (no entre la compañía aérea y la agencia de viajes).

La jurisprudencia del TJUE en esta materia parece abogar por la calificación contractual de este derecho de compensación. En este punto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la noción *“material contractual”* debe interpretarse en un sentido amplio, incluyendo en la misma *“todas las obligaciones que nacen de un contrato cuyo incumplimiento se invoca para justificar la*

¹³ STJCE de 9 de noviembre de 2000, *Coreck Maritime*, asunto C-387/98, párr. 23. Además, esta sentencia establece, para los supuestos en que el derecho nacional aplicable determine que el tercero no ha sucedido a una de las partes originarias del contrato en sus derechos y obligaciones, que corresponde al tribunal que conoce del litigio verificar que dicho tercero ha dado su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia (párr. 26). Esta sentencia sigue la línea jurisprudencia trazada anteriormente por las sentencias del tribunal europeo en los asuntos *Tilly Russ/Nova* (STJUE de 19 de junio de 1984, asunto C-71/83) o *Castelleti* (STJCE de 16 de marzo de 1999, asunto C-159/97). Fuera del ámbito del transporte marítimo, esta doctrina ha sido aplicada por el TJUE en sus sentencias *Leventis y Vafeias* (STJUE de 28 de junio de 2017, asunto C-436/16), o *CDC Hydrogen Peroxide* (STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13).

*acción del demandante*¹⁴. Es decir, lo relevante no es tanto la identidad de las partes procesales, como la causa de la acción que se ejercita¹⁵. Resulta evidente que la obligación de la compañía aérea de responder frente a la agencia de viajes deriva del contrato de transporte puesto que así lo dispone el Reglamento de compensación¹⁶.

En definitiva, debemos concluir que esta acción de la agencia de viajes frente al operador aéreo está incluida dentro del concepto de “materia contractual” del artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I *bis*.

Aclarado este extremo, y teniendo en cuenta que el contrato de transporte se configura como un contrato de prestación de servicios es preciso analizar las directrices del Tribunal de Justicia de la Unión Europea relativas al lugar de ejecución del mismo. Es ampliamente conocida la jurisprudencia del tribunal europeo que considera en caso de transporte aéreo de personas desde un Estado miembro con destino a otro Estado miembro, llevado a cabo en ejecución de un contrato celebrado con una única compañía aérea que es el transportista efectivo, que el tribunal competente para conocer de una demanda de compensación basada en dicho contrato de transporte y en el Reglamento n° 261/2004 es, a elección del demandante, aquel en cuya demarcación se halle el lugar de salida o el lugar de llegada final del avión¹⁷. Esta misma interpretación del lugar de prestación de servicio ha sido igualmente defendida por el tribunal europeo en los supuestos en que existe uno o varios vuelos de conexión. Así, el lugar de llegada final también constituye lugar de ejecución del vuelo de conexión, aun cuando el transporte en los dos vuelos sea ejecutado por dos transportistas aéreos distintos, la reclamación se base en un incidente que ha tenido lugar en el primero de dichos vuelos y éste haya sido realizado por un transportista aéreo que no es quien contrata con los pasajeros afectados¹⁸.

¹⁴ STJUE de 15 de junio de 2017, *Kareda*, C-249/16, pág. 30. Esta interpretación amplia fue la que sirvió al TJUE para entender que una acción de repetición entre los codeudores solidarios de un contrato de préstamo está incluida en la «materia contractual» mencionada en el artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I *bis*.

¹⁵ CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel. “Cuestiones de competencia judicial internacional en el ejercicio del derecho de compensación de los pasajeros en el transporte aéreo en la Unión Europea”, *La Ley mercantil*, vol. 49 (julio-agosto), 2018.

¹⁶ Especialmente elocuente es el artículo 3.5 del Reglamento, cuyo tenor literal dispone que «*El presente Reglamento será aplicable a cualquier transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que proporcione transporte a los pasajeros a los que se hace referencia en los apartados 1 y 2. Cuando un transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo que no tenga contrato con el pasajero dé cumplimiento a obligaciones en virtud del presente Reglamento, se considerará que lo hace en nombre de la persona que tiene un contrato con el pasajero*».

¹⁷ STJUE de 9 de julio de 2009, *Rehder*, C-204/2008, pág. 47. Sobre esta sentencia, véase el interesante comentario de JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. “La aplicación del foro contractual del Reglamento de Bruselas I a los contratos de transporte aéreo de pasajeros: comentario a la STJCE, Asunto C-204/08: Peter Rehder c. Air Baltic Corporation”, *Diario La Ley*, núm. 7294, 2009.

¹⁸ STJUE de 7 de marzo de 2018, *Flightright* C-274/2016. Siguiendo esta interpretación extensiva, STJUE de 3 de febrero de 2022, *LOT Polish Airlines*, C-20/21 (comentada por SPINEANU MATEI, Octavia. “Concepto de lugar de cumplimiento de la obligación que sirva de base a la demanda en contratos

4. CONSIDERACIONES FINALES

Las cuestiones analizadas ponen de relieve las dificultades que plantea la actuación de las agencias de viaje en el ámbito de la comercialización de servicios de transporte de pasajeros, dificultades íntimamente relacionadas con la calificación de las relaciones jurídicas subyacentes, que vinculan a la agencia de viajes con el operador aéreo, a la agencia de viajes con el cliente, y al operador aéreo con el pasajero.

de transporte aéreo: TJ, Sala Novena, S 3 Feb. 2022. Asunto C-20/21: LOT Polish Airlines”, *La Ley Unión Europea*, núm. 103, 2022).

LA PRÁCTICA DE ESPAÑA SOBRE LA CUESTIÓN PALESTINA

SPAIN'S PRACTICE ON THE PALESTINIAN QUESTION

Teresa FAJARDO DEL CASTILLO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA POSICIÓN DE ESPAÑA EN EL CASO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA PRESENTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LAS POLÍTICAS Y PRÁCTICAS DE ISRAEL EN EL TERRITORIO PALESTINO OCUPADO, INCLUIDA JERUSALÉN ORIENTAL. 3. SOBRE LA INTERVENCIÓN DE ESPAÑA EN EL CASO SUDÁFRICA V. ISRAEL. 4. EL RECONOCIMIENTO DE PALESTINA. 5. SOBRE LOS ÚLTIMOS ACONTECIMIENTOS EN ORIENTE PRÓXIMO.

1. INTRODUCCIÓN

En esta crónica de la práctica que ha desarrollado España sobre la cuestión palestina en el último año es necesario destacar tres contribuciones esenciales que están conectadas entre sí y conforman una política jurídica exterior caracterizada por su defensa del respeto de las obligaciones de *ius cogens* y *erga omnes* por parte de los Estados y las organizaciones internacionales. La primera es su contribución a la Opinión Consultiva solicitada a la Corte Internacional de Justicia por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluido Jerusalén Oriental; la segunda es su intervención en el asunto relativo a la Aplicación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en la Franja de Gaza (Sudáfrica v. Israel)¹ y, la tercera es su reconocimiento como estado de Palestina tras la adopción de la Resolución ES-10/23 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) de 10 de Mayo de 2024².

2. LA POSICIÓN DE ESPAÑA EN EL CASO DE LA OPINIÓN CONSULTIVA PRESENTADA POR LA ASAMBLEA GENERAL SOBRE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LAS POLÍTICAS Y PRÁCTICAS DE ISRAEL EN EL TERRITORIO PALESTINO OCUPADO, INCLUIDA JERUSALÉN ORIENTAL

En el proceso de adopción de la Resolución 77/247 de 9 de enero de 2023 por la que la AGNU solicitó una opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio pales-

* Profesora titular de la Universidad de Granada, fajardo@ugr.es. Esta crónica se cerró el 1 de noviembre de 2024.

¹ Disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240628-int-01-00-en.pdf>

² Resolución ES-10/23 sobre la Admisión de nuevos Miembros en las Naciones Unidas, disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/134/50/pdf/n2413450.pdf>

tino ocupado, incluido Jerusalén Oriental³, España se abstuvo. Sin embargo, el 21 de julio de 2023, España presentó una declaración escrita en respuesta a la invitación cursada por la Corte a todos los Estados, en la que justificaba que su abstención inicial era “coherente con el entendimiento —que subyace en la política exterior española desde la Conferencia de Madrid de 1991— de que la materialización de la solución de los dos Estados y su sostenibilidad es una cuestión política que sólo puede ser el resultado de un proceso negociado entre las partes en el marco de las resoluciones aplicables del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”⁴. En consecuencia, España no consideraba entonces que la judicialización del conflicto pudiera ser una vía para su solución, y la presentación de su declaración escrita constituía la forma con la que mostrar “su compromiso con el papel central de la Corte Internacional de Justicia para garantizar un orden internacional basado en normas”⁵. En particular, España invocaba la Carta de las Naciones Unidas, el Derecho internacional humanitario, el Derecho internacional de los derechos humanos, las resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General y la jurisprudencia de la Corte en la Opinión Consultiva sobre el Muro de 9 de julio de 2004, para ofrecer una respuesta a las preguntas planteadas:

- a) ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas que se derivan de que Israel continúe violando el derecho del pueblo palestino a la libre determinación, de sus prolongados actos de ocupación, asentamiento y aneación del territorio palestino ocupado desde 1967, incluidas las medidas destinadas a alterar la composición demográfica, el carácter y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén, y de la aprobación por Israel de legislación y medidas discriminatorias conexas?
- b) ¿Cómo afectan las políticas y prácticas de Israel (...) al estatuto jurídico de la ocupación y qué consecuencias jurídicas se derivan de ese estatuto para todos los Estados y para las Naciones Unidas?

2.1. La Declaración escrita de 21 de Julio de 2023

En su declaración escrita de 21 de julio de 2023, España ofrece sus argumentos en “*un contexto de ocupación prolongada cuando han cesado las*

³ Resolución 77/247, Prácticas israelíes que afectan a los derechos humanos del pueblo palestino en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, aprobada por la Asamblea General el 30 de diciembre de 2022, A/RES/77/247, de 9 de enero de 2023.

⁴ Véase el apartado 1.2 de su declaración escrita, disponible en <https://www.icj-cij.org/node/203788>

⁵ España afirma en el apartado 1.3 de su declaración escrita que “se unió a otros Estados Miembros de las Naciones Unidas en una Declaración publicada el 16 de enero de 2023 en la que confirma su “apoyo inquebrantable a la Corte Internacional de Justicia y al Derecho Internacional como piedra angular de nuestro orden internacional”, así como el «compromiso de España con el multilateralismo”. Además, España rechazó “las medidas punitivas israelíes en respuesta a una solicitud de opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia, y más ampliamente en respuesta a una resolución de la Asamblea General”.

hostilidades”, lo que determina su aproximación al Derecho internacional humanitario, para afirmar como punto de partida que

“El derecho de los conflictos armados establece un equilibrio entre las exigencias humanitarias y las necesidades militares atendiendo a los principios de necesidad, proporcionalidad y humanidad. Por lo tanto, todas las medidas relacionadas deben ser razonables en términos de intensidad, duración y escala. En el contexto de una ocupación, el derecho internacional humanitario garantiza la coherencia entre los objetivos humanitarios y las necesidades de seguridad del ocupante y reduce el riesgo de deterioro de las relaciones entre la Potencia ocupante y la ocupada. Cualquier examen de la necesidad y la proporcionalidad en circunstancias de ocupación prolongada cuando han cesado las hostilidades debe ser más riguroso, ya que la imposición de restricciones a los derechos fundamentales de las personas protegidas se rige por condiciones más estrictas”⁶.

Es en este contexto de *ocupación prolongada en la que han cesado las hostilidades*, en el que la posición de España se alineó inicialmente con la posición defendida por la UE a lo largo de numerosas declaraciones que habían conformado hasta entonces una política europea sobre la cuestión palestina, a partir de la cual, España ofreció una respuesta concordante a las preguntas planteadas en la solicitud de Opinión Consultiva de la Resolución 77/247⁷.

Así, *respecto al derecho de autodeterminación y la solución de los dos Estados*, inicialmente, España se adhirió a la posición de la UE manifestada por los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión en la Declaración de Berlín de 1999 sobre «el derecho permanente e incondicional de Palestina a la autodeterminación, incluida la opción de un Estado». La UE había defendido durante décadas la solución de los dos Estados como elemento central de su Política Exterior y de Seguridad Común en el Proceso de Paz en Oriente Próximo. En el marco del Consejo de Asociación UE-Israel, además, la UE había afirmado que “está unida en su compromiso de lograr una solución de dos Estados, basada en los parámetros establecidos en las conclusiones del Consejo de Asuntos Generales y Relaciones Exteriores de la Unión Europea, que permitan al Estado de Israel convivir en paz, seguridad y reconocimiento mutuo con un Estado de Palestina independiente, democrático, contiguo, soberano y viable, con Jerusalén como futura capital de ambos Estados”⁸. Sin

⁶ Véase las observaciones generales, apartado 2.1. de la Declaración escrita.

⁷ Así, en el apartado 3.2 se afirma que “The position of Spain regarding the elements included in the questions presented to the Court has long been anchored in EU policy—which Spain has contributed to shape—and particularly, inter alia, the Berlin Declaration from 24-25 March 1999; Council Conclusions on the Middle East Peace Process from July 2014, Council Conclusions on the Middle East Peace Process from November 2014, Council conclusions on the Middle East Peace Process from July 2015, Council conclusions on the Middle East Peace Process from January 2016 and, more recently, in the Statement of the European Union with the European Union’s position for the Association Council’s 12th meeting from 3 October 2022 as well as the Joint Statement of the EU and its Member States from 8 March 2023. These positions have been mirrored by Spain’s own national statements and as a Member of the West Bank Protection Consortium”.

⁸ Ibidem.

embargo, como se analizará en la cuarta sección, tras los atentados terroristas de Hamás del 7 de octubre de 2023, la posición de los Estados miembros de la UE se dividirá al respecto, lo que ha quedado reflejado en sus votos en el Consejo de Ministros y en las instancias internacionales.

Respecto a *la Política de anexión y asentamientos*, España sostuvo que la UE y sus Estados miembros habían rechazado reiteradamente la expansión de los asentamientos israelíes en los territorios palestinos ocupados y, en particular, todas las medidas recientes tendentes a una expansión acelerada de los mismos, y los habían considerado contrarios al Derecho Internacional, y un obstáculo para la paz y para la materialización de la solución de dos Estados. España, como reiterará posteriormente en su declaración oral, le señalará a la Corte que en la Resolución 465 (1980) y, en particular, en la Resolución 2334 (2016) del Consejo de Seguridad (RCS, en adelante), éste “reafirma que el establecimiento por Israel de asentamientos en el territorio palestino ocupado desde 1967, incluida Jerusalén Oriental, carece de validez jurídica y constituye una violación flagrante en virtud del Derecho internacional y un obstáculo importante para el logro de la solución de dos Estados y una paz justa, duradera y global”⁹. Además, España reitera los apartados de esta RCS 2334 (2016), en particular,

2. (...) su exigencia de que Israel ponga fin de inmediato y por completo a todas las actividades de asentamiento en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y que respete plenamente todas sus obligaciones jurídicas a ese respecto;

3. Subraya que no reconocerá ningún cambio a las líneas del 4 de junio de 1967, incluso en lo que respecta a Jerusalén, que no sean los acordados por las partes mediante negociaciones (...).

Respecto a *la continuada ocupación israelí*, España junto a la UE “parten de la firme convicción de que la ocupación es una solución temporal que debe preservar la viabilidad de un futuro Estado palestino hasta que el proceso de negociación aporte una solución definitiva al conflicto. En este sentido, el 3 de octubre de 2022, con ocasión de la 12ª reunión del Consejo de Asociación UE-Israel, la UE declaró que: “12. (...) La UE está gravemente preocupada por el hecho de que la ocupación del territorio palestino que comenzó en 1967 continúe hasta el día de hoy”.

Respecto a las *Medidas destinadas a alterar la composición demográfica, el carácter y el estatuto de la Ciudad Santa de Jerusalén*, la posición de España es la que manifestó la UE el 3 de octubre de 2022, en el Consejo de Asociación UE-Israel, cuando declaró que: “(...) La UE y sus Estados miembros seguirán respetando el consenso internacional sobre Jerusalén plasmado en las Reso-

⁹ Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n16/463/94/pdf/n1646394.pdf>

luciones pertinentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas hasta que se resuelva el estatuto definitivo de Jerusalén”¹⁰.

A modo de respuesta final a las preguntas de la Opinión consultiva, en su declaración escrita, España afirmó, en primer lugar, que

“cree firmemente en la necesidad de materializar la solución de los dos Estados a través de un proceso negociado ya que es la única respuesta a las legítimas aspiraciones nacionales de palestinos e israelíes. El resultado de este proceso debe ser un Estado de Israel y un Estado de Palestina que convivan en paz, seguridad y reconocimiento mutuo, con Jerusalén como futura capital de ambos Estados, de acuerdo con las resoluciones pertinentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”¹¹.

En segundo lugar, España afirmó que “la ocupación israelí de los territorios palestinos está sujeta al Derecho Internacional, que debe respetar plenamente, en particular, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cualquier práctica que conduzca a la anexión *de facto* de los territorios palestinos ocupados haría ilegal dicha ocupación”¹².

2.2. La Declaración oral de 26 de Febrero de 2024

En su declaración oral, España se refiere ya a un estado de ocupación beligerante, en la que el marco normativo aplicable prevé excepciones a las limitaciones previstas para la potencia ocupante, sobre cuya aplicación España propondrá a la Corte una respuesta y una interpretación a la luz del Derecho internacional humanitario y del régimen relativo a la responsabilidad internacional de los Estados por hechos ilícitos tal y como se recoge en el proyecto de artículos de la Comisión de Derecho Internacional de 2001. España también señala que la Corte ha de clarificar y profundizar en las obligaciones que se identificaron en la Opinión Consultiva sobre el Muro de 2004 y que 20 años después siguen sin ser respetadas por Israel. Por ello, es necesario distinguir en la declaración oral dos bloques de cuestiones. El primero comprende “el análisis de la competencia de la CIJ y, el examen del Derecho internacional aplicable al caso, afirmando que Israel está vinculado por este derecho”¹³ y, el segundo bloque abordar “la responsabilidad internacional de los Estados en

¹⁰ España también reproduce el punto 18 de esta Declaración en la que “la UE recuerda la importancia específica de los Santos Lugares y hace un enérgico llamamiento para que se mantenga el statu quo establecido en 1967 para el Monte del Templo/Haram al-Sharif, en consonancia con acuerdos anteriores y con respecto al papel especial de Jordania. Subrayando la necesidad de respetar el statu quo también para los Santos Lugares cristianos, que están sometidos a una presión cada vez mayor, la UE reitera la importancia de mantener la coexistencia pacífica de las tres religiones monoteístas y de sus practicantes”.

¹¹ Apartado 8.1 de la Declaración escrita.

¹² Apartado 8.2 de la Declaración escrita.

¹³ Véase el apartado 4 de la Declaración oral, cuya transcripción puede consultarse en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240226-ora-02-00-bi.pdf>

caso de violación grave de las normas internacionales que protegen los intereses básicos de la comunidad internacional en su conjunto”¹⁴.

Respecto al primero, España afirma que la jurisdicción de la CIJ para emitir una Opinión Consultiva, no puede verse obstaculizada por el hecho de que Israel no haya aceptado su jurisdicción contenciosa y que el objeto que persigue la Asamblea General con su solicitud no es otro que obtener la asistencia de la Corte “para el correcto ejercicio de sus funciones y responsabilidades”¹⁵.

En cuanto a los principios y normas del Derecho internacional aplicables por la Corte, y partiendo que tanto Israel y Palestina están obligados a respetarlos, España invoca los principios recogidos en la Carta de prohibición del uso de la fuerza y de la adquisición territorial ilegal y el principio de autodeterminación, y, en particular, el corolario previsto en la Resolución 2625 (XXV), que afirma que «Ninguna adquisición territorial resultante de la amenaza o del uso de la fuerza será reconocida como legal». Tras hacer una sumaria presentación de la Opinión Consultiva de 2004, España señalará que la ocupación y las políticas de asentamientos de Israel son ilegales porque violan no sólo las normas consuetudinarias y la Cuarta Convención de Ginebra, sino también el derecho de autodeterminación y los derechos humanos de los habitantes de los territorios palestinos ocupados¹⁶. En lo que respecta a los derechos humanos, España destacará que Israel ha violado los convenios en materia de derechos humanos de los que es parte, porque como ha señalado la Corte, estos no dejan de ser aplicables en tiempos de conflicto armado en los territorios palestinos ocupados bajo la jurisdicción territorial de Israel como potencia ocupante. En concreto, España señalará las diversas violaciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y del Convenio

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ El derecho de la ocupación militar, codificado en el Reglamento de La Haya de 1907 y completado luego por el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional I de 1977, constituye el corolario jurídico de dos periodos en los que el derecho de la ocupación militar se concibió e interpretó, primero, para proteger la soberanía y los intereses del gobierno derrocado, y más tarde, para contemplar la protección de su población. La Carta de las Naciones Unidas reforzó las funciones del derecho de la ocupación militar impidiendo la adquisición de derechos territoriales mediante el uso de la fuerza y reconoció el papel creciente de los derechos humanos, haciendo del Cuarto Convenio de Ginebra una «norma de civilización». Tras la Segunda Guerra Mundial, una nueva tipología de ocupaciones puso a prueba los principales elementos del régimen jurídico de la ocupación, cuando las ocupaciones prolongadas cruzaron los límites previstos para los poderes de los ocupantes, no solo menoscabando el principio conservacionista que protegía la soberanía sino también el principio de autodeterminación de los pueblos sometidos. Cuando la ocupación enfrenta una resistencia que la caracteriza entonces como beligerante, la potencia ocupante debe seguir preservando los derechos de la población ocupada, si bien el alcance de su protección puede limitarse desde la perspectiva de su seguridad. Es su seguridad la que Israel defiende para justificar su ataque a la población de Gaza, pero su violación constante de los principios básicos del Derecho internacional humanitario, convencional y consuetudinario, en especial, del principio de distinción y del principio de proporcionalidad han llevado a que España adopte posiciones al respecto. Véase con carácter general Teresa Fajardo, “Military Occupation”, *Oxford Bibliographies*, OUP, 2013.

sobre los Derechos del Niño llevadas a cabo por Israel contra la población palestina. De igual modo, España destacará la violación por parte de Israel de normas básicas del Derecho internacional humanitario, con el status de normas imperativas de Derecho internacional general, así como las consecuencias jurídicas que se derivan de dicho status. Así España considera que el Reglamento de la Haya del que no es parte Israel, le es aplicable a título de norma consuetudinaria, junto con la Cuarta Convención de Ginebra, de la que sí lo es. España considera además que ni el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, ni el estado de necesidad, tienen relevancia alguna en este caso para excluir la ilicitud de acciones como la transferencia de población o la destrucción de la propiedad.

En cuanto a cuáles son las consecuencias que se derivan “del incumplimiento reiterado, permanente y agravado de normas fundamentales del derecho internacional”, que es la cuestión planteada por la AGNU, España considera que la respuesta se encuentra en los Artículos 40 y 41 del Proyecto de 2001 sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Así, una violación grave de una obligación establecida para la protección de los intereses de la comunidad internacional obliga a su responsable “a que ponga fin al acto ilícito, ofrezca, en su caso, garantías y seguridades de no repetición, y repare el daño”, además de cumplir con el Derecho internacional. Y el Estado perjudicado podrá solicitar reparación o adoptar contramedidas. Pero, además, España invoca conforme al artículo 41 que las violaciones graves de normas de *ius cogens* dan lugar —además de a las consecuencias ‘ordinarias’— a algunas obligaciones que deben asumir todos los Estados, como la obligación de cooperar para poner fin a la presunta violación, la obligación de no reconocer la situación ilegal y la obligación de no prestar ayuda o asistencia para mantener la situación, siendo estas obligaciones tanto individuales como colectivas, llevándose estas últimas a cabo en el seno del Consejo de Seguridad o en la Asamblea General de las Naciones Unidas¹⁷. España considera que las obligaciones que se contemplan en el artículo 41, apartado 2, del Proyecto de Artículos de 2001, que son el deber de no reconocer la situación ilegal y el deber de no prestar ayuda o asistencia para el mantenimiento de esta situación¹⁸, deben considerarse como normas

¹⁷ En concreto, España le propone a la Corte que, en el caso de la obligación de cooperación, “ésta debe consistir en el que el Tribunal puede tomar en consideración las numerosas resoluciones del Consejo de Seguridad y de la Asamblea General, especialmente las que establecen que los Estados están obligados a no tomar medidas que impliquen cambios en el estatuto de los territorios ocupados, incluidos Jerusalén Este y la Franja de Gaza. El corolario es claro: “establecer misiones diplomáticas en la Ciudad Santa” es una grave amenaza para la estabilidad de la paz en la región y en el mundo. Volviendo a la cooperación de todos los Estados en el seno de los órganos de las Naciones Unidas, el Tribunal podría determinar si la obligación de todos los Estados de cooperar para poner fin a toda violación grave de las normas imperativas conlleva, en particular en el seno del Consejo de Seguridad, el deber de no impedir, obstaculizar o retrasar la acción colectiva en favor de la solución pacífica del conflicto”, Apartado 5 de la Sección Consequences of Violation of International Obligations, p. 14.

¹⁸ Situación que se refiere a las violaciones del Derecho internacional de Israel y la anexión, Apartado 6.

consuetudinarias a la luz de lo que han establecido la Corte y otros órganos de Naciones Unidas. Además, estas obligaciones se han de complementar conforme al Artículo 41.3 del Proyecto de Artículos de 2001 con otras obligaciones pertenecientes al régimen jurídico violado, en este caso, el Derecho internacional humanitario¹⁹, y con las obligaciones establecidas por el Consejo de Seguridad, como en el caso de la Resolución 2334 (2016).

2.3. La Opinión Consultiva de 19 de Julio de 2024

La Opinión Consultiva emitida por la Corte el pasado 19 de Julio²⁰, será sin duda el objeto de múltiples estudios en los próximos meses y años. En ella, la Corte establece el carácter ilegal de las prácticas y políticas de la ocupación israelí, y declara que Israel tiene la obligación de “(i) poner fin, lo más rápidamente posible, a la ocupación ilegal; (ii) cesar inmediatamente todas las nuevas actividades de asentamiento y evacuar a los colonos del Territorio Palestino Ocupado; (iii) reparar los daños causados a todas las personas físicas o jurídicas afectadas en el Territorio Palestino Ocupado”²¹. Además, la Corte estima que los hechos internacionalmente ilícitos de Israel dan lugar a obligaciones de otros Estados, de las Naciones Unidas y de organizaciones internacionales. Así, se dirige a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad para que adopten las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones de *ius cogens* y *erga omnes* que han sido violadas por Israel, en particular, las medidas necesarias para terminar lo antes posible con la ocupación y hacer cumplir los principios de autodeterminación de los pueblos y de prohibición de la adquisición del territorio por la amenaza o uso de la fuerza.

Respecto al cumplimiento de esta Opinión Consultiva, España defendió en la reunión informal de los Ministros de Asuntos Exteriores de 29 de Agosto de 2024, que “Debemos utilizar todas las medidas disponibles, incluido el Acuerdo de Asociación, para lograr la paz y el cumplimiento de las decisiones vinculantes de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)”²². Sin embargo, hasta ahora, la UE no ha desarrollado esta propuesta.

En su caso, en respuesta a la Opinión Consultiva, la Asamblea General aprobó el pasado 18 de septiembre de 2024, en el marco de su Décimo Período

¹⁹ En concreto, España señala que “Los artículos 47 y 146 del IV Convenio de Ginebra son buenos ejemplos de obligaciones previstas en los tratados fundacionales de un régimen jurídico concreto y particular, como el derecho internacional humanitario. Mientras que el Artículo 47 establece la inviolabilidad de los derechos de las personas en los territorios ocupados, el Artículo 146 se refiere a la obligación de los Estados Partes en el Convenio de perseguir y condenar a las personas que cometan u ordenen cualquiera de las infracciones graves del Convenio de Ginebra”. Apartado 7 de la Declaración Oral.

²⁰ Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, disponible en <https://www.icj-cij.org/index.php/node/204160>

²¹ Véase el Apartado 285 de la Opinión Consultiva.

²² Véase Bulletin Quotidien Europe N° 13471, de 30/8/2024.

do Extraordinario de Sesiones de Emergencia, una Resolución en la que se detallan las medidas que ha de adoptar Israel para restablecer el Derecho Internacional en el plazo de un año. Esta Resolución contó con el apoyo de 124 Estados y con 14 votos en contra y 43 abstenciones²³. De los Estados miembros de la UE, 13 han votado a favor: España, Bélgica, Chipre, Eslovenia, Estonia, Francia, Finlandia, Irlanda, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Malta y Portugal; en contra votaron Hungría y República Checa y se abstuvieron 12: Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Holanda, Italia, Letonia, Polonia, Rumania y Suecia, por considerar que la Resolución va más allá de lo que establece la Opinión Consultiva en lo que respecta a las obligaciones de los terceros Estados —aunque no hayan cuestionado la jurisdicción consultiva de la Corte²⁴.

España no sólo ha votado favorablemente esta Resolución, sino que la copatrocinó junto con los países árabes. En la intervención de España en la sesión para su aprobación, explica su posición y lo que esta resolución significa para España,

“esta resolución debe marcar un hito en la aplicación de la solución de los dos Estados, que es la única vía hacia la paz, y debe tener su reflejo en la actuación de todos los órganos de las Naciones Unidas y de los miembros de la Comunidad Internacional. Es una resolución que muestra nuestro compromiso con la paz y la seguridad internacionales, pero también nuestra firme defensa del ordenamiento internacional y nuestra coherencia a la hora de exigir el fin del uso de la fuerza en las relaciones entre los miembros de la Comunidad Internacional”²⁵.

España también ha celebrado que la Misión de Observación Permanente de Palestina pudiera introducir sugerencias y comentarios al borrador de esta Resolución, una vez que se hicieron efectivos los derechos y privilegios que como observadora se le otorgaron a Palestina en la Resolución de la Asamblea General de 10 de Mayo de 2024.

²³ Resolución sobre la Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y de la ilegalidad de la presencia continuada de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, disponible en <https://www.un.org/en/ga/sessions/emergency10th.shtml>

²⁴ Así, por ejemplo, Austria señaló “Furthermore, the resolution goes beyond the Advisory Opinion in several areas, including with a view to responsibilities of third States regarding trade relations with Israel and sanctions, which are not mentioned in the Advisory Opinion. While the European Union has adopted sanctions against certain individual violent settlers, the broad call for sanctions and import restrictions contained in the resolution does not correspond to any legal obligations of third States. Finally, let me emphasize that Austria does not support the establishment of any additional follow-up mechanisms under Art. 3 CERD as envisaged by the resolution, since these would constitute a duplication of the already existing mechanisms and procedures of the Convention itself”. Explanation vote by Austria, disponible en https://statements.unmeetings.org/statements/10.0010/2024091810000000/RVCxxYujee/XLGJFjPigC_nyc_en.pdf

²⁵ Véase la Intervención del Embajador Representante Permanente, Sr. D. Héctor José Gómez Hernández, ante la Asamblea General, Décimo Período Extraordinario de Sesiones de Emergencia y 53ª Sesión Plenaria. Tema 5: Medidas ilegales israelíes en la Jerusalén oriental ocupada y el resto del Territorio Palestino Ocupado, Proyecto de Resolución A/ES-10/L.31/Rev.1, de 18 de septiembre de 2024.

El Consejo de Seguridad no ha adoptado ninguna resolución relativa a la Opinión Consultiva.

3. SOBRE LA INTERVENCIÓN DE ESPAÑA EN EL CASO SUDÁFRICA V. ISRAEL

El 1 de julio de 2024, España solicitó en virtud del Art. 63 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, intervenir en el procedimiento contencioso abierto a petición de Sudáfrica contra Israel²⁶. España ha solicitado su intervención, movida por el interés en participar en el proceso de interpretación de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio porque considera que ésta es mucho más que una fuente de obligaciones penales para los Estados, en la medida en que también establece obligaciones y principios con una naturaleza de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*, cuya aplicación y cumplimiento concierne a todos los Estados. El *locus standi* de España en este caso se justifica en la naturaleza *erga omnes* de las obligaciones que son sometidas a la interpretación de la CIJ. Conforme a los apartados 1 y 5 del artículo 82 del Reglamento de la Corte, España presentó una declaración en la que especifica además del caso y el convenio al que se refiere: (a) las precisiones por las que el Estado declarante se considera parte de la convención²⁷; (b) la identificación de las disposiciones concretas de la convención cuya interpretación considera cuestionada; (c) una exposición de la interpretación de dichas disposiciones por la que aboga; (d) una lista de los documentos justificativos al respecto. España, antes de responder a estas exigencias del Reglamento de la Corte, realiza unas observaciones preliminares respecto a los antecedentes del proceso judicial y, en especial, la motivación última para su intervención, que no es otra que la de participar en el proceso de interpretación de la Convención. Así, España ejerce su derecho a intervenir ya que, como afirma, si bien no tiene intención de ser parte en el proceso, va a aceptar que “la interpretación de la Convención sobre Genocidio que haga la sentencia le sea igualmente oponible”²⁸. Esta interpretación debe llevar a la clarificación de sus obligaciones conforme a la jurisprudencia de la propia Corte y los tribunales penales internacionales. Además, la invocación de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados para alcanzar una interpretación conforme al objeto y propósito de la

²⁶ Declaration of intervention of Spain under Article 63 of the Statute of the International Court of Justice, disponible en <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20240628-int-01-00-en.pdf>. España se sumaba así a la Autoridad Palestina, Colombia, México —y Turquía se les sumaría a ellos posteriormente.

²⁷ Respecto a los antecedentes de la adhesión de España al Convenio, España se adhirió a la Convención sobre el Genocidio y depositó su instrumento de adhesión de conformidad con el párrafo 4 del artículo XI de la Convención, el 13 de septiembre de 1968, con una reserva relativa a la totalidad del artículo IX sobre la Competencia de la Corte Internacional de Justicia, que retiraría el 31 de julio de 2009, con efecto a partir del 24 de septiembre de 2009.

²⁸ Apartado 8 de la Declaración de intervención.

convención, puede llevar igualmente a tener en cuenta el derecho consuetudinario y convencional en la materia. En cualquier caso, España enfatiza que su declaración de intervención debe entenderse “sin perjuicio de la condena inequívoca por parte de España de los brutales, indiscriminados e injustificados atentados terroristas cometidos por Hamás contra Israel el 7 de octubre de 2023” y, en concreto, “condena firmemente los ataques de Hamás contra civiles israelíes y extranjeros y la toma de rehenes en esa fecha”²⁹.

Tras identificar las disposiciones de la Convención sobre Genocidio que se han sometido a la Corte, España propone una interpretación de los artículos I, II, III, IV, V, VI y IX, que divide en los puntos que seguiremos a continuación para su análisis, abordando en primer lugar los comentarios generales de España sobre la Convención sobre Genocidio; en segundo lugar, la competencia de la Corte Internacional de Justicia en virtud del artículo IX de la Convención; en tercer lugar, el concepto de Genocidio como se prevé en el Artículo II en relación con el Artículo III; y por último, las obligaciones de las Partes Contratantes y su alcance conforme a los Artículos I, III, IV, V y VI, en relación con el Artículo II.

3.1. Comentarios generales de España sobre la Convención sobre el Genocidio

En primer lugar, España quiere recordar que las disposiciones de la Convención sobre el Genocidio contienen obligaciones de *ius cogens* y *erga omnes*, de acuerdo con la interpretación que de ellas han establecido la Corte y los Tribunales penales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, y que, luego, la Comisión de Derecho Internacional ha recogido en su trabajo sobre las “Normas imperativas de Derecho Internacional”³⁰. Es a este respecto, donde España hace su contribución más significativa al “subrayar que, bajo esta interpretación, la Convención sobre el Genocidio no es sólo un tratado de derecho penal. Contiene también elementos claramente vinculados a la protección y salvaguarda de valores y principios fundamentales del Derecho Internacional, entre ellos la protección de la dignidad humana y el principio de responsabilidad, e impone obligaciones sustantivas a las Partes Contratantes que van más allá de asegurar la persecución penal del delito de genocidio (...)”³¹. Con esta posición, España deja claro que la Convención es algo más que una fuente de obligaciones para los Estados en virtud de la cual están obligados a incorporar el delito de genocidio en su derecho penal. España hará hincapié en que la Convención también contiene obligaciones con una naturaleza de

²⁹ Véase el Apartado 11 de la Declaración de intervención de España.

³⁰ Véase CDI, Normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Texto del proyecto de conclusiones y de anexo aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura. Identificación y consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*), A/CN.4/L.967, de 11 de mayo de 2022.

³¹ Véase el Apartado 15 de la Declaración de intervención de España.

ius cogens y *erga omnes* para todos los Estados, que les son exigibles, como ha dispuesto la Corte en sus medidas provisionales³², cuando afirma “que existe una correlación entre los derechos de los miembros de los grupos protegidos por la Convención sobre el Genocidio, las obligaciones que incumben a los Estados Partes en la misma y el derecho de cualquier Estado Parte a exigir su cumplimiento por otro Estado Parte”³³.

A partir de esta interpretación del alcance de las obligaciones de la Convención, España sostiene que “[t]ambién es importante distinguir entre la responsabilidad internacional del Estado por violación de las obligaciones derivadas de la Convención, por un lado, y la responsabilidad penal individual por la comisión de un crimen de genocidio, por otro. Mientras que la responsabilidad penal individual se deriva únicamente de la comisión del delito de genocidio tal y como se define en la Convención y en otros instrumentos internacionales, la responsabilidad internacional de un Estado puede derivarse de la violación de un conjunto más amplio de obligaciones establecidas por la propia Convención, entre las que se incluyen las obligaciones de prevenir y castigar el genocidio”³⁴. Como ha señalado la Corte, esta distinción es crucial para definir correctamente el alcance y el significado de la Convención. Además, posteriormente, España subrayará que, aunque no esté previsto expresamente en la Convención, de ella se deriva también la obligación de los Estados parte de no cometer genocidio y de prevenirlo.

3.2. Competencia de la Corte Internacional de Justicia conforme al Artículo IX de la Convención de Genocidio

España no duda de que la competencia de la CIJ se fundamenta en el artículo IX de la Convención sobre el Genocidio, que dispone que

“Las controversias entre las Partes Contratantes relativas a la interpretación, aplicación o cumplimiento de la presente Convención, incluidas las relativas a la responsabilidad de un Estado por genocidio o por cualquiera de los demás actos enumerados en el artículo III, se someterán a la Corte Internacional de Justicia, a petición de cualquiera de las partes en la controversia”.

Citando a la Corte, en el caso *Ucrania c. Rusia*, España afirma que se dan los dos elementos que se requieren para determinar que el artículo IX es el fundamento de su competencia: a) la existencia de una controversia entre las dos partes existente antes de la presentación de la demanda y b) que las acciones y omisiones del demandado denunciadas por el demandante entran

³² Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel), Provisional Measures, Order of 26 January 2024, p. 15, para. 43.

³³ Véase el Apartado 15.

³⁴ Véase el Apartado 16.

en el ámbito de aplicación de la Convención sobre Genocidio. A este respecto, la Corte ya ha afirmado que ambas condiciones se cumplen *prima facie*.

3.3. El concepto de Genocidio conforme a la definición del Artículo II en relación con el Artículo III de la Convención sobre el Genocidio

España considera que los componentes fundamentales del delito de genocidio son: a) el bien jurídico protegido, es decir, el sujeto jurídicamente protegido: un “grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal”; b) el carácter doloso del acto o *mens rea*, es decir la intención de destruir total o parcialmente a un grupo protegido; y c) los actos constitutivos de genocidio o *actus reus*. Respecto al grupo nacional, étnico, racial o religioso, como bien jurídico protegido, España parte de la definición desarrollada por la Corte en su jurisprudencia desde 1951 para señalar que uno de los fines de la Convención es la salvaguardia de “la existencia misma de ciertos grupos humanos”. Esta característica separa el genocidio de los crímenes de guerra o de los crímenes de lesa humanidad, cuya prohibición protege a individuos y no a grupos. Sobre la existencia del grupo en este caso, España considera que:

“Los palestinos» constituyen un grupo nacional, étnico, racial o religioso en el sentido del Artículo II de la Convención sobre el Genocidio, ya que cumplen los criterios establecidos por la jurisprudencia: son un grupo estable o permanente, los miembros pertenecen automáticamente por nacimiento, los individuos no pueden pertenecer mediante compromisos individuales, y la condición de miembro es inalterable, entre otros criterios. Además, los «palestinos de Gaza» son incuestionablemente «una parte» del grupo de «los palestinos», ya que también cumplen todos los requisitos establecidos en la jurisprudencia: constituyen una parte sustancial de un grupo particular, están situados en una zona geográficamente limitada, se encuentran en una zona controlada por el presunto autor del delito y pueden distinguirse del resto del grupo, es decir que los autores pueden identificarlos como una entidad separada que debe ser destruida como tal”³⁵.

Respecto a la *mens rea*, España considera, siguiendo la jurisprudencia de la Corte y de los tribunales penales internacionales, que “no basta con que se perpetren los actos descritos en el artículo, deben perpetrarse con la «intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico racial o religioso, como tal”. A pesar de que sea difícil identificar «el proceso por el que tal intención puede inferirse de la conducta individual de los autores de los actos contemplados en el artículo II de la Convención», España apunta que “es lógico buscar el *dolus specialis*, en primer lugar, en la política del Estado, aunque dicha intención rara vez se declarará expresamente. Alternativamente, el *dolus specialis* puede establecerse mediante prueba indirecta, es decir, deducida o inferida de ciertos tipos de conducta”, y para ello será

³⁵ Véase el apartado 21.

necesario adoptar “un enfoque equilibrado que reconozca la singular gravedad del crimen de genocidio, sin hacer que el umbral para inferir la intención genocida sea tan difícil de alcanzar que la conclusión de que hubo genocidio sea casi imposible”. Para España, este equilibrio se encuentra en la sentencia Croacia c. Serbia en la que la Corte afirmó que la noción de razonabilidad permite “determinar si la intención específica puede inferirse de la conducta o no”, para lo que habrá que “sopesar las pruebas y filtrar las inferencias que no sean razonables”³⁶. En este caso, España, adoptando el enfoque de la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, considera necesario evaluar las pruebas en su conjunto y no de forma compartimentada. Gracias a ello, “la gravedad e intensidad de los actos incluidos en el elemento material del genocidio también pueden ayudar a establecer la intención específica”, a partir de un *patrón* de conducta. Así, España considera que es posible inferir el dolo especial de las declaraciones de los miembros del Gobierno Israelí en los días posteriores al 7 de Octubre³⁷. Además, España también considera relevante la carta dirigida al Fiscal General de Israel por un grupo de antiguos altos miembros del cuerpo diplomático de Israel, académicos, periodistas, ex miembros de la Knesset y activistas sociales, para pedir que se pusiera fin y se iniciaran los procesos debidos contra lo que definieron como «incitación al genocidio, la expulsión y la limpieza étnica en Gaza por parte de figuras públicas», en violación tanto del derecho israelí como del internacional. No obstante, entre los elementos de los tests que ha aplicado la Corte para considerar la existencia de una intención genocida en casos previos, ésta ha primado hasta ahora la existencia de un plan concertado para cometer genocidio³⁸.

En lo que se refiere a los actos que constituyen genocidio conforme al artículo II de la Convención³⁹, España realiza su aportación respecto al modo de probar su existencia, apuntando a que

³⁶ Véase el apartado 25 de la Declaración de España.

³⁷ Así, España recoge como ejemplos las del Ministro de Defensa israelí, Yoav Gallant, que manifestó en los medios de comunicación que: «Estamos imponiendo un asedio total a Gaza. No habrá electricidad, ni alimentos, ni agua, ni combustible. Todo estará cerrado. Estamos luchando contra animales humanos y actuamos en consecuencia», o el discurso televisado del Ministro de Seguridad Nacional, Itamar Ben-Gvir, el 10 de noviembre de 2023: «[p]ara ser claros, cuando decimos que Hamas debe ser destruido, también significa aquellos que celebran, aquellos que apoyan, y los que reparten caramelos – todos ellos son terroristas, y deben también ser destruidos», *Ibidem*.

³⁸ Véase R. M. Smith, “State Responsibility and Genocidal Intent. A Three Test Approach”, *Australian Year Book of International Law*, Vol. 34, 2016, pp. 87-125.

³⁹ Este artículo II incluye como *actus reus*:

- a) Matar a miembros del grupo,
- b) Causar lesiones corporales o mentales graves a miembros del grupo,
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.
- e) Trasladar por la fuerza a niños del grupo a otro grupo».

“la Corte Internacional de Justicia, como órgano judicial principal de las Naciones Unidas, debe tener en cuenta los datos, hechos e informes producidos por las Naciones Unidas, sus organismos y órganos, y por otras fuentes fidedignas con conocimiento autorizado de la situación en Gaza. En opinión de España, el examen de los resultados de investigaciones independientes bajo los auspicios de Naciones Unidas antes de calificar una situación como genocidio es una buena práctica que debería aplicarse al presente caso”⁴⁰.

Esta es una cuestión principal si se tiene en cuenta el rechazo sistemático de Israel a los informes realizados de manera independiente⁴¹. Además, España propone que, junto a los informes, la Corte considere asimismo el incumplimiento de las distintas medidas provisionales que ésta ha adoptado desde enero de 2024, en especial, aquellas en las que solicita a Israel que facilite que la ayuda humanitaria llegue a la población palestina⁴². A este respecto, “España considera que el bloqueo de asistencia humanitaria está dando lugar a condiciones de vida en la Franja de Gaza que podrían estar incluidas en el apartado c) del artículo II de la Convención”, que menciona el “sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”. Estas condiciones también habrían quedado probadas por los informes presentados por el Banco Mundial, la Unión Europea y las Naciones Unidas sobre los daños causados en la Franja de Gaza⁴³.

La última aportación que realiza España al concepto de genocidio es la propuesta de ir más allá del Artículo II de la Convención, ya que considera que una serie de actos no previstos explícitamente en dicho artículo pueden, en última instancia, resultar en actos genocidas. Así, España añadiría que “por ejemplo, aunque el desplazamiento forzoso de personas no constituye en sí mismo un acto subyacente de genocidio de los enumerados, puede, dependiendo de los hechos, dar lugar a los actos subyacentes de genocidio

⁴⁰ Apartado 30 de la Declaración de Intervención de España.

⁴¹ España pone en valor los informes elaborados por Naciones Unidas, y recordando la Resolución de 2020 sobre la prevención del genocidio del Consejo de Derechos Humanos, “el papel que el sistema de las Naciones Unidas, incluido el propio Consejo, así como los procedimientos especiales y las organizaciones regionales, puede desempeñar en «la detección temprana y la prevención de violaciones masivas, graves y sistemáticas de los derechos humanos que, si no se detienen, podrían conducir al genocidio”.

⁴² España menciona las medidas provisionales ordenadas por el Tribunal el 26 de enero, el 28 de marzo y el 24 de mayo de 2024, en las que se requiere que Israel tome medidas para permitir que la ayuda humanitaria entre en la zona. Véanse los apartados 28 y ss. de la Declaración de España.

⁴³ Véase Gaza Strip —Interim Damage Assessment: Summary Note, World Bank, European Union and United Nations, 29 March 2024 Franja de Gaza— Evaluación provisional de daños: Summary Note, Banco Mundial, Unión Europea y Naciones Unidas, 29 de marzo de 2024. En estos informes se calcula el impacto de la agresión israelí sobre las instalaciones residenciales, las infraestructuras o el medio ambiente. En ellos se estima que ya se han causado unos 18.500 millones de dólares en daños directos causados a la infraestructura construida en la Franja de Gaza a finales de enero de 2024, y que prueban que hasta un 72% del total de los edificios residenciales han sufrido daños al igual que las infraestructuras críticas, como las de la educación, el agua, el saneamiento y la higiene, la sanidad, la energía, etc. y que habrían afectado de manera especial al sistema educativo y sanitario, totalmente colapsados.

enunciados en el artículo II b) y en el artículo II c) de la Convención sobre el Genocidio”⁴⁴. También, viene a proponer que la destrucción intencional del patrimonio cultural sea considerada un acto de genocidio “en virtud del derecho internacional convencional y consuetudinario vigente”, aunque no se encuentre prevista dentro de las categorías de actos de genocidio establecidas en el artículo II de la Convención sobre el Genocidio. España apoya esta propuesta en la jurisprudencia de la Corte y de los tribunales penales internacionales ya que

“la Corte ha hecho suya la observación del TPIY realizada en el caso *Krstic*, según la cual “cuando hay destrucción física o biológica, a menudo se producen también ataques simultáneos contra los bienes y símbolos culturales y religiosos del grupo contra el que se atenta, ataques que pueden considerarse legítimamente como prueba de una intención de destruir físicamente al grupo”⁴⁵. España considera que este enfoque expresa el Derecho internacional actual e interpreta con precisión el artículo II del Convenio sobre Genocidio”⁴⁶.

3.4. Respecto a las Obligaciones de las Partes Contratantes de los Artículos I, III, IV, V y VI, en relación con el Artículo II de la Convención sobre Genocidio.

España considera que “determinar específicamente el alcance de estos artículos es crucial para garantizar el respeto de la Convención y su plena aplicación”. Por ello, y siguiendo a la Corte, plantea que “la interpretación debe tener en cuenta los criterios de interpretación establecidos en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, prestando la debida atención al objeto y fin de la Convención sobre el Genocidio, que son expresiones del valor moral que los Estados desean atribuirles en el momento de su adopción”⁴⁷.

Sin perjuicio de que complete posteriormente la interpretación que inicialmente propone, España ofrece en su declaración su visión del alcance de las obligaciones de los Estados parte de la Convención sobre el Genocidio, partiendo de la jurisprudencia de la Corte, que establece tres obligaciones sustantivas para las Partes Contratantes:

- i) la obligación de no cometer actos de genocidio o los actos enumerados en el artículo III;
- ii) la obligación de prevenir e impedir la perpetración de actos de genocidio o los actos enumerados en el artículo III; y

⁴⁴ Véase el Apartado 38 de la Declaración de Intervención.

⁴⁵ ICTY, *Prosecutor v Krstic* (Case /T-98-33-T), Judgement of 02 August 2001, párr. 580.

⁴⁶ Apartado 38 de la Declaración de Intervención de España.

⁴⁷ Apartado 39.

- iii) la obligación de castigar los actos de genocidio y los demás actos enumerados en el artículo III.

Además, estas obligaciones pueden aplicarse por separado o conjuntamente a un caso concreto y, por ello, el examen de su alcance debe tener en cuenta las circunstancias específicas de cada caso.

La interpretación de España respecto al alcance de estas obligaciones tiene como punto de partida la naturaleza *erga omnes* de todas estas obligaciones y del carácter de *ius cogens* de la prohibición del genocidio. Igualmente considera que estas obligaciones se aplican tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz y que son aplicables a las Partes contratantes con independencia del lugar en que se cometan los actos de genocidio, “con la única excepción de la obligación de aplicar la ley penal, que se limita a los crímenes de genocidio perpetrados en el territorio de una Parte contratante”⁴⁸. Con esta afirmación, España descarta la jurisdicción universal respecto a los individuos, a favor del principio de territorialidad del derecho penal.

- a) *La obligación de no cometer genocidio conforme al Artículo I, en relación con los artículos II y III.*

España viene a clarificar, apoyándose en la jurisprudencia internacional que, aunque la obligación de los Estados de no cometer genocidio no se enuncia explícitamente en la Convención sobre el Genocidio, la Corte ha expresado su opinión de que existe como una obligación derivada de la Convención, ya que «teniendo en cuenta el propósito establecido de la Convención, el efecto del artículo I es prohibir a los Estados que cometan genocidio»⁴⁹. Así pues, en su jurisprudencia, “la Corte habría indicado clara e inequívocamente que las Partes Contratantes están obligadas a no cometer genocidio, mediante actos de sus órganos o personas o grupos cuyos actos les sean imputables. Esta conclusión debe aplicarse también a los demás actos enumerados en el artículo III”⁵⁰.

- b) *La obligación de prevenir prevista en los artículos I y V, en relación con los artículos II y III.*

La propuesta que hace España para determinar el alcance de la obligación de prevenir que se enuncia en el artículo I de la Convención, se divide en dos partes. En primer lugar, España reconoce que la prevención, en virtud del artículo V, se ha de conseguir con la acción normativa en sus ordenamientos jurídicos internos de las Partes contratantes, “que se comprometen a

⁴⁸ Apartado 41.

⁴⁹ Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 113 párr. 166

⁵⁰ Apartado 42.

promulgar, de conformidad con sus respectivas Constituciones, la legislación necesaria para dar efecto a las disposiciones de la presente Convención y, en particular, a prever penas efectivas para las personas culpables de genocidio o de cualquiera de los demás actos enumerados en el artículo III”. En segundo lugar, España considera que “las medidas provisionales adoptadas por el Tribunal el 26 de enero, el 28 de marzo y 24 de mayo de 2024 ofrecen instrucciones claras sobre cómo Israel debe cumplir su obligación de prevención”⁵¹, en concreto, la Corte ordenó explícitamente a Israel de conformidad con sus obligaciones en virtud de la Convención sobre el Genocidio, que adoptara “todas las medidas a su alcance para impedir la comisión de actos de genocidio (Artículo II), actos de instigación directa y pública a cometer genocidio (Artículo III), así como para impedir la destrucción y garantizar la preservación de las evidencias relacionadas con las alegaciones de actos comprendidos en el ámbito de aplicación de los Artículos II y III de la Convención sobre el Genocidio contra miembros del grupo palestino en la Franja de Gaza”. La falta de cumplimiento de estas medidas provisionales por parte de Israel sería razón para considerar que Israel ha violado la obligación de prevención prevista en el Artículo I de la Convención. Así, pues, España “considera que estas medidas provisionales, que son vinculantes para Israel y contienen instrucciones específicas relativas a la obligación de prevenir actos de genocidio, deben ser tenidas en cuenta a la hora de examinar si ha cumplido con su obligación de prevenir el genocidio, como Parte Contratante del Convenio”⁵².

Respecto a estas medidas provisionales de la CIJ, España y los Estados miembros de la UE habrían mostrado su apoyo a su aplicación, tras la extensión de la operación militar israelí en Rafah. Así,

“Lo esencial es lograr el alto el fuego, la entrada de ayuda humanitaria y la liberación de los rehenes, así como apoyar al Tribunal Internacional de Justicia en su exigencia a Israel de medidas cautelares en Gaza, especialmente el cese de la operación militar en Rafah. En este sentido, ha detallado que [el 27 de Mayo de 2024], los 27 ministros de exteriores de la UE decidieron por unanimidad convocar, en el marco del Acuerdo de Asociación con Israel, a su colega israelí para que ofrezca las explicaciones oportunas; en caso de que Israel no aplique la decisión del Tribunal Internacional de Justicia, se podrán adoptar las medidas que proponga el Alto Representante de la UE”⁵³.

No obstante, desde entonces, los Estados miembros no han alcanzado el acuerdo necesario para adoptar las declaraciones necesarias y, en su lugar, el Alto Representante de la UE ha adoptado posiciones oficiales al respecto⁵⁴.

⁵¹ Apartado 45 de la Declaración.

⁵² Véase el apartado 46 de la Declaración de España.

⁵³ Nota de Prensa, “El Gobierno aprueba el reconocimiento del Estado”, 28 de Mayo de 2024.

⁵⁴ Véase la Declaración del Alto Representante, en nombre de la UE, sobre la legislación relativa al UNRWA, Nota de Prensa de 31 de Octubre de 2024. En ella se afirma que “La Unión Europea toma nota de la legislación sobre al UNRWA que acaba de adoptar Israel. La UE condena cualquier intento de revocar el acuerdo de 1967 entre Israel y al UNRWA o de obstruir de algún otro modo la capacidad

c) *La obligación de sancionar los actos de genocidio conforme a los Artículos I, III, IV, V y VI, en relación con el artículo II.*

España interpreta que la obligación general del Artículo I se desarrolla en los artículos III, IV, V y VI, de manera que la obligación de castigar está más claramente definida en la Convención que la obligación de prevenir y comprende:

“La promulgación de leyes que definan el delito de genocidio y los delitos conexos a nivel nacional; establecer penas adecuadas a la gravedad de esos delitos; establecer la jurisdicción de los tribunales nacionales sobre los delitos de genocidio y otros actos cometidos dentro de los territorios nacionales; y aplicar eficazmente la jurisdicción penal, incluyendo la investigación, persecución y enjuiciamiento de las personas que puedan haber cometido tales crímenes”⁵⁵.

En particular, España considera que el Tribunal debe prestar especial atención a la obligación de sancionar, en relación con la obligación derivada del artículo III de la Convención de castigar la «instigación directa y pública a cometer genocidio», para lo que se remite a lo que previamente habría señalado respecto al *dolo especial* que se encuentra expresado en las declaraciones de los miembros del Gobierno Israelí⁵⁶. De esta manera, lo que se deduce de la declaración de España es que Israel ha violado su obligación de dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas como Parte contratante de la Convención, lo que es especialmente grave, en la medida en que quienes han

de este para ejercer su mandato. Esta legislación, en caso de aplicarse, tendrá consecuencias de gran alcance, pues se verán interrumpidas todas las operaciones de la UNRWA en Cisjordania —incluida Jerusalén Este—, lo que impedirá *de facto* sus operaciones vitales en Gaza, obstaculizará la prestación de servicios sanitarios, educativos y sociales en Cisjordania y revocará los privilegios e inmunidades diplomáticos de la UNRWA en Israel. Es fundamental que al UNRWA pueda seguir llevando a cabo su labor crucial en consonancia con su mandato, adoptado en 1949 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y renovado desde entonces. La UNRWA presta servicios esenciales a millones de personas en Gaza, Cisjordania —incluida Jerusalén Este— y en toda la región, concretamente en Líbano, Siria y Jordania. La UE reitera la función crucial que ejerce al UNRWA en la respuesta humanitaria a los refugiados palestinos en la región, proporcionando apoyo vital a una población que afronta necesidades críticas e inmensas. La UNRWA también desempeña un papel determinante en la prestación de servicios educativos y sanitarios. La UE apoya firmemente a las Naciones Unidas y el orden internacional multilateral y basado en normas del que forma parte al UNRWA. Los organismos de las Naciones Unidas defienden y aplican tanto la letra como el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas, y realizan una labor fundamental en el mantenimiento de la seguridad mundial. La UE está determinada a seguir apoyando al Organismo, supervisa estrechamente y evalúa la aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe del grupo de revisión independiente a raíz de las acusaciones vertidas contra algunos miembros del personal de la UNRWA. Asimismo, espera con interés que las Naciones Unidas adopten nuevas medidas determinantes para garantizar la neutralidad y la rendición de cuentas y para reforzar el control y la supervisión a fin de evitar que se produzcan nuevos casos. Mientras no exista una solución duradera al conflicto, el mandato de la UNRWA seguirá siendo vital”, disponible en <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/10/31/statement-by-the-high-representative-on-behalf-of-the-eu-on-the-unrwa-legislation/>

⁵⁵ Apartado 47 de la Declaración de España.

⁵⁶ España se remite a las observaciones expuestas en el párrafo 27 de esta declaración de intervención.

contribuido a la realización de actos genocidas del Artículo III son miembros de su actual gobierno⁵⁷.

4. EL RECONOCIMIENTO DE PALESTINA

Cuando España inició relaciones diplomáticas con Israel en 1986, adjuntó al Comunicado conjunto hispano-israelí de 17 de enero por el que “ambos Estados decidían establecer relaciones diplomáticas”,⁵⁸ una Declaración unilateral en la que expresó su deseo de “mantener su tradicional política de amistad y solidaridad con el mundo árabe, (...) y en particular:

“El Gobierno español reafirma que la vigencia de la prohibición de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza, que impide, en especial, reconocer cualquier adquisición territorial que haya sido efectuada por dichos medios; en consecuencia, reitera el no reconocimiento por España de cualesquiera medidas dirigidas a anexionarse los territorios árabes ocupados a partir de 1967, o a alterar unilateralmente la naturaleza o el *status* de la ciudad de Jerusalén, cuyo libre acceso debe estar siempre abierto para todos. En este contexto, España rechaza la política de construir asentamientos en los territorios ocupados y reclama su desmantelamiento como primer paso para la devolución de los territorios.

El Gobierno español considera que deben reconocerse y garantizarse los legítimos derechos y aspiraciones del pueblo palestino, singularmente el de autodeterminación. Simultáneamente, se debe garantizar el derecho a la existencia pacífica de todos los Estados de la región, dentro de fronteras seguras e internacionalmente reconocidas.”⁵⁹

Las posiciones que ha adoptado España sobre el reconocimiento de Palestina son acordes con sus declaraciones en el caso del reconocimiento del Estado de Israel, lo que sustenta su compromiso con el Derecho Internacional. Después de que el Consejo de Seguridad rechazara la resolución copatrocinada por Arabia Saudita y por España para que reexaminara de manera favorable la admisión de Palestina como miembro de Naciones Unidas⁶⁰, la Asamblea General adoptó su Resolución ES-10/23 de 10 de Mayo de 2024

⁵⁷ Las declaraciones de los ministros israelíes no sólo no han cesado sino que ahora se extienden también a la población de Cisjordania. En la edición de 29 de agosto del periódico israelí Haaretz, en el artículo de Reuters y Amir Tibon, “EU’s Top Diplomat Asks to Sanction Israeli Ministers for Advocating War Crimes”, se recuerdan las declaraciones realizadas por el Ministro de Finanzas Bezalel Smotrich y por el Ministro de Seguridad Nacional Itamar Ben-Gvir por incitación al odio y violación de los derechos humanos, al inicio del conflicto. Ben-Gvir pidió que se detuviera el suministro de combustible y ayuda humanitaria a la franja, y Smotrich dijo que matar de hambre “hasta la muerte” a dos millones de gazatíes puede ser lo “correcto y moral”.

⁵⁸ Véanse sus textos recogidos en la edición de 2005, de O. Casanovas y la Rosa y A. Rodrigo Fernández, *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, Tecnos, pp. 176-178.

⁵⁹ Ministerio de Asuntos Exteriores, *Actividades, Textos y Documentos de la Política Exterior Española*, 1986, núm. 53, pp. 62-63.

⁶⁰ Por el veto de Estados Unidos, con la abstención de Reino Unido y con el voto favorable de Malta.

sobre la Admisión de nuevos Miembros en las Naciones Unidas⁶¹. De esta resolución, destacaremos que se dirige al Consejo de Seguridad para que reconsidere el reconocimiento de Palestina como miembro al cumplir ésta los requisitos del Artículo 4 de la Carta para ser admitida y atribuirle en un anexo derechos adicionales a su estatuto de observador para participar en sus distintas sesiones y trabajos a partir del 79º Período de sesiones de la AG⁶².

España votó a favor de esta Resolución, en un clima de división creciente entre los Estados miembros de la UE, que quedó reflejada en las explicaciones de voto recogidas en las actas de la sesión de la AGNU. La Resolución fue adoptada por 143 votos a favor, 25 abstenciones y 9 votos en contra. Junto a España, votaron a favor Bélgica, Eslovenia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Malta, Luxemburgo, Portugal, pero votaron en contra Hungría y la República Checa y se abstuvieron Alemania, Austria, Bulgaria, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Holanda, Italia, Lituania Polonia, Rumania y Suecia⁶³.

En esta Resolución se solicita además que se recuerde que dirigir intencionadamente los ataques contra los actores humanitarios y la utilización del hambre como método de guerra constituyen crímenes de guerra, previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Tras la adopción de esta Resolución de la AGNU de 10 de mayo, España aprobó el reconocimiento de Palestina en su Consejo de Ministros de 28 de mayo de 2024⁶⁴. El Ministro de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación, José Manuel Albares, manifestó entonces que “El pueblo palestino tiene derecho a un futuro de esperanza, del mismo modo que el pueblo de Israel tiene derecho a un futuro de paz y de seguridad. Y, tras tantas décadas de dolor y enfrentamiento, sabemos que no puede haber lo uno sin lo otro”. Respecto a las consecuencias prácticas de la decisión, el ministro ha precisado que “implica reconocer a Palestina como sujeto de derecho internacional a todos los efectos (...), desde esta misma mañana, en el momento en el que

⁶¹ Véase A/RES/ES-10/23.

⁶² La resolución: “1. Determina que el Estado de Palestina cumple las condiciones necesarias para ser Miembro de las Naciones Unidas conforme al Artículo 4 de la Carta de las Naciones Unidas y, por consiguiente, debería ser admitido como Miembro de las Naciones Unidas; 2. Recomienda en consecuencia que el Consejo de Seguridad reconsidere favorablemente el asunto, a la luz de esta determinación y de la opinión consultiva emitida por la Corte Internacional de Justicia el 28 de mayo de 1948, y en estricta conformidad con el Artículo 4 de la Carta; 3. Decide, con carácter excepcional y sin sentar precedente, aprobar las modalidades que figuran en el anexo de la presente resolución para la participación del Estado de Palestina en sus períodos de sesiones y sus trabajos y en las conferencias internacionales celebradas bajo su auspicio o los de otros órganos de las Naciones Unidas, así como en las conferencias de las Naciones Unidas (...)”. Ibidem.

⁶³ Resultados disponibles en https://x.com/UN_News_Centre/status/1836426106896785428?ref_src=twsrc%5Etfw%7Ctwcamp%5Etweetembed%7Ctwtterm%5E183642

⁶⁴ El Ministro de Asuntos Exteriores destacó además que “la decisión recoge también la voluntad del Parlamento español, que el 18 de noviembre de 2014 aprobó una proposición no de ley a favor del reconocimiento de Palestina como Estado independiente, y es coherente con la posición que ha mantenido el Ejecutivo”. Véase el Comunicado de Prensa, “El Gobierno aprueba el reconocimiento del Estado de Palestina”, 28 de mayo de 2024, disponible en la Web del Ministerio.

se produjo”. A dichos efectos, “España ya tenía establecidas relaciones diplomáticas con Palestina, que cuenta con una misión en Madrid y las relaciones diplomáticas con los palestinos seguirán realizándose a través de los diplomáticos del Consulado de España en Jerusalén”⁶⁵.

En su explicación de voto de la Resolución de 10 de Mayo, España propuso también la celebración de “una conferencia de paz con las partes y con la comunidad internacional” y ha afirmado que:

“Esta propuesta ya ha sido respaldada por la Unión Europea, la Liga de Estados Árabes y la Organización de Cooperación Islámica. Más de 80 de los Estados que conformamos esta Asamblea General. Por eso reiteramos el llamamiento para que esta Organización de las NNUU haga suya esta propuesta y dirija este proceso”⁶⁶.

A raíz del reconocimiento de Palestina por España, Irlanda y Noruega, el gobierno de Israel adoptó distintas declaraciones a las que el Ministro Exteriores respondió recordando la importancia del marco normativo del Derecho diplomático y consular y, así, declaró que:

“En relación con la ‘amenaza’ de impedir a los diplomáticos españoles los contactos con el pueblo y las autoridades palestinas, el ministro ha señalado que la están estudiando la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio y todo el equipo encargado de las relaciones con Oriente Próximo. ‘Hay unos privilegios y unas inmunidades que España respeta escrupulosamente con todos los países del mundo, con sus embajadas y consultados, y exigimos en base al derecho internacional el mismo respeto’⁶⁷.”

En las últimas reuniones celebradas en el Consejo de Seguridad y en reuniones paralelas al 79º Período de Sesiones de la AGNU de Septiembre de 2024, España ha apoyado la creación de la Alianza Global para la Implementación de la Solución de los Dos Estados, que ha sido impulsada por Arabia Saudí, Noruega y la UE. La UE, además, hizo un llamamiento para que se celebre lo antes posible una conferencia internacional de paz que reactive el proceso de paz⁶⁸.

5. SOBRE LOS ÚLTIMOS ACONTECIMIENTOS EN ORIENTE PRÓXIMO

Como elemento vertebrador de la práctica de España respecto a la cuestión de Palestina se encuentra su apoyo al orden internacional y a las obligaciones de *ius cogens* y *erga omnes*, a partir de las cuales debe exigirse el respeto del orden internacional, tanto a los Estados directamente responsables de su incumplimiento como a los terceros Estados y organizaciones internacionales.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Véase la Declaración del Embajador Representante Permanente, de 10 de Mayo.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ Véase Consejo de Seguridad, Meetings Coverage and Press Releases, 9673RD MEETING (AM & PM), de 29 de Octubre de 2024, SC/15871.

Como Estado contribuyente a la FINUL —la Fuerza Provisional de Naciones Unidas en Líbano—, España junto a Francia e Italia ha protestado por los ataques israelíes de su FDI afirmando que:

“Expresamos nuestra indignación tras las heridas sufridas por varios casos azules en Naqura. Estos ataques constituyen una grave violación de las obligaciones de Israel bajo la Resolución 1071 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y bajo el Derecho internacional humanitario. Esos ataques son injustificables y deben cesar de inmediato. (...)”

Además, hacemos un llamamiento a un alto el fuego inmediato y a la plena implementación de la Resolución 1701 del Consejo de Seguridad de la ONU por todas las partes, que es la única forma de permitir que los pueblos israelí y libanés regresen a sus hogares de manera segura.

Reiteramos nuestro compromiso con la plena implementación de la Resolución 1701 del Consejo de Seguridad de la ONU, así como con la misión de FINUL, cuya contribución al cese de hostilidades será fundamental.⁶⁹”

En el seno de la UE, la división entre los Estados Miembros ha impedido que se adoptaran declaraciones oficiales o que se convocara el Consejo de Asociación con Israel. En su lugar, el Alto Representante de la Acción Exterior ha realizado comunicados oficiales. Ante esta situación de la UE, España junto con Irlanda solicitaron en Febrero de 2024 que la Comisión Europea verificase si Israel respetaba los derechos humanos en Gaza, aunque esta petición no ha sido objeto de respuesta hasta ahora⁷⁰, Irlanda y España volvieron a hacer este requerimiento junto con la convocatoria del Consejo de Asociación UE-Israel en la reunión informal de Ministros de Asuntos Exteriores de 29 de Agosto de 2024⁷¹. No obstante, es necesario destacar las conclusiones del Consejo de 17 de Octubre donde se reitera la posición de la UE sobre cuestiones esenciales sobre la situación en Oriente Próximo de las que hay que destacar las siguientes:

“21. Tras el trágico aniversario de los brutales atentados terroristas perpetrados por Hamás contra Israel el 7 de octubre de 2023, el Consejo Europeo condena una vez más con la máxima firmeza tales actos injustificados de violencia deliberada y manifiesta su apoyo a las familias de las víctimas y a los rehenes secuestrados por Hamás.

22. El Consejo Europeo reitera su llamamiento en favor de un alto el fuego inmediato en Gaza, la liberación incondicional de todos los rehenes, la mejora urgente del acceso de la ayuda humanitaria y su distribución ininterrumpida a gran escala en toda Gaza, y el cese duradero de las hostilidades, de acuerdo con la Resolución 2735 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A tal fin, apoya la labor de mediación de Egipto, Qatar y los Estados

⁶⁹ Véase la Declaración conjunta de los líderes de España, Francia e Italia sobre el reciente ataque a la FINUL, de 11 de Octubre de 2024, disponible en <https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2024/111024-Declaracion-Conjunta-Finul.pdf>

⁷⁰ Véase *Bulletin Quotidien Europe 13503* de 15 de Octubre de 2024.

⁷¹ Véase en <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/fac/2024/08/29/>

Unidos. Asimismo, reconoce el papel fundamental de Jordania a la hora de mitigar la crisis y hace hincapié en la importancia de la estabilidad y la seguridad de Jordania y Egipto y sus fronteras. El Consejo Europeo lamenta el número inaceptable de víctimas civiles, especialmente de mujeres y niños, en Gaza y Cisjordania, así como los niveles calamitosos de hambre y el riesgo inminente de hambruna provocado por la insuficiente entrada de ayuda en Gaza. También recuerda la necesidad de aplicar en su totalidad las providencias de la Corte Internacional de Justicia.

23. El Consejo Europeo recuerda sus Conclusiones de junio de 2024 y condena enérgicamente la nueva escalada de enfrentamientos que han causado en Cisjordania, también en Jerusalén Este, el aumento de la violencia de los colonos, la ampliación de los asentamientos ilegales y la operación militar de Israel. Invita al Consejo a que impulse los trabajos sobre nuevas medidas restrictivas contra los colonos extremistas y contra las entidades y organizaciones que los apoyan.

24. El Consejo Europeo reitera la adhesión inquebrantable de la Unión Europea a una paz justa, global y duradera basada en la solución de dos Estados, así como el apoyo de la Unión a la Autoridad Palestina para contribuir a atender sus necesidades más acuciantes y respaldar su programa de reformas. La Unión Europea prestará activamente su colaboración y apoyo a los socios internacionales para avanzar de manera concreta e irreversible hacia la solución de dos Estados, reanimando para ello un proceso político, también mediante la celebración de una conferencia internacional de paz lo antes posible. El Consejo Europeo destaca que una trayectoria viable hacia la condición de Estado para Palestina es una vertiente esencial de ese proceso político⁷².

En el momento de cerrar esta crónica, Israel sigue atacando el norte de Gaza, pero también Cisjordania y Líbano, en una escalada bélica frente a la que España ha defendido en distintos foros la necesidad de un alto el fuego humanitario, para seguir buscando una solución pacífica.

⁷² European Council Meeting, 17 de Octubre de 2024, EUCO 25/24.

IV. RECENSIONES / BOOK REVIEWS

Coordinación a cargo de

Joana ABRISKETA URIARTE y Pilar Blanco-MORALES LIMONES

BELINTXON MARTÍN, Unai, *Nuevas realidades normativas y retos actuales del Derecho del transporte internacional por carretera*, Aranzadi, Navarra, 2024, 180 pp.

Aparece, publicada por la notoriamente prestigiosa editorial Aranzadi, una nueva obra de Unai Belintxon Martín, prolífico y agudo especialista en Derecho internacional privado y en el Derecho del transporte internacional. Su título, “Nuevas realidades normativas y retos actuales del Derecho del transporte internacional por carretera”, anuncia al lector una mirada de novedades jurídicas en este sector que, sin duda, arrojarán luz en los procelosos mares del transporte internacional.

La obra ofrece diversas perspectivas sobre los perfiles jurídicos relativos al Derecho del transporte internacional por carretera que se concentran en la elección de los tribunales competentes y de la ley aplicable por los contratantes, en el ámbito operativo del arbitraje en ese sector y en la extensión de la acción directa en el mundo del Derecho del transporte internacional por carretera.

Un dato sobresaliente de esta obra es el análisis que lleva a cabo en relación con la protección, respeto e incluso promoción de los derechos humanos en el panorama del transporte por carretera. Los tiempos de trabajo y descanso de los conductores, en conjunción con los foros que pueden ser exorbitantes, ponen en

jaque los derechos humanos de los trabajadores que prestan sus servicios en el transporte por carretera.

Se trata de una obra europeísta, que no duda en apostar por una aplicación preferente, como no puede ser de otro modo, del Reglamento Bruselas I-bis a la hora de juzgar la validez y los efectos de las cláusulas de sumisión jurisdiccional tan frecuentes en los contratos de transporte de mercancías por carretera. Se trata, también, de una obra que destaca la importancia y operatividad del arbitraje en el sector.

La obra constituye un elemento fundamental para comprender el panorama legal y práctico en el sector del transporte internacional por carretera. En un contexto cambiante y líquido, en el que las dinámicas globales, tecnológicas, laborales y medioambientales están transformando profundamente esta industria y estos servicios, el autor brinda un análisis riguroso, exhaustivo y accesible de los nuevos desafíos normativos que afectan a los actores involucrados, empresarios y trabajadores, prestadores de servicios y consumidores.

Desde el primer capítulo, el lector halla un estudio meticuloso, en el que se examinan no solo los tratados interna-

cionales y reglamento europeos más recientes y faltos de análisis doctrinal, sino también las normativas nacionales que interactúan con el transporte transfronterizo. A través de una estructura clara y coherente, el libro abarca una amplia gama de temas que incluyen el impacto de las nuevas tecnologías en la regulación del transporte, las innovaciones en logística y sostenibilidad, y los retos derivados de las políticas aduaneras y de fronteras, especialmente en un escenario *post-Brexit* y de crecientes tensiones comerciales para las relaciones laborales en el sector.

El autor, noto experto en Derecho internacional privado, demuestra un dominio profundo de la materia, proporciona un elenco nutrido de casos prácticos reales, análisis comparativos entre distintas tendencias jurisprudenciales y un marco teórico que logra integrar de manera notable los datos técnicos del sector con los principios jurídicos superiores del Derecho europeo y español. Ello no sólo enriquece el debate académico, sino que también convierte al libro en una guía indispensable para profesionales del sector, abogados, legisladores, técnicos, trabajadores, prestadores de servicios y empresas dedicadas al transporte internacional.

Especial énfasis adquiere el muy acertado análisis que el autor dedica al Reglamento 2020/1055 de 15 de julio de 2020. Este Reglamento constituye un instrumento clave en la reforma del Paquete de Movilidad dentro de la Unión Europea, orientado a modernizar y reforzar el marco normativo que regula el transporte por carretera en la Unión. Su objetivo central es mejorar las condiciones laborales de los conductores, asegurar una competencia justa en el mercado del transporte y, en general, garantizar la sostenibilidad de la movilidad en el territorio de la Unión Europea. Este Reglamento, como pone de relieve

el autor, modifica tres piezas fundamentales de la legislación europea sobre el transporte por carretera: el Reglamento (CE) n.º 1071/2009, el Reglamento (CE) n.º 1072/2009 y el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, e introduce cambios significativos en las normas aplicables a los transportistas, especialmente en lo relativo a las condiciones de acceso al mercado y las operaciones de cabotaje.

El libro de Unai Belintxon estudia las condiciones de acceso al mercado establecidas en el Reglamento para reforzar los requisitos para obtener una licencia europea, los controles sobre la solvencia financiera de las empresas, la idoneidad profesional y la presencia efectiva de las empresas de transporte en el Estado miembro de establecimiento. También profundiza en las medidas estrictas exigidas en las operaciones de cabotaje, en particular por lo que se refiere al número de operaciones consecutivas en un país distinto al del establecimiento y al “período de enfriamiento” de cuatro días antes de que un mismo vehículo pueda realizar nuevas operaciones de cabotaje en el mismo Estado miembro.

Tras el Brexit, el Reino Unido dejó de formar parte del mercado único de la UE y del régimen común de transporte por carretera. Sin embargo, las operaciones de transporte entre ambas jurisdicciones continúan siendo de enorme importancia, particularmente en el ámbito del cabotaje. El Acuerdo de Comercio y Cooperación (TCA) firmado entre la UE y el Reino Unido en diciembre de 2020 estableció las bases para la continuidad de los intercambios comerciales, incluyendo provisiones sobre el transporte de mercancías por carretera. La obra de U. Belintxon Martín también dedica su atención a las restricciones al cabotaje, a la competencia y condiciones laborales y a los controles fronterizos en relación con el cabotaje entre la UE y el Reino Unido. El Reglamento 2020/1055 ha re-

forzado la regulación del transporte por carretera en la UE, en particular las operaciones de cabotaje, y en el contexto de las relaciones UE-Reino Unido.

La obra también aborda un tema de indudable alcance práctico: la acción directa regulada en la disposición adicional sexta de la LOTT y su proyección sobre el transporte internacional sometido al CMR, y lo hace con solvencia y acierto.

Un aspecto destacable es la capacidad del libro para anticipar futuras tendencias, lo que lo convierte en una herramienta valiosa para quienes deseen adelantarse a los cambios legislativos que se avecinan. Además, el tratamiento de los temas medioambientales y de sostenibilidad y de respeto a los derechos humanos se realiza con la profundidad y seriedad que requiere la actualidad. El autor, de

este modo, pone de relieve cómo el transporte por carretera puede adaptarse a las exigencias ecológicas y de respeto derechos humanos sin sacrificar su eficiencia.

En resumen, “Nuevas realidades normativas y retos actuales del Derecho del transporte internacional por carretera” es una obra clave para entender la evolución del marco regulatorio que afecta al transporte internacional en un mundo cada vez más interconectado y complejo. El autor ofrece una visión panorámica del presente, a la vez que también plantea soluciones y reflexiones para enfrentar los retos del futuro. Este libro se posiciona, sin duda, como una referencia esencial en el campo del Derecho del transporte internacional.

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Universidad de Murcia

BOLLO AROCENA, María Dolores y JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo (dirs.), *El Derecho Internacional y Europeo contemporáneos ante la agresión rusa a Ucrania*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 550 pp.

El 24 de febrero de 2022 se perpetró un acto de agresión por parte de la Federación de Rusia a Ucrania. Desde ese momento, las hostilidades no han cesado y, en la actualidad, los expertos consideran este conflicto como una auténtica guerra de agresión entre dos Estados soberanos. Las terribles consecuencias de esta guerra se han dejado notar en todos los ámbitos y rincones del mundo y, en el seno de la comunidad internacional, todos los sujetos y actores buscan, a través de medidas de todo tipo, poner fin al conflicto. No obstante, no parece que este vaya a cesar en el corto plazo.

En noviembre de ese mismo año 2022, la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales mantuvo un encuentro académico en la sede de la Escuela

Diplomática en el que participaron profesores y profesoras de las tres ramas de conocimiento con la finalidad de compartir reflexiones sobre las implicaciones de esta guerra para el derecho internacional y las relaciones internacionales, respuestas a los interrogantes abiertos y soluciones a los retos planteados. Como resultado de la Jornada “El Derecho Internacional y Europeo contemporáneos ante la agresión rusa a Ucrania” surge la obra colectiva que nos disponemos a presentar, titulada de la misma manera. Dicha obra colectiva constituye, sin lugar a dudas, un gran ejercicio de sistematización y análisis de las cuestiones y desafíos más relevantes que la guerra de Ucrania suscita para la doctrina *iusinternacionalista* y la comunidad internacional en su conjunto.

La obra comienza con una contextualización de la agresión rusa a Ucrania por parte de la Dra. Paz Andrés Sáenz de Santamaría, en la que la autora resalta el grado de gravedad de los hechos y la vulneración que estos suponen de los principios más fundamentales del derecho internacional. En su acertada opinión, solo a través del multilateralismo se puede mejorar la cooperación en el seno de la comunidad internacional para poner fin a la guerra y, si bien es cierto que, en la actualidad, Naciones Unidas atraviesa un momento de debilidad institucional, este sistema es, todavía, lo mejor que tenemos.

Con posterioridad, el Dr. Xavier Pons Rafols confirma la calificación de los hechos como una agresión, lo que supone una violación grave y sistemática de la norma de *ius cogens* que prohíbe el uso de la fuerza armada contra otro Estado soberano, y atribuye la responsabilidad de ese hecho ilícito internacional a la Federación de Rusia. Frente a este suceso, tal y como apunta el Dr. Pons Rafols, la comunidad internacional, lejos de reaccionar colectivamente, ha reaccionado de forma muy diversa y se puede apreciar una falta de universalidad en la reacción, lo que deriva en dificultades para poner fin al conflicto. El autor cierra su contribución poniendo en evidencia la fragilidad estructural del derecho internacional dada la ausencia de mecanismos internacionales colectivos y coercitivos eficaces y cuestionando el nuevo orden internacional contemporáneo. Para este, es posible que, tras la guerra, se instaure un nuevo orden caracterizado por la tendencia al unilateralismo y se haga necesario reforzar la cooperación multilateral con nuevas fórmulas.

Por su parte, el Dr. Asier Garrido Muñoz analiza la providencia de la Corte Internacional de Justicia de 5 de junio de 2023 sobre las solicitudes de intervención en el asunto Alegaciones de geno-

cidio en virtud de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (Ucrania c. Federación Rusa). Las solicitudes de intervención (reguladas en el artículo 63 del Estatuto de la Corte) de terceros Estados en este procedimiento en lo relativo a la interpretación de la Convención han sido masivas, lo que ha hecho que Rusia plantee objeciones a la admisibilidad de dichas intervenciones. Tal y como afirma el autor, en esta fase del procedimiento, lo que está en juego es la imparcialidad y credibilidad de la Corte, aspectos que, según este, han quedado salvaguardados.

En la siguiente contribución, el Dr. Eduardo Jiménez Pineda abre una ventana a la confianza en el derecho internacional cuando de su observancia por parte de la Federación de Rusia se trata. Ucrania se ha embarcado en una estrategia de litigación internacional por medio de tribunales arbitrales contra la Federación de Rusia, quien atiende todas las demandas que se le presentan, aunque sea para establecer excepciones preliminares a la jurisdicción de estos tribunales. El autor analiza las controversias pendientes relativas a la interpretación o aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en los casos de, por un lado, los derechos del Estado ribereño en el Mar Negro, en el Mar de Azov y en el Estrecho de Kerch y, por otro lado, la detención de buques de la armada ucraniana y de sus tripulaciones.

La Dra. Olena Nihreieva también demuestra que, para la Federación de Rusia, el derecho internacional no es “totalmente irrelevante”, centrándose en las novedades del asunto Alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio (Ucrania c. Federación Rusa), y prestando especial atención a aspectos concretos como las alegaciones iniciales de Rusia de genocidio por parte de Ucrania hacia la población rusa del Donbás,

las declaraciones masivas con base en el art. 63 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, la inexistencia de un derecho a usar la fuerza de manera unilateral o las obligaciones *erga omnes partes* contenidas en la Convención sobre la prevención y sanción del delito de genocidio.

No obstante, que el derecho internacional no sea “totalmente irrelevante” para Rusia no quiere decir que lo interprete y cumpla con pulcritud. La Dra. Natalia Ochoa Ruiz se centra, en su reflexión, en cómo la Federación de Rusia interpreta el concepto de la legítima defensa en su propio beneficio. Así, primero analiza las diferencias conceptuales entre legítima defensa reactiva, interceptiva, anticipatoria y preventiva, para afirmar que, de manera estricta, el art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas solo admite la legítima defensa reactiva y que, en cualquier caso, la preventiva, la cual es alegada por Rusia para justificar su agresión a Ucrania, no tiene cabida en la interpretación de dicho artículo. Tal y como afirma la Dra. Ochoa Ruiz, este tipo de interpretación abre la puerta a muchas inseguridades jurídicas y violaciones del principio estructural de prohibición del uso de la fuerza armada.

Las siguientes contribuciones de la obra exploran las consecuencias de la guerra en relación con el ciberespacio. Por un lado, la Dra. Andrea Cocchini analiza los problemas jurídicos subyacentes a las operaciones cibernéticas contra infraestructuras críticas en el seno de la guerra entre la Federación de Rusia y Ucrania y determina que dichas operaciones constituyen “ataques” a la luz del derecho internacional humanitario, aunque no se trate de ataques tradicionales. De acuerdo con la autora, el derecho internacional humanitario se extiende a todos los métodos de guerra y a todos los tipos de armas. Por otro lado, la Dra. Irene Vázquez Serrano cen-

tra su reflexión en la problemática de la creación de ciberejércitos de *hackers* que también influyen en el devenir de la guerra y en el difícil acomodo de estos nuevos fenómenos en el marco del derecho internacional humanitario y del derecho internacional en general.

Asimismo, las reflexiones en torno al papel de la Corte Penal Internacional en el conflicto ruso-ucraniano tienen su lugar dentro de esta obra de la mano de tres expertos en la materia. La Dra. Carmen Quesada Alcalá y el Dr. Carlos Gil Gandía se ocupan en contribuciones independientes de la competencia de la Corte Penal Internacional respecto de los crímenes cometidos en Ucrania por parte de la Federación Rusa y las dificultades para juzgar la agresión, dado que ninguno de los dos Estados son Parte del Estatuto de Roma ni de las enmiendas de Kampala. No obstante, ambos autores resaltan que el hecho de que la Corte no ostente competencia para juzgar este crimen de agresión no implica que esté “mirando hacia otro lado”. Además, de manera significativa en este asunto, las actuaciones de la Corte están respaldadas por la comunidad internacional en su conjunto, pues, como subraya la Dra. Quesada Alcalá, esta está contando con la cooperación de organizaciones como Naciones Unidas o la Unión Europea para llevar a cabo sus investigaciones sobre los crímenes cometidos en Ucrania. También, en relación con la Corte Penal Internacional, el Dr. Harold Bertot Triana plantea una interesante posibilidad ante el hecho de que la Federación de Rusia no sea Estado Parte del Estatuto de Roma de 1998: la de que terceros Estados denieguen el reconocimiento de la inmunidad de la “troika” (jefe de Estado, jefe de Gobierno y ministro de asuntos exteriores rusos) como posible contramedida. Sin embargo, el propio autor reconoce las dificultades de la puesta en marcha de esta propuesta.

En lo que a la respuesta europea ante la agresión rusa a Ucrania se refiere, la Dra. Araceli Mangas Martín pone de manifiesto en su reflexión que, si bien esta guerra ha permitido mostrar al mundo una Unión Europea decidida a ayudar política, económica y militarmente a Ucrania, víctima de un acto de agresión, la misma aún no se encuentra exenta de debilidades estructurales que conducen a la fragilidad de sus exigencias en materia de valores. Concretamente, su Política Común de Seguridad y Defensa constituye una herramienta, según la autora, que se ha construido de manera lenta y ajena a los cambios que rápidamente sucedían a su alrededor y que es necesario repensar —sobre todo los aspectos relativos a la adopción de decisiones por unanimidad y la financiación de la ayuda militar en el presupuesto ordinario— si los Estados miembros desean asegurar la integridad futura de la Unión mediante su propia defensa.

A pesar de las mencionadas debilidades estructurales, si por algo ha destacado la Unión Europea en el marco de la guerra ruso-ucraniana es por la batería de contundentes sanciones que ha sido capaz de adoptar en un tiempo récord. El Dr. Luis M. Hinojosa Martínez da cuenta y defiende en su contribución las sanciones comerciales y financieras que la Unión ha impuesto a personas físicas y jurídicas rusas, prestando especial atención a su eficacia jurídica y económica para concluir que estas son eficaces para castigar a las personas y entidades más directamente involucradas en las acciones contra Ucrania, para disminuir los flujos exteriores de Rusia y para perjudicar su industria en determinados sectores clave. No obstante, estas sanciones exponen, al mismo tiempo, según el autor, las deficiencias del sistema comercial y financiero global, esto es, de la Organización Mundial del Comercio y del Fondo Monetario Internacional, para ayudar a poner fin al conflicto.

Otro de los fenómenos por los que ha destacado la Unión Europea en el contexto de este conflicto armado ha sido por la protección temporal ofrecida a los millones de ucranianos que se han desplazado huyendo de la guerra. La Dra. Elena Crespo Navarro analiza en su contribución la práctica estatal en torno a la protección temporal a la luz de la Directiva 2001/55/CE, activada unánimemente por el Consejo a través de la Decisión Ejecutiva 2022/382, y las cuestiones que esta suscita para destacar aspectos como la rapidez de la respuesta europea, el carácter vinculante de la protección o el sistema de reparto de las personas acogidas entre los Estados miembros. La autora concluye que si el recurso a esta herramienta ha sido rápido y eficaz en este caso es, en gran medida, porque los Estados miembros han actuado con determinación y voluntad política. No obstante, cuestiones como la interpretación excesivamente restrictiva de la Directiva o la importancia de la nacionalidad o de los lazos familiares a la hora de otorgar la protección temporal pueden resultar, de acuerdo con la Dra. Crespo Navarro, reprochables.

La obra que presentamos se cierra con dos contribuciones también relacionadas con las implicaciones de la guerra entre la Federación de Rusia y Ucrania para la Unión Europea. Por un lado, la Dra. Lidia Moreno Blesa analiza las consecuencias del conflicto para el mercado energético europeo, que dependía en gran medida del gas ruso, y, por otro lado, la Dra. María Torres Pérez estudia el papel de Eurojust en la guerra de Ucrania, reforzado por el Reglamento (UE) 2022/838, y cómo esta Agencia está logrando mejorar la coordinación y cooperación en la persecución de crímenes internacionales y afianzar su posición en el sistema de justicia penal universal.

Como el lector puede apreciar, esta obra colectiva ofrece, por un lado, una vi-

sión de conjunto sobre lo que la agresión de la Federación de Rusia a Ucrania supone para la comunidad internacional y el derecho internacional, y, por otro lado, una serie de reflexiones de gran rigor académico en torno a los problemas y desafíos concretos que de este conflicto surgen. Asimismo, la diversa procedencia, en términos de especialización material, de los autores y autoras que participan en esta obra aporta una visión transversal al estudio de la guerra ruso-ucraniana, enriqueciendo aún más su contenido.

Conviene poner de relieve la importancia y la necesidad de una obra colectiva como la que se reseña, sobre todo teniendo en cuenta la convulsa situación que vive la comunidad internacional en estos momentos. A fecha de diciembre de 2024, dos años después de la celebración de la Jornada organizada por la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, el conflicto armado entre la Federa-

ción Rusa y Ucrania no da señales de encontrarse próximo a su finalización y otros conflictos armados estallan y resurgen en otras partes del mundo. Además, la reelección de Donald Trump como presidente de Estados Unidos ensombrece, aún más si cabe, el devenir de esta guerra y sus terribles consecuencias. Si bien la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional prosiguen sus investigaciones y la Unión Europea continúa aprobando paquetes de sanciones, cada día miles de ucranianos huyen de su país y la barbarie no cesa. Recuperando la afirmación más compartida a lo largo de esta obra colectiva por parte de todos los autores y autoras, solo la cooperación y la voluntad política a escala global podrán poner fin al conflicto y al sufrimiento.

Carmen MARTÍNEZ SAN MILLÁN
Universidad de Valladolid

BRÖDERMANN, Eckart J., *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts – An Article-by-Article Commentary*, 2ª ed., Alphen Aan Den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2023 (traducción al castellano coordinada por Christian F. ZINSER CIESLIK y Pedro MENDOZA MONTANO, Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales – Comentarios artículo por artículo, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024)

Desde 2007, los tribunales españoles se remiten con regularidad a los *principios generales del Derecho contractual mercantil internacional* que el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) ha recopilado y desarrollado en una colección de 211 normas —es decir, los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (“Principios UNIDROIT”)—. Publicados por primera vez hace treinta años, en 1994, han sido ampliados y completados por ediciones adicionales en 2004, 2010 y 2016, siendo esta última versión

objeto de los libros que se comentan a continuación. Al igual que los tribunales de muchas otras jurisdicciones de todo el mundo, los tribunales españoles han utilizado los Principios UNIDROIT para *interpretar y complementar su legislación nacional*. Otros tribunales han utilizado los Principios UNIDROIT para *interpretar y completar instrumentos internacionales*, en particular la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CNUCCIM, siglas en español, o CISG, siglas en inglés). En la misma línea, *cientos*

de laudos arbitrales han hecho referencia a los Principios de UNIDROIT, a menudo refiriéndose explícitamente a ellos como principios generales del Derecho (*vid., ad ex., www.unilex.info*). Legisladores de varios continentes se han inspirado en los Principios de UNIDROIT. Los contratantes de diversos Estados han utilizado los Principios UNIDROIT como *régimen contractual neutral*, normalmente en combinación con una cláusula de arbitraje (el autor denomina a esto “*simplified global contracting*” o “contratación global simplificada” [Introduction/Introducción, número marginal 2, en p. 2 edición inglesa y p. 172 edición española]). La *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional* ha respaldado los Principios UNIDROIT en varias ocasiones, la última en 2021 (el texto de la resolución se reproduce en las p. 66-67 de la edición inglesa y en la p. 245 de la edición española). La *Union Internationale des Avocats* ha aprobado una recomendación oficial de los Principios UNIDROIT en 2020 (p. 67 de la edición inglesa, p. 246 de la edición española).

En su comentario artículo por artículo, Eckart J. Brödermann, “uno de los observadores más influyentes del Grupo de Trabajo internacional” para los Principios UNIDROIT 2010 y un “gran conocedor de los Principios UNIDROIT” (como señaló el Presidente del Grupo de Trabajo en su prefacio a la 1ª edición, reimpresso en la p. XIII de la edición inglesa), ha abordado todas estas cuestiones, junto con ejemplos detallados, sugerencias prácticas y comentarios sobre cada una de las 211 normas. El autor es Catedrático de la Universidad de Hamburgo y abogado con formación académica internacional en EE.UU. (*Harvard Law School*, admitido en el *New York Bar*) y en Francia (París V, *Licenciatura y Maîtrise en droit*). Redacta sus comentarios, basándose en 20 años de experiencia práctica en la contratación internacional bajo los Principios UNIDROIT y en su utilización en arbitrajes

desde 2001. Este bagaje práctico se percibe a lo largo de todo el libro. A menudo, sus comentarios incluyen observaciones desde la perspectiva de un abogado internacionalista especializado en el arbitraje o de un árbitro; 112 epígrafes incluyen la palabra “opción” u “opciones” en referencia a las elecciones que las partes pueden hacer, cuando actúan bajo los Principios UNIDROIT, que se basan esencialmente en la *autonomía de la voluntad* de las partes (art. 1.5) y en el principio general de *buena fe y lealtad negocial* (art. 1.7). Otros epígrafes están igualmente orientados a la práctica, como “impacto en la gestión de riesgos en la etapa de redacción del contrato” en los comentarios sobre la “previsibilidad del daño” (art. 7.4.4) en la sección de resarcimiento. En la misma línea, y a modo de ejemplo adicional, los comentarios sobre “excesiva onerosidad” (art. 6.2.2 y 6.2.3) incluyen un análisis de las cláusulas Brexit y Corona (COVID 19), redactadas utilizando los Principios de UNIDROIT como una *plantilla*, es decir, una posibilidad más de utilizar los Principios de UNIDROIT.

La primera edición inglesa del libro de 2018 fue bien recibida y reseñada en 19 Estados y traducida al chino (véase la reseña en p. VIII-IX de la edición inglesa; para una revisión de la 1ª edición en español, *vid.* F. Dessemontet, “Eckart J. Brödermann, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. An Article-by-Article Commentary, *Kluwer Law*”, *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje*, 2019, 34, pp. 179-183). Gracias a la excelente traducción al español realizada por dos equipos en México y Guatemala coordinados por CHRISTIAN F. ZINSER CIESLIK (México) y PEDRO MENDOZA MONTANO (Guatemala), la 2ª edición está ahora disponible, en septiembre/octubre de 2024, para el mundo jurídico español e hispanoamericano. El proyecto de traducción contó con el apoyo oficial de la asociación mexicana del

Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México.

El proyecto de traducción del comentario BRÖDERMANN se basó en la traducción oficial de las “*black letter rules*” de los Principios UNIDROIT realizada por ALEJANDRO M. Garro (Facultad de Derecho de Columbia), Javier Rodríguez Olmos (Universidad Externado de Colombia) y María Pilar Perales Viscasillas (Universidad Carlos III de Madrid), así como por Pedro Mendoza Montano (Universidad Francisco Marroquín, Guatemala), que también formó parte del proyecto de traducción del comentario Brödermann, asegurando así un vínculo de coherencia con la traducción oficial de los Principios UNIDROIT.

Más de 20 años después de la publicación de la 2ª edición de D. Morán Bovio, Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional, Pamplona, Aranzadi, 2003, el mundo hispanohablante vuelve a tener acceso a una amplia literatura (secundaria) en español sobre los Principios de UNIDROIT, en su integridad, con observaciones desde una perspectiva práctica. Los Comentarios Oficiales del propio UNIDROIT, que están disponibles en español como una de las lenguas oficiales de UNIDROIT, también incluyen ilustraciones prácticas de las “*black letter rules*”. Sin embargo, forman parte de la plasmación oficial de las normas jurídicas contenidas en los Principios de UNIDROIT y se mantienen en un lenguaje neutro; mientras que el profesor E. Brödermann añade antecedentes comparativos e históricos, así como observaciones anecdóticas de la práctica. Al leer en paralelo los Comentarios Oficiales y las observaciones de E. Brödermann sobre cualquiera de las normas, el lector recibe una imagen fidedigna del contenido de los Principios UNIDROIT.

Además de una introducción general a los Principios UNIDROIT (pp. 1-21 de la

edición inglesa, pp. 165-193 de la edición española) y de los comentarios detallados, orientados a la práctica, artículo por artículo, la 2ª edición inglesa y la traducción española contienen dos anexos dignos de consideración:

1º En un *anexo al Preámbulo* titulado “*Los Principios Unidroit como Principios Generales del Derecho de los Contratos Comerciales Internacionales*” (pp. 41-73 de la edición inglesa y pp. 211-247 de la edición española), el autor expone las razones por las que los Principios UNIDROIT pueden calificarse de principios generales del Derecho de los contratos comerciales internacionales, basándose en: a) una *amplia práctica* (incluida la práctica de los tribunales españoles citada en p. 62 nota 125 y p. 64 nota 139 de la edición inglesa, p. 233 nota 390 y p. 235 nota 404 de la edición española; e incluyendo un Laudo Preliminar de 2020 en el famoso arbitraje *ad hoc Nurhirma Kiram Fornan et al. v Malaysia, ibidem*, p. 41 de la edición inglesa, p. 211 de la edición española), y b) *una emergente opinio iuris* (Anexo Preámbulo, números marginales 35-40, pp. 65-68 de la edición inglesa, pp. 244-249 de la edición española). Este anexo será particularmente útil en el arbitraje internacional cuando un tribunal arbitral sea invitado por elección de las partes a basarse en los principios generales de los contratos o, si desea hacerlo así, para reforzar su decisión.

2º En un *anexo a la Sección 5.1* titulado “*Principios de Unidroit para Tipos Específicos de Contratos (Compraventa, Servicios, Obra)*” (pp. 247-259 de la edición inglesa, pp. 440-453 de la edición española), el libro proporciona una *checklist* de utilidad práctica con una visión general sobre las cuestiones específicas más importantes de los tipos de contratos abordados, estableciendo qué normas de los Principios UNIDROIT se aplican, si el contrato no dispone otra cosa. De hecho, como ya se ha señalado, de conformidad

con el artículo 1.5 de los Principios UNIDROIT, la autonomía de la voluntad de las partes siempre permitirá —dentro de los límites del principio general subyacente de buena fe y lealtad negocial— adaptar o especificar las normas establecidas en los Principios UNIDROIT mediante un compromiso internacional, desarrollado a lo largo de décadas desde las primeras partes del inicio del Estudio L de UNIDROIT en 1970 (citado al principio de una lista exhaustiva de material preparatorio en p. LXV de la edición inglesa, p. 60 de la edición española).

En cuanto a la elección de los Principios UNIDROIT, el autor aboga por una *cláusula detallada y autoexplicativa de elección de los Principios Unidroit* (Introducción, número marginal 9d, p. 12 de la edición inglesa, p. 179 de la edición española), incluyendo una *plantilla*. Además, aborda la difícil y aún poco explorada relación entre la CISG y los Principios UNIDROIT, según la cual las partes son libres de apartarse de la CISG en virtud de su art. 6 (Introducción número marginal 9e-f, pp. 13-14 de la edición inglesa, pp. 180-181 de la edición española).

Desde una perspectiva académica, y para profundizar en la práctica, resulta útil que el comentario enumere para cada capítulo o sección, si procede, los *trabajos preparatorios* de esa parte de los Principios de UNIDROIT. En la misma línea, a lo largo de los comentarios, el libro incluye *referencias bibliográficas de mayor calado*, como, *ad ex.*, sobre desarrollos jurídicos e históricos comparados, especialmente en los exhaustivos

N. Jansen/R. Zimmermann (Eds.), *Commentaries on European contract laws*, Oxford, Oxford University Press, 2018, o el libro de A. Garro/J.A. Moreno Rodríguez (Eds.), *Use of the Unidroit principles to interpret and supplement domestic contract law*, Cham, Switzerland, Springer, 2021. La traducción española contiene, además de un prefacio de los traductores, un “Prólogo” del profesor Alejandro Garro (Columbia Law School, Nueva York, pp. 47-49), que pone el comentario de E. Brödermann en perspectiva de las recientes investigaciones sobre Derecho mercantil internacional en Colombia, Chile, México y Perú.

El comentario del profesor E. BRÖDERMANN puede servir, así como una herramienta práctica y académica dispuesta para trabajar con los Principios UNIDROIT que ningún abogado o árbitro que actúe internacionalmente debería ignorar 30 años después de su primera publicación. Gracias a los esfuerzos de traducción de los equipos mexicano y guatemalteco, este comentario puede utilizarse ahora también en español como obra de referencia para la contratación internacional y el arbitraje internacional. En la misma línea, el comentario también puede utilizarse como material didáctico de Derecho contractual en las universidades para ofrecer una perspectiva global y comparada cuando se enseña Derecho contractual nacional. Se use con una u otra finalidad, el lector inteligente apreciará que tiene una *obra maestra* entre sus manos.

Alfonso-Luis CALVO CARAVACA
Universidad Carlos III de Madrid

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier; *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, 6 volúmenes, Edisofer, Madrid, 2024, 4.451 pp.

El *Tratado crítico de Derecho Internacional Privado*, obra de los profesores ALFONSO Luis calvo Caravaca y Javier

Carrascosa González, es un análisis exhaustivo y actualizado del Derecho internacional privado. Esta obra destaca

por su enfoque crítico y su profundidad científica, convirtiéndose en un referente esencial para estudiantes, investigadores y profesionales del Derecho.

Estamos ante es una obra monumental que destaca por su exhaustividad y su enfoque innovador. En sus seis volúmenes, ofrece una aproximación crítica, teórica y práctica a los principales temas del Derecho internacional privado, adaptada a las exigencias actuales de la globalización y las dinámicas transnacionales. La obra abarca un rango amplio y detallado de temas, organizados en secciones que facilitan su consulta. Los autores no solo explican las normas existentes, sino que las evalúan críticamente, destacando sus limitaciones y sugiriendo mejoras basadas en un análisis comparativo e interdisciplinar. La obra incluye análisis detallados de la normativa europea y su interacción con otros sistemas jurídicos. Está diseñada tanto para estudiantes y académicos como para juristas en ejercicio, con casos prácticos, análisis jurisprudenciales y comentarios sobre tendencias emergentes.

El *Tratado crítico* se compone de seis volúmenes, cada uno dedicado a diferentes áreas del Derecho internacional privado. En total, la obra consta de 24 capítulos, abarcando de manera exhaustiva, podemos decir sin reservas, la integridad de las áreas del Derecho internacional privado. A continuación, se detallan los volúmenes y los capítulos que incluyen.

Volumen I: Derecho internacional privado. Introducción y parte general. Este volumen aborda los conceptos fundamentales del Derecho internacional privado, incluyendo su definición, características, objeto y contenido, así como la complejidad de sus fuentes, nacionales, internacionales y supranacionales. Con una acertada visión de la incardinación de las normas europeas y de la relación entre el Derecho internacional privado de la Unión Europea y el español. Tam-

bién estudia los problemas de la determinación del Derecho aplicable, las técnicas de reglamentación y la aplicación del Derecho extranjero.

Volumen II: Derecho procesal civil internacional. Se centra en la competencia judicial internacional, la eficacia extraterritorial de decisiones, la ley aplicable al proceso con elemento extranjero, la asistencia judicial internacional, la forma de los actos jurídicos y la insolvencia internacional.

Volumen III: Derecho de familia internacional I. Este volumen se ocupa de la persona física, el matrimonio y las parejas de hecho, el régimen patrimonial de matrimonios y de las parejas registradas y las crisis matrimoniales .

Volumen IV: Derecho de familia internacional II. Aborda la filiación natural, con una atenta consideración de los problemas que suscitan las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción internacional, la protección internacional de menores, los alimentos y la sucesión hereditaria.

Volumen V: Derecho de los negocios internacionales I. Se enfoca en la competencia judicial internacional y el Derecho de los negocios internacionales, incluyendo el Reglamento 1215/2012 *Bruselas I-bis*, las sociedades de capital , y los contratos internacionales, con especial atención a los contratos propios del comercio internacional.

Volumen VI: Derecho de los negocios internacionales II. Este volumen cubre el contrato internacional de seguro, los contratos internacionales de consumo, el contrato internacional de trabajo, los derechos reales, la propiedad intelectual e industrial, las obligaciones extracontractuales , la libre circulación de decisiones judiciales y extrajudiciales en el ámbito patrimonial, con particular atención al Reglamento *Bruselas I bis*, los títulos valores y el arbitraje privado internacional.

Uno de los valores añadidos de esta obra es su estructura clara y su énfasis en la interrelación entre la teoría jurídica y la práctica. Cada volumen ofrece análisis normativos, doctrinales y jurisprudenciales, lo que facilita la comprensión de los principios del Derecho internacional privado y su aplicación en un mundo globalizado. Por ejemplo, el volumen dedicado al Derecho de los negocios internacionales explora detalladamente aspectos como la ley aplicable en contratos internacionales y las fusiones de sociedades transnacionales, vinculándolos con la protección de los derechos económicos y sociales. La fecunda obra de los autores continuamente nos interpellaba a los juristas, académicos y prácticos, sobre el valor de la dogmática jurídica. La idea de que *la dogmática jurídica es la defensa contra los poderosos del ciudadano normal, especialmente, del menos favorecido*, cristaliza paradigmáticamente en el *Tratado crítico*. Los autores militan en pro de una justicia igual para todos; combaten *la interpretación evolutiva del Derecho* para evitar que germine *la semilla de la arbitrariedad y el abuso de poder*.

El lenguaje accesible y el rigor académico de los autores hacen que este *Tratado crítico* sea una herramienta fundamental tanto para especialistas en Derecho internacional privado como para aquellos que desean profundizar en esta disciplina en constante evolución. Además, su análisis crítico permite identificar áreas de mejora regulatoria y plantea alternativas que podrían contribuir al desarrollo del marco jurídico adecuado. Es, en resumen, una obra imprescindible que combina análisis académico con utilidad práctica para abordar los desafíos del Derecho internacional privado en el siglo XXI, con una defensa a ultranza de la dogmática en Derecho internacional privado, de sus instituciones, de sus conceptos y del rigor en la argumentación.

El *Tratado crítico*, como hemos dicho, utiliza un lenguaje técnico, pero accesible, y emplea ejemplos prácticos para ilustrar conceptos complejos. Cada capítulo incluye referencias normativas, jurisprudenciales y bibliográficas que convierten a esta obra en una herramienta de referencia imprescindible. Sin embargo, algunos podrían considerar que su extensión y detalle pueden resultar extremo para quienes buscan soluciones rápidas a problemas prácticos. Aun así, esta exhaustividad es precisamente lo que la convierte en un referente para abordar cuestiones complejas del Derecho internacional privado.

En definitiva, este *Tratado* representa una contribución crucial al entendimiento y la práctica del Derecho internacional privado, combinando análisis crítico, utilidad práctica y una visión moderna del papel de las normas jurídicas en un mundo globalizado, equilibrada con el dominio de los métodos y conceptos clásicos del Derecho, no solo del Derecho internacional privado.

Uno de los rasgos distintivos del *Tratado* es su perspectiva crítica. Los autores no se limitan a exponer el Derecho vigente, sino que cuestionan su coherencia, eficacia y adaptación a los problemas contemporáneos. Este enfoque fomenta una reflexión profunda y argumentada sobre las debilidades y fortalezas del sistema jurídico, lo que resulta especialmente valioso en un contexto globalizado y dinámico.

La obra destaca por su claridad expositiva y su estructura lógica, que facilita la comprensión de temas complejos. Los conceptos fundamentales se explican con rigor académico, pero sin renunciar a un lenguaje claro y preciso. A lo largo del texto, los autores incluyen referencias a casos prácticos, jurisprudencia relevante y ejemplos concretos que ilustran las problemáticas abordadas. De inestimable valor y utilidad resultan los ane-

xos de jurisprudencia, ordenada y bien sistematizada, que cierran cada uno de los capítulos.

El *Tratado crítico* también se caracteriza por una abundante bibliografía, que refleja el amplio conocimiento y la exhaustividad de los autores. Las referencias doctrinales, nacionales y extranjeras, enriquecen el análisis, situándolo en un marco global e interdisciplinar. Los autores proponen soluciones a problemas actuales y formulan propuestas de reforma normativa, lo que convierte la obra en un referente no solo descriptivo, sino propositivo.

Estamos ante una contribución esencial para el estudio y la práctica del Derecho internacional privado. Su enfoque riguroso, crítico y actualizado lo convierte en una obra de consulta obligada para quienes buscan entender y abordar los desafíos legales en un mundo interconectado e interdependiente, en el que las personas y las empresas se relacionan sin límites. Aunque su nivel de detalle puede resultar desafiante para lectores no especializados, recompensa con creces el esfuerzo al ofrecer una comprensión profunda, aguda y matizada de los temas estudiados.

La evolución de la ciencia, también de la ciencia jurídica, es un proceso complejo que no puede ser explicado únicamente a través de la refutabilidad de los resultados, como proponía Karl Popper. Aunque el método científico y la capacidad de someter teorías a prueba son fundamentales, el avance de la ciencia también está profundamente influido por el contexto institucional y personal en el que se desarrolla. No podemos considerar aquí el contexto institucional en el que se desenvuelve la labor de los autores, exponentes de dos brillantes generaciones de académicos que han creado escuela; como muestra ,las puntuales contribuciones de las profesoras Caste-

llanos, Rodríguez y Caamiña, cuidadas y en línea con el conjunto de la obra.

Sí queremos poner de manifiesto que la creatividad científica y el impulso para resolver problemas están influenciados por factores personales. La impronta de la trayectoria científica de CALVO y CARRASCOSA, en una simbiosis paradigmática, construida a lo largo de años de esforzada colaboración ejemplar, fructifica en este *Tratado crítico*. CALVO y CARRASCOSA han construido una obra fruto de un estilo que no solo implica cooperación, sino una interacción en la que cada uno de ellos contribuye con sus fortalezas y, al hacerlo, potencian el impacto del conjunto.

Sin incurrir en la hipérbole, puede afirmarse que el *Tratado crítico* está llamado a ser considerado una obra canónica, concepto no exento de controversias, sobre todo si los cánones reflejan sesgos históricos, culturales y de poder . No es éste el caso, pues estamos ante una obra de referencia central por su relevancia, calidad, influencia y capacidad para representar los valores y temas esenciales del Derecho internacional privado. Lo es, además, porque no es fruto de la improvisación ni del acopio oportunista de materiales.

No es, sin embargo, una obra perfecta. Sí lo es en el contenido, que no merita tacha, de tan amplio y profundo, además, suscitará el debate que enriquece . No obstante, el formato elegido nos parece poco adaptado a las transformaciones tecnológicas, sociales y culturales derivadas de la digitalización. Para cumplir cabalmente con su, por otra parte, más que logrado propósito de orientar, analizar y resolver las cuestiones del Derecho internacional privado en un entorno cada vez más dinámico y globalizado, debería estar disponible en formatos digitales abiertos y compatibles con diferentes dispositivos y plataformas. También, incluir funciones avanzadas de

búsqueda por palabras clave, temas o jurisprudencia relacionada. E interactuar con bases de datos legales, sistemas de inteligencia artificial y herramientas de análisis. Claro que para ello es esencial la

colaboración de los editores. Quizá para la segunda edición.

Pilar BLANCO-MORALES LIMONES
Universidad de Sevilla

CALVO MARISCAL, Lorena M., *Inmigración, Externalización de Fronteras Europeas y Derechos Humanos en Libia*, Editorial Reus, Madrid, 2023, 309 pp.

En la reunión del Consejo Europeo de octubre de 2024, los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros junto con la Presidenta de la Comisión dedicaron nuevamente parte de sus debates a la inmigración, poniendo el énfasis en la intensificación de la cooperación con los países de origen y tránsito. En las Conclusiones de la Presidencia se ha dejado constancia de la determinación de “garantizar un control efectivo de las fronteras exteriores de la Unión por todos los medios disponibles” y la necesidad de estudiar nuevas formas de prevenir y combatir la inmigración irregular. La externalización de las fronteras y el enfoque securitario siguen estando, pues, muy presentes en las políticas europeas de inmigración y asilo. En este contexto, la monografía que aquí se reseña resulta más que pertinente. Las voces que alertan sobre las vulneraciones de los derechos humanos en el contexto de las políticas migratorias europeas son muchas ciertamente. Pero hacen falta estudios que aporten herramientas jurídicas y marcos conceptuales para abordarlas, como hace magníficamente la profesora Calvo Mariscal. Su trabajo toma como caso de estudio la cooperación de la Unión Europea con Libia, lo que constituye una excelente elección debido, entre otros, a los terribles abusos contra los derechos humanos de los migrantes que en este país se producen de manera sistemática. Las actuaciones europeas en relación con Libia son un buen modelo para abordar una categorización

conceptual de las medidas que generalmente se engloban dentro de lo que se conoce como externalización de las fronteras, para después presentar las posibles vulneraciones de derechos humanos que generan y sus consecuencias jurídicas, en particular la posible atribución de responsabilidad internacional. Debe destacarse que a lo largo de la obra los análisis jurídicos incluyen la interacción entre el derecho internacional y el derecho de la Unión Europea, lo que aporta complejidad y riqueza a los mismos.

El libro se divide en dos grandes partes. La primera, titulada *Inmigración y externalización de funciones fronteras. Crisis de refugiados y Unión Europea*, está integrada por tres capítulos. En el primero de ellos encontramos una contextualización de las políticas europeas de inmigración y asilo como respuesta a la denominada “crisis de refugiados”. A partir de una descripción general de los flujos migratorios en el periodo de 2015 a 2022, se ofrece una visión de conjunto de la actuación de la Unión Europea. Ahí aparecen ya las primeras referencias a las medidas de desterritorialización adoptadas, lo que dará paso a un análisis de las mismas en los dos capítulos siguientes. En ellos el foco se sitúa en la deslocalización de las funciones de fronteras y de gestión migratoria tanto en la sociedad internacional como en la propia Unión Europea. En estos capítulos se abordan cuestiones jurídico-teóricas de relevancia y se aportan interesantes precisiones

conceptuales, delimitando con claridad los términos desterritorialización, externalización y extraterritorialización. Estos conceptos son trasladados a la gestión de las fronteras llevada a cabo por la Unión Europea y sus Estados miembros en el cuadro de las políticas migratorias y su dimensión exterior. Para ello en el capítulo III se analiza el marco jurídico de las políticas sobre control de fronteras en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, poniendo especial atención en lo que atañe a su dimensión exterior. Las reflexiones ofrecidas en este capítulo constituyen una de las grandes aportaciones teóricas de esta obra.

En la segunda parte del libro, estas propuestas conceptuales y este análisis teórico-jurídico se aplican específicamente a los instrumentos de cooperación utilizados por la Unión Europea y sus Estados miembros en su relación con Libia. La primera cuestión que se aborda (en concreto en el capítulo IV, que inicia este bloque) es la situación del respeto de los derechos humanos de los migrantes en Libia. Se examina una exhaustiva documentación tanto de organizaciones internacionales (como Naciones Unidas o la Organización Internacional para las Migraciones) como de organizaciones no gubernamentales para describir la práctica sistemática de las más atroces violaciones de los derechos humanos básicos de las personas migrantes. Lo que, complementado con el régimen legal de la migración en Libia, permite concluir de forma taxativa que Libia no puede considerarse un país seguro a efectos de la aplicación de las políticas europeas. Partiendo de esta premisa, se pasa a continuación a analizar la cooperación de la Unión Europea y sus Estados miembros con Libia. Así, en el capítulo V los conceptos de desterritorialización, externalización y extraterritorialización permiten una presentación sistemática y una categorización de medidas como la formación y equipamiento de los guardacostas

libios, la ayuda para la creación de una zona SAR, o el intercambio de información sobre operaciones de interceptación de inmigrantes y refugiados. Todo ello precedido de una exposición del marco general de la cooperación con Libia, con especial referencia a sus relaciones con Italia y Malta y a las misiones de la Política Común de Seguridad y Defensa para luchar contra la inmigración irregular. A partir de esta visión de la situación en Libia y de las medidas de cooperación adoptadas por la Unión Europea se pasa a realizar, en los dos capítulos siguientes, un análisis jurídico de las posibles vulneraciones de derechos humanos que dichas actuaciones pueden implicar y de las consecuencias jurídicas que de ello se derivan. Primero, en el capítulo VI, se examina la aplicación extraterritorial de las obligaciones de derechos humanos, en concreto de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como la responsabilidad internacional del Estado y de las organizaciones internacionales en actuaciones fuera de territorio. A continuación, en el capítulo VII, se superpone este marco jurídico a las medidas de cooperación de la Unión Europea con Libia, antes descritas. Este capítulo constituye una gran aportación académica sobre cuestiones muy complejas. La aplicación de las obligaciones derivadas de los instrumentos de derechos humanos, internacionales y europeos, a las actuaciones que pueden calificarse de extraterritoriales, tanto por parte de la Unión Europea como de Italia o Malta resulta difícil de objetar. Sin embargo, no ocurre lo mismo con las acciones de externalización, que presentan una mayor dificultad tanto por lo que se refiere a la calificación jurídica como a la existencia de vías jurisdiccionales que permitan sustanciar la existencia de vulneraciones o de responsabilidad. El lector encontrará al respecto un

excelente análisis jurídico con conclusiones convincentes y bien argumentadas. Resultan de especial interés las consideraciones sobre la propuesta avanzada por la Comisión en 2018 de crear plataformas de desembarco en terceros países para inmigrantes y refugiados rescatados por las autoridades europeas, que si bien no se llegó a concretar en su momento presenta muchos puntos en común con el debate actual sobre el establecimiento de centros en países terceros, siguiendo el ejemplo de la política impulsada en Italia por el gobierno de Georgia Meloni.

Finalmente, la Dra. Lorena Calvo culmina su trabajo con unas conclusiones que reflejan las principales aportaciones de cada capítulo y que conducen a afirmar que la UE debe revisar su política en relación con Libia, incorporando mecanismos de control, seguimiento y vigilancia del respeto de los derechos humanos, muy especialmente de la obligación de no devolución, si quiere ser co-

herente con los valores proclamados en el artículo 2 del TUE que, como ha dicho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no es una mera declaración retórica sino que impone una obligación jurídica de resultado tanto a la Unión Europea como a sus Estados miembros. Más allá del caso de Libia, en un momento en que la Unión Europea sigue poniendo el foco de sus políticas de inmigración y asilo en la cooperación con los países terceros de origen y tránsito, es imprescindible recordar la necesidad de establecer cauces de promoción y protección de los derechos humanos en situaciones de desterritorialidad, extraterritorialidad y externalización. El libro de la profesora Calvo Mariscal es una gran contribución en esta línea y por ello debe ser muy bienvenido.

Montserrat Pi LLORENS
Universitat Autònoma de Barcelona

CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz (dir.), *Derecho de familia internacional en un contexto de creciente migración: Cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111*, Aranzadi, 2024, 438 pp.

Me produce enorme satisfacción hacer la reseña a esta obra colectiva resultado de un Proyecto de investigación I+D solicitado desde la Universidad de Sevilla (*Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración*) que hace unos años tuve que informar. Y lo hice en sentido positivo, segura de que el Proyecto tal y como venía planteado unido a la solidez de sus participantes darían un buen resultado, como así ha sido, bajo la segura guía de la profesora Beatriz Campuzano.

La obra tiene la originalidad de partir de una selección de problemas que plantea la regulación de la familia en supues-

tos internacionales, los más actuales. En este sentido el lector no encontrará un trabajo sistemático sobre el Reglamento 2019/1111. Con la particularidad de que involucra cuestiones de Derecho internacional privado y cuestiones de Derecho de extranjería, lo cual es tan poco habitual (dado que es minoritaria la impartición de la docencia en las Facultades de Derecho) como útil (pues ciertos aspectos del Derecho de extranjería ponen a prueba los mecanismos de Derecho internacional privado dándose una relación de vasos comunicantes entre una y otra disciplina). Desde esta perspectiva, esencialmente innovadora y útil a efectos prácticos, científicos y docentes, creo sin

embargo que el título no hace justicia al contenido por ser éste mucho más amplio que las “cuestiones vinculadas con el Reglamento 2019/1111” como aclara el subtítulo.

Dicho esto, la obra que se presenta ofrece tres aspectos muy positivos. En primer lugar, su carácter interdisciplinar en conexión con lo ya señalado; por otra parte, la claridad expositiva y, en tercer lugar, la actualidad y riqueza de las fuentes utilizadas, factores que pueden convertirla en una obra de referencia. Ahora bien, precisamente por la disparidad de los problemas abordados me parece insoslayable aludir brevemente al contenido de cada uno de los Capítulos.

En efecto, la muestra de todo ello se encuentra de entrada en los *Capítulos 1*, M^a Ángeles Sánchez Jiménez, y *Capítulo 2*, Beatriz Campuzano Díaz, en los que se abordan las dificultades que muestran algunos instrumentos del Derecho internacional privado europeo para facilitar lo que se viene denominando la continuidad del estado civil. En el *Capítulo 1* se denuncian las insuficiencias de los instrumentos europeos para facilitar el acceso a la justicia a determinadas uniones familiares (parejas del mismo sexo), rayando la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial y se valora la Propuesta de Reglamento UE sobre filiación como un paso hacia delante (al unificar la competencia judicial, la determinación del derecho aplicable y el reconocimiento). Es cierto que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) hay una admisión de la idea de continuidad del estado civil a efectos funcionales (matrimonio de personas del mismo sexo) que la autora conoce bien y destaca. Creo que las insuficiencias tienen como última causa la ausencia de atribución material de competencia a la Unión Europea para intervenir en el ámbito del estado civil al desbordar los límites materiales del Tratado de Funciona-

miento de la UE (TFUE). Ese límite del TFUE es lo que ha permitido forjar un Derecho internacional privado europeo extenso y fuerte para permitir la coexistencia de muy diferentes modelos familiares, y falta aún adecuarlo a las nuevas demandas sociales en la medida en que así lo quieran los Estados miembros (la voluntad política puede estar en la Comisión e incluso en el TJUE, pero la decisión última corresponde a los Estados miembros). Por otra parte, explica la autora alguna de las claves de la Propuesta de Reglamento de filiación, orientado a facilitar el reconocimiento de la filiación de un Estado miembro a otro, instrumento que favorecerá la circulación de supuestos dispares pero asumibles (p.ej. la adopción monoparental), pero que tropezará con la losa del orden público de los Estados miembros en los supuestos de filiación en los que la contraposición valorativa subyacente sea radical.

De esta Propuesta de Reglamento sobre filiación, presentada en 2022, se ocupa *in extenso* Beatriz Campuzano, no sin antes examinar cuáles han sido las claves de evolución en orden a facilitar el reconocimiento tanto en la doctrina (¿Cómo método alternativo al método conflictual?) como en la jurisprudencia del TJUE (ass. *Comman*, *Pancharevo*, *Rzecz-nik*). Y dado que la filiación tampoco se define en los instrumentos de Derecho internacional privado europeo, la autora lo plantea como un problema de cuestión previa cuyos parámetros analiza y resuelve correctamente a mi entender.

Entrando en el examen del Reglamento 2016/1111, el *Capítulo 3* (redactado por Elena Cano Bazaga) se dedica a las novedades en cuanto a la excepción de litispendencia y los Capítulos 4, 5 y 6 tienen por objeto el secuestro internacional de menores en aspectos relevantes desde la perspectiva española, tales como el derecho del menor a ser oído (a cargo de Pilar Martín Ríos en el *Capítulo 4*), el

procedimiento de restitución de menores desde una perspectiva práctica (del que es autor el profesor Antonio J. Calzado Llamas en el *Capítulo 5*), sólidamente contruidos; y en el *Capítulo 6* la perspectiva comparada con el ordenamiento polaco (de la que es autora Monika Walachowska). En el *Capítulo 7* la profesora M.^a Ángeles Rodríguez Vázquez, examina las medidas previstas en orden a facilitar la eficacia extraterritorial de resoluciones matrimoniales, en materia de responsabilidad parental así como las privilegiadas (sobre restitución de menores) con toda claridad. Se echa en falta cualquier mención a aquellas resoluciones o documentos públicos extranjeros relativos a medidas especiales de protección de menores (p.ej. tutela) que están dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento 2016/1111 si bien con un tratamiento confuso en cuanto a los certificados (descuido tal vez, condicionado por la existencia del Convenio de La Haya de 1966 sobre protección de menores que también las contempla). Muy razonable e interesante la propuesta *de lege ferenda* en orden a mejorar la DF 22^a de la LEC, en cuanto a las autoridades españolas encargadas de expedir los certificados uniformes y en orden a mejorar los supuestos en que se solicite en España la ejecución de una resolución o documento público extranjero.

Por último, corresponde a Antonia Durán Ayago, en el *Capítulo 8*, el mérito de hacer un cuadro claro y sintético de la mediación familiar y su desarrollo en los distintos marcos supranacionales (Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea y Conferencia de La Haya de DIPr), para descender luego al análisis de este método alternativo de solución de controversias tal y como se contempla en el Reglamento 2016/1111. Un trabajo fundamental como punto de partida para cualquier otra investigación.

La obra se enriquece con una perspectiva comparada respecto a países terceros, limitada por países y por temas. Eso sí, los países-ordenamientos escogidos son particularmente relevantes para España lo que añade interés a los trabajos. Por una parte, el Reino Unido y las relaciones de cooperación judicial internacional en materia matrimonial y de responsabilidad parental (profesor Miguel Checa Martínez en el *Capítulo 9*). Por otra, Marruecos: en el *Capítulo 10* se analizan las posibilidades de reconocimiento de supuestos de disolución del matrimonio a partir de un método de equivalencia funcional, Salma El Ouzzani Chahdi; en el *Capítulo 11*, M.^a Dolores Adam Muñoz aborda el (muy) diferente contenido de las relaciones matrimoniales y las relaciones de filiación comparando el ordenamiento español y el marroquí, sobre las que gravita una perspectiva de género; llegando a una conclusión ciertamente negativa y es la dificultad para que las relaciones jurídicas retenidas circulen con fluidez entre ambos países. Finalmente, en el *Capítulo 12* Aline Bertrame de Moura y Felipe Leal, se adentran en el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 aplicado por las autoridades brasileñas.

No he encontrado mis notas pero tengo la impresión de que el objeto inicial se amplió con una Parte VI (*Capítulos 13 a 17*) cuyo contenido está centrado en la protección de la infancia y de las mujeres por el Derecho Internacional y el Derecho de Extranjería. Esta extensión resulta acertada, y refrescante, nada más que por la actualidad de los problemas que se han escogido. Pero es que el estudio de ciertos problemas de extranjería resulta indisoluble de la idea de protección internacional.

Destaca el *Capítulo 13* en el que Elena López Barba consigue poner orden, con éxito en la espesura de supuestos especiales de reagrupación familiar (es-

tudiantes, startups, apoyo a inversores, emprendedores, profesionales altamente cualificados, investigadores y trabajadores, entre otros), forjados en las sucesivas reformas legislativas y que desbordan el régimen general de la LOEx 4/2000. En conjunto parecen caracterizarse por una ampliación del número de potenciales beneficiarios que tendrían mayores facilidades para la tramitación, tendencialmente orientada a centralizar lugares de tramitación y a evitar la presencialidad, lo cual resulta beneficioso para los interesados, aunque el legislador tal vez no haya sido consciente de las vías de fraude abiertas. Por lo demás la autora sintoniza con los cambios experimentados por el ordenamiento español en cuanto a la protección de las personas con discapacidad: es interesante la cuestión que se plantea en cuanto a si cabe reagrupar a personas con discapacidad cuya situación tenga origen en un “acto” (p.ej. una sentencia extranjera que declare la incapacidad del reagrupable). El problema no será tanto el acto en sí como la necesidad de averiguar la verdadera voluntad del reagrupable con discapacidad (como se exige por Ley 8/2021), lo que conlleva la necesidad de adaptar así el artículo 17.1 c) de la LOExt. Si bien, confieso que no alcanzo a ver cuál es la relación entre el trato que merecen las personas con discapacidad por exigencia legal, y aquellas otras en situación de *kafala* o mujeres en matrimonios poligámicos, situaciones en principio incompatibles con nuestro orden público. En fin, como indica la autora, son cuestiones que merecen un estudio más pormenorizado, si bien tiene el mérito de haberlos planteado.

En el *Capítulo 14*, Casilda Rueda Fernández expone de un modo ordenado la situación de menores acompañados y no acompañados desde la perspectiva de su protección internacional y en concurso con la normativa de Derecho internacional privado, lo cual no deja de dar pro-

blemas de coordinación, con especial mención a los ucranianos. Respecto a estos últimos se enfrenta a un tema urgente y excepcional, que en el inicio de la invasión rusa planteó enormes dificultades a las autoridades diplomáticas y consulares de los distintos países vecinos a los que llegaban (Polonia, RF Alemania, etc). Su protección se recondujo dentro del ámbito de aplicación de la Directiva de Protección temporal 2011/55 por Decisión de Ejecución expresa del Consejo de 4 de marzo 2022, activada por vez primera, cuyo contenido expone la autora, por las que se les dispensa una protección especial: la garantía de un tutor legal y el reconocimiento del derecho a alojarse en familias de acogida o instituciones, además del registro de menores.

El *Capítulo 15*, del que se ocupa Lucía Padilla Espinosa, trata el régimen general de reagrupación de menores no acompañados, situaciones sobre las que gravitan ciertos derechos fundamentales: el derecho a no ser separados de sus progenitores y el derecho a vivir en familia. Este último conlleva la búsqueda de soluciones duraderas y, prioritariamente, que se reúna con sus progenitores, de donde se deriva el derecho al retorno al país de origen y, subsidiariamente, cuando las autoridades no puedan asegurar el retorno de la persona del menor, se debe asegurar la permanencia en territorio nacional regularizando la situación administrativa. Un tema hoy, desgraciadamente, de total actualidad en nuestro país por lo que este trabajo resultaba muy necesario.

El *Capítulo 16*, a cargo de Cristina María Zamora-Gómez, tiene por objeto la protección de menores inmersos en matrimonios forzados, cuestión que nos interesa a los internacional privatistas al ser la falta de consentimiento veraz la pieza clave, y cuya averiguación presupone resolver de antemano bien el problema de la determinación del derecho apli-

cable o bien la extensión sin más de la ley española para impedir su autorización o su reconocimiento. Ofrece otra perspectiva interesante que es la de servir como vehículo para la reagrupación familiar o cuando menos para beneficiarse de la reglamentación de extranjería, por lo que destaca el carácter multidisciplinar de estos matrimonios. En efecto, aquí se aborda como una práctica que constituye un desafío, en particular por su vínculo con el tráfico ilícito, y que ha sido objeto de atención por parte de Naciones Unidas, a través de su organismo especializado UNICEF, el cual continúa observando, denunciando y combatiendo dicho fenómeno dentro de sus posibilidades. En este escenario internacional ha irrumpido la Directiva 2012/29 en la que los matrimonios forzados se califican como una forma de violencia de género. Un trabajo rico en casos y elementos para el análisis.

Por último, el *Capítulo 17*, redactado por Juana de los Ángeles Toledo Larrea, aborda la problemática de las mujeres víctimas de violencia de género en un marco internacional general del que destaca el Convenio de Estambul, hecho en el marco del Consejo de Europa, de 11 de mayo 2011 y ratificado por España, cuyas recomendaciones ha permitido la concreción de cambios sustanciales en el ordenamiento español como el régimen de visitas e inspira la LO 8/2021, de 2 de junio sobre protección de la infancia.

En resumen, estamos ante una obra sobre problemas actuales derivados de la protección internacional de la familia, un trabajo serio y ameno, por lo que cabe aun esperar mucho de sus autores.

Mónica GUZMÁN ZAPATER
UNED

CANALES GUTIÉRREZ, Silvana, *Consumidores y Plataformas de alojamiento turístico en Derecho Internacional Privado. Una visión práctica de la normativa de la Unión Europea y de Latinoamérica*, Tirant lo Blanch, 2024, 519 pp.

La monografía se presenta como una herramienta crítica y práctica para conocer la normativa de la Unión Europea y de Latinoamérica sobre el régimen de los consumidores y plataformas de alojamiento turístico. La autora adopta un enfoque internacional privatista de la materia, articulándolo a partir de la tutela del huésped-consumidor como parte débil de la contratación.

Esta orientación de la obra se corresponde con su estructura, dividida en tres partes y seis capítulos.

La primera parte, centrada en los consumidores, vivienda turística y plataformas en línea de alojamientos turísticos. Dicha parte se estructura dos capítulos.

En el primero de ellos se describen las líneas básicas del contexto de la economía de plataforma en línea y el rol del consumidor en la economía de plataforma.

El capítulo II describe el marco legal de la plataforma en línea de alojamientos turísticos, atendiendo no sólo a la normativa existente, sino también al contexto judicial de la Unión Europea. A su vez, la autora ofrece algunas consideraciones sobre la protección dispensada a los huéspedes-consumidores en Latinoamérica.

La segunda parte de la obra se centra en el análisis de la competencia judicial internacional y mecanismos alternativos de solución de conflictos (ADRs) en las

controversias entre huésped consumidor y la plataforma, tanto en la Unión Europea como en Latinoamérica, si bien para este último se expone brevemente.

Así, el capítulo III se dedica a la determinación de la competencia judicial internacional, centrando el análisis en el RBIbis. La autora analiza los foros pertinentes, atendiendo a las relaciones entre el huésped-consumidor y la plataforma; y por otro lado, atendiendo a los foros de competencia para el huésped que no atiende a la noción de consumidor y para el huésped arrendatario frente al anfitrión. A su vez, se realizan unas consideraciones sobre las opciones judiciales para el huésped-consumidor desde la perspectiva latinoamericana.

El capítulo IV se dedica al análisis de los ADRs, como la mediación y el arbitraje, tanto desde una perspectiva europea como latinoamericana.

La tercera parte de la obra se centra en la determinación de la ley aplicable y leyes materiales en las controversias entre huésped consumidor y las plataformas. Así, en primer lugar, el capítulo V se dedica al estudio de la ley aplicable a las controversias internacionales en el contexto de la UE. Centra su análisis en el foro en materia de contratos de consumo previsto en el RRI, pero también en la determinación de la ley aplicable para el huésped no consumidor frente a las plataformas, así como para el huésped arrendatario frente al anfitrión. Finaliza el capítulo con un análisis de la determinación de la ley aplicable desde la perspectiva conflictual latinoamericana.

El último capítulo (capítulo VI) se centra en el estudio del derecho material, las normas imperativas y perspectivas comparadas para el huésped-consumidor en materia de ley aplicable en la UE, tales como la Directiva 93/13/CEE y la Directiva 2000/31/CE; y en Latinoamérica, centrando su estudio en Colombia, México, Argentina y Brasil.

Con todo, la obra se presenta como un estudio internacional privatista completo de los contratos en línea celebrados por los consumidores con plataformas de alojamiento turístico (Airbnb, Booking, Tripadvisor, etc.), abarcando las dos grandes vertientes, como son la determinación de la competencia judicial internacional y la ley aplicable. El análisis se centra en la relación contractual entre el huésped y la plataforma, distinguiendo las situaciones en las que el huésped es considerado consumidor de aquellas en las que no recibe el estatus de consumidor.

La autora demuestra con su análisis las dificultades con las que se topan las normas de DIPr cuando pretenden ser aplicadas al contexto de la contratación en línea intermediada por plataformas digitales. El análisis se enriquece con el estudio no sólo de las normas de consumo del DIPr de la Unión Europea, sino también con el estudio de la normativa aplicable en países como Colombia, México, Argentina o Brasil. La autora llega a la conclusión de que en la UE contamos con un sistema de competencia judicial internacional y de determinación de la ley aplicable más claro para el consumidor frente a los sistemas latinoamericanos estudiados, si bien se constata desde un plano material que, en ambos sistemas, el consumidor dispone de un nivel de protección satisfactorio.

Cabe poner de relieve que la monografía de Silvana Canales Gutiérrez constituye una original aportación en el ámbito de la "Economía de las plataformas" pues aporta con rigor un enfoque internacional privatista del marco legislativo del huésped-consumidor y lo hace con un enfoque comparativo entre el marco de la UE y de Latinoamérica, lo que ofrece una perspectiva muy enriquecedora.

Silvia Feliu ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR
Universidad de las Islas Baleares

CARRIZO AGUADO, David, MARULLO, María Chiara, y PRIETO MORA, Hermes Ulises (dirs.); ALONSO GARCÍA, María Nieves y REGUART SEGARRA, Núria (coords.), *La sostenibilidad en la docencia universitaria: un enfoque desde las ciencias jurídicas y económicas*, EOLAS, León, 2024, 315 pp. ISBN: 978-84-10057-28-9.

La Universidad ha sido siempre escenario de la formación tanto académica como humana. La etapa universitaria es concebida como un período de aprendizaje en el que, además de ampliar y consolidar conocimientos académicos, se desarrolla y afianza la personalidad de los individuos que, en esta fase, despliegan su espíritu crítico en un entorno propicio para el debate y la colaboración, adoptando posturas sobre distintas cuestiones esenciales, muchas de ellas sustrato de las actividades en las que se desenvolverán a lo largo de sus vidas y el modo en el que las llevarán a cabo.

Con este espíritu y teniendo presentes los dos principales protagonistas de la vida universitaria: docentes y discentes, aparece esta obra que dirigen (tres) y coordinan (dos) un nutrido grupo de profesores universitarios comprometidos y jóvenes, si bien ya curtidos en el noble arte de la docencia. Su objetivo fundamental es recoger y exponer planteamientos y experiencias de la incorporación de nuevas orientaciones en la configuración y en la docencia en el ámbito universitario español de asignaturas de los planes de estudios de Grado en titulaciones de las ciencias sociales y jurídicas, en particular Derecho, Economía, Administración y Dirección de Empresas (ADE) y Psicología. Los autores desarrollan fundamentalmente su actividad en las Universidades Jaume I de Castellón, León, Oberta de Catalunya, Pontificia de Comillas, Rovira y Virgili, Valencia, Vigo y Zaragoza. El hilo conductor de los cambios que se defienden reside en situar la sostenibilidad, en sentido amplio y dentro del marco de la consecución de los Objetivos del Desarrollo Sostenible

(ODS), como eje del diseño del contenido curricular. Paralelamente, se presta atención a la evolución y diversidad de las metodologías docentes que, para lograr el éxito de la formación del alumno, se van incorporando a la organización del trabajo dentro y fuera del aula.

Veintitrés capítulos, con sus correspondientes bibliografías, componen la obra, que forma parte de los resultados del proyecto “Oportunidades y desafíos en la implementación de las normas de debida diligencia empresarial en materia de Derechos Humanos y medio ambiente” reconocido por las Ayudas para creación de grupos emergentes de la Generalitat Valenciana (CIGE/2022/63). Excepto el último, los capítulos son autoría única, si bien la relación de autores (veinticuatro en total) con su adscripción debe ser buscada en cada uno de ellos. Sin que parezcan responder a una organización sistemática predefinida, desde el índice, los respectivos títulos sirven para situarnos en el ámbito material concreto en el que se perfilan las reflexiones y experiencias de introducción de la sostenibilidad a la aproximación docente. Debe ponerse en valor que, como queda de manifiesto en diferentes partes de la obra, la ausencia, en principio aparente, de indicación de áreas de conocimiento clásicas coadyuva a reconocer la importancia del carácter transversal de la sostenibilidad y, asimismo y en consecuencia, de la interacción entre ellas. Por lo tanto, las distintas áreas de conocimiento no deben ser concebidas como compartimentos totalmente estancos en los que rígidas fronteras academicistas desdibujan la oportunidad de poner en práctica una enseñanza global y un aprendizaje que desarrolle el es-

píritu crítico y constructivo que gire en torno a la sostenibilidad, tanto como objetivo como en su condición de principio de actuación.

Concordando sin ninguna duda con este razonamiento, para hacer un recorrido por la obra, que habrá de ser necesariamente sintético, cabe apoyarse en el hecho de que las reflexiones y experiencias presentadas abordan fundamentalmente, junto a la Comunicación y el Marketing y la Psicología social, disciplinas jurídicas. Así, se tratan contenidos que corresponden al Derecho internacional privado (DIPr), Derecho Mercantil, Derecho Civil, Derecho del Trabajo, Derecho internacional público (DIP), Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo. Es posible también constatar que, mientras algunos trabajos se orientan hacia cuestiones más generales, otros recurren a temas o iniciativas específicos. Todos ellos reflejan, en mayor o menor medida, el traslado a las aulas de los aspectos materiales que plantean recogiendo, además, distintas metodologías docentes. Ya de entrada, el impacto global de la llegada de la tecnología a la Universidad late, como no podía ser de otro modo, en la realidad educativa que enfrenta la obra. Desde una perspectiva general, muy práctica e inmediata, Javier Badenas Boldó, de la Universidad Jaume I (Cap. XIII), destaca la contribución a la sostenibilidad medioambiental que conlleva la reducción del uso del papel; un resultado concreto y fácilmente perceptible. En todo caso, señala que la entrada de la tecnología en el panorama educativo requiere, además de adquirir la capacitación necesaria, valorar y decidir sobre las opciones disponibles y su mejor uso ya que, sin duda, repercute, transformándolo, en todo el proceso de aprendizaje.

Julia J. Carceller Stella (Cap. VII), de la Universidad de Valencia y desde el Derecho Administrativo, se refiere a la necesi-

dad de repensar el estudio del Derecho para que no comprometa las necesidades formativas del actual jurista ni las que se le requieran en el futuro. Para ello, destaca la necesidad de observar lo jurídico con relación a los hechos y la realidad social conservando una perspectiva crítica que valore la eficacia del gran volumen de normas. En definitiva, insiste en la necesidad de revalorizar la perspectiva sociológica y filosófica del Derecho, imprescindibles para la sostenibilidad del sistema y la consecución de los objetivos del desarrollo sostenible.

En el ámbito tradicional del DIPr, encontramos tres capítulos. En el primero de ellos, Miguel Michinel Álvarez (Cap. I) da cuenta de la introducción de la asignatura “Litigación internacional y sostenibilidad” como optativa en el Grado en Derecho de Universidad de Vigo. El profesor Michinel introduce un concienzudo análisis del origen del concepto de sostenibilidad y su integración en el marco normativo internacional e interno, así como su incorporación a la disciplina del DIPr, materia en la que el arbitraje de inversiones constituye un escenario frecuente de litigios en los que la sostenibilidad está en el centro de la búsqueda del equilibrio de los intereses en presencia. De manera más específica, por una parte, Diego Agulló Agulló, de la Universidad Pontificia de Comillas (Cap. III), se centra en problemas generales, mientras que Carmen Chéliz Inglés, de la Universidad de Zaragoza, (Cap. III) se orienta hacia un caso concreto; los “diamantes de sangre” y el proceso Kimberley. En el primero, se aborda la proximidad y, sin embargo, diferencias conceptuales, entre las normas imperativas y el orden público que, no obstante, parecen diluirse en el Derecho de la Unión Europea, en particular, en el caso del arbitraje. En el segundo, se expone cómo este mundialmente conocido asunto se ha tomado como referencia para destacar la importancia de la sostenibilidad y de la protec-

ción y defensa de los Derechos Humanos que, sin duda, y como se observa recurrentemente en los distintos trabajos de la obra, constituye el sustrato común de la sostenibilidad en el marco de los ODS. El trabajo detalla las diversas metodologías docentes (desde el cineforum, hasta la gamificación pasando por seminarios transversales) así como los sistemas de evaluación de los estudiantes (entre el equipo de profesores) y la valoración final de la experiencia que, sin duda, resultó un éxito y, por lo tanto, una referencia para continuar trabajando en esta línea.

Silvia Vilar González, de la Universidad Jaume I (Cap. XVIII), incide en la integración de los ODS en la enseñanza del Derecho Civil español que, por lo demás, desde su propia codificación y a través de las sucesivas reformas y desarrollos normativos, muestra constituir un claro reflejo de la búsqueda de estos objetivos mucho antes de que fueran formulados como tales por las Naciones Unidas. Para ello, toma como ejemplos la reducción de la pobreza y de las desigualdades. Efectivamente, nuestro Derecho civil se preocupa por preservar la capacidad económica de las personas, apuesta por la igualdad entre los ciudadanos (art. 348, 349 y 606 Cc.) y trata de protegerlos frente a la pobreza (art. 634 Cc.) así como que puedan disfrutar de una vida digna (art. 524 Cc.). Son notorios también los avances que se han producido en igualdad de género y para la integración de las personas con discapacidades.

Ana María Castro Franco, de la Universidad de León (Cap. XIV), orienta hacia el papel que puede desarrollar la inteligencia artificial (IA) para favorecer la sostenibilidad empresarial, concretamente, en una dimensión ambiental centrada en la reducción de las emisiones de carbono. Sin perder de vista que la IA también requiere recursos como la energía y el agua, señala la necesidad de una sólida base de capacidad humana

para utilizarla, al tiempo que destaca su potencial para apoyar a los trabajadores especializados en sostenibilidad facilitando su formación y proporcionando asistencia, no en vano su labor se lleva a cabo en el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Para acercar al aula la transformación digital y la transición ecológica, que vienen de la mano, propone mostrar el funcionamiento de las soluciones tecnológicas disponibles.

Desde el mundo empresarial, ahora desde la Psicología Social, Esther Villajos Girona (Cap. IX) de la Universidad de Valencia, aborda la influencia de la sostenibilidad en la evolución del mercado laboral y en la gestión empresarial de los recursos humanos y su impacto sobre la docencia. Aportando ejemplos de buenas prácticas, la profesora Villajos, expone cómo el bienestar y calidad de vida laboral junto con la “gestión verde” de personas se incorporan a los contenidos de las asignaturas que, sobre recursos humanos, existen en titulaciones tales como Relaciones Laborales, ADE, Economía, Psicología y Derecho.

El capítulo de Lidia García Martín, de la Universidad de León (Cap. XV), desde el Derecho Administrativo y, en particular, del Derecho Urbanístico (optativa del cuarto curso del Grado en Derecho), afronta el estudio (combinando distintas metodologías docentes) de la sostenibilidad medioambiental como herramienta para frenar la despoblación en zonas rurales que, progresivamente, ven mermada la prestación de servicios públicos (educación, sanidad). En este sentido, el uso de IA vuelve a ser referente en el capítulo en el que, desde la enseñanza del Derecho Constitucional en la Universidad de León y recurriendo a la metodología de aprendizaje-servicio, Eduardo De Celis Gutiérrez (Cap. XIX) aborda la búsqueda de la compatibilidad de su alto consumo energético con la protección

del medio ambiente que constituye un derecho para la ciudadanía y una obligación para los poderes públicos.

Continuando en el terreno medioambiental desde el Derecho constitucional, aunque con un fundamento fuertemente enraizado en la base internacional-publicista de los Derechos Humanos, Ana Buchardó Parra, de la Universidad de Valencia (Cap. VI), introduce una serie de consideraciones y reflexiones sobre el estudio de los desplazamientos forzados como consecuencia del cambio climático, que afecta de manera especial a los menores, mujeres y personas con discapacidad.

El cambio (“problema retorcido”) y la justicia climáticos son los temas escogidos para el estudio del Derecho internacional por Bettina Steible, de la Universidad Oberta de Catalunya (Cap. XXII), que pone en práctica una serie de actividades destinadas a integrar la reflexión y el análisis de la sostenibilidad en el ámbito de los Derechos Humanos incluyendo, eventualmente, otros aspectos filosóficos y sociales. En esta esfera, uniendo el Derecho internacional público (DIP) a las relaciones internacionales, Ana García Juanatey, docente en CEI International Affaires adscrito a la Universidad de Barcelona (Cap. XVI), destaca cómo la descarbonización de la economía y el recurso a las energías renovables (visión del túnel de carbono) están en el centro del discurso e iniciativas de las sociedades occidentales que, sin embargo, no deben dejar de lado otras muchas consideraciones económico-sociales. En este sentido, apunta la conveniencia de utilizar el marco teórico y empírico de las “fronteras planetarias”, promovido por Johan Rockström, para afrontar el cambio climático como la principal amenaza para la sociedad global. Defiende que este concepto aporta un modelo comprensible que sirve para el aprendizaje y la divulgación del conocimiento

sobre una realidad muy compleja, así como para trasladar la dimensión global del problema y de su abordaje.

Desde el DIP y tras contextualizar los ODS en su marco, Daniel Iglesias Márquez (Cap. XVII) recuerda que su propio texto destaca en reiteradas ocasiones el papel clave de las Universidades para lograr su consecución. Dada la impronta universitaria a la hora de abordar los grandes desafíos de la sociedad, destaca la obligación de integrar estos objetivos tanto en las titulaciones de grado y postgrado (con programas específicos e interdisciplinarios) y metodologías docentes —dando lugar a la Educación para los ODS (EODS)—, como en sus políticas y modelos de gestión. En cuanto a los primeros, tras subrayar la actividad desarrollada en distintas disciplinas en la Universidad Rovira y Virgili y, apunta a la centralidad del DIP (los ODS se basan en el DIP) y a la necesidad de complementar el estudio teórico de sus contenidos con el paso a la práctica, especialmente a través de las simulaciones de juicios en distintas instancias internacionales. Por su parte, Joan-Marc Ferrando Hernández, de la Universidad de Valencia (Cap. XX), expone cómo, recurriendo a las simulaciones (sesiones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas) y a los dictámenes, ha introducido satisfactoriamente la sostenibilidad en la docencia del DIP partiendo de la centralidad que la paz, junto con la seguridad y la justicia, tienen en el conjunto de los diversos ODS.

La dimensión social centrada en los Derechos Humanos, también se inserta, como expone Marina Morla González (Cap. V), en la experiencia llevada a cabo en la asignatura “Aspectos legales y sociales de la biotecnología” del Grado en Biotecnología de la Universidad de León. El éxito de esta experiencia se logró con la inmersión de los estudiantes, a través de la metodología de la clase invertida (*flipped classroom*) en la protección de la

propiedad intelectual de las invenciones biotecnológicas que, por un lado, han de ser sostenibles y, por otro, respetuosas con los derechos de los usuarios (protección de datos, acceso a la información).

Con una aproximación jurídico-mercantil de carácter general, Diana Seguí-Mas, de la Universidad de Valencia (Cap. X), expone la incorporación a la docencia de la dimensión de ética del emprendimiento empresarial a través del aprendizaje basado en proyectos (combinando la gamificación con la clase invertida y actividades a desarrollar por el alumnado), pues el proceso educativo incide en las actitudes, comportamientos y valores de los futuros empresarios. La aproximación específica a la sostenibilidad en el ámbito del transporte se realiza con referencia a casos concretos. Silvia Boboc, de la Universidad Jaume I de Castellón (Cap. IV), opta por el caso del taxi y las VTC en nuestro país, que se enmarca en la asignatura optativa “Derecho de la navegación y del transporte”, combinando la clase magistral con el trabajo en grupos reducidos. En esta misma asignatura y Universidad, Albano Gilabert Gascón (Cap. VIII) selecciona los aspectos de sostenibilidad que llevan consigo los siniestros marítimos, haciendo hincapié en el Convenio internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (SOLAS), y recurriendo al cinefórum (*Titanic*) y los consiguientes casos prácticos y debates en el aula.

El llamado eco-blanqueo o eco-postureo (*greenwashing*) también se utiliza en el régimen del método del caso desde el Derecho Mercantil, en el que los contenidos relativos a la Responsabilidad Social Corporativa han adquirido un peso específico muy relevante, en particular, en materia medioambiental (*McDonald's*, *Starbucks*, *Ryanair*, *Volkswagen*, *Inditex*). Clara Vicente Mampel, de la Universidad Jaume I, y Eduardo Miranda Ribera, de la Universidad Politécnica de Valencia,

(Cap. XXI), recogen su proyecto, pendiente de trasladar al aula, con casos reales apoyándose en la jurisprudencia, nacional y extranjera.

En este ámbito material, desde ADE, Comunicación y Publicidad, se presentan dos trabajos orientados a la docencia de la comunicación y el marketing: uno, de carácter más general, centrado en los contenidos de la asignatura y otro centrado en el *greenwashing*. En el primero, Hermes Ulises Prieto Mora, de la Universidad de Zaragoza (Cap. XII), expone cómo el marketing ha pasado del enfoque transaccional al transaccional, orientándose hacia la responsabilidad social y, en definitiva, al llamado marketing sostenible; lo que implica la aparición del consumidor consciente y, consiguientemente, el incremento tanto del desarrollo normativo como de la litigiosidad frente a las empresas por, entre otras cosas, incurrir en prácticas de *greenwashing*. Incidiendo igualmente en la importancia de una legislación adecuada y de mecanismos eficaces para la sanción de incumplimientos, es este el tema que, partiendo del marketing verde, aborda Marcos Antón Roncero, de la Universidad de Valencia (Cap. XI), en el segundo trabajo. Éste se centra en la docencia a través del caso para estimular y desarrollar la conciencia y el pensamiento críticos de los estudiantes que promueva un marketing sostenible, ético y real.

Con la lectura de esta obra, se logra una visión de conjunto clara, ágil y práctica sobre la incorporación de la sostenibilidad al entorno de la docencia universitaria como un vector de formación en valores y principios éticos con repercusiones, no sólo en los estudiantes, sino en la sociedad en su conjunto, con vistas a promover la consecución de los ODS. Sus diversos capítulos, no sólo contribuyen a informarse sobre lo que ya tiene lugar en distintas universidades de nuestro país, sino que resultan útiles

para reflexionar globalmente sobre las orientaciones académico-formativas de distintas materias, así como para comenzar a realizar una valoración de los avances que se van produciendo y plantear su expansión. En todo caso, parece claro que un planteamiento asentado en los

Derechos Humanos permite integrar todas las perspectivas de análisis jurídicos además de los económico-empresariales y psicosociales.

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN
Universidad Complutense de Madrid

CARRIZO AGUADO, David, *La empresa familiar y su protocolo en el tráfico jurídico externo*, Madrid, Aranzadi, 2024, ISBN 978-84-10295-35-3, 234 pp.

La mejor reseña al presente libro la adelanta el prólogo del Profesor A. Rodríguez Benot, que se refiere a un avance rotundo en la investigación de un tema tan relevante como complejo. Para lograrlo, una primera parte del libro es introductoria. El capítulo I (pp. 23 y ss.) se refiere a la expansión internacional de la empresa familiar y señala que el principal riesgo es que ello implique una pérdida del control empresarial por la familia. El capítulo II (pp. 27 y ss.) aborda los rasgos distintivos de esta empresa, resumidos en la constatación de: una organización empresarial y no de una mera tenencia de bienes; unos propietarios unidos por lazos de parentesco sanguíneo o por afinidad; y una dirección efectiva por parte de alguno de esos miembros familiares. El capítulo III (pp. 35 y ss.) analiza el protocolo familiar como instrumento de estabilidad y perdurabilidad, entendido como un acuerdo marco de naturaleza poliédrica, ajeno al estatuto de la sociedad y con eficacia *inter partes* y no frente a terceros.

Tras esta introducción, se entra de lleno en los problemas que plantea la empresa familiar para el Derecho internacional privado en función de tres perspectivas: Derecho matrimonial, societario y sucesorio. El capítulo IV (pp. 49 y ss.) se refiere al régimen internacional de las relaciones económicas entre los cónyuges en el marco del “negocio familiar”, que pivota sobre el Reglamento

(UE) 2016/1113 del Consejo, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Un primer aspecto interesante es si dicho Reglamento se aplica a los acuerdos prematrimoniales: el autor parece concluir que sí, sin perjuicio de un análisis casuístico de cada acuerdo, dado que, por su heterogeneidad, pueden concurrir otras normas (pp. 59-61). Se echa en falta quizá una alusión y ejemplificación de cuáles pueden ser esas otras normas.

En este capítulo se hace un análisis exhaustivo de las normas de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable del citado Reglamento (UE) 2016/2023. Aunque resulte útil y práctico para los operadores menos familiarizados por el Reglamento, tal vez durante muchas páginas se deja de tratar la empresa familiar para hablar del régimen económico matrimonial de forma genérica. Las páginas 87 a 89 sí retoman el hilo de la empresa familiar en las relaciones internacionales de los cónyuges y son, sin duda, de sumo interés. Alaba el autor, en este sentido, la autonomía de la voluntad limitada que puede dar seguridad jurídica a la planificación sobre la empresa familiar. Y lo alaba tanto en un ámbito conflictual (la elección de ley estatal), como en un ámbito material, con una clara recomendación de hacer

capitulaciones matrimoniales. En dicha autonomía encuentra el equilibrio entre el patrimonio conyugal y el patrimonio empresarial.

El capítulo V (pp. 91 y ss.) aborda la lógica societaria y, en particular, los pactos parasociales, subsumiendo en tal categoría al protocolo familiar. El autor distingue los acuerdos puramente privados *inter partes* respecto de los acuerdos con eficacia frente a terceros y, por tanto, oponibles a la propia sociedad. Finalmente parece abandonar esta distinción para optar por una especie de interpretación uniforme, por la que el protocolo familiar tendría naturaleza societaria respecto de “pactos de organización con una notoria presencia del *animus societatis*”, en contraste con “un pacto concreto o sus consecuencias ante eventuales incumplimientos, como aspectos típicamente contractuales” (p. 138). Previamente a este planteamiento hay un recorrido genérico por las normas de competencia judicial y de ley aplicable tanto en materia societaria como contractual. La conclusión final del autor sería que solo la validez de los pactos parasociales se someterían a la *lex societatis* y el resto de los aspectos a la *lex contractus*. Se trata de una solución sumamente sugerente y llamada a ser exitosa, dada la evidente preferencia del Tribunal de Justicia de la UE por las calificaciones autónomas y las interpretaciones uniformes, junto con su resistencia a acudir a calificaciones *ex lege causae*. No obstante, no puede dejar de señalarse una solución que estuvo presente en los orígenes del Convenio de Roma de 1980, que había funcionado correctamente y que había dado la suficiente seguridad jurídica a todos los interesados, a saber: sería societaria toda cuestión que así considere la *lex societatis*. La aparente sencillez de la solución escondía un planteamiento sólido: si la *lex societatis* tiene una regulación en la materia del pacto parasocial, particularmente por ser un pacto oponible a la

propia sociedad, este pacto queda afectado por el Derecho de sociedades. Si, por el contrario, la *lex societatis* no tiene disposición específica sobre estos pactos, no habría relevancia societaria y nos moveríamos en un ámbito contractual y probablemente en un mero acuerdo con efecto *inter partes*.

El capítulo VI (pp. 139 y ss.) aborda un momento especialmente delicado para la empresa familiar, su transmisión *mortis causa*. De nuevo el autor realiza un recorrido general sobre el Reglamento (UE) 650/2012 y sus normas de competencia judicial internacional y ley aplicable. Considera el autor que, en situaciones transfronterizas, los principios de unidad y universalidad de la herencia de los que parte el Reglamento europeo coadyuvan a una transmisión indiviso de la empresa familiar y a evitar su fragmentación. Alaba, asimismo, la previsión del artículo 1056, párrafo II, del Código Civil español, cuando permite al testador mantener indivisa la empresa familiar, a cambio del pago en metálico de las legítimas, incluso con efectivo extrahereditario generado en los cinco años siguientes al fallecimiento. Esto significa que, al margen de la intervención de Derechos forales y civiles especiales, los residentes en España en el momento de fallecer podrían beneficiarse de esta previsión, al igual que los españoles residentes que elijan la ley española a su sucesión.

En este contexto, una pieza angular del Reglamento europeo de sucesiones es su artículo 30, que considera una ley de policía, aplicable sea cual sea la ley sucesoria, las disposiciones especiales y restricciones de la ley del Estado donde se encuentre la empresa por razones de índole familiar. A mi juicio esta disposición plantea tres problemas. Primero, la exclusión del Derecho de sociedades del ámbito del Reglamento europeo de sucesiones, al tiempo que establece esta previsión. Segundo, qué significa el “Estado

donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes”, pues es conocido el debate clásico entre sede real y sede social, a lo que se une que la empresa puede tener bienes inmuebles en otros Estados. Y, tercero, si la disposición especial del artículo 1056, párrafo II, del Código Civil podría considerarse una ley de policía en el término indicado. Es verdad que es una “disposición especial”, pero el legislador español en ningún momento ha indicado que sea una disposición aplicable con independencia de la ley que rige la sucesión, máxime cuando incluso en territorio español puede haber casos en los que no sea aplicable por interacción de Derechos forales y civiles especiales. A este respecto, no puede olvidarse que el Reglamento europeo de sucesiones exige, siguiendo el concepto

clásico de normas internacionalmente imperativas, que esta aplicación prioritaria a la *lex causae* se deduzca “en virtud del Derecho de dicho Estado”.

En resumen, la obra responde a lo que el prólogo ya dejó dicho: una técnica jurídica rigurosa, una acertada perspectiva internacional privatista y un aparato crítico que hacen de esta obra imprescindible para el académico y para el práctico. La internacionalización de las pequeñas y medianas empresas, y dentro de estas, las empresas familiares, puede resultar fundamental para el crecimiento de nuestra economía y deben ser muy bienvenidos libros que suponen un enorme avance en su estudio.

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ
Universidad de Oviedo

CASTELLÓ PASTOR, José Juan (dir.), *Análisis del reglamento (UE) de servicios digitales y su interrelación con otras normas de la Unión Europea*, Madrid, Aranzadi, 2024, 476 pp.

La obra reseñada, que incluye contribuciones de trece autores, es fruto de un loable esfuerzo conjunto por proporcionar un primer estudio colectivo de uno de los instrumentos esenciales adoptados por la Unión para regular las actividades en línea, como es el Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales o RSD). Con respecto a la aportación que el libro supone, merece ser destacado especialmente que los resultados de este esfuerzo colectivo con un número tan elevado de participantes se hayan podido difundir muy poco después de la fecha general de aplicación del RSD (el 17 de febrero de 2024, conforme a su art. 93).

Entre las singularidades del RSD se encuentra el que combina la incorporación de normas que —si bien previamente contenidas en una Directiva— forman parte del Derecho de la Unión desde hace más de dos décadas, como son las integradas ahora en su Capítulo II (“Responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios”), con la introducción de un elaborado marco de obligaciones graduales de diligencia debida de tales prestadores de servicios (Capítulo III) acompañado de un novedoso marco de supervisión (Capítulo IV). Si bien este marco de supervisión presenta semejanzas con el contenido en el Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos, también introduce avances significativos para hacer posible un más eficaz control de los prestadores de servicios con relevancia sistémica, en particular

mediante el desplazamiento de las autoridades nacionales de control en favor de la supervisión directa por la Comisión Europea. Esta última circunstancia ha alcanzado especial relevancia en la aplicación inicial del Reglamento. Así lo refleja no solo la litigiosidad generada al hilo de las designaciones por la Comisión de los prestadores de plataformas en línea de muy gran tamaño y de motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño y de la aplicación a los mismos de las obligaciones adicionales de gestión de riesgos sistémicos de la Sección 5 del mencionado Capítulo III —como en el caso de los procedimientos iniciados frente a la Comisión por Amazon o Zalando—, sino también la eficacia de la actuación de la Comisión con base en el eventual incumplimiento de alguna de esas obligaciones que el RSD introduce para evitar el lanzamiento de ciertos servicios en la Unión Europea, como en el caso del llamado “TikTok Lite Rewards programme”.

La mencionada dualidad en el contenido del RSD tiene un reflejo claro en las contribuciones que integran la obra, cuya estructura, como no podía ser de otra manera, está condicionada por la del propio Reglamento. Con respecto al primero de los aspectos reseñados, ciertamente, el RSD traslada desde la Directiva 2000/31 sobre el comercio electrónico (DCE) al Capítulo II del nuevo instrumento las normas relativas al régimen de exenciones condicionales de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información intermediarios, manteniendo en todo lo demás la vigencia de la Directiva. La DCE continúa siendo una pieza clave, en la medida en que su ámbito subjetivo abarca al conjunto de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, de modo que se proyecta también sobre los meros proveedores de contenidos, que permanecen al margen del RSD. Por su parte, el RSD responde en gran medida a una lógica

distinta a la de la DCE, pues su objetivo principal no es garantizar la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros, sino establecer normas comunes para crear un entorno en línea seguro y fiable garantizando una protección efectiva de los derechos fundamentales, lo que condiciona su diferente ámbito de aplicación territorial. Estas cuestiones son objeto de análisis fundamentalmente en las contribuciones de S. Feliu Álvarez de Sotomayor (“Ámbito territorial y aplicación del principio del control en origen en el reglamento (UE) de servicios digitales”, pp. 41-64), C.I. Cordero Álvarez (“El régimen de responsabilidad de las plataformas online en la DSA ante contenidos ilícitos lesivos de derechos fundamentales: evolución de la figura de puerto seguro”, pp. 69-105), y G. Palao Moreno (“Las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos en el nuevo reglamento europeo de servicios digitales”, pp. 109-134).

El segundo componente esencial del RSD es el conjunto de obligaciones graduales de diligencia debida para un entorno en línea transparente y seguro que impone a los prestadores de servicios intermediarios su Capítulo III. La subdivisión en secciones del Capítulo III RSD obedece a la clasificación de las categorías de destinatarios de las obligaciones que impone, con el propósito de graduar el volumen de obligaciones aplicable en cada caso: todos los prestadores de servicios intermediarios (arts. 11 a 15); prestadores de servicios de alojamiento, incluidas las plataformas en línea (arts. 16 y 18); plataformas en línea (arts. 19 a 28); plataformas en línea que permitan a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes (arts. 29 a 32); y plataformas en línea y motores de búsqueda muy grandes que generan riesgos sistémicos (arts. 33 a 43). El grueso de las restantes contribuciones del libro se centra en diversos aspectos de estas obligaciones de diligencia debida, lo que tiene

su reflejo en los capítulos elaborados por E. Fernández Masiá (“Medios alternativos de solución de controversias entre las plataformas en línea y los destinatarios del servicio en el Reglamento Europeo de servicios digitales”, pp. 137-167), J. Corberá Martínez (“Diseño y organización de interfaces en línea en el Reglamento (UE) de servicios digitales”, pp. 171-200), R. Lapiedra Alcamí (“Restricciones impuestas por el legislador europeo a los servicios de intermediación en línea en materia de publicidad digital”, pp. 205-226), J.I. Paredes Pérez (“Aspectos internacionales de la responsabilidad civil de las plataformas en línea B2C frente a los contenidos ilícitos en materia de protección de los consumidores”, pp. 245-279), I. Reig Fabado (“Las VLOPS y los riesgos sistémicos en la DSA: algunos aspectos problemáticos”, pp. 283-322), A. Gascón Marcén (“Acceso de los investigadores a los datos de las plataformas según la

digital services act”, pp. 325-357), y el propio director de la obra J.J. Castelló Pastor (“Interrelación del Reglamento (UE) de servicios digitales con el reglamento platform to business (P2B): el necesario contrapeso de la Unión Europea al poder de las plataformas en línea”, pp. 361-394).

En síntesis, la obra tiene la virtud de aglutinar un conjunto muy significativo de contribuciones de gran actualidad sobre diversos aspectos del Reglamento de Servicios Digitales, que proporcionan una visión de conjunto de aspectos centrales de su contenido, tanto en lo relativo al régimen de responsabilidad de los intermediarios como a algunas de las obligaciones de diligencia debida que el nuevo instrumento impone a los prestadores de servicios de intermediación.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO
Universidad Complutense de Madrid

CASTRO RUANO, José Luis de, *La Guerra en Ucrania como cambio de paradigma para la seguridad y la defensa en Europa*, Nueva York, Peter Lang Publishing, 2025, 192 pp.

La guerra de Ucrania es un acontecimiento devastador de enorme trascendencia histórica cuyas repercusiones, inmediatas y de largo alcance, se van poniendo de manifiesto conforme avanza el conflicto. Para Europa, para *toda* Europa, representa una “amenaza existencial”, en palabras del presidente francés Emmanuel Macron. Es inevitable que tan relevante acontecimiento no influya de forma determinante en la Unión Europea, en las políticas que trata de aplicar e, incluso, en su propia autopercepción como actor internacional. Analizar esta transformación constituye el objeto de esta monografía cuyo centro de atención se focaliza en la Política de Seguridad y Defensa de la Unión.

Esta investigación, originariamente presentada como ejercicio al concurso a profesor catedrático laboral logrado por José Luis de Castro en la Universidad del País Vasco, representa un hito en su larga trayectoria universitaria como europeísta desde la Cátedra Jean Monnet de la que es titular desde hace dos décadas. La tesis que propone es que la guerra de Ucrania ha transformado el “paradigma” desde el cual se ha venido construyendo la Política Europea de Seguridad y Defensa desde su creación: de la gestión de crisis en el exterior como principal aspiración operativa se ha pasado a buscar la disuasión y la defensa territorial del continente. Una transformación transcendente, reflejo del propio cambio operado en la autopercepción de la identidad de

la Unión: de sentirse un actor normativo a la aspiración de convertirse en actor geopolítico.

La obra es un estudio riguroso, respaldado documental y bibliográficamente con suma corrección, que desarrolla a lo largo de siete capítulos el análisis de esta “reorientación”. Se inicia con un examen de la crisis del multilateralismo, un proyecto al cual la UE ha dedicado sus mayores esfuerzos y depositado en él sus mejores esperanzas. Una crisis que ha descolocado la hoja de ruta trazada desde Bruselas y que obliga a dar respuesta al conflicto en Ucrania con unos recursos, políticos y materiales, que no alcanzan el nivel de exigencia que este desafío representa. Entre los primeros, el autor pasa revista al sistema de seguridad continental construido en Europa desde la disolución de la URSS, destacando su carácter excluyente, cuando no amenazador, hacia Rusia. Analiza, a continuación, la respuesta política ofrecida por la Unión tras el inicio de la guerra (a partir de la Declaración de Versalles, de marzo de 2022), destacando la orfandad doctrinal de su planteamiento al contar con una *Brújula Estratégica* envejecida de súbito por el estallido del conflicto. La última parte, está dedicada a analizar el desarrollo de las nuevas capacidades puestas en pie por la UE para apoyar al gobierno ucraniano y el enorme cambio, cualitativo y cuantitativo, que ello ha supuesto en las políticas desarrolladas por la Unión y en su propia estructura institucional.

El profesor de Castro resalta cómo estas medidas han puesto término, de una forma pragmática, a las expectativas abrigadas por el europeísmo de que su adopción pudiera ampliar la capacidad de la Unión como actor estratégico autónomo. La realidad de la guerra ha evidenciado las limitaciones insuperables de los Estados europeos para asumir su propia defensa y ha reforzado, en conse-

cuencia, el papel de la OTAN como actor insustituible de la seguridad continental. El autor destaca con acierto la paradoja a la que ha conducido la respuesta europea a la guerra: cómo una combinación excepcional, de voluntad política compartida y dotación sin precedentes de recursos presupuestarios, da como resultado, sin embargo, una mayor dependencia militar hacia los Estados Unidos que reduce, cuando no impide, la pretendida autonomía estratégica perseguida por la Unión.

El autor concluye que la reorientación operada en la Política de Seguridad y Defensa de la UE, aunque no nos proporcionará más autonomía estratégica; sí nos aportará más funcionalidad desde el punto de vista estratégico. Continuar dedicando los esfuerzos a desarrollar la PCSD aspirando, casi exclusivamente, al desarrollo de misiones operativas de gestión de crisis muy poco exigentes, en una coyuntura tan comprometida como la actual, podría llevar a la Unión a la irrelevancia geoestratégica.

Uno de los efectos más llamativos del conflicto, al menos en suelo europeo, ha sido la creciente censura informativa que envuelve la cobertura de la guerra. No sólo han sido silenciados los medios de comunicación rusos, sino que las noticias que se difunden, y la forma en que se narran, reflejan un indisimulado sesgo. A partir de la narrativa concreta empleada para informar sobre la guerra se va articulando un relato sobre el que se asienta un discurso dominante, a fuerza de repetirlo, que aboga por la inevitabilidad de una *nueva guerra fría* que perpetuaría el conflicto estructural entre Rusia y la UE de forma indefinida consagrando así su subordinación estratégica hacia los EE.UU. En este nuevo entorno bélico en el que nos encontramos, donde la discusión y el análisis crítico no encuentran cómoda cabida, la investigación del profesor de Castro ofrece una brillante

reflexión para repensar lo sucedido y sopesar los pasos que se están dando, con una libertad de criterio verdaderamente encomiable.

La principal virtud de esta obra, al menos la que más aprecio tras su lectura, es que no sólo actualiza al lector sobre el complejo entramado de medidas y decisiones adoptadas por la UE en respuesta a la guerra, ofreciendo una explicación precisa que ofrece claridad y sentido a la profusión normativa desarrollada en los últimos tres años. También y, sobre todo, proporciona al lector argumentos para

reflexionar sobre el futuro compartido al que nos enfrentamos los europeos, más allá de los giros ocasionales que puedan darse en la conducción de la política estadounidense hacia Europa. Y lo hace, presentando una tesis original, expuesta de forma brillante, con libertad de criterio para expresar unas ideas cuya exposición se aparta del *mainstream* establecido sobre la guerra.

Rafael GARCÍA PÉREZ
Universidad Pablo de Olavide

DE FARAMINÁN GILBERT, Juan Manuel, ROLDÁN BARBERO, Javier y DEL VALLE GÁLVEZ, Alejandro (Coords.), LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, HINOJOSA MARTÍNEZ, Luis, MARRERO ROCHA, Inmaculada, MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo (eds.), *Unión Europea, principios democráticos y orden internacional. Liber amicorum en homenaje al profesor Diego J. Liñán Noguera*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, 660 pp.

El profesor Javier Liñán ha recibido de sus discípulos un muy merecido homenaje. Pienso en él como uno de los profesores que ha creado una mayor y más potente escuela en este país; que tuvo además un marcado carácter interdisciplinar, más que en el resto de las Universidades de España: derecho internacional, derecho de la Unión Europea y relaciones internacionales, todo en un equipo muy afín. Como expresa muy bien Luis Hinojosa, siempre fue aficionado a la ciencia política y a la filosofía, lo que le ha permitido disfrutar del derecho internacional y el derecho europeo, pero sin perjudicar las relaciones internacionales. Hombre comprometido con los suyos, ha conseguido que ese grupo humano hoy continúe reunido alrededor de él. Eso sí que es un magnífico logro vital. Le felicito por ello.

También pienso en él como uno de los catedráticos de Derecho internacional que más tempranamente miraron hacia

la Unión Europea. Yo era aún doctoranda cuando se convirtió en un referente en Derecho de la Unión. Él, Araceli Mangas, Javier Díez-Hochleitner. Realmente desde la academia de derecho internacional no había mucho más. En otras disciplinas destacaban otros nombres, pero en la nuestra, eran ellos. El profesor Liñán llegó al Derecho de la Unión tras años de investigación en el ordenamiento internacional, etapa en la que yo destacaría su atención hacia el trabajo que realizaban algunas organizaciones internacionales y hacia los derechos humanos. El lector puede ahora pensar que su obra se divide en dos partes, una con estudios de derecho internacional y otra con estudios de derecho de la Unión. Pero yo no lo creo. Observado con más detenimiento, creo que sus inquietudes intelectuales se han mantenido y su trayectoria tiene claras unas líneas de investigación: el Estado, las relaciones interestatales, las relaciones de poder, la política exterior,

la seguridad, las organizaciones internacionales —en su mejor versión— y, a mi parecer, dos elementos diferenciadores: una sensata obsesión por la aplicación judicial del derecho —que le unía con pocos internacionalistas y, para bien, le diferenciaba de muchos—; y una clara preocupación por los derechos humanos, pero no solo como derechos individuales —que también— sino como elementos estructurales del Estado constitucional. Apuntó también algo al derecho internacional económico, pues su pensamiento siempre fue moderno, pero dejó que ese guante lo recogiera alguno de sus discípulos.

Pues bien, a este esbozo de semblanza académica, responde a la perfección su libro homenaje. Un libro especial, como él. Solo sus discípulos son autores, lo que resulta una opción muy bonita. La calidad de las contribuciones es muy alta, como corresponde a la escuela que ya he descrito y la estructura resulta bien organizada, alrededor de las inquietudes intelectuales del homenajeado. De hecho, destaca el esfuerzo de todos los autores de ensamblar su trabajo con la obra del profesor Javier Liñán y reconforta que, todos y cada uno de ellos, no escatimen su reconocimiento al maestro y su sentida gratitud. En definitiva, un lujo.

Amelia Díaz Pérez de Madrid, estrena el homenaje con cuestiones referidas a las relaciones interestatales, en este caso, sobre la conciliación obligatoria en la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del mar de 1982. Tomando como excusa el caso del mar de Timor, realiza una reflexión sobre la conciliación como fórmula de solución de controversias entre los Estados, apuntando la falta de pureza del sistema sí, como medio no jurisdiccional, hemos de calificarlo. Para la autora, de buena pluma, el caso confirma la *jurisdiccionalización* de la conciliación, transformación que ya había avanzado la contribución del profesor Liñán

en el libro homenaje a don Manuel Díez de Velasco. No obstante, ella sostiene que caracterizar así la conciliación, lejos de ser pernicioso, enriquece una fórmula cuyas posibilidades de éxito radican en un modelo que es un “no modelo”, que se puede dibujar “ad hoc” y que, inevitablemente, dependerá siempre y por definición de la disponibilidad de las partes hacia el hecho mismo de la conciliación.

Continuando con la reflexión sobre lo “no cerrado”, varios de los discípulos del profesor Liñán se detienen en la noción de consenso, que el homenajeado había trabajado en un par de ocasiones. Creo que no me equivoco si afirmo que las reflexiones del homenajeado sobre este elemento nacen vinculadas al funcionamiento de organismos y conferencias internacionales y a las posibilidades que esta noción abría en el orden internacional. El profesor Liñán había sostenido que fue el consenso lo que hizo posible la distensión lograda en la CSCE en 1975, que finalizó con el Acta final de Helsinki, adoptada por consenso y que ha sustentado muchos años de equilibrio en Europa. Había afirmado que ese resultado se logró, porque ese consenso no fue solo una técnica procedimental, sino que se apoyó en un contenido material, referido a la estructuración de valores y normas de base, soporte de un equilibrio de poder. A partir de aquí, Teresa Fajardo del Castillo, primero relata cierta evolución del consenso, especialmente en la AGNU y después analiza —no sin poca fe—, si con un “consenso defectuoso”, como el obtenido en la AGNU en la adopción de la Resolución sobre la paz en Ucrania, que ha tenido 7 votos en contra, dicho consenso podrá aportar a la “paz” los mismos resultados que logró en la CSCE. En la misma dirección reflexiona Juan Manuel de Faramiñán Gilbert, que trata el consenso como dialéctica para moderar los conflictos que la actualidad se recrecen con particular virulencia. Para el autor, se trata de reclamar el ejercicio

del consenso, pues contiene un compromiso que encierra que posiciones contrarias, lleguen a ser complementarias. El consenso emergería como uno de los instrumentos más idóneos para formular soluciones que sortean la confrontación y alcanzan el equilibrio necesario para el entendimiento. Por su parte, Pablo Martín Rodríguez, con la finura jurídica a la que nos tiene habituados, utiliza el consenso como la excusa para adentrarse en el pensamiento jurídico de Javier Liñán, del que destaca su complejidad desde un inusual análisis interdisciplinar y su apertura a nuevos planteamientos, desde el cuestionamiento de los escasos dogmas de nuestra disciplina.

Las relaciones de poder están detrás del original estudio de Javier Roldán Barbero, denominado “Tiempo y derecho internacional”. El profesor Roldán va dejando muestras de los cambios que han acompañado al ordenamiento internacional, de la mano de las transformaciones de la sociedad que regula, si bien el Estado ha sobrevivido a los siglos como modelo básico de organización, sin perjuicio de que en algunos ámbitos muestra su vulnerabilidad y su incapacidad autónoma. Luis Hinojosa Martínez presenta un interesantísimo trabajo sobre Desinformación y libertad de expresión en tiempos de guerra. En él pone manifiesto la gravedad de la manipulación de la información por parte de los aparatos estatales de potencias extranjeras, con el propósito de interferir en los procesos políticos y económicos de los países europeos. El autor no hace sino llamar la atención sobre el carácter basilar de la libertad de expresión en la configuración del Estado de derecho, en la medida en que dicha libertad conforma una opinión pública libre y permite el ejercicio correcto del resto de los derechos y libertades. Carmen López-Jurado Romero de la Cruz diserta sobre la renovación de la política comercial común de la Unión Europea y avisa de que, en un

contexto de dura pugna por la supremacía económica, inevitablemente, el principal rasgo de la nueva política comercial común es una autonomía estratégica. Augusto Piqueras García trata el tema de los acuerdos interinstitucionales, que él mismo inserta en una zona gris entre lo político y lo jurídico y critica el poco reconocimiento que les concede el TJUE, en la medida en que defiende las disposiciones de los tratados.

Un análisis de la política exterior de España lleva a cabo Alejandro del Valle Gálvez, con una contribución que denomina “Carencias geoestratégicas de la política exterior de España”. Para el profesor del Valle, el área y la región del Estrecho de Gibraltar siguen siendo las grandes asignaturas pendientes de la política exterior de España. Pocos como él conocen esa realidad, lo que le convierte en la voz más autorizada. Inmaculada Marrero Rocha presenta un estudio sobre Globalización y privatización de las relaciones internacionales. La profesora Marrero relata con acierto todos los inconvenientes que ha traído la globalización y el crecimiento de las concepciones soberanistas y advierte que, ahora mismo, la protesta contra la globalización viene de la política nacional, desde lo público, lo que no está exento de riesgos.

La vuelta a una concepción estricta de la soberanía también está defendida por Antonio Segura Serrano, que presenta una contribución sobre la soberanía del Estado y el ciberespacio, alertando de los enfoques de algunos estados como Estados Unidos o el Reino Unido, que pretenden poner en duda la aplicación del concepto de soberanía en el ciberespacio y que sólo esconde sortear la responsabilidad estatal. Las cuestiones de seguridad son tratadas por varios discípulos del profesor Liñán. Pertenece a este grupo la contribución de Carmela Pérez Bernárdez, titulada “Una aproximación a las sanciones de la Unión Europea ante los

ciberataques”, en la que expone los aspectos críticos de la acción sancionadora de la Unión Europea y los ciberataques, aportando ciertas propuestas de mejora. Antonio Sánchez Ortega nos deleita con un estudio sobre la aplicación de la soberanía estatal al ciberespacio y defiende el tradicional entendimiento de la misma, pese a los cambios ocurridos en la sociedad internacional, pues el sistema internacional mantiene su estructura básica y se ha resistido a las fuerzas estructurales que han tratado de alterarlo hacia un modelo jerárquico.

El Estado de derecho y su defensa por la UE ha sido una de las últimas debilidades del homenajeado. Uno de sus primeros discípulos, Manuel López Escudero, nos presenta un excelente trabajo sobre La protección del valor Estado de derecho en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El profesor López Escudero es un profundo conocedor de esa cuestión y su análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es excelente. Lucas J. Ruiz Díaz presenta una contribución sobre los límites del Estado de derecho en el espacio de libertad seguridad y justicia en el que crítica, especialmente, las actividades desempeñadas por las agencias, dotadas de fuertes funciones y competencias, pero cuyas

actividades no siempre cohonestan bien con el respeto a los derechos y libertades fundamentales.

Por lo que se refiere a los derechos humanos, eterna preocupación del profesor Liñan, José Rafael Marín Aís presenta un estudio muy interesante sobre la dificultad de la Unión Europea para contribuir a mejorar la protección de los derechos humanos fuera de la Unión. El profesor Marín estudia muy bien los diversos instrumentos jurídicos que la Unión Europea ha ido utilizando a lo largo del tiempo siendo, sin embargo, crítico con los resultados. La ciudadanía europea también tuvo su atractivo para el profesor Liñán. Valeria di Comitè nos presenta un estudio sobre ciudadanía europea y derecho de circulación de los estudiantes y denuncia la fragilidad del estatuto que les cobija, reclamando más tiempo y esfuerzo para el espacio europeo de la educación.

En fin, un excelente homenaje del grupo de Granada al maestro. Como ellos saben, la UAM siempre se sintió especialmente cerca de ese grupo. Por tanto, enhorabuena a todos.

Cristina IZQUIERDO SANS
Universidad Autónoma de Madrid

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, *Conflict of Laws and the Internet*, Edward Elgar Publishing, 2024, 2nd edition, 560 pp.

With the second edition of his “Conflict of Laws and the Internet”, Pedro de Miguel Asensio provides a compelling and insightful exploration of the complex interplay between private international law (PIL) and the digital landscape. The author analyzes the legal areas where this intersection has raised the most controversy and uncertainty (including digital services, data protection, in-

tellectual property, competition law, and contracts). As a reader, one is eventually reassured that, despite the constant legal challenges posed by Internet activity, the legal subject of PIL is aptly equipped to play its part in the Internet regulatory framework. Thanks to a comprehensive and rigorous analysis of the interface between Internet law and PIL, this book will equally appeal to the experts in both

disciplines, as well as to scholars and practitioners looking for the state of the law in a myriad of specialist topics.

The book is organized into an introductory chapter on the “Foundations” of this interface and five thematic chapters, focusing on the abovementioned legal areas. While there is a common structure for each chapter (i.e., a description of the substantive regulation with particular attention to the private enforcement aspects, followed by an analysis of the three central PIL questions on jurisdiction, applicable law and recognition and enforcement of judgments), the thematic division is useful for experts in a particular Internet-related legal field, such as data protection or intellectual property. The book’s structure, combined with a helpful index will certainly facilitate the book’s use by practitioners and scholars in search of detailed knowledge about a specific theme. In contrast, it is interesting to note that there is no concluding chapter, where the author could have developed his overall assessment of the operation of PIL in digital settings. This is perhaps inherent to the rapidly evolving Internet context, the wide diversity of topics under review, or the emerging, and often conflicting, substantive regulations that legal systems worldwide develop to regulate Internet activity. In essence, the book is more of a comprehensive handbook on Internet-related PIL than a prospective consideration of how this rapidly evolving area of the law should be.

In the introductory chapter on the two basic components of the analysis—PIL and Internet regulation—, two elements are of particular note. The first one is the clear and concise description of the three sub-areas within private international law as traditionally understood in civil law jurisdictions: the rules on international jurisdiction, followed by the rules on applicable law, and lastly the rules on recognition and enforcement

of foreign judgments. This foundational description provides helpful guidance for the non-initiated PIL reader. It maps the relevant legal sources and specific provisions as part of the legal ordering of Internet-related activities. The second interesting element is the preference for the common law’s more habitual name of the legal discipline under review: “conflict of laws” instead of “private international law”. However, both terms are used interchangeably (see para 1.18) and emphasis is put on the functional goal of the rules under study as those that enhance international legal cooperation—or at least coordination—with regard to cross-border online relationships.

Chapter 2 is about “Digital Services, Internal Market and Content Liability”. It provides a clear overview of how PIL interacts in support of the main instruments governing electronic commerce and the provision of digital services. The focus is on the EU legal framework: there are detailed developments about the key elements of this legal framework, such as the internal market clause or country-of-origin principle in primary EU law. Furthermore, the most relevant aspects of the applicable EU substantive instruments are carefully selected and explained. For instance, this chapter explores the scope of application of the E-Commerce Directive or the Digital Services Act, the subject-specific instruments on *inter alia* audiovisual services or product safety, and the intermediary liability scheme. Though the focus is on EU legislation, there are some comparative incursions into the legislation of the US (in particular, the US Digital Millennium Copyright Act) with regard to the liability of intermediaries. Two central observations emerge from this analysis: first, the substantive instruments on digital services and content liability have a limited PIL significance. Conversely, EU primary law is essential in the operation of the rules on conflict of laws.

Hence, this chapter accurately describes the role of EU primary law in the operation of PIL, before turning to the secondary legislation and its specific PIL rules applicable to digital services and online content (para. 2.77) and Internet torts (Section V of Chapter 2). Finally, two specific aspects of Chapter 2 deserve attention: first, the tailormade approach to conflict of laws from an internal market perspective, in particular by the localization of an establishment in the EU to determine the applicability of EU legislation such as the e-commerce directive or the geoblocking directive. Second, the controversial issue of the (extra)territorial scope of orders against illegal content requires a separate sub-section. The author emphasizes that there is need for international jurisdiction as a prerequisite for an extraterritorial order. This is, however, not sufficient as there is room for the judicial appreciation of what is “strictly necessary to achieve its objective” (Article 9(2) of the DSA). One of the strengths of De Miguel Asensio’s work comes here to the fore: the author includes helpful illustrations of domestic case law from several jurisdictions to make clear that different results —ranging from a domestic to a worldwide order— may be expected.

Chapter 3 delves into another legal domain where the EU has gained a notorious reputation for its regulatory frameworks: the protection of natural persons in relation to their personal data, and personality rights including defamation. With regards to the former, the chapter’s structure yields excellent results in clarifying the interaction between the GDPR and other specific data protection instruments, on the one hand, and the general PIL instruments, such as the Brussels I Regulation or the Rome II

Regulation, on the other. This confluence of two specialisms is not without difficulties. PIL and data protection law need to be articulated. The author, with command of both fields and references to the best-specialized literature in this niche area, succeeds in bridging the gap between these two areas. The chapter’s structure is well articulated, starting with a concise summary of a vast data protection legal framework and particular focus on its potential PIL pitfalls, including collective redress or the search for the relevant applicable law in the context of data protection private enforcement. Here again, the excellent analysis is supported by reference to the latest CJEU case law and doctrine. With regard to personality rights including defamation, a topical introduction (by reference, for instance, to SLAPPs as one current challenge)¹ is illustrative of the societal relevance of this area. Against that framework, international jurisdiction and applicable law issues relating to personality rights are analysed by reference to the relevant instruments, with attention to the absence of EU uniform applicable law rules on defamation. Some consideration is given to “future perspectives” (para. 3.199 *et seq.*) by reference to a wide range of proposed solutions and some comparative insights. Here the author offers some bolder reflections about how “unrealistic” the prospects of “deterritorialized” laws are, detached from the domestic laws that are applicable under the relevant choice of law rule. As to the review and potential inclusion of a uniform EU connecting factor, the author sees merit in the place where the damage occurs, possibly as an option given to the victim and subject to a foreseeability requirement (para. 3.205). He rightly underscores that forum law, that is, the

¹ A Strategic Lawsuit Against Public Participation. In the EU, Directive (EU) 2024/1069 on protecting persons who engage in public participation from manifestly unfounded claims or abusive court proceedings was adopted in April 2024, OJ L2024/1069.

local law of the relevant jurisdiction, may claim priority as well, for example, using the application of the public policy exception. A common part on recognition and enforcement of foreign judgments concludes the chapter.

As an acclaimed expert on the interface between PIL and intellectual property (IP) rights,² De Miguel Asensio devotes the next two chapters to international IP law. Internet-related intellectual property law matters are not addressed monolithically. Instead, Chapter 4 is on Copyright and Related Rights, while Chapter 5 focuses on Industrial Property Rights and, importantly, Competition law.

On Internet-related copyright disputes, the legal challenges are multiple and the author's introductory description of the multilayered legal framework is commendable. The author underscores that IP multilateral treaties, and in particular the Berne Convention, have limited relevance on the operation of PIL and, as such, he turns to scholarly initiatives that have cast light on the uneasy interface of international copyright litigation and PIL (para. 4.18). Thereafter, the chapter focuses on the regional EU level: despite the many secondary law instruments relating to copyright and related rights, the result is only "partial and fragmentary harmonization within the EU" (para. 4.26). If, one day, the EU were to pave the way for a unitary copyright title, PIL reform should be part of this law reform exercise (para. 4.45). In turn, the second part of this chapter focuses on a dogmatic examination of the current PIL rules in the PIL branches: jurisdiction, applicable law, and recognition and enforcement of foreign judgments. This is a task of considerable magnitude given the

amount of technical case law and commentaries from different jurisdictions. De Miguel Asensio's presentation of the practical operation of the relevant EU rules shows the difficulties courts face when interpreting jurisdiction and applicable law rules that were not drafted for the specific Internet context. Despite all challenges, De Miguel Asensio is content with the "significant guidance" the CJEU caselaw provides on key connecting factors, such as the location of the place of the event giving rise to the damage in Internet-related copyright infringements (para. 4.67). In turn, the location of the place of damage must necessarily take into account the territorial nature of the concerned right (para. 4.80). Moving to questions on applicable law, the starting point must be the *lex loci protectionis*, even though its concrete meaning in situations involving ubiquitous infringements is far from clear. The so-called "mosaic approach", which theoretically leads to the distributive application of the laws of all territories for which protection is sought, seems unworkable in practice (para 4.121) and courts look for pragmatic solutions that also depend on the treatment of foreign law. In essence, local law (insofar as protection is sought for the local market) is pivotal, combined with a possible presumption that the application of foreign laws would functionally lead to the same result. Very interesting are the further developments relating to the liability of intermediaries, with practical insights into how domestic courts are currently addressing these issues (para. 4.134). De Miguel Asensio concludes that the *lex loci protectionis* approach is meritorious (para. 4.138) and not necessarily in contradiction with the mandatory requirements that follow

² Besides De Miguel Asensio's extensive scholarship in this specialized area, he was one of the main drivers behind ILA's Resolution 6/2020 on IP and PIL (the so-called "Kyoto Guidelines on Intellectual Property and Private International Law"), available at <https://www.ila-hq.org/en/documents/kyoto-guidelines-res-6-en-final-as-adopted-on-13-december-2020>.

from the country-of-origin principle in the context of EU law (para. 4.140).³

The challenges of reconciling a dominating territoriality principle with current Internet-related cross-border litigation characterize the domains of industrial property rights and competition law as well. Chapter 5 deals with these two areas in turn, using the same concise description of the legal framework first and turning then to the specifics of cross-border litigation in each of these fields. Of particular note in the area of industrial property is the inclusion of sections on the enforcement of unitary rights, and in particular, the consideration of the “newcomer” in this area, the Unified Patent Court (UPC). These sections are yet another example of the need for articulation of specific PIL provisions inserted in the unitary instruments themselves with the operation of the general PIL instruments (see, for instance, the articulation of Article 24(2) UPC and Article 8 Rome II Regulation, para. 5.145). Turning to antitrust law and unfair competition, De Miguel Asensio draws attention to the rise of private enforcement of competition claims in an Internet-related context and the PIL issues such claims may unlock (e.g. the characterization of the “relevant provisions of the Digital Markets Act” as overriding mandatory provisions for the purposes of Article 9 of the Rome I Regulation, para. 5.169). With regard to the analysis of general PIL rules, De Miguel Asensio insists, like in previous chapters, about the importance of properly assessing claims for global injunctions and, more generally, the combined effect of jurisdiction and applicable law rules when assessing the territorial reach of the granted remedies (para. 5. 236 et seq.). Finally, with regard to issues of recognition and

enforcement abroad, De Miguel Asensio appreciates no significant differences for industrial property and competition (if compared with Chapter 4 on copyrights and related rights).

The last Chapter is on Contracts and Transactions (Chapter 6). A transnational Internet regulation of contractual relations has existed for decades thanks to the pioneering efforts of UNCITRAL and other international bodies. This chapter describes the ensuing legal framework at the international and regional (EU) level, before focusing on a taxonomy of contracts and transactions for PIL purposes (online v. offline, B2B, B2C and P2P, DLT, Blockchain and the so-called Smart Contracts). Equipped with this essential Internet toolbox, the chapter’s core examines the main PIL branches (jurisdiction, applicable law, and recognition and enforcement of judgments), with a final section on alternative dispute resolution. With his characteristic clear and systematic style, De Miguel Asensio examines the operation of the Brussels I Regulation in contractual disputes, engaging *inter alia* with the controversial application of the rules on choice of court agreements (Article 25, para. 6.91 *et seq.*) and the contractual forum that “raises complex characterization issues” (Article 7(1), para. 6. 115 *et seq.*). In the same vein, the analysis of, in particular, the Rome I Regulation in the Choice of Law section (para. 6.165 *et seq.*) focuses on the most salient questions from an Internet perspective. For example, the exclusion of a choice for non-state rules under Article 3 Rome I Regulation may be questioned in light of the private self-ordering of Internet actors (para. 6.169) or the absence of a presumption in Article 4(1) Rome I Regulation for contracts on the transfer

³ For a complementary approach, see my recent observations in the broader context of international property law: PERTEGÁS SENDER, Marta, “International property law and territoriality”, in FOGT, MORTEN, M. (ed.), *Private International Law in an Era of Change*, Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 231-246

or license of IP rights (para 6.197). This last chapter also contains a brief consideration of crypto-markets, which may perhaps evolve into a separate chapter in a future edition. On that note, the footnotes of a future edition should ideally contain cross-references to previously referred sources that include the footnote number where the full reference is included. This would increase the reader's easiness to locate the vast array of sources referred to in this impressive volume.

In a nutshell, the book makes an outstanding contribution to the literature at the confluence of Internet law and PIL. It masterfully compiles clear and complete analyses of the legal domains where the interaction between the two legal areas

has been most controversial. The main lesson may well be that, as a comprehensive and all-encompassing technological advancement, Internet has challenged the foundations and operation of PIL as a legal discipline. It is however not the first time that technological advancements interrogate the operation of the legal settings and, in this particular instance, the rules that apply to private law disputes with an international element. Yet the subject has not been wiped away, but rather invigorated by Internet and its novel legal questions.

Marta PERTEGÁS SENDER
Maastricht University and University of
Antwerp

ESPLUGUES MOTA, Carlos, y ALBORNOZ, María Mercedes, *Derecho del comercio internacional mexicano*, Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2024, 622 pp.

Afirman María Mercedes Albornoz, Profesora investigadora Titular del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), y Carlos Esplugues Mota, Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de Valencia (España), editores y prologuistas de esa obra, que su objetivo es "*facilitar a todos aquellos sujetos involucrados en la actividad comercial exterior de México su tarea*". Sin duda, y a pesar de la dificultad que ello implica, debemos felicitarles por conseguir, ampliamente, su propósito.

La obra que nos presentan es el resultado de un esfuerzo colectivo. En su elaboración se han implicado un amplio número de autores, mexicanos y españoles, especialistas en el Derecho del comercio internacional, en general, y en el Derecho del comercio internacional mexicano, en particular. Sus experimentadas trayectorias (que pueden conocerse, someramente, al inicio de la obra) les permiten compartir con el lector y ofrecer

en esta obra un material imprescindible para conocer, tanto desde una perspectiva teórica como práctica, la materia objeto de análisis. En definitiva, tanto por su autoría como por sus contenidos, nos encontramos ante una obra de obligada consulta y referencia para profesionales, estudiantes, académicos y cualquier persona interesada en la materia. Una obra que, sin duda alguna, contribuye al crecimiento de la sociedad en y para la que ha sido elaborada.

Su relevancia y utilidad deriva no solo del objeto de estudio, el Derecho del comercio internacional mexicano, sino también de cómo se ha desarrollado. Las relaciones comerciales entre España y México se caracterizan por su dinamismo y su constante crecimiento. Por su contenido, esta obra permite conocer la realidad del comercio internacional mexicano, así como sus desafíos actuales y futuros, ofreciendo, a pesar de la complejidad, una información actualiza-

da que combina con un estudio teórico con el análisis de la práctica, de tal modo que su lectura permite el conocimiento y comprensión de aquella realidad, favoreciendo el impulso y la consolidación de relaciones comerciales, un elemento clave para aprovechar al máximo las oportunidades que actualmente ofrece el mercado global.

La propia estructura de esta obra refleja la complejidad y el estudio exhaustivo de los principales temas del comercio internacional, lo que obliga y hace imprescindible el recurso a la interdisciplinariedad inherente a este ámbito de estudio. Ofrece una visión global del comercio internacional mexicano que se inicia con un estudio de la estructura institucional (Capítulo 1°), el análisis de las fuentes, internacionales e internas, del comercio internacional (Capítulos 2° y 3°). Completando este marco, y respondiendo al objetivo perseguido, se aborda el régimen jurídico de la inversión extranjera (Capítulo 4°) así como la regulación del Mercado en México (Capítulo 5°), permitiendo conocer el marco legal de la competencia económica a partir de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece las bases que moldean la libertad económica y conceptualizan la función regulatoria del Estado.

De este modo se contextualizan y comprenden los restantes capítulos en los que se abordan aspectos concretos relativos a uno de los elementos claves del mercado, la protección de la propiedad intelectual en México (Capítulo 6°) y a los sujetos participantes en el comercio internacional (Capítulo 7°); para, seguidamente, abordar uno de los principales instrumentos del mercado, los contratos internacionales. Su estudio se desarrolla, de un lado, analizando, en el Capítulo 8° la contratación internacional desde una perspectiva general para, seguidamente, individualizar el

tratamiento de aspectos más específicos entre los que se encuentran un amplio análisis de la compraventa internacional de mercaderías en los Capítulos 9° y 10°, al que se añade, en el capítulo 11°, el estudio de otros tipos contractuales generalmente vinculados al comercio internacional como los contratos de seguro o los de distribución y cooperación. Asimismo, la ordenación del comercio electrónico constituye el objeto del Capítulo 12°, al que sigue el análisis de las garantías contractuales (Capítulo 13°) y los medios de pago (Capítulo 14°). En el desarrollo del comercio internacional el transporte internacional adquiere especial relevancia. Una importancia que justifica su análisis en el Capítulo 15°, seguido del estudio del régimen jurídico de la entrada y salida de bienes y la tributación de las operaciones del comercio internacional en el Capítulo 16°.

Pero una visión completa del comercio internacional no puede obviar el tratamiento de la insolvencia de los sujetos implicados en los actos de comercio, analizada en el Capítulo 17°, y los mecanismos articulados en el comercio internacional mexicano para solución de controversias. A estos se dedican los capítulos 18° a 21° en los que, junto a la tradicional vía tradicional, analizando las cuestiones que suscita el planteamiento de litigios internacionales, también se aborda el régimen jurídico de los mecanismos alternativos a la vía jurisdiccional, con especial referencia al arbitraje, que encuentra justificación en su relevancia en el desarrollo del comercio internacional.

La bibliografía que, en su mayoría, incluyen los distintos capítulos no solo es un elemento clave porque permite guiar al lector en la búsqueda y profundización de cuestiones específicas. Además, en algunos capítulos junto a ella se relaciona la jurisprudencia más relevante, lo que supone una aportación práctica de ex-

cepcional importancia que, como indicá-bamos, permite un completo análisis de las distintas temáticas abordadas.

Ciertamente, dentro del amplio panorama de obras que, especialmente en los últimos tiempos, abordan el estudio del comercio internacional, esta obra colectiva se centra en un objeto de estudio que la hace especialmente relevante en el momento actual de desarrollo de los intercambios comerciales entre España y México y, especialmente, en un contexto más amplio referido a las relaciones entre la Unión Europea y los países americanos entre los que México constituye un referente.

A todos estos elementos, y a pesar de la complejidad del estudio abordado, y sin mermar los conocimientos que aporta, la obra se presenta con un ágil estilo de redacción y un lenguaje claro que facilita su lectura y comprensión.

Animamos a la lectura de esta obra tan interesante, completa y variada como útil para quienes deseen conocer la actualidad y realidad del Derecho comercio internacional mexicano. Por todo ello, felicitamos a sus autores y, por supuesto, a la sociedad que la ve nacer y podrá disfrutar de esta brillante y notable contribución doctrinal.

Mercedes SABIDO RODRÍGUEZ
Universidad de Extremadura

FAJARDO DEL CASTILLO, Teresa, *La protección del medio ambiente y el desafío climático. 50 años después de la Declaración de Estocolmo*, Madrid, Dykinson, 2024, 198 pp.

La Declaración adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, celebrada en Estocolmo en junio de 1972, puede considerarse como el acta fundacional del Derecho Internacional del Medio Ambiente. Por ello la celebración del 50º aniversario de ese acontecimiento se presenta como un momento ideal para una visión retrospectiva del desarrollo de ese sector del ordenamiento jurídico internacional. Pero para resultar verdaderamente útil esa visión retrospectiva no debe limitarse a un mero enfoque histórico, sino que debe llevarse a cabo con un espíritu crítico, señalando lo que la comunidad internacional ha avanzado en materia de protección ambiental pero también, de manera muy especial, lo (mucho) que queda por avanzar. De esa manera la mencionada visión retrospectiva servirá para plantear, o clarificar, vías de superación de las carencias que después de cinco décadas sigue presen-

tando el marco normativo internacional destinado a la protección de nuestro medio ambiente.

Y eso es precisamente lo que la profesora Teresa Fajardo lleva a cabo en esta monografía que ahora es objeto de recensión, en la que procede a un recorrido exhaustivo de ese *iter* seguido desde la adopción de la Declaración sobre el Medio Humano adoptada en 1972, hasta cerrar el ciclo de vuelta a la capital sueca con la Conferencia Estocolmo+50, cuya relevancia tanto a nivel de contenido como de participación y consideración no resiste desde luego la comparación con la realizada hace medio siglo. Y ese recorrido se lleva a cabo, de acuerdo con la exigencia de espíritu crítico antes apuntada, sin olvidar las decepciones generadas y las carencias detectadas a lo largo del camino, especialmente teniendo en cuenta las expectativas normativas de gran alcance que, como recuerda la

profesora Fajardo, generó la Declaración de 1972.

La monografía destaca las aportaciones de esta Declaración, recordando cómo incluso desarrollos que en este momento pudieran considerarse punteros, como el reconocimiento de un derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible, por no citar más que algún ejemplo, contaban ya con su espacio en aquel momento. Lo que puede llevar a pensar que el carácter puntero que en la actualidad presentan estas cuestiones no se debe tanto a la novedad *stricto sensu* de su planteamiento, como al hecho de que la comunidad internacional haya sido incapaz de lograr progresos relevantes en este medio siglo.

Y ello a pesar de que esa necesidad de progresos cobra más fuerza, se hace más necesaria, a la vista de la evolución de los retos ambientales que nos aquejan, que como recuerda la propia profesora Fajardo, se han incrementado en número y gravedad, hasta el punto de alcanzar en este momento la condición de emergencia planetaria. Ese incremento en cuanto a la gravedad de los problemas viene acompañado por su carácter internacional cada vez más amplio, lo que tiene su necesaria traslación al papel del Derecho Internacional en cuanto a la creación de instrumentos para su solución. Esa evolución es perfectamente visible mediante la comparación de los grandes problemas ambientales, pasando desde el carácter regional de la contaminación transfronteriza a larga distancia, que se encontraba en el origen de la propia Conferencia de Estocolmo de 1972, hasta el cambio climático, que une a su naturaleza planetaria una dimensión global también en el plano sustantivo que no estaba presente en la misma medida en el caso anterior ni tampoco en el estadio intermedio de esa evolución de grandes problemas ambientales que supone la cuestión del deterioro de la capa de ozono.

Pero, volviendo al realismo que se apuntaba como factor imprescindible en esta retrospectiva del Derecho Internacional del Medio Ambiente, aprovechando el viaje de Estocolmo (1972) a Estocolmo+50; la profesora Fajardo señala de manera expresa las carencias antes apuntadas, con valoraciones desde una perspectiva general que dejan bien a las claras el grado de decepción que preside el desarrollo de este sector del Derecho Internacional. Así afirma, tomando como referencia la vigencia del diagnóstico sobre el planeta y sus males ligados al modelo de desarrollo que se incluye en la Declaración sobre el Medio Humano, el incumplimiento de los compromisos asumidos, tanto por Estados como por ciudadanos. Incumplimiento que extiende al Derecho Internacional del Medio Ambiente en sí mismo, si bien se entiende que como figura literaria en la medida en que ese incumplimiento no es sino un enfoque distinto del incumplimiento de los Estados, ya advertido con anterioridad. Así la autora afirma que ese sector del Derecho Internacional tampoco ha alcanzado sus objetivos, puesto que, a pesar de la multiplicación de normas, no ha conseguido el grado de aplicación y cumplimiento adecuado.

Pero en realidad la monografía no se limita ni mucho menos a ese plano de la aplicación, sino que aborda igualmente otros aspectos del Derecho Internacional del Medio Ambiente en los que el grado de avance no es precisamente relevante, e incluso en algunos casos podría afirmarse que es si no inexistente si desde luego muy limitado. Ese es el caso, por ejemplo, de un elemento central de cara a la configuración de un marco normativo internacional para la protección del medio ambiente que garantice una respuesta adecuada a los desafíos actuales, como es el de la contraposición, confrontación en palabras de la profesora Fajardo, entre medio ambiente y desarrollo. Esa contraposición, planteada ya en los

años setenta, y que se materializa en la consiguiente dicotomía entre países industrializados y países en desarrollo, está lejos de ser resuelta y, como se señala en la monografía, sigue siendo, 50 años después de la Declaración sobre el Medio Humano, una de las principales cuestiones planteadas en los debates actuales incluyendo los diálogos de la Reunión de Estocolmo+50. El resultado es que el consenso existente en cuanto a la esencia de un Principio como éste, respecto del que resulta imposible disentir, no se traslada por el momento a su concreción, lo que trae como consecuencia la ausencia de instrumentos verdaderamente eficaces de solidaridad que ayuden a los Estados menos favorecidos, y paradójicamente más perjudicados por el cambio climático, a recibir una asistencia adecuada para poner en marcha una inevitable transición hacia una economía climáticamente amigable.

Y directamente conectada con esta cuestión, e incluso podría considerarse que inserta en la base misma de la gestión internacional de los problemas ambientales, está la aproximación al concepto de soberanía. La profesora Fajardo alude al cambio de visión de la soberanía materializado en la Declaración de Estocolmo de 1972, pero para añadir a continuación que cinco décadas después ese cambio de visión no parece impregnar los instrumentos internacionales destinados a la cooperación ambiental, dificultando la gestión de las crisis mundiales, incluidas las ambientales, con el cambio climático como ejemplo. Eso lleva a la autora a cuestionar la capacidad del Derecho internacional del Medio Ambiente para dar respuesta a los grandes problemas globales, señalando la resistencia de los Estados a perder soberanía, y por tanto su reticencia a nuevos enfoques de la misma, como la primera razón de esa incapacidad; a la que añade el coste económico, social y medioambiental de la aplicación

de las normas del Derecho Internacional del Medio Ambiente.

De esa forma, el necesario cambio de visión de la soberanía de los Estados en relación con los problemas medioambientales, clave para articular respuestas normativas adecuadas al carácter global de los mismos, choca con la premisa política de la inmediatez y el intento de los responsables políticos de retrasar acciones que puedan tener impactos negativos sobre el desarrollo económico de los Estados, basado eso sí en un modelo sobre el que existe un consenso acerca de su naturaleza perversa. Esa visión a corto plazo conduce a olvidar, o cuando menos a no tomar en consideración debidamente y orientar su acción de gobierno en esa línea, las oportunidades que se abren en el contexto de transición hacia economías descarbonizadas.

Igualmente resultan destacables en opinión de quien realiza esta recensión ciertas cuestiones especialmente relevantes abordadas en la monografía desde una perspectiva estrictamente jurídica. Una primera cuestión es la que la profesora Fajardo define como los desafíos normativos del Derecho Internacional, ámbito en el que la Declaración sobre el Medio Humano realizaba aportaciones importantes, como la identificación de instrumentos internacionales y procesos de creación de normas especialmente adaptados al progreso en un ámbito particularmente complejo a la vista de la incertidumbre científica como el de la protección del medio ambiente.

En ese sentido puede destacarse el modelo basado en tratados marco, desarrollados mediante protocolos que permitan integrar en el marco normativo correspondientes los progresos que ofrezca la investigación científica. Sin embargo, ese procedimiento de creación de normas no solo se ve como apto para garantizar esa relación entre ciencia experimental y norma jurídica, sino

que también es visto por los Estados, o mejor dicho por sus representantes, como un medio para dilatar en el tiempo el impacto social, y político en términos electorales, que puede tener en el desarrollo económico de ese Estado la aplicación de normas ambientales internacionales. Esa tendencia a eludir compromisos concretos a corto plazo justifica el recurso por los Estados al *soft law* como modo de concreción de la cooperación internacional. Ese fenómeno, que la profesora Fajardo incluye en su monografía y respecto del que ya ha ofrecido reflexiones más profundas en otra monografía reciente, incluye su confluencia con el *hard law*, es decir la adopción de textos internacionales jurídicamente obligatorios, pero cuya intensidad obligacional es muy baja y que además no incorporan mecanismos exigentes de sustanciación de la responsabilidad por incumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados Parte. Fenómeno que tiene al Acuerdo de París de 2015 como un ejemplo paradigmático.

En esa misma línea de aspectos centrales abordados en la monografía que ahora es objeto de recensión puede señalarse el relativo a la gobernanza, y la institucionalización deficiente, de la cooperación ambiental internacional, con la pretensión fallida de transformar el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente en una Organización internacional. La profesora Fajardo califica esa pretensión como una necesidad, pero al mismo tiempo aborda, en una nueva demostración de ese análisis realista antes mencionado, las razones de ese fracaso al advertir de las reticencias de los Estados al respecto, imponiendo límites tanto presupuestarios como competenciales a esos organismos para

que puedan transformarse en instituciones con capacidad para una gestión adecuada de los grandes problemas ambientales. El resultado es lo que la autora identifica como una gobernanza *soft*, sin capacidad ni recursos para evolucionar en la dirección que marca la urgencia de los problemas globales.

En ese listado de aspectos centrales del Derecho Internacional del Medio Ambiente que la profesora Fajardo no elude abordar en su monografía se incluye también el relativo al daño y a la responsabilidad internacional, señalando las dificultades de la traslación de los métodos tradicionales de la responsabilidad internacional a la protección del medio ambiente. En ese sentido la monografía aborda la cuestión de la protección ambiental a través del Derecho Penal, y la pretensión apuntada por la autora de configurar el ecocidio como el quinto crimen en el Estatuto de Roma, cuya relevancia, o cuando menos actualidad, se refuerza en el marco de los contextos actuales (Rusia-Ucrania e Israel).

A modo de conclusión debe decirse que la profesora Fajardo, apoyada en su sólida formación y su reconocida competencia en el ámbito del Derecho internacional del medio ambiente, ofrece una reflexión necesaria del lugar en el que se encuentra este sector del Derecho Internacional, que debería ser tenida muy en cuenta para poder rectificar y resolver las carencias que lo han venido lastrando, pudiendo articular una reacción eficaz para hacer frente a problemas que, como el cambio climático, van a marcar el devenir de la Humanidad en un próximo futuro.

Sergio SALINAS ALCEGA
Universidad de Zaragoza

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana *Notificaciones internacionales en materia civil y mercantil: el Derecho europeo*, Aferre, Barcelona, 2024, 484 pp.

La obra que aquí se comenta está dedicada al estudio del régimen jurídico de la notificación internacional en materia civil y mercantil. Se trata de una materia compleja que se caracteriza por una importante dispersión normativa. En particular, la autora focaliza su estudio en las diferentes iniciativas legislativas aprobadas por el legislador europeo para digitalizar la justicia. Sin duda alguna, la transformación digital constituye un paso esencial para mejorar el acceso a la justicia, la eficiencia y la calidad de los sistemas judiciales de los Estados miembros, como así recuerda la Comunicación de la Comisión, publicada el 2 de diciembre de 2020, sobre “La Digitalización de la Justicia en la UE. Un abanico de oportunidades”. El uso de las herramientas tecnológicas en los procesos transfronterizos hace preciso reflexionar sobre las posibilidades y los límites que presentan los adelantos tecnológicos y evaluar el impacto de su uso tiene sobre los derechos fundamentales. Por ello, un libro como este no solo es pertinente, sino necesario, puesto que ofrece al lector una radiografía precisa y actualizada de la normativa, así como de los principales problemas y tendencias existentes en esta materia.

Su lectura evidencia que su autora cuenta con una extraordinaria formación jurídica y una dilatada experiencia, lo que explica la perspectiva práctica que preside la obra, cuyo contenido se estructura en catorce capítulos, que están precedidos de una Presentación y seguidos de un anexo legislativo y una bibliografía básica.

El Capítulo primero (pp. 31-39) se ocupa de encuadrar el objeto de estudio. En él la autora evidencia que la notificación, en cuanto acto de comunicación procesal, se encuentra ínsitamente liga-

do al derecho de defensa, y constituye un pilar de cooperación judicial y, por tanto, de la confianza mutua en los sistemas judiciales de la Unión Europea, dedicando una atención especial a la notificación edictal (pp. 35-37). En el Capítulo II expone los albores de la cooperación judicial civil y su posterior evolución. (pp. 41-59). Así, examina desde el fallido Convenio relativo a la notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil, de 26 de mayo de 1968, hasta el Reglamento (UE) núm. 2020/1784 pasando por el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 y (CE) núm. 1393/2007. Tras estos dos primeros capítulos introductorios la autora realiza, en los Capítulos IV (pp. 61-117) y V (pp. 119-136), un análisis pormenorizado y detallado del salto tecnológico que la aprobación de los Reglamentos 2020/1783 y 2020/1784 ha supuesto para la práctica de la notificación y obtención de pruebas entre Estados miembros. Particular interés tienen las páginas que dedica al análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de notificaciones (pp. 110-115).

El trabajo es de plena actualidad y está actualizado, lo que se evidencia en el Capítulo sexto, donde la autora analiza las diferentes iniciativas legislativas aprobadas en la UE para digitalizar la justicia transfronteriza (pp.137-179). Se trata, sin duda alguna, de las páginas de mayor interés. Es evidente que el empleo de las herramientas tecnológicas en los procesos judiciales transfronterizo puede contribuir a facilitar el acceso a la justicia, a reducir tiempo de tramitación y ahorrar costes. Sin embargo, su efectiva implantación requiere de herramientas destinadas a fortalecer la interconectividad e interoperabilidad de las comunicaciones electrónicas para los órganos ju-

risdccionales y los ciudadanos de forma rápida, directa, segura y fiable, así como también a garantizar la protección, la privacidad y la confidencialidad de los datos transmitidos y el derecho a derecho fundamental de acceso a la justicia. Con este marco normativo el legislador europeo trata de impulsar una justicia transfronteriza accesible para autoridades y ciudadanos, sobre todo, a los más vulnerables. El reto es, como así queda patente en la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales, alcanzar en la UE un modelo de justicia digital que refuerce la dimensión humana y respete los derechos fundamentales de las personas. La autora centra su análisis en el Reglamento de ejecución (UE) 2022/423 por el que se establecen las especificaciones técnicas, las medidas y otros requisitos para la implementación del sistema informático descentralizado al que se refiere el Reglamento 2020/1784 (pp. 137-143), en el Reglamento e-Codex (pp. 144-149) y en el paquete de digitalización, esto es, en el Reglamento (UE) 2023/2844 y la Directiva que lo acompaña (pp.150-173) y, para finalizar, en la estrategia europea relativa a la justicia en Red 2024-2028 (pp. 174-175). Es evidente que deben existir infraestructuras y herramientas adecuadas para que la comunicación a distancia tenga lugar de forma rápida, directa, segura, confidencial y accesible tanto para los órganos jurisdiccionales como para los ciudadanos. Con todo, el marco normativo proyectado en modo alguno ofrece una regulación completa. La normativa europea en materia procesal no agota la regulación de las cuestiones que constituyen su objeto. Tal regulación no puede realizarse desconociendo la normativa procesal de los diferentes Estados miembros que han incorporado, de forma heterogénea, las Tics en sus sistemas judiciales. De hecho, esta limitación constituye, a nuestro juicio, una de las principales debilidades del sistema normativo europeo, y uno de

los principales obstáculos para la efectiva implantación de las herramientas digitales en los procesos transfronterizos.

En el Capítulo VII (pp. 183-223) se evidencia el papel tan esencial que presenta la notificación internacional en el espacio judicial europeo. De ello da cuenta los diversos instrumentos europeos (en materia patrimonial y familiar) que han sido aprobados en los últimos tiempos, como así sucede con el Reglamento (UE) 1215/2012 (Bruselas I bis), el Reglamento (CE) núm. 805/2004 (Título Ejecutivo Europeo), el Reglamento (CE) núm. 1896 (proceso monitorio europeo), el Reglamento (CE) núm. 861/2007 (proceso europeo de escasa cuantía), el Reglamento (CE) núm. 4/2009 (Bruselas III), etc. e, incluso, en instrumentos que, actualmente, está en tramitación como así sucede con la Propuesta de Reglamento en materia de protección de los adultos o en materia de filiación.

A continuación, la autora analiza otros instrumentos normativos que regulan los actos de cooperación judicial internacional en el ámbito extraeuropeo, como así sucede con el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial (Capítulo VIII), el Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial (Capítulo IX) y otros instrumentos multilaterales que son relevantes en las relaciones con terceros Estados (Capítulo X). También se ocupa de analizar de las notificaciones internacionales en el proceso arbitral (Capítulo XI) y en la Ley 29/2025, de Cooperación jurídica internacional en materia civil (Capítulo XII).

Uno de los mayores méritos de la obra es el exhaustivo análisis que realiza de la función notarial notificadora y de las notificaciones en la legislación nota-

rial (Capítulo XIII). Merece destacarse cómo la autora evidencia que las comunicaciones notariales presentan un amplio espectro en forma de notificación, citación y publicidad. Quisiera resaltar las páginas que dedica al análisis de las diferentes clases de notificaciones reguladas en el Reglamento Notarial (actas de presencia, de notificación y requerimiento), los problemas específicos que presentan los expedientes notariales ligados a la jurisdicción voluntaria, las notificaciones desjudicializadas en la Ley del Notario y los expedientes notariales en el Derecho marítimo.

En los dos últimos Capítulos se ocupa, respectivamente, de las notificaciones internacionales en los expedientes notariales sucesorios (Capítulo XIV), donde analiza cómo se notifica la *interrogario in iure*, el beneficio de inventario, el nombramiento de contador partidor dativo, la aprobación de la partición realizada por el contador partidor dativo, expedientes sucesorios, y de las notificaciones

internacionales en los procedimientos registrales (Capítulo XV). En este último Capítulo distingue entre las notificaciones registrales previas a la actividad registral, de las estrictamente registrales.

A modo de conclusión, cabe decir que se trata de un trabajo que es necesario, de gran utilidad y de calidad. Necesario en la medida en que se echaba en falta una obra que explicara con rigor y profundidad la complejidad que rodea la práctica de la notificación tanto en el ámbito judicial como extrajudicial. Útil, porque sirve de guía al estudioso y práctico para saber cuál es el instrumento normativo aplicable para la transmisión de una notificación, su regulación y su problemática. Y de calidad, por el rigor, el esmero y la seriedad con que este análisis ha sido acometido por la autora, por lo que bien podemos concluir que se trata de un trabajo merecer de una calurosa acogida.

Nuria MARCHAL ESCALONA
Universidad de Granada

IGLESIAS MÁRQUEZ, Daniel, DEL VALLE CALZADA, Estrella y MARULLO, María Chiara, *Hacia la diligencia debida obligatoria en Derechos Humanos. Propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, Editorial Colex, 2024, 464 pp.

Estamos ante una obra de enorme valor y calidad científica, que es fruto de dos Proyectos de Investigación I+D+i: “Oportunidades y desafíos en la implementación de las normas de debida diligencia empresarial en materia de Derechos humanos y medio ambiente” de la Conselleria d’Innovació, Universitats, Ciència i Societat digital de la Generalitat Valenciana, cuya IP es la profesora María Chiara Marullo y “Acceso a la justicia en el contexto de abusos corporativos: la litigación como estrategia de resistencia y empoderamiento de las víctimas”, financiado por el Instituto Cata-

lán Internacional para la Paz, cuyo IP es el profesor Daniel Iglesias.

Obra que ve la luz poco después de que haya sido definitivamente aprobado un texto en el seno de la Unión Europea cuya propia existencia ya es un éxito, puesto que no hace tanto, cuando se aprobó la Ley francesa del deber de diligencia en 2017, pionera dentro de los Estados de la Unión en esta materia, nada hacía presagiar que los pasos de la Unión Europea en este sentido iban a darse tan rápido. La *Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibili-*

lidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 [DO n° 1760, de 5 de julio de 2024] se ha convertido así en el primer texto a nivel internacional que regula con carácter vinculante normas de diligencia debida para las empresas en el respeto a los derechos humanos. Y se está a la espera de aprobación definitiva en el Consejo del Reglamento que prohíbe la entrada de productos elaborados con trabajo forzoso en el mercado de la Unión Europea, texto que fue aprobado en el Parlamento Europeo el 24 de abril de 2024, pero que aún no ha culminado de forma definitiva su proceso de elaboración. Sobre ambos textos se pronuncian algunos de los trabajos incluidos en esta importante obra.

El libro está dividido en tres grandes apartados: 1) Legislación y propuestas legislativas de diligencia debida en derechos humanos; 2) Diligencia debida en derechos humanos en contextos y sectores específicos y 3) Estudios de casos: responsabilidad, acceso a la justicia y diligencia debida en derechos humanos. En su frontispicio, una introducción contextualizadora que llevan a cabo los directores de la obra los profesores Daniel Iglesias Márquez, Estrella del Valle Calzada y María Chiara Marullo, titulada “La diligencia debida obligatoria en Derechos humanos: avances y desafíos”. De su lectura ya se intuye que estamos ante un libro tanto para quienes se acerquen por primera vez al estudio de esta materia como para quienes vengán trabajando desde hace tiempo en ella. Las diecisiete contribuciones que se integran en él son poderosos argumentos para prestar atención detenida a su evolución, aportando cierta completitud a un tema polidédrico que, si bien no es estrictamente novedoso, es cierto que los pasos dados en los últimos años lo han situado en el centro de los debates, de forma muy singular, pero no solo, como apuntamos, en la Unión Europea.

Como sostuvo J. Ruggie en el documento de Naciones Unidas de 22 de abril de 2009, “Business and human rights: towards operationalizing the protect, respect and remedy framework”, la diligencia debida supone “un intento amplio y activo de descubrir los riesgos reales o potenciales que amenazan a los derechos humanos durante todo el ciclo vital de un proyecto o actividad comercial, con miras a evitar o atenuar esos riesgos”. Y de esa búsqueda este libro da buena cuenta.

Así, en la primera parte, la más extensa de la obra, dedicada a la *Legislación y propuestas legislativas de diligencia debida en Derechos humanos*, se incluyen ocho trabajos en los que se analizan desde la propuesta de Directiva de diligencia debida (cuando se finaliza el libro aún no se había aprobado de manera definitiva), a legislaciones estatales concretas sobre la materia, o propuestas en curso, partiéndose de una contextualización genérica que realiza H. Cantú Rivera, “Trasnacionalidad y extraterritorialidad: algunas (breves) reflexiones”. Considera el autor que “[l]a emergencia de normas sobre diligencia debida en derechos humanos plantea, en la práctica, una revolución jurídica en la que implícitamente se reconocen las limitaciones de los Estados para fiscalizar de forma efectiva las actividades empresariales, y explícitamente se exige de las empresas un importante ejercicio de autorregulación a través de la figura de la diligencia debida en derechos humanos, aunque acompañado de una supervisión por distintos actores públicos, privados y sociales, cuyas herramientas complementarias podrán dar lugar, por lo menos, a sanciones administrativas o situaciones de responsabilidad civil” (p. 60).

La profesora C. Márquez Carrasco aporta “La propuesta de Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial. Desde una perspectiva jurídica transnacional”. En su

estudio, tras enmarcar la propuesta de Directiva en el contexto normativo de la Unión Europea sobre sostenibilidad y conducta empresarial responsable, profundiza en la teoría jurídica transnacional y su relevancia para el debate sobre las normas de diligencia debida basadas en el riesgo con efectos extraterritoriales, para terminar con afinado análisis de la entonces propuesta de Directiva sobre diligencia debida como manifestación del Derecho transnacional.

Por su parte, C. da Graça Pires y D. Schönfelder, en su trabajo “La Ley de deber de vigilancia francesa y la ley alemana de cadena de suministro: miradas críticas desde la práctica y lecciones aprendidas desde su implementación”, partiendo de algunas preguntas como hasta qué punto son las leyes francesas y alemanas sobre esta materia fuentes de inspiración, si se trata de ejemplos a seguir o si es preferible evitarlas, realizan un análisis de los puntos fuertes y débiles de estas leyes del que extraen conclusiones para las futuras legislaciones que han de venir. Apuntan que las medidas de diligencia debida deben no solo existir, sino ser eficaces y esto tiene que ser evaluado (p. 95). Además, consideran necesario concretar de forma indubitada el ámbito subjetivo de aplicación de forma amplia, para que pueda cubrir todo tipo de empresas, incluidas las pymes, reduciendo el número de empleados de las grandes empresas y estableciendo criterios claros para las obligaciones de la casa matriz sobre sus subsidiarias (p. 100). Y ponen el acento en la necesidad de encontrar un equilibrio entre una protección amplia pero demasiado imprecisa frente a referencias explícitas que pueden ser demasiados restrictivas (p. 103).

Otro trabajo interesante es el que realiza T. Scally sobre “Legislación de diligencia debida en los Países Bajos”. En Países Bajos existen dos iniciativas de leyes sobre el deber de diligencia de las

empresas: la Ley del deber de diligencia en materia de trabajo infantil y la Ley de conducta empresarial internacional responsable y sostenible, aún no en vigor. La autora los examina con detenimiento, además de proporcionar una visión de futuro acerca de su viabilidad política.

Del máximo interés es el trabajo de A. Guamán y T. Sachs sobre “Diligencia debida en Derechos humanos y sostenibilidad: de la ley francesa al borrador de anteproyecto de ley español”, y en claro paralelismo, el de N. Magallón Elósegui sobre “Mecanismos de implementación del deber de diligencia debida en una futura ley española”, en el que realiza un análisis muy completo y esclarecedor del proyecto de ley sobre diligencia debida que en la pasada legislatura impulsó la Secretaría de Estado para la Agenda 2030. Su valoración es positiva, lo califica como ambicioso y como “uno de los más completos que se han aprobado en Europa hasta el momento” (p. 167). Además de la regulación de las obligaciones de diligencia debida (Título II), incorpora medidas de responsabilidad jurídica civil (Título V) y administrativa (Título IV). El borrador de anteproyecto de ley incluye deberes de información y divulgación para dotar de mayor transparencia a la política de responsabilidad empresarial; mecanismos sustantivos de implementación que establecen obligaciones proactivas de diligencia debida; mecanismos de vigilancia, denuncia o reclamación por incumplimiento de las obligaciones establecidas y mecanismos de reparación y acceso a la justicia.

Terminan esta primera parte dos aportaciones sobre proyectos de regulación en ciernes en Chile y en Perú, respectivamente. S. Smart elabora “La legislación sobre debida diligencia de empresas y derechos humanos en Chile: influencias internacionales en un eminente debate nacional” en el que analiza de forma minuciosa la participación de

Chile en las actuales negociaciones sobre un tratado vinculante sobre empresas y Derechos humanos en el seno de Naciones Unidas y apunta cuáles deberían ser, desde su punto de vista, los pasos para que Chile elaborara una legislación estatal sobre la materia.

Por su parte, F. Chunga Fiestas, en “La (propuesta de) ley de debida diligencia empresarial obligatoria e implementación del primer plan nacional de acción sobre empresas y derechos humanos de Perú”, realiza un estudio sobre esta propuesta de ley, si bien desde una perspectiva pesimista. Señala, en concreto, que “[l]as leyes de Perú, incluso las de mayor consistencia técnica, suelen no cumplirse, primero porque la estructura del Estado no está preparada para ello, pero sobre todo porque las leyes pretenden cambiar realidades que, por sí mismas, aquellas no pueden cambiar” (p. 234).

La segunda parte, con cinco aportaciones, se dedica a analizar la *Diligencia debida en Derechos humanos en contextos y sectores específicos*, abriéndose con lo que es, a mi juicio, uno de los trabajos más significativos de esta obra. Los profesores F. J. Zamora Cabot y L. Sales Pallarés reflexionan sobre “Minerales en transición: ¿carta blanca para el extractivismo?”, situando el debate en un tema central, como es poner de manifiesto la paradoja entre el objetivo de la Unión Europea en sus políticas energéticas pretendiendo abandonar los combustibles fósiles, queriendo situarse así a la cabeza de la lucha contra el cambio climático en consonancia con los objetivos fijados tras el Acuerdo de París, y a la vez depender de terceros países para el acceso a materias primas fundamentales para llevar a cabo esta transición energética. Analizan, en concreto, la problemática de uno de estos minerales, el cobalto, esencial para la fabricación de baterías para coches electrónicos. Los principales yacimientos de este mineral se encuen-

tran en China, Australia, Marruecos y en la República del Congo, este último responsable del 70 % de la producción mundial. En concreto en este último país, su extracción ha llevado aparejada importantes conculcaciones de derechos humanos, como se pone de manifiesto en este trabajo, entre ellos, la utilización de mano de obra infantil y de trabajo forzado. Los autores también desmitifican la solución del hidrógeno verde como viable a corto plazo, por encontrarse en una fase muy temprana de desarrollo (p. 245). Se trata de un trabajo de convergencia que pone el foco en las contradicciones que existen en este momento en el modelo de transición energética y la importancia de respetar por encima de todo los derechos humanos en un contexto en que no se puede abanderar la causa del respeto del medio ambiente en países de la Unión Europea si para ello se deben poner en marcha proyectos extractivistas en terceros países que claramente lo vulneran.

Un trabajo que quizás podría haberse incluido en la primera parte, en tanto analiza el futuro Reglamento europeo que prohíbe la comercialización en el mercado europeo de productos realizados con trabajo forzoso, es el realizado por A. Moreno Urpí, “El nuevo horizonte de la erradicación del trabajo forzoso en la UE: la prohibición de sus productos y servicios”. En él, tras llevar a cabo una conceptualización del trabajo forzoso a nivel internacional, tomando como referencia a la OIT y a lo señalado por el TEDH, realiza un análisis concienzudo de la propuesta de Reglamento europeo. Teniendo en cuenta que es uno de los primeros trabajos que se publican en nuestro país sobre esta norma en ciernes, debe agradecerse el esfuerzo de sistematización y análisis.

A. L. Walter de Santana y B. Flügel Assad aportan “Debida diligencia en derechos humanos: desafíos y perspectivas

regulatorias para el sector tecnológico”. Un trabajo de interés por cuanto escudriña, en primer lugar, el impacto de las empresas de tecnología en los derechos humanos y los desafíos para avanzar en la protección de estos, y, en segundo lugar, desbroza el Reglamento de servicios digitales de la Unión Europea y la clasificación de los riesgos sistémicos, para, finalmente, abordar de forma crítica el citado Reglamento y las exigencias relacionadas con la debida diligencia en derechos humanos.

Otro trabajo, muy destacado en el libro, es el que lleva a cabo O. Vázquez Oteo, “La información corporativa sobre la gestión de impactos en Derechos humanos en la Ley 11/2018. Estudio de caso: análisis de la información en Derechos humanos en las empresas del Ibex 35”. En él, según sus palabras, trata de “evaluar si la información suministrada por un conjunto de empresas cotizadas en materia de debida diligencia en derechos humanos responde a un proceso de rendición de cuentas o por el contrario la información es escasa y no permite evaluar cómo la empresa incorpora la debida diligencia en sus procesos de gestión y toma de decisiones” (p. 315). Para ello analiza las 35 empresas que a fecha de 31 de diciembre de 2021 componían el índice IBEX 35, utilizando la técnica de análisis de contenido a partir del cual el autor elabora un índice de divulgación en empresa y derechos humanos. Para ello, indica que se han contemplado 71 indicadores en cuatro dimensiones y ocho subdimensiones. Dentro de las dimensiones se ha prestado atención a la política de derechos humanos; la debida diligencia; la cadena de suministro y el acceso al remedio. La puntuación promedio obtenida por las empresas analizadas en materia de derechos humanos en el ejercicio 2021 ha sido de 26,63 sobre 100. En debida diligencia, 24 sobre 100; cadena de suministro 28 sobre 100; acceso al remedio 16 sobre 100. El sector

del petróleo y la energía es el mejor posicionado con 36.78 sobre 100. El peor el de bienes de consumo, 19 sobre 100. Entre sus interesantes conclusiones, apunta que no se aprecia que haya una gestión mayor del riesgo para las empresas que tienen presencia significativa en países con riesgos de vulneración de derechos humanos.

Para finalizar esta parte, M. Laabas-El-Guennouni elabora “Los derechos laborales y ambientales en un mundo globalizado: especial referencia a los acuerdos marco internacionales y los acuerdos de libre comercio”, en el que aborda la relación entre la protección del medio ambiente y el trabajo a nivel internacional y europeo.

La tercera parte de la obra, quizás la de mayor interés, acoge cuatro trabajos, bajo el título *Estudio de casos: responsabilidad, acceso a la justicia y diligencia debida en Derechos humanos*.

En el primero, la profesora Sales Pallarés realiza un magistral análisis de varios casos que han llegado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con el título “De aquellos polvos, estos lodos: una lectura positiva. De los buzos miskitos a Envol Vert vs. Casino”, comienza con la exposición del caso de los Buzos Miskitos y la intervención de la Corte Interamericana contra Honduras, para analizar a continuación el asunto Envol Vert vs. Casino, empresa francesa dedicada a la alimentación, que en concreto a través de sus filiales en Colombia y Brasil ha estado implicada en casos de deforestación ilegal y en acaparamientos de tierras. Las reflexiones que acompañan a la narración de estos casos tienen mucho valor para profundizar en lo que se ha avanzado hasta ahora y cuál es el camino adecuado que hay que seguir, si “la avalancha o la mancha de aceite”, en palabras de la autora (p. 380).

En el trabajo “Las empresas estatales petroleras: la viabilidad de la inmunidad

del Estado en casos de vulneración de los Derechos humanos”, M. A. Elizalde Carranza realiza un incisivo análisis acerca de si la inmunidad de jurisdicción del Estado podría ser reconocida a una empresa estatal petrolífera en un litigio climático, por el impacto de sus actividades en los derechos humanos.

Otra aportación de interés es la realizada por A. Márquez, “Derechos sexuales y reproductivos y responsabilidad corporativa: explorando el uso del litigio estratégico desde el feminismo interseccional en la debida diligencia empresarial”. La autora examina la interacción entre los derechos sexuales y reproductivos, la justicia de género y la responsabilidad corporativa, especialmente a través del litigio estratégico. Para ello examina diferentes casos. Al que mayor atención presta es al caso que tuvo lugar en Chile debido a la puesta en circulación de lotes defectuosos de anticonceptivos y el impacto que esto tuvo en la salud reproductiva de numerosas mujeres, puesto que se tiene certeza de que al menos 200 mujeres quedaron embarazadas pese a estar tomando estos anticonceptivos. El laboratorio alemán Grünenthal había sido el causante de su puesta en circulación, a través de sus filiales, incluida su filial chilena. Refiere también otros significativos casos como el de Yaneth Valderrama sobre el impacto del glisofato en la salud reproductiva o el caso Kabwe y la toxicidad del plomo.

Pone el broche final a la obra, M. Berraondo, con su trabajo “Debida diligencia y derechos del pueblo Wayuu frente a las energías renovables en la guajira colombiana”. En él se analizan los proyectos de energía renovables que se están llevando a cabo en La Guajira, poniéndose de relieve que tienen un importante déficit en relación con la diligencia debi-

da en materia de derechos humanos, en la medida en que no se están aplicando los estándares internacionales de derechos de los pueblos indígenas con relación a sus derechos de autogobierno, derechos territoriales, derechos culturales, medioambientales y derechos de las mujeres, ni tampoco los estándares de consulta previa, libre e informada, lo que está afectando de forma significativa a las comunidades Wayuu que viven en el territorio.

Ninguna de las 464 páginas que tiene este libro sobra. Es más, yo diría que son imprescindibles, pues no en vano la ciencia debe no solo acompañar, sino también denunciar y ayudar a lograr que se maximicen lo que durante tanto tiempo han sido legítimas demandas, como que las empresas vean su actuación dimensionada en la necesidad de actuar con diligencia debida respetando siempre los derechos humanos. Sabemos los juristas que las normas son imprescindibles para garantizar los derechos, pero que no son suficientes. La toma de conciencia colectiva de la necesidad de implicarse en la protección de los derechos que son de todos será realmente la mayor conquista, y ahí estamos implicados no solos las empresas, sino todos los seres humanos. Por eso, obras como esta son tan necesarias, porque reflejan la atención de la academia a temas que no siempre han estado en la agenda. Esperemos que *Hacia la diligencia debida obligatoria en Derechos humanos* sea solo el comienzo de otros muchos trabajos que llegarán para seguir desarrollando las ideas que están presentes en esta extraordinaria obra cuya lectura es más que recomendada.

Antonia DURÁN AYAGO
Universidad de Salamanca

JIMÉNEZ GARCÍA, FRANCISCO, *Conflictos armados y Derecho internacional humanitario, Cuarta edición*, Ommpress, 2023, 436 pp.

Esta obra es el resultado de una hibridación, entre manual y monografía, de interés objetivo. Centrándose en el Derecho internacional humanitario (DIH, en adelante), trasciende en realidad los confines de este sector para traer también ricas aportaciones relativas a otros ámbitos del ordenamiento jurídico internacional, así como de sus principios y normas transversales. En efecto, el libro refleja frutos de la labor fraguada a lo largo de una rica trayectoria académica de su autor, a lo largo de la cual el profesor Jiménez García siempre ha hecho gala de una gran inquietud intelectual, al abrir múltiples frentes de investigación e interrogantes estratégicas de profundo calado social. Investigaciones que, por añadidura, siempre ha resuelto con éxito (solo como ejemplo, véase su libro *Derecho internacional líquido ¿Efectividad frente a legitimidad?*, editado por Thomson Reuters Aranzadi en 2021). La presente obra también valiosa, y lo es, curiosamente, de forma simultánea para académicos, estudiantes y demás interesados por el Derecho de los conflictos armados, gracias a su singular profundidad asequible.

Aunque solo median cuatro años entre la primera y la última de las cuatro ediciones de este libro que tengo el honor de reseñar, podría parecer que ha transcurrido mucho más tiempo, en cuanto que el escenario de los conflictos armados se ha transfigurado en este lapso en lo que concierne a las guerras internacionales abiertas y otros cambios operados en las relaciones internacionales. El libro se hace eco de esos cambios y se ha actualizado hasta recoger la agresión rusa iniciada en febrero de 2022 y las implicaciones más importantes del desarrollo de la guerra posterior, librada fundamentalmente en territorio ucraniano.

La estructura del libro gira en torno a cinco *bloques temáticos*, que tienen que ver sucesivamente con los conflictos armados contemporáneos; la naturaleza normativa del DIH y sus relaciones con otros sectores jurídico-internacionales; los principios rectores del Derecho internacional humanitario; los medios y métodos de combate, inclusive el armamento prohibido. Y, finalmente, el estatus y la protección de las víctimas de los conflictos armados, junto con los mecanismos de control y garantía del cumplimiento del DIH. Pero acerquémonos a su contenido de forma más detenida.

El primer bloque temático, referido a los conflictos armados en el siglo XXI, se divide en dos partes. En la primera, el profesor Jiménez García revisa la prohibición del uso de la fuerza en el Derecho internacional, examinando el alcance del artículo 2.4 de la Carta; el concepto de agresión en el sistema de la Carta; las excepciones a la prohibición del uso de la fuerza; y el papel de las Reglas de Enfrentamiento. Realmente son muchas las cuestiones que ha desencadenado la agresión rusa, y que el autor observa con profundidad. Para empezar, ya no solo cabe preguntarse por el estado de salud del art. 2.4 de la Carta, sino incluso del orden mundial debido, de un lado, al *retorno de la conquista* (T.M. Fazal, “The Return of Conquest?”), y, de otro lado, al acelerado declive del orden occidental basado en normas (véase Ikenberry, J.G.[2018], “The end of liberal international order?”, *International Affairs*, Vol. 94, Núm. 1, Pages 7–23 e *id.* [2024]: “Three Worlds: the West, East and South and the competition to shape global order”, *International Affairs*, Vol. 100, Núm. 1, pp.121 y ss.).

El profesor Jiménez García se plantea múltiples cuestiones de interés, como,

por ejemplo, cuál es el posible encaje de Bielorrusia en relación con la agresión rusa, puesto que, si bien no ha participado directamente con sus fuerzas armadas en la invasión, violó la prohibición al brindar una “asistencia significativa” en el ataque de Rusia contra Ucrania. “Se trataría, pues, de un supuesto de agresión (art. 3.f de la Resolución 3314), aun cuando no convierta necesariamente a Bielorrusia en Estado beligerante en el conflicto armado internacional entre Rusia y Ucrania” (p. 26). A su vez, en la parte segunda de este bloque, relativa a los nuevos conflictos armados, el autor se aproxima a algunos de sus principales rasgos, como la asimetría o la participación de actores armados no estatales. Asimismo, considera otros aspectos ineludibles, como la dimensión de género en la construcción de paz. En la misma línea, se pone el foco en numerosos elementos de interés, como las nociones e implicaciones de las guerras asimétricas, las guerras híbridas, la zona gris o las guerras por delegación o *proxy wars*. Precisamente el concepto de zona gris, relacionado con la amenaza o conflicto híbrido, “supone la introducción de una categoría conceptual en el denominado espectro de los conflictos y modifica la concepción dicotómica de la situación de guerra o de paz” (p. 69). Idea que recuerda a la denominada “*slow violence*”, acuñada por Nixon, refiriéndose en este caso al asalto o amenazas relacionadas a menudo con problemas ambientales, como el cambio climático o los remanentes tóxicos de guerra, que generan un tipo de violencia a menudo casi invisible, pero gradual, que afecta sobre todo a países del Sur Global (Nixon, *Slow violence and the environmentalism of the poor*, Harvard University Press, 2013).

El profesor Jiménez aborda también las generaciones de las guerras habidas hasta la fecha (pp. 72 y ss.). ¿Cuáles son estas? La primera generación de guerras se inicia con las armas de fuego y la for-

mación de ejércitos profesionales. La segunda se refiere a las guerras asociadas a la industrialización y en las que la artillería adquiere protagonismo. La tercera generación tiene que ver con las guerras de maniobras o relámpago, caracterizadas por la mecanización de los ejércitos, el bombardeo estratégico y la concentración de la fuerza en un tramo reducido de frente. La cuarta generación (o 4 GW) se refiere a guerras en las que uno de los actores del conflicto no es una fuerza militar organizada que funcione bajo el control de un gobierno nacional y que posea una estructura militar y operativa equiparable a la estatal. Otro rasgo de los conflictos de esta generación es la urbanización, con operaciones bélicas en zonas urbanas, de modo que quienes sufren las consecuencias son las personas civiles. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) viene alertando sobre esta lacra que se ha manifestado en los últimos años en numerosos lugares del planeta también destacados en el libro, como, entre otros, Alepo, Mosul, Saná, Jartum, Donestk, Járkov, Mariupol... Otros que a buen seguro recogerá en la siguiente edición serán los correspondientes a Gaza. Los signos de identidad de los conflictos armados de quinta generación (también llamados guerras *Black Mirror*), cuyo concepto se inició en torno a 2005, son la falta de contacto y el carácter silencioso, pues se asientan fundamentalmente en el aprovechamiento masivo de los medios cibernéticos y en el dominio de la mente. A su vez, las guerras de sexta generación aprovechan la innovación tecnológica e informática. Son guerras aeroespaciales, pues se fundan en el dominio del aire y el espacio. Se caracterizan por contar, entre otras, con municiones guiadas con precisión, drones o armas autónomas (también la guerra cibernética). Por último, las guerras de séptima generación “se centran principalmente en la inseguridad suscitada por el nuevo y difuso

terrorismo internacional”, que el autor también acierta al definir.

El segundo bloque temático examina la naturaleza normativa del DIH, así como sus relaciones con otros sectores jurídico-internacionales, en particular con el Derecho internacional de los derechos humanos. La Parte primera gira en torno al principio de humanidad, tanto en cuanto pieza clave el origen y en el desarrollo del DIH como también en su condición de principio transversal. En efecto, desde Vitoria, Suárez y Grocio, los *padres* del Derecho internacional, se pretendió “*dotar de racionalidad y humanidad a aquello que, por esencia, carecía de ellas*” al poner los cimientos del *Derecho de la guerra* (p. 130).

La segunda parte de este segundo bloque temático gira en torno a tres puntales. En primer lugar, se muestra el carácter consuetudinario de una amplia mayoría de la normativa contenida en los convenios generales de DIH, revisitando asuntos emblemáticos como, entre otros, el *caso Tadic*. En segundo lugar, se acredita como el DIH es parte integrante del derecho imperativo internacional. De nuevo la jurisprudencia es clave para cimentar este carácter, desde asuntos como el *Estrecho de Corfú*, pasando por el asunto de las *Actividades Militares y paramilitares en y contra Nicaragua* o el asunto de la *Aplicación de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (Gambia c. Myanmar)*, entre otros. Sin duda que el DIH forme parte integrante del Derecho imperativo internacional es algo nada baladí, y que debería tener implicaciones hacia adelante, tras confrontaciones que desafían o impugnan abiertamente el sistema jurídico internacional, como la agresión rusa o la ofensiva de Israel contra Gaza, máxime cuando ambos han dado lugar presuntamente a crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad. Y, en tercer lugar, la interacción entre el DIH y el Derecho

internacional de los derechos humanos (DIDH) es otro punto cardinal de esta parte. Además, precisamente “*la imbricación entre estos sistemas se acentúa ante el actual panorama internacional en el que se difuminan los contornos en la identificación de la que constituye un conflicto armado en sentido estricto*” (p. 130).

El tercer bloque temático estudia los principios rectores del DIH. En la primera de las dos partes que lo integran, el autor examina, entre otras cuestiones, la distinción entre conflicto armado internacional, no internacional y otros supuestos híbridos, así como el estatuto de neutralidad. También aborda la ciber guerra, los sistemas de armas autónomos y la inteligencia artificial. Muchas de estas cuestiones planean lógicamente en diversas partes del libro, no en vano, por ejemplo en lo que se refiere a los caracteres de los conflictos armados actuales, hay que tener en cuenta que el 82% de los conflictos desarrollados en los últimos años ha tenido un carácter interno internacionalizado. Otra de los temas espinosos abordados aquí es la relación entre los conflictos armados y el terrorismo internacional, así como el terrorismo en cuanto crimen de guerra. Ciertamente, la imbricación de terrorismo y guerras ha sido objeto de especial atención por el CICR desde bastantes años atrás. Hemos tenido ocasión además de ser espectadores de un ascenso del Daesh sin precedentes, hasta la creación de su *califato islámico*, cuya derrota militar, primero en Iraq (diciembre de 2017) y después en Siria (marzo de 2019), por desgracia, no hizo desaparecer su amenaza. Además de que la lacra de su presencia continúa siendo visible en otros territorios, como los del Sahel, amenaza con regresar a zonas *liberadas* y expandirse a otras nuevas. Igualmente, otras amenazas como la degradación ambiental o el cambio climático (junto con la pobreza, entre otros), inciden en la capacidad de reclutamiento que tienen numerosos grupos

armados yihadistas. Todo ello plantea enormes retos desde múltiples puntos de vista, entre ellos el social y el humanitario, pero también el jurídico sobre todo en la medida en que sigue sin estar acordada una definición de terrorismo en el plano normativo universal. Por todo ello, hace muy bien el profesor Jiménez al advertir sobre cuestiones sin resolver desde la teoría, como la de la aplicabilidad del derecho de los derechos humanos a los grupos armados no estatales (p. 159), pues tiene una incidencia capital en la práctica. Adicionalmente, el autor realiza un análisis de la legalidad de las intervenciones militares de tropas extranjeras por invitación, es decir, las denominadas intervenciones por invitación, en virtud de la amplia práctica existente, y de su reconocimiento por el TIJ en el *asunto de las Actividades armadas en el territorio del Congo*.

En la parte segunda de este mismo bloque se abordan específicamente los tres principios nucleares del DIH, esto es, el principio de distinción, proporcionalidad y precaución. El autor no se limita a hacer una descripción, sino que indaga en importantes desafíos mostrados por la práctica. Así, por ejemplo, en relación con el principio de distinción trae a colación retos y problemas como, entre otros, el de los cuerpos de voluntarios incorporados a las fuerzas armadas de un Estado; el de los *cibercombatientes*; el tema de los *targeted killings*; o los espacios de impunidad creados en el reclutamiento por compañías de seguridad privada. En el caso del principio de precaución, más allá de la obligación de dar aviso del ataque, la cuestión de la factibilidad de las medidas precautorias es también examinada. Este tipo de medidas serán algunas de las claves que tendrán que estudiar, desde diferentes ópticas, los dos Tribunales internacionales, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y la Corte Penal Internacional (CPI) que han iniciado actuaciones procesales con respecto a

la guerra iniciada por sí, como es de esperar, ambos casos siguen adelante.

El cuarto bloque temático se refiere a los medios y métodos de hacer la guerra y al armamento prohibido. Así, en su primera parte aborda los aspectos generales, deteniéndose en el contenido de la traición o perfidia; la prohibición de la utilización de ciertos emblemas, signos o banderas; o la prohibición de la guerra sin cuartel; la protección del enemigo fuera de combate; o la prohibición de hacer padecer hambre. En su parte segunda el autor desarrolla el contenido relativo al armamento prohibido. Comienza abordando el Tratado sobre el Comercio de Armas (TCA) de 2013, después pasa revista al marco general de la prohibición de la utilización de ciertas armas que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios. Se examina la prohibición de las armas químicas y bacteriológicas. También la prohibición de armas convencionales excesivamente dañinas o de efectos indiscriminados; la prohibición de las minas antipersonales; de las municiones en racimo; y de las armas de destrucción masiva, en concreto de las armas nucleares, biológicas, químicas y radiológicas.

El profesor Jiménez García estudia también la protección del medioambiente en los conflictos armados, al que se ha calificado de víctima muda de las guerras, en una frase prácticamente convertida en *cliché*. Ha de tenerse en cuenta que, si bien al atacar al medio ambiente se genera también daño ineludible para la población civil, desde una perspectiva ecocéntrica, la naturaleza merece protección en sí misma. Pero esta es una consideración que tiene lugar como resultado de una evolución consolidada recientemente. Por ello, tanto las disposiciones del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra como la disposición correspondiente del Estatuto de Roma se quedan atrás y ado-

leen de defectos bien detectados por la doctrina. Aunque ha habido propuestas para la definición de un delito de ecocidio con miras a enmendar el Estatuto de la CPI, lograr esa reforma no parece hoy por hoy realista. En cualquier caso, ello no ha impedido que en los últimos años se hayan dado pasos significativos para fortalecer la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados. Así, cabe entresacar, además de los progresos que se han hecho en relación con el crimen de ecocidio en ámbitos regionales y nacionales (solo a título de botón de muestra: un representante de la Fiscalía de Ucrania defendía en la III Conferencia sobre *Environmental Peacebuilding* —celebrada en la Haya en junio de 2024—, que el medio ambiente ya no sería más una víctima silenciosa en su país, gracias a las medidas específicas adoptadas en su ordenamiento jurídico, así como a su aplicación). A su vez, cabe citar las directrices actualizadas del CICR y la adopción de PERAC, esto es, el *proyecto de principios sobre la protección del medio ambiente en relación con los conflictos armados*, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), y endosado a continuación por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU), en 2022. El profesor Jiménez García ya se hace eco en esta edición de los aspectos más importantes de estos nuevos desarrollos, poniendo de relieve sus principales implicaciones. Así, por ejemplo, en el caso de PERAC destaca con acierto, entre otras, las disposiciones relativas a la necesidad de adoptar medidas por los Estados en relación con la debida diligencia y la responsabilidad civil de las empresas. Otro tema esencial tratado en este bloque temático es el relativo al empleo del arma nuclear, que cobra una inquietante actualidad a la luz de los acontecimientos como los ataques en relación con centrales como la de Zaporíyia a raíz de la agresión rusa.

El quinto y último bloque temático se refiere al estatuto y la protección de las víctimas de la guerra, los mecanismos de control y la garantía del cumplimiento del DIH. También aquí el contenido gira en torno a una división en dos partes. En la parte primera, el profesor Jiménez García examina fundamentalmente el estatuto y la protección de las víctimas de los conflictos armados y de las personas especialmente protegidas: mujeres, niños, refugiados y apátridas, entre otros. Se analizan allí todos los derechos y prohibiciones que se derivan de las garantías fundamentales de las personas civiles y fuera de combate. A su vez, se estudia aquí el contenido relativo a las personas especialmente protegidas en conflicto armado. Y además se examina la protección de los bienes culturales. A través del examen van saliendo a la superficie, sobre todo al hilo de la revisión de la jurisprudencia pertinente, los graves incumplimientos y los retos más importantes.

La parte segunda de este bloque final prevé procedimientos y mecanismos de ejecución, control o garantía. Aquí se examinan obligaciones que suponen la clave bóveda de la eficacia del DIH, ninguna de las cuales debería ser desdeñada. Al contrario, deberían ser exploradas más a fondo al objeto de detectar y expresar nuevas potencialidades. El autor destaca así el papel esencial de la difusión del DIH; las obligaciones de sanción de las infracciones graves del DIH, incluida la prohibición de la amnistía debido a la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y la irrelevancia del cargo oficial. También examina la responsabilidad por omisión, así como la de los superiores. A su vez, aborda los principios de jurisdicción universal. También el papel de la Cruz Roja y de órganos específicos como el de la Comisión Internacional de Encuesta.

Todos los bloques temáticos finalizan con un útil estudio casuístico del capítulo, así como una serie de actividades concebidas para ayudar a interiorizar el contenido más relevante. Finalmente, el libro se cierra con un apartado final de Bibliografía.

En suma, esta obra cumple, con creces, los parámetros de calidad y de utilidad. Prueba de ello es la sucesión de ediciones acumuladas desde su publicación por pri-

mera vez, en 2019, a la que siguieron después las ediciones de 2020 y 2021, hasta llegar a la última, hasta la fecha, publicada en 2023. Sin duda, vendrán más ediciones en el futuro, que serán una encomiable ayuda para aproximarnos al triste panorama de los conflictos armados desde la perspectiva jurídico-internacional.

Montserrat ABAD CASTELOS
Universidad Carlos III de Madrid

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Carolina y ZAMORA-GÓMEZ, Cristina María (coords.), *El Derecho humano de acceso a la justicia en tribunales internacionales*, Editorial Comares, Granada 2023, 149 páginas, ISBN 978-84-13639-715-4.

Abrir una monografía y encontrar un prólogo firmado por José Manuel Pureza Da Silva siempre resulta provocador y reconfortante: provocador porque uno imagina que al prólogo deben seguir páginas de investigación seria, con un tratamiento progresista y, por qué no decirlo, beligerante; reconfortante, porque quien se aventura a lo largo de sus 149 páginas entiende que este libro debe constituir una apuesta segura, una lectura que llenará vacíos de conocimiento y provocará debate renovado. Y no cabe duda de que la lectura de la obra confirma las impresiones iniciales. Sin duda, haber incluido en la portada o el índice la firma invitada habría sido una forma rápida de atrapar a lectores de la academia más estimulados por el *who's who* del Derecho internacional público contemporáneo que por el desafío que plantea el tema abordado en el libro.

Las coordinadoras de la misma, las profesoras Carolina Jiménez Sánchez (Universidad de Málaga) y Cristina María Zamora Gómez (Universidad de Alicante), resistiendo esa tentación, presentan una cuestión que por sí sola captura al lector potencial: el derecho humano de acceso a la justicia. Temática hoy en el centro de numerosos debates, baste el

dato de que tras la publicación de la monografía y mientras se compone esta reseña, el Comité de Derechos del Niño ha promovido en su 95^o sesión, en enero de 2024, la redacción de una observación general sobre el derecho de los niños al acceso a la justicia y a recursos efectivos, derecho no explícitamente recogido por la Convención de Derechos del Niño.

Sin embargo, con el título *El Derecho humano de acceso a la justicia en tribunales internacionales* las coordinadoras dibujan un panorama de marcada ambivalencia, de la que no huyen los desarrollos interiores a lo largo de sus siete capítulos, al examinar tanto *los supuestos y condiciones de acceso del individuo* a la justicia internacional en sus distintas manifestaciones como el *derecho de acceso* a la justicia conforme al Derecho internacional, el cual tradicionalmente lo concibe como un derecho de acceso a la justicia interna por defecto.

Para comenzar, Carolina Jiménez Sánchez, coordinadora de la obra, realiza un intenso trabajo historiográfico para descubrir las huellas pasadas del acceso individual a diversas formas de justicia internacionales en el primer capítulo, titulado “El Derecho humano de

acceso a la justicia en tribunales internacionales: pasado y futuro del Derecho internacional” (pp. 1-16), enlazando con la concepción contemporánea de la tendencia humanizadora del Derecho internacional. Con este capítulo abre la puerta al análisis de los sucesivos tribunales y órganos cuasi-judiciales, abordados por el elenco de jóvenes autores seleccionados para el libro.

En el segundo capítulo, “El acceso a la justicia en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el potencial transformador del Derecho internacional en América Latina” (pp. 17-39), Ignacio G. Perotti Pincirolí examina el acceso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Su contribución presenta una visión original, poco recurrente en la doctrina española, como es el constitucionalismo transformador y su aportación desde la noción de comunidades de práctica de derechos humanos, propugnado por von Bogdandy y Urueña, en sus trabajos en el *Max Planck Institute Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law*.

El ámbito regional europeo se aborda en dos contribuciones. En primer lugar, Cristina María Zamora-Gómez, coordinadora igualmente de este libro, presenta en el capítulo tercero su aportación bajo el sugestivo título “El acceso a la justicia en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el reto de la yuxtaposición de opresiones en las víctimas” (pp. 41-63). La autora, tras examinar la perspectiva clásica de las condiciones de admisibilidad, plantea una perspectiva menos formal sobre la interseccionalidad como causa que reduce o modifica las condiciones de acceso a este tribunal, ejemplificándolo con jurisprudencia concreta que pone de manifiesto un sesgo cierto del TEDH. En segundo lugar, José A. Oñate Díaz aborda en el capítulo quinto “El acceso a la justicia en el TJUE: el *Ius Standi* de los particulares como garantía

del derecho a la tutela judicial efectiva” (pp. 83-102). Siendo uno de los sistemas de normas internacionales más acabado por su carácter de primacía y eficacia directa (para muchas, si no la mayor parte de sus normas), el Derecho de la Unión Europea sin embargo presenta como una de sus debilidades la falta de amplitud y generosidad en el acceso al Tribunal. Esta aportación se concentra en el recurso de anulación y en el examen de los requisitos añadidos que este recurso plantea para los particulares, mostrando los límites evidentes del derecho a la tutela judicial en el sistema de la Unión Europea.

Aderemola Adeola y Sara Arapiles presentan sus contribuciones respectivas en inglés. Se suma así este libro a la tendencia de obras multilingües, motivadas a veces por la ampliación internacional de las comunidades de trabajo académico, en otras ocasiones por la probable presión de los procesos de acreditación nacional a que nos tienen sometidos.

El capítulo cuarto, con el título “Access to International Human Rights Tribunal in Africa: a reflection on the admissibility requirement of the African Charter” (pp. 65-81), firmado por Aderemola Adeola, introduce no solo las particularidades del acceso a la Corte africana sino también al Comité africano de derechos del niño, poco conocidas en la literatura publicada por editoriales en nuestro país.

Sara Arapiles bajo el título “Justice for Who? The Right to Recognition as a Person before the Law under the ICCPR: Drafting History and the Practice of the Human Rights Committee” (capítulo sexto, pp. 103-127) ofrece un capítulo a partir de la noción de que no hay mayor vulneración del acceso a la justicia que la falta de reconocimiento de la personalidad legal, conforme al artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, precondition para el disfru-

te y garantía de otros derechos. A la par, se convierte en el capítulo más profundamente humano e intenso del libro, al cerrar en sus observaciones finales conectando a René Cassin con el drama de quien, siendo persona concreta, cierta y conocida, indocumentada, resulta presa de redes de tráfico y desprotegida absolutamente por no ser nadie legalmente.

Esta monografía se cierra con la contribución de Andrea Spada Jiménez, “El acceso a la jurisdicción universal” (capítulo séptimo, pp. 129-149). En la misma, la autora busca establecer una relación triangular entre impunidad, tutela judicial de las víctimas y jurisdicción universal. A través de su estudio, la autora pone de manifiesto que no existe como tal un derecho de acceso a la justicia a través del principio de la jurisdicción universal. De forma contundente, la actual configuración de la jurisdicción universal en España es calificada por Spada como “una vulneración al derecho de acceso a la justicia a través del principio de jurisdicción universal” (p. 147).

Desde una perspectiva estructural, formal y organizativa, este libro ofrece bibliografías parciales para cada capítulo. Siendo una de las pautas que está imponiéndose en la edición de obras colectivas, esta práctica las asimila a un número monográfico de una revista otorgando individualidad a cada contribución. Sin embargo, con ello se está perdiendo parte del sentido de la publicación como trabajo colectivo: el esfuerzo de integración temática, de reflexión colectiva, resulta acabado cuando se compone una bibliografía única; si se quiere y se tiene la paciencia, con la indicación de las páginas o capítulos en que cada referencia se cita.

Análogamente y desde la noción de obra colectiva como resultado de un proyecto conjunto, este libro presenta un desafío sin calentamiento previo. Se echa en falta un mapa inicial explicati-

vo del recorrido de la monografía —una introducción en lenguaje tradicional—, explicando sus objetivos, estructura y sistemática y las razones para la elección de los órganos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales elegidos, a la exclusión de otros (como la Corte Penal Internacional y otros órganos convencionales de derechos humanos). Resulta, complejo entender el ritmo, encontrar el hilo conductor en la ordenación de contenidos. El lector sucesivamente viaja por la historia y luego por la geografía regional, saltando a la inquietud universalista para terminar en el ámbito doméstico. Así, comienza por la Corte IDH (capítulo 2), el TEDH (capítulo 3), la Corte Africana y el Comité Africano de Derechos del Niño (capítulo 4), para luego volver al patio europeo con el TJUE (capítulo 5), y luego pasar al ámbito universal, seleccionando tan sólo —sin saber por qué— el Comité de Derechos Humanos (capítulo 6) y cerrar con un retorno a casa, a la jurisdicción interna, aunque sea en su dimensión de justicia universal (capítulo siete).

Con efecto espejo, unas conclusiones finales habrían podido dar cobertura a los resultados y plantear los desafíos pendientes en la materia. En tal sentido, y si bien el objetivo principal parece quedar definido en el prólogo del Prof. Purezza y el capítulo primero (firmado por una de las coordinadoras) como el estudio del *derecho humano de acceso a los propios tribunales internacionales*, no dejan los diversos autores reunidos en la obra de navegar entre dos aguas, al deslizarse inevitablemente hacia la dimensión más tradicional de las *condiciones de acceso a la justicia internacional*.

Quizás la dificultad mayor de la cuestión planteada en el libro deriva de la delgada línea que separa las *condiciones de acceso a la justicia* de la noción de existencia de un *derecho de acceso a la justicia*. Esa membrana resulta permeable en relación con el derecho interno, esto es,

el respeto del derecho humano de acceso a la justicia se configura claramente a partir del estudio de las condiciones de acceso: el Estado está obligado a respetar y garantizar el citado derecho por estar incluido entre sus obligaciones internacionales y a menudo constitucionales. Las condiciones de acceso a la justicia en cada contexto pueden determinar su violación. En cambio, no resulta membrana sino a veces duro muro el que determina la relación en el marco de la justicia internacional: el estudio de las *condiciones de acceso a la justicia internacional* —reguladas en los diversos instrumentos que prevén estos mecanismos internacionales— no configura necesariamente y *per se* un *derecho de acceso a la justicia internacional*. Cuando un sistema jurisdiccional internacional existe —sea judicial o cuasi-judicial—, sus condiciones de acceso determinan una apertura mayor o menor al particular. Sin embargo, los mismos instrumentos jurídicos que regulan las condiciones de acceso no conciben el mismo en término de “derecho”, de “derecho humano”, ni mucho menos de obligación —recíproca— del Estado frente al cual se reclama o del tribunal u órgano judicial cuya tutela se solicita. Entre otras cuestiones y más allá de la específica configuración de un derecho de acceso a la justicia internacional, las

amplias facultades de selección de casos y de condiciones bajo los que los tribunales internacionales pueden determinar la admisibilidad de casos, aleja al particular de un derecho —oponible— a obtener tal justicia.

Desde esta perspectiva crítica y constructiva, la segunda dimensión relativa a la *existencia de un derecho de acceso a la justicia internacional* resulta quizás el desafío más novedoso de la obra. Esa noción provoca nuevas reflexiones que vinculan el derecho de acceso a la justicia interna y el derecho de acceso a la justicia internacional, como puede ser el requisito de admisibilidad de agotamiento de los recursos internos en ciertos supuestos de acceso a la justicia internacional, como son los sistemas jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales de protección de derechos humanos. Sin duda, la lectura de la obra deja la puerta abierta a una posible investigación posterior. Esperemos que las profesoras Jiménez Sánchez y Zamora Gómez lideren igualmente tal esfuerzo. Pues si algún día en el pasado fueron jóvenes promesas, hoy forman ya parte de la doctrina internacionalista española en su mejor expresión.

Eulalia W. PETIT DE GABRIEL
Universidad de Sevilla

KRAMER, Xandra y CARBALLO PIÑEIRO, Laura (Eds.), *Research Methods in Private International Law. A Handbook on Regulation, Research and Teaching*, Cheltenham, Edawrd Elgar, 2024, 396 pp.

Comienzo la reseña de este libro colectivo editado por las profesoras Xandra Kramer (Erasmus University Rotterdam) y Laura Carballo Piñeiro (Universidade de Vigo), con una recomendación decidida: su lectura. Entre otros motivos, por su rabiosa actualidad, por lo acertado de su planteamiento y objetivos, la riqueza, amplitud e interés en los temas aborda-

dos, así como por ser el resultado de un gran trabajo realizado por un reconocido conjunto de especialistas en sus respectivos ámbitos del Derecho Internacional privado, provenientes de diferentes jurisdicciones estatales y tradiciones legales. Una vez manifestado esto, de forma preliminar, ya puedo centrarme con algo de sosiego en su análisis.

Desde el comienzo del siglo XXI y con mayor intensidad desde su segundo decenio —por no recordar los efectos multiplicadores que se han derivado de la pandemia por el COVID-19— la comunidad académica está alertando de forma creciente en los últimos años sobre los radicales cambios y crisis —sociales y económicas— que se están manifestando, afectando a todas las áreas de las ciencias sociales y, de entre ellas, de manera singular al Derecho Internacional privado, en tanto que herramienta privilegiada para la gobernanza y gestión legal de la globalización. Estas alertas, oportunas en un evidente momento de cambio, han dado lugar a un destacado, continuado y plural esfuerzo doctrinal en la crítica instando tanto a repensar cuestiones esenciales que afectan a nuestra disciplina, así como a una renovación metodológica y docente del Derecho Internacional privado —incluyendo una nueva “crisis” del modelo savignyano—. Este movimiento destaca por su multi— e interdisciplinariedad, por las distintas y plurales aproximaciones metodológicas que asume, así como manifestarse en un complejo escenario post-pandémico donde se parte de la premisa de la necesidad de incorporar y de que “capilarice” una perspectiva renovada *ius privatista* centrada en los derechos humanos y en los objetivos y principios presentes en la Agenda 2030. Una acción que afecta a todas las dimensiones reguladoras y los sectores propios de nuestra disciplina, así como en la labor investigadora y docente. Pues bien, en esta comprometida agenda se inscribe esta interesante obra coral que, como se observa nada más ver su índice, ofrece una actualizada y ciertamente innovadora aproximación a medulares cuestiones que inciden en el actual Derecho Internacional privado y una completa guía de trabajo. Y ello, desde una triple perspectiva regulatoria, investigadora y docente. De ahí que esta obra resulte altamente recomenda-

ble para aquellos investigadores —tanto en sus primeras etapas investigadoras, como seniors— y prácticos interesados en conocer el presente estado de cuestión de esta disciplina en las tres dimensiones apuntadas, así como aventurarse en un significativo número de líneas de avance que van a marcar su agenda y evolución en los próximos años.

Así las cosas, con carácter inicial y desde la perspectiva de los autores, destaca el sobresaliente conjunto de participantes que intervienen en la obra recensada. Una selección singularmente feliz, por lo que respecta a su origen multinacional, su trayectoria académica y el alto nivel de especialización que cuentan en los temas que les han sido asignados. Lógicamente, como siempre sucede con las obras colectivas, cada autor cuenta con un estilo y nivel de desarrollo —en la exposición y por lo que hace a las propuestas que ofrecen— dispar, así cómo podrían haberse considerado incorporar a plumas más alejadas del ámbito geográfico y cultural occidental, para complementar esta visión global de los problemas que acucian actualmente al Derecho Internacional privado. Sin embargo, ello no empecé en modo alguno la idoneidad de los autores participantes. Junto a ello, también de forma general y desde la óptica de su contenido, ha de subrayarse el acierto de la aproximación tripartita —regulación, investigación y docencia— adoptado en el libro y por las temáticas seleccionadas —destacando su actualidad y amplitud—. Efectivamente, como indican las editoras en el prefacio, podrían haberse incorporado otras perspectivas distintas a las tratadas —como la antropológica, psicológica o cultural (e incluso la filosófica)—; siendo que más que estudios finalizados, encontremos en algunos de los capítulos una presentación de la problemática, guías de actuación y una descripción de las posibles líneas de trabajo futuro. Aunque no cabe duda de que todas las materias seleccionadas son

singularmente acertadas y muestran el dinamismo y el vigor de nuestra disciplina; como igualmente resulta apropiado que lo hagan desde una perspectiva problemática y propositiva, alejada de aproximaciones y publicaciones más tradicionales, fundamentalmente descriptivas o reactivas a los avances normativos y jurisprudenciales que se van sucediendo. En último extremo, lo cierto es que la selección de temáticas y de personas pone de manifiesto la excelente labor editorial llevada a cabo por las profesoras Xandra Kramer y Laura Carballo Piñeiro.

La Primera Parte de la obra (“Public, Private and regulatory approaches”) plasma sobre las cuestiones regulatorias que afectan actualmente al Derecho Internacional, partiendo de la tradicional —pero siempre compleja y enriquecedora— discusión sobre las relaciones que mantienen el Derecho Internacional público y el privado. En este caso para poner de manifiesto la complejidad de delimitar sus fronteras en la actualidad, debido a la importancia de las motivaciones políticas subyacentes, el desafío que supone la globalización y la incidencia de la normativa relativa a los derechos humanos en la formulación de las respuestas ius-privatistas. La primera de las siete contribuciones que contiene esta Parte es la firmada por Christopher A. Whytock (Universidad de California), bajo el título “Politics and private international law”. Un interesante estudio donde se pone de relieve, a partir de aspectos fundamentales de la disciplina y aproximándose a teorías propias de la Ciencia política, la relevante dimensión política de nuestra disciplina, ya en su contenido, sus fuentes y las funciones que despliega en la gestión y gobernanza de la globalización, al igual de la conveniencia de adoptar esta perspectiva de análisis para atender a este tipo de desafíos globales. Sigue a ésta la aportación de Patrick Kinsch (Universidad de Luxemburgo) sobre la tradicional y plenamente actual cuestión

“Private international law and human rights”, donde se parte de la forma en que la normativa rectora de los derechos humanos supone un desafío e impacta en nuestra disciplina —a partir de su doble función normativa y ofensiva—, así como el modo en que ambas interactúan de forma renovada; como se aprecia con claridad en la importancia que ha adquirido la litigación privada frente a la violación de los derechos humanos por entes estatales y actores privados.

Con posterioridad se sitúa el capítulo escrito por María Carlota Ucin (Universidad de Rotterdam), “Conflict of methods in private international law: a legal theory perspective”. En este innovador análisis, que parte de la pluralidad metodológica que subyace en el Derecho Internacional privado, se juega con el concepto de “conflicto” en atención al diverso —y con dispar intensidad— papel que desarrolla el estado en la gestión legal de la situaciones privadas internacionales, para subrayar la importancia de implementar una pluralidad de metodológica en su gobernanza y, en este sentido, destaca la interrelación existente entre las reglas, al respecto de las directivas y principios en la misma. Por su parte, Marta Pertegás (Universidad de Maastricht) rubrica el estudio “Between flexibility and certainty: navigating between hard law and soft law in private international law”, igualmente centrado en la pluralidad metodológica propia del Derecho Internacional privado, aunque desde la perspectiva de las fuentes y la formulación de las soluciones que se ofrecen a los operadores jurídicos, se enfrenta a la problemática que suscita la renovación, combinación y equilibrio en las relaciones entre el *Hard Law* y el *Soft Law* en la ordenación de las relaciones privadas internacionales.

Continúa esta Primera Parte con el capítulo “The private side of private international law: deregulation and private autonomy”, de Cristina M. Mariottini

(Instituto Europeo de Administración Pública de Luxemburgo). Un trabajo que toma como punto de partida el auge que está adquiriendo la desregularización y el principio autonomista en la ordenación del tráfico jurídico externo, relacionado directamente con la importancia que están adquiriendo en su gestión actores no estatales; afectando tanto a aspectos propiamente regulatorios, como a la propia resolución de los conflictos, como hace patente el incremento en el empleo de los mecanismos alternativos/ adecuados de resolución de controversias. Aunque igualmente destaca la necesidad de su control, con el objeto de cumplir con políticas públicas tan significativas como la tutela de determinadas partes entendidas como débiles en las relaciones privadas. Finaliza esta Primera Parte con la contribución de Dulce Lopes (Universidad de Coimbra) dedicada a “Recognition – a methodology without a method?”, donde aborda una cuestión de rabiosa actualidad como es la importancia que posee el conocido “método de reconocimiento” y su construcción, así como su estrecha vinculación con la función y los objetivos que le son propios del Derecho Internacional privado en favorecer la continuidad de las situaciones jurídicas en el espacio —pluralidad y multiculturalidad en un medio global—; aunque su formulación concreta va a estar en manos de un Estado que, en ocasiones, busca fomentar el universalismo, pero en otras trata de garantizar una visión localista en la gestión legal de la globalización.

La obra avanza, en su Segunda Parte (“Multidisciplinary and interdisciplinary approaches”), abordando a lo largo de 5 capítulos los aspectos más directamente metodológicos, igualmente preñado de interesantes aportaciones donde se pone de manifiesto cómo el Derecho Internacional privado, en su función reguladora y transformadora, y no meramente coordinadora, debe interactuar con otras disciplinas científicas que le permita apro-

ximarse de mejor manera al contexto social donde se sitúa. Abre esta parte más prospectiva con la aportación de Diego P. Fernández Arroyo (Sciences Po), titulada con gran acierto “Private international law will be comparative or it will be nothing”. Un estudio donde, partiendo de las características del actual Derecho Internacional privado —destacando su desnacionalización y la incidencia de los derechos humanos—, se enfatiza la medular importancia que posee el Derecho comparado para el Derecho Internacional privado, desde perspectivas tan dispares como la reguladora, educadora e investigadora. La obra continúa con otro innovadora estudio, como el capítulo titulado “Empirical methods and private international law” que ha sido elaborado por Christoph A. Kern (Universidad de Heidelberg); poniendo de manifiesto no sólo el valor y la importancia de llevar a cabo estudios empíricos en el ámbito de Derecho Internacional privado, sino también su complejidad y los desafíos que implica. De ahí la importancia de conocer con profundidad esta compleja metodología, para su correcto uso y así identificar e interpretar adecuadamente los datos y resultados que ofrece, de cara a su traslado a la práctica y a la política legislativa.

Continúa la Parte II con el trabajo redactado por Giesela Rühl (Universidad Humboldt de Berlín), donde se ocupa de la interesante cuestión relativa al “Economic analysis of private international law”. Un capítulo donde, tras exponer las herramientas metodológicas, conceptos y el marco institucional donde se sitúa esta metodología, los traslada al Derecho Internacional para su diseño normativo —centrando su análisis fundamentalmente en materia contractual—, para señalar los desafíos a los que se enfrenta y mostrar vías de investigación futura en relación con la regulación de las relaciones privadas internacionales. De la novedosa aproximación relativa a “The

methodological influence of European private international law on domestic legal systems: a downstream analysis”, es responsable Adriani Dori (Universidad de Rotterdam), donde se destaca el importante y plural impacto que despliega “hacia abajo” el desarrollo de un Derecho Internacional privado en la UE en los sistemas de Justicia de los Estados miembros y su convergencia, en un complejo equilibrio entre integración y diversidad. Por último, esta Parte II finaliza con la contribución realizada en coautoría por Marco Giacalone y Paola Giacalone (ambos de la Universidad Libre de Bruselas), sobre la actual y a la vez futurista temática “Private international law meets technology” que, partiendo del proceso de digitalización presente, se enfrenta al impacto que la Inteligencia Artificial está llamada a desplegar en el Derecho Internacional privado, como ya está sucediendo en la UE.

El libro finaliza con una Tercera Parte (“Shaping the future through Private international law methodology”), donde se combinan cuestiones doctrinales, metodológicas y docentes propias de esta disciplina, a lo largo de 6 aportaciones. Inicia la misma el capítulo realizado conjuntamente por Verónica Ruiz Abou-Nigm y Ralf Michaels (Universidad de Edimburgo e Instituto Max-Planck de Hamburgo, respectivamente) con el sugerente título “Towards private international law for everyone”. Un estudio, donde se pone en el centro del debate sobre el Derecho Internacional privado “a todos” —frente a los “pocos” que tradicionalmente cultivan esta disciplina— para ayudar a pensar entre ordenamientos jurídicos, desde una perspectiva intercultural y con sentido ético; para permitirles ser agentes activos y participativos frente a los desafíos que entraña la gestión legal de la sociedad global y así poder superar la percepción de constituir una disciplina marginal, impenetrable y ajena a cuestiones sustantivas.

Por su parte, dos contribuciones de esta Parte se aproximan a destacar la existencia de diversos discursos de dominio que subyacen en el Derecho Internacional privado, como así analiza por su parte la obra “Feminist approaches to private international law” elaborada por Mary Keyes (Universidad de Brisbane); poniendo de manifiesto la importancia de esta aproximación para el Derecho Internacional privado, los desarrollos doctrinales alcanzados y la existencia de un amplio margen de mejora en los estudios desde la perspectiva de esta disciplina legal; así como mostrando los distintos ámbitos donde es susceptible desplegar este tipo de análisis, ofreciendo también una guía para su desarrollo futuro. Al igual que parte de esta aproximación centrada en el discurso de dominio el capítulo de Sai Ramani Garimella (Universidad del Sur de Asia de Nueva Deli) con el título “India’s private international law rules: persistence of colonial law in a post-colonial state: a TWAILEAN exploration”. Un impactante estudio de corte “postcolonial” desde la India, donde se insta a una participación activa de los países en desarrollo en el Derecho Internacional privado; poniendo así el acento en la importancia en el “quien” investiga en esta disciplina y su incidencia en su avance, frente a la persistente presencia de sus antiguos colonizadores en su desarrollo.

Los aspectos más estrictamente docentes, dedicados al papel que en la misma ocupa el Derecho Internacional privado, se inician con el estudio titulado “Private international law and teaching methodology: a Nigerian perspective”, elaborado conjuntamente por Abubakri Yekini y Chukwuma Samuel Adesina Okoli (respectivamente de las Universidades de Manchester y de Birmingham). Una reveladora presentación, donde se destacan las limitaciones, los problemas y los desafíos que enfrentan los profesores de Derecho Internacional privado en la

impartición y renovación de esta materia. Y ello, en relación con un país como Nigeria, en un contexto altamente globalizado donde esta disciplina adquiere una singular importancia. La dimensión docente continúa con el capítulo “Private international law and teaching methodology in Mexico”, responsabilidad de María Mercedes Albornoz (Centro de Investigación y Docencia Económicas) y Nuria González Martín (Universidad Nacional Autónoma de México). Un completo estudio donde se señala a los principales actores institucionales responsable de la impartición del Derecho Internacional privado en México, para así destacar no sólo el dónde se lleva a cabo esta docencia, sino también el cómo se lleva a cabo, los receptores, los contenidos y metodologías empleadas; finalizando con una presentación de los desafíos que implica su docencia en dicho país como una invitación al diálogo de cara a su revisión. Por último, esta Parte III y el libro culmina con la contribución también dedicada a los aspectos docentes y elaborado por Aukje A.H. van Hoek, “Teaching private international law: a view from the Netherlands”, donde se parte por introducirnos en el peculiar contexto de los Países Bajos, para plantear la pregunta de “por qué” enseñar Derecho

Internacional privado, aterrizando en las distintas opciones seguidas en dicho país para la enseñanza de esta peculiar disciplina legal.

En definitiva, nos encontramos ante una obra coral realmente encomiable, merecedora de una valoración muy positiva, con un significativo valor académico y de lectura altamente recomendable, donde se ofrece un rico panorama del estado de la cuestión y una guía de actuación frente a los diversos retos a los que se enfrenta el Derecho Internacional privado en la actualidad. Un libro que además se caracteriza por su oportunidad, al haberse elaborado en un momento de evidente cambio que retrata y aborda con valentía. Por lo que, en resumidas cuentas, constituye un libro comprometido altamente recomendable que está llamado a convertirse en un referente en la disciplina, particularmente para comprender y enfrentarse a los retos que suscita el presente y futuro próximo del Derecho Internacional privado en su triple dimensión de sector del ordenamiento jurídico, como disciplina legal y en tanto asignatura impartida en los planes de estudio de Derecho.

Guillermo PALAO MORENO
Universitat de València

LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl, *Inteligencia artificial y vehículos autónomos: responsabilidad civil extracontractual internacional*, Las Rozas (Madrid), Aranzadi, 2024, 263 pp.

La obra que se recensiona desarrolla un tema de la máxima actualidad sobre el que todavía se proyectan numerosos interrogantes en la esfera jurídica: el de la responsabilidad civil extracontractual que puede surgir en el caso de daños ocasionados por vehículos autónomos operados por inteligencia artificial.

Tras presentar el tema desde una perspectiva general (Capítulo I) y plan-

tear algunas de las cuestiones que genera en el plano sustantivo (Capítulo II), el autor analiza las iniciativas legislativas europeas en materia de inteligencia artificial y responsabilidad civil (Capítulo III) para dedicarse, tras ello, al análisis de las cuestiones de Derecho internacional privado que se suscitan Capítulos IV y V).

En el Capítulo I se sitúa la cuestión objeto del trabajo y se hace referencia a

sus vertientes tecnológicas y éticas para plantear a continuación algunos de los interrogantes que suscita en el ámbito jurídico, Entre ellos resulta de especial interés el relativo a la posibilidad de atribuir personalidad jurídica a los sistemas de inteligencia artificial y, con ella, la de hacer responsables a los vehículos automatizados de los daños que generan, en relación con la que el autor expone las distintas aproximaciones hasta ahora existentes para constatar que se trata de un debate aún no cerrado, susceptible de futuros desarrollos. La obra pone asimismo de relieve la falta de regulación específica y la dificultad de adaptar las normas actualmente en vigor a la nueva realidad, lo que le lleva a propugnar la armonización del marco jurídico actualmente en vigor no solo en la Unión Europea, sino en la esfera internacional. A estos efectos, tras exponer algunos modelos regulatorios nacionales (Alemania, Reino Unido, Países Bajos y Estados Unidos), el capítulo se cierra con la referencia a la experiencia de la conducción automatizada desarrollada por la industria norteamericana.

El Capítulo II se destina a delimitar los sujetos a los que cabe atribuir responsabilidad extracontractual derivada del uso de sistemas de inteligencia artificial en la conducción de vehículos, esencialmente, el conductor y el fabricante del vehículo, y presenta la posibilidad de entender la existencia de una responsabilidad compartida y de la celebración de posibles acuerdos entre esos sujetos para delimitar la atribución de responsabilidad. Tras ello, se analiza una cuestión de indudable relevancia en este sector, como es la del aseguramiento de los vehículos automatizados, así como las Directivas

europeas en materia de seguro de responsabilidad civil de vehículos automóviles. En la segunda parte se aborda el análisis, centrado en este contexto, de la Directiva 85/374, sobre responsabilidad

por daños causados por productos defectuosos, las dificultades e interrogantes que plantea su aplicación en la era digital y la propuesta de revisión de esta norma para terminar con una breve descripción del sistema norteamericano de responsabilidad por productos defectuosos que el autor entiende puede utilizarse como referencia para regular la cuestión objeto del trabajo en la Unión Europea.

El Capítulo III analiza las iniciativas de la Unión Europea sobre la inteligencia artificial y regímenes de responsabilidad civil. El autor parte de la premisa de que la actualización del marco normativo actual resulta indispensable y realiza un análisis de las propuestas, necesario no sólo para proporcionar el *status questionis* actual, sino para enlazar con los problemas de Derecho internacional privado estudiados en los dos capítulos siguientes.

El análisis de la competencia judicial internacional que se lleva a cabo en el Capítulo IV empieza con el de los foros recogidos en el Reglamento 1215/2012 y las dificultades que plantea la aplicación del previsto para la materia extracontractual en su artículo 7, 2, sin que parezca que aquellas sean sustancialmente distintas en los casos que analiza este trabajo que en otro tipo de daños. Se apunta a continuación una cuestión relevante y cada vez más frecuente en la actualidad: la de la interacción del Reglamento mencionado con las iniciativas legislativas de la Unión Europea y la delimitación extraterritorial que estas realizan de su ámbito de aplicación.

Sobre esta cuestión el autor se limita a plantear aquí las dudas que puede suscitar la posible consideración de estas reglas como normas de conflicto unilaterales cuando tal calificación se proyecta sobre las normas de Derecho internacional privado recogidas en los Reglamentos europeos y, respecto del Reglamento 1215/2012 concluye que no se produciría

ninguna incompatibilidad, de manera que tanto el foro extracontractual como el general del domicilio del demandado pueden seguir aplicándose. La conclusión es acertada sobre todo porque donde los problemas pueden surgir en mayor medida no es en la esfera de la competencia judicial internacional, sino en la del Derecho aplicable.

El capítulo relativo a la ley aplicable sigue un esquema similar al anterior: tras exponer las soluciones del Reglamento Roma II y de los Convenios de La Haya sobre la ley aplicable a los accidentes de circulación por carretera y a la responsabilidad por productos, de 1971 y 1973 respectivamente, el autor aborda las dificultades de la

coexistencia de unos y otros y el impacto sobre el funcionamiento de estas reglas de la posible incorporación de normas de conflicto en las iniciativas legislativas de la Unión Europea en materia de inteligencia artificial. Es en esta sede donde la delimitación en esas iniciativas de un ámbito de aplicación extraterritorial y la posible configuración de las disposiciones en que eso se hace como normas de conflicto unilaterales suscita la necesidad de plantear su compatibilidad con las soluciones del Reglamento Roma II y de los Convenios mencionados y requiere especial atención.

En conclusión, el libro que se recensionaria hace un recorrido por los problemas que puede plantear el régimen de la responsabilidad extracontractual que planta el uso de vehículos autónomos operados por mecanismos de inteligencia artificial y al hacerlo pone de manifiesto el carácter todavía inacabado de la búsqueda de un régimen aplicable a una realidad cambiante y en constante

evolución. Proyectada esa realidad sobre la esfera internacional, la ausencia de uniformidad en el tratamiento de esta materia en los distintos Estados, dentro y fuera de la Unión Europea, hace que las cuestiones tradicionalmente planteadas persistan y que sea útil preguntarse si los mecanismos de que actualmente disponemos para hacer frente a estas situaciones siguen resultando adecuados o deberían ser modificados.

Muchas de las cuestiones abordadas en la obra, como la de la compatibilidad del Reglamento Roma II y los Convenios de La Haya, se plantean también fuera de las situaciones vinculadas al uso de la inteligencia artificial, pero cobran nueva relevancia a la vista de ésta. Por último, de llegar a adoptarse las iniciativas legislativas de la Unión Europea, la delimitación de la aplicación de las nuevas normas a la vista de las normas de conflicto obliga a replantearse algunas cuestiones clásicas de Derecho internacional privado, como ocurre en otros ámbitos (el de la protección de datos, por ejemplo).

La obra abre la puerta a posteriores desarrollos de los problemas que plantea, que deberán ir produciéndose a la vista de la evolución del uso de la inteligencia artificial y de su regulación en el plano sustantivo, que se proyectará necesariamente sobre las cuestiones de Derecho internacional privado. Desde esa perspectiva, tiene la indudable ventaja de proporcionar el contexto en el que anclar todas esas cuestiones.

Elisa C. TORRALBA MENDIOLA
Universidad Autónoma de Madrid

MORENO CANTANO, Antonio César, *Geopolítica Internacional, Tecnonacionalismo y Digital Games*, Tirant humanidades, Valencia, 2024, 242 pp.

El orden internacional liberal instaurado en 1945 lleva décadas siendo cuestionado. Sin embargo, en lugar de la pérdida de poder absoluto por parte de un Estado hegemónico, asistimos a un declive relativo en favor del surgimiento de un Sistema Internacional plural, caracterizado por una mayor polaridad internacional. Es decir, presenciemos unas dinámicas de expansión y redistribución del poder. A esta dinámica internacional se le debe sumar la revolución tecnológica, un factor fundamental en el proceso de reordenación del Sistema Internacional que se refleja en la preocupación por parte de los actores internacionales, tanto estatales como no estatales, del dominio cibernético.

La obra de Antonio César Moreno Cantano, *Geopolítica Internacional, Tecnonacionalismo y Digital Games* tiene presentes estas dos dinámicas del cambio del Sistema Internacional: por una parte, la pluralidad del Sistema Internacional se observa en la selección de los casos que se analizan, presentando el examen de diversos actores internacionales que aportan sus propias cosmovisiones de las Relaciones Internacionales. Por otra parte, el examen del medio digital interactivo y su instrumentalización como herramienta propagandística responde a la dimensión tecnológica del cambio en la realidad internacional.

Este ensayo busca dar respuesta a una pregunta sustancial que condensa en su formulación la esencia de las dos dinámicas mencionadas previamente: en qué medida, los videojuegos, como formato de comunicación, forman parte de las campañas de nacionalismo digital y en qué medida estos productos culturales proyectan una imagen idealizada del pasado y presente. Para ello, realiza un análisis holístico, conjugando una epistemología plural, caracterizada por el empleo de un marco teórico que combina elementos

tanto constructivistas como reflectivistas, permitiéndole explorar desde las doctrinas de política exterior hasta las políticas de memoria, así como los principales retos geopolíticos de los actores examinados, a lo que deben sumarse sus discursos nacionalistas y estrategias de poder blando. En otras palabras, el autor analiza cómo las identidades tecnonacionalistas promovidas por los actores internacionales legitiman sus políticas, pero, también, el proceso de construcción de realidad compartida que da lugar a esas identidades.

Para operacionalizar el objeto de estudio, el texto tiene una estructura compuesta por 8 capítulos que, a su vez, pueden agruparse en tres bloques dependiendo de los actores analizados. El principal cúmulo de capítulos estaría compuesto por la congregación de los capítulos 1,2,3 y 6, analizando cada uno de ellos un actor estatal mediante un análisis interno estructurado. El segundo grupo concentraría los capítulos 4 y 5, en los que se examinan más de un actor estatal, agrupados por regiones geográficas. Por último, el tercer bloque lo constituyen los capítulos 7 y 8, en los que, además de actores estatales, se examinan otros actores internacionales que no tienen categoría estatal junto a los que sí.

Observando con mayor detalle los capítulos, el primero examina las políticas de memoria de Turquía, la instrumentalización de los acontecimientos traumáticos y las implicaciones de este pasado en la geopolítica internacional de Ankara. Para ello, se abordan las políticas de memoria de la Turquía de Erdogan, en el que, el neo-otomanismo juega un papel fundamental al construir una nueva identidad con su correspondiente traducción en la acción exterior turca. Una identidad íntimamente vinculada al recuerdo de la Primera Guerra Mundial.

El segundo aborda el caso de la República Popular China. Aquí, el profesor Cantano analiza la evolución de la identidad cultural en China, así como los proyectos del Partido-Estado para favorecer una identidad concreta y la importancia de la memoria de la guerra Sino-Japonesa en la conformación del nacionalismo chino, además de los códigos geopolíticos del país asiático y su implicación ideológica en la gobernanza global. En este sentido, analiza una nueva identidad con gran peso del nacionalismo digital, configurada entre otros motivos, gracias a la persuasión ejercida a través de los medios digitales-propagandísticos.

El tercer capítulo trata las campañas de orgullo y unidad nacional de India, las implicaciones de los riesgos geopolíticos para el sector tecnológico indio, además de la reinterpretación histórica que se está realizando desde una identidad hindú. Para ello, el autor realiza un examen de la aspiración global de la India, así como todo lo que ello implica: la recuperación del “glorioso” pasado hindú y la movilización hindutva del país. Respecto a este último elemento, debe destacarse el examen de las diversas campañas tecno-nacionalistas que ha desarrollado Nueva Delhi.

El cuarto capítulo analiza los casos de Pakistán, Bangladesh y Sri Lanka. En el caso de Islamabad, se pone el acento en hacer frente a las narrativas que lo vinculan al terrorismo, para lo que se pretende presentar una imagen positiva de Pakistán frente al terrorismo talibán y a la India. En el epígrafe correspondiente a Daca, se estudia la política de memoria de la “guerra de liberación”, específicamente, cómo los productos culturales vinculados al proceso de independencia frente a Pakistán constituyen la expresión tecnológica del nacionalismo de este Estado. Por su parte, el examen de las políticas de Colombo arroja cómo la tecnología está a disposición del nacionalismo sinhala y las narrativas oficiales.

El quinto capítulo pone de manifiesto el papel esencial de los medios de comunicación en cuestiones relativas a la construcción social y a los procesos de reconciliación nacional. Al explorar los casos de Taiwán (Terror Blanco) y Corea del Sur (Mujeres de consuelo y Masacre de Jeju), se pone el acento en el enfoque de la justicia transicional. Sin embargo, se subraya cómo a partir de estos acontecimientos se construye la memoria concreta de cada país, al mismo tiempo que se expone la relación entre las políticas de memoria y las tensiones geopolíticas.

El capítulo destinado a Irán, el sexto, desarrolla el empleo de la tecnología videolúdica como una respuesta a las narrativas hegemónicas estadounidenses y su empleo en un tipo de guerra blanda narrativo-cultural, así como su papel en la constitución de la identidad de la República Islámica. El análisis de la red institucional videolúdica que se ha constituido en Irán no puede desasociarse de su función propagandística mediante la promoción del nacionalismo y la cultura irano-islámica. Aunque, por sí solos no son suficientes para divulgar el mecanismo simbólico que crea la identidad iraní, están perfectamente implementados en un ecosistema mediático que sacraliza la misión de la República Islámica en el mundo.

Los últimos dos capítulos, el séptimo y el octavo, tienen la característica diferenciadora de que, en lugar de analizar únicamente Estados, abordan también actores internacionales no estatales. En el caso del séptimo capítulo se estudian las representaciones del conflicto israelí-palestino además de las estrategias de propaganda digital tanto israelíes (Hasbara) como Palestina. Este capítulo está íntimamente vinculado a los estudios sobre seguridad internacional, concretamente cómo las imágenes generan conflictos internacionales y repercuten en los conceptos de seguridad.

El último capítulo de este estudio desarrolla una discusión sobre la existencia del tecnonacionalismo en la Unión Europea, los proyectos tanto nacionales como propios de la Comisión además de la existencia de narrativas supranacionales que puedan favorecer una identidad europea. El capítulo concluye con un examen de las amenazas que acechan a la Unión Europea mediante la instrumentalización propagandística del videojuego por parte de grupos de ultraderecha, los movimientos euroescépticos y la amenaza a la seguridad europea que supone la guerra de narrativas con Rusia.

Este estudio ofrece una serie de ideas fundamentales para comprender la realidad internacional, siendo una lectura provechosa para cualquier profesional de las Relaciones Internacionales, así como para quienes deseen reflexionar sobre la tesis del libro o estén interesados en introducirse en cualquiera de los actores estudiados. La idea principal de esta obra radica en que las tecnologías digitales están siendo empleadas por parte de las corrientes nacionalistas-patrióticas para reforzar sus identidades y proyectar sus códigos geopolíticos. El atractivo de los *digital-games*, encarnado en el poder persuasivo de los mismos, lo convierte en un medio propagandístico óptimo, inserto en los ecosistemas mediáticos con un contexto ideológico propio. A diferencia de otras herramientas propagandísticas, tanto la interactividad de los *digital-games* como el peso de las

imágenes, refuerzan su capacidad persuasiva al evocar la empatía y la nostalgia. Esta última es fundamental en las narrativas de los actores internacionales, ya que la memoria de los sucesos traumáticos y gloriosos se usan para forjar una identidad cultural además de la conciencia nacionalista. En otras palabras, este texto pone de manifiesto la conexión entre el empleo de la tecnología digital y las corrientes nacionalistas, configurándose los *digital-games* como un instrumento propagandístico que, revisando un periodo histórico da lugar a una memorialización que genera una legitimidad tanto de acción exterior como a nivel doméstico.

En conclusión, el libro de Antonio César Moreno Cantano supone una aportación significativa al análisis de las Relaciones Internacionales, especialmente para aquellas personas interesadas en el giro estético-afectivo de esta disciplina, en el papel de las identidades en la política exterior y memorística de los actores estudiados o en la relación entre tecnología y dinámicas de la Sociedad Internacional, concretamente en la instrumentalización propagandística de los *digital-games*. El enfoque teórico-analítico metodológico realizado a través de un análisis estructurado proporciona una perspectiva novedosa que aporta gran riqueza al estudio de la realidad internacional.

José Antonio MOYA MARTÍNEZ
Universidad Complutense de Madrid

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso (Dir.), HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys S. (Coord.), *Curso práctico interactivo sobre Derecho de la extranjería y de la nacionalidad*, Colex, Granada, 2024, 355 pp.

La compleja normativa existente en materia de extranjería y nacionalidad, unida a las constantes modificaciones legislativas y la heterogeneidad de regímenes en cada una de las dimensiones ob-

jeto de regulación, son tres aspectos que generan una gran incertidumbre e inseguridad para el operador jurídico. En este contexto, para lograr una aplicación coherente y uniforme del sistema son

esenciales trabajos como el que se reseña en estas páginas. Se trata de una obra colectiva dirigida por D. Alfonso Ortega, de carácter eminentemente práctico, dirigido, según indica la contraportada, “al alumnado, al profesional del Derecho y a toda persona interesada en una mejor comprensión del Derecho de extranjería y nacionalidad” y que, sin duda, ayudará a identificar, interpretar y, en su caso, aplicar las normas objeto de análisis.

El libro se estructura en trece capítulos, de los cuales nueve se dedican al Derecho de extranjería, tres al Derecho de la nacionalidad y el último a los matrimonios de conveniencia. El capítulo 1 realiza, acertadamente, un listado de la normativa aplicable, que resulta fundamental para desenvolverse en medio de las constantes modificaciones legislativas que se producen en este ámbito. Continúa el trabajo con un análisis del régimen de entrada y salida de los extranjeros en territorio español (capítulo 2) y una breve recopilación de los derechos y libertades reconocidas a los extranjeros en España (capítulo 3).

En el capítulo dedicado a la reagrupación familiar (capítulo 4), se plasma de una forma detallada la normativa vigente y se exponen de una manera clara y estructurada los preceptos aplicables. No obstante, en ocasiones, puede llegar a ser excesivamente descriptivo, debido, sin duda, a la cantidad de problemas que son susceptibles de ser estudiados, y cuyo análisis pormenorizado (somos conscientes) excedería la capacidad de la obra. Entre ellos podríamos citar la posibilidad de acceso al territorio español de matrimonios del mismo sexo, la dificultad de probar en ocasiones las separaciones de hecho, en los supuestos de divorcio, qué se considera por “procedimiento jurídico” y si se podría admitir, por ejemplo, un repudio, qué interpreta la jurisprudencia como “razones que justifiquen” la reagrupación de un as-

cediente o, por ejemplo, los problemas que puede causar la terminología utilizada en relación a que el reagrupante tenga reconocida la custodia del menor, que por sí misma no implica el derecho al cambio de residencia sin el consentimiento del otro progenitor y que podría en ocasiones dar lugar a una sustracción internacional de menores.

El capítulo 5 se dedica al análisis del denominado “régimen comunitario”. Resulta muy interesante la referencia a la STJU de 26 de marzo de 2019 (asunto C-129/18), sobre la posibilidad de entender si un menor acogido bajo el régimen de kafala puede ser considerado “descendiente directo” a efectos de concesión de una tarjeta de residente de familiar comunitario. Al no existir en la obra un capítulo específico de “modificación de las situaciones de los extranjeros en España”, me parece muy acertada la inclusión de un epígrafe dedicado a la modificación del régimen comunitario al de extranjería, ya que de este modo se ofrece una visión completa al lector en un mismo capítulo del íter jurídico-documental que ha de seguir aquél nacional de tercer Estado que tenga que realizar dicho cambio.

La experiencia profesional de los autores se pone de manifiesto en toda la obra, pero especialmente en el capítulo 6, dedicado a los tipos de autorizaciones de residencia y trabajo, en el epígrafe dedicado a las cuestiones procedimentales, en el capítulo 7 cuando se analizan la autorización de residencia para búsqueda de empleo y la autorización de residencia para prácticas y en el capítulo 8 al adjuntar en la obra los documentos que se obtienen a lo largo de la tramitación del procedimiento de solicitud de protección internacional.

El capítulo 9, que lleva por título “Regularización de extranjeros en España: las circunstancias excepcionales”, puede dar lugar a un error por parte del lec-

tor. En efecto, hasta la reforma del Reglamento de extranjería mediante el RD 629/2022 de 26 de julio, tan solo podían solicitar una autorización por circunstancias excepcionales aquellos extranjeros que se encontraran en España en situación irregular. Desde la reforma citada, este requisito sólo se exige en el caso del arraigo laboral. Por tanto, el término “regularización” referido a todas las circunstancias excepcionales, *a priori*, podría parecer poco acertado. Pero nada más lejos de la realidad, D. Juan Manuel Masanet y Esther Alonso, explican con claridad que “esta tipología de autorizaciones está destinada a personas extranjeras que se encuentran en España, no necesariamente en situación irregular, pero que no disponen de un visado de residencia”. Otra virtud del capítulo es la referencia expresa que se realiza a la situación específica de los familiares de españoles en la página 205, haciendo una pequeña comparativa con la posibilidad de que también puedan obtener la tarjeta de residente comunitario. Al existir (en el momento de realizar esta recensión) dos vías de documentación a los familiares de españoles (arraigo familiar y tarjeta de residente comunitario), resulta imprescindible la explicación que se ofrece en la obra. No obstante, parece que con la reforma del Reglamento de la Ley de extranjería se va a poner fin a esta dualidad, ya que está prevista la creación de una Residencia Temporal para Familiares de ciudadanos españoles, un permiso de cinco años con el que podrán vivir y trabajar en España.

Los capítulos 10, 11 y 12 son los dedicados al Derecho de nacionalidad (cuestiones generales, adquisición, pérdida y recuperación, respectivamente). Esta parte del trabajo está jalonada de reflexiones, jurisprudencia y análisis de la normativa vigente. Así, por ejemplo, al tratar la obtención de la nacionalidad española *ius sanguinis*, se explica la importancia que tuvo la reforma introducida

por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre de modificación del Código Civil en el art. 17.1 a) del CC. La expresión empleada tradicionalmente en el ordenamiento jurídico español era “son españoles los hijos de...”. Con dicha reforma se sustituye por el término “nacidos de”. Y el cambio no es baladí ya que actualmente no es necesario que la relación de filiación esté determinada legalmente para que se transmita la nacionalidad española de origen ex art. 17.1º a) CC., pues basta con que dicha relación exista de hecho. La atribución de la nacionalidad de origen deriva del hecho biológico de la procreación, por ser el padre o madre españoles en el momento del nacimiento del hijo o de la hija, cualquiera que sea el lugar de su nacimiento y con independencia de que se haya acreditado la paternidad/maternidad legalmente. Aunque no se señale explícitamente en la obra, esto conlleva cambios importantes para la atribución de la nacionalidad española a los menores nacidos por gestación subrogada. También me gustaría destacar, en el capítulo 11, la referencia realizada a los supuestos de adquisición de la nacionalidad española por opción previstos por la Ley 20/2022 de Memoria democrática. Su finalidad (así lo indica la Exposición de Motivos), es que puedan servir como medida reparadora, para los descendientes de españoles que sufrieron el exilio, por razones políticas, ideológicas o de creencia, y de la discriminación sufrida por las mujeres españolas casadas con extranjeros, por aplicación de la legislación española en materia de nacionalidad anterior a la Constitución Española de 1978, así como para los hijos mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la propia Ley 20/2022 o en la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007.

El último capítulo se ha dedicado al estudio de los matrimonios de conveniencia.

En él, D. Alfonso Ortega realiza un análisis bien estructurado, coherente y completo de dichos matrimonios. Resultan de gran utilidad las Resoluciones comentadas de la Dirección General de Seguridad y Fe Pública, que, además, para mayor comprensión práctica, se transcriben en nota a pie de página. La idea de dejar esta materia para el final del trabajo es muy acertada, porque es una materia transversal al Derecho de extranjería y nacionalidad y, de otra forma, debería haberse incluido un epígrafe específico en cada uno de los capítulos correspondientes.

A todo lo anterior hay que añadir el carácter interactivo de la obra, que, en cada capítulo, anexa un vídeo en el que los autores no se limitan a efectuar una

simple lectura del mismo, sino que dan una extensa explicación (entre 30-45 minutos, según los casos) que completa lo que está plasmado por escrito en el capítulo correspondiente. Un esfuerzo extra para ellos que, sin duda, ha merecido la pena en vista de los resultados obtenidos.

En definitiva, un trabajo que resultará de gran ayuda tanto a los alumnos que estén cursando cualquiera de las asignaturas relacionadas con la materia en grado y posgrado, como al propio operador jurídico (incluidos, por supuesto, los docentes) ya que se abordan temas de indudable interés científico y práctico de una forma clara y detallada.

Mercedes SOTO MOYA
Universidad de Granada

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso y HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys S. *El ejercicio del derecho al voto de los ciudadanos extracomunitarios en España. Incidencia en la Administración Local*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, 96 pp.

Nos encontramos ante un libro no demasiado extenso (89 páginas) en el que, en primer lugar, los autores se presentan ampliamente poniendo de relieve sus correspondientes currículas, pasando posteriormente al tema de estudio en cuestión, cuál es el ejercicio del derecho al voto de los ciudadanos extracomunitarios en España y su incidencia en la Administración local.

La obra se divide en cinco capítulos, los cuales nos van llevando de una forma paulatina a que vislumbremos la importancia que tiene el Derecho al voto, como pilar fundamental para que el ciudadano extranjero alcance su plena integración en la sociedad de acogida, ya que es en el ámbito de la Administración Local donde fundamentalmente desarrolla su vida y donde se toman las decisiones que le afectan directamente. Así, en el Capítulo I, los autores nos ponen de manifiesto como ha aumentado la inmigración en nuestro país

en los últimos años, de manera que a día 1 de enero del año 2024 eran 6.481.502 los extranjeros que gozaban de autorización de residencia en vigor, constituyendo un 15% del total de la población en nuestro territorio. No obstante y, a pesar de ser el número de ciudadanos extranjeros tan elevado, únicamente tienen derecho al voto en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, los extranjeros comunitarios, a partir del tratado de Maastricht en 1992 y aquellos otros ciudadanos pertenecientes a Estados con los que España haya concertado un tratado (Bolivia, Cabo Verde, Chile, Colombia, Corea, Ecuador, Islandia, Trinidad y Tobago, Noruega, Nueva Zelanda y Perú, además del Canje de notas con la República Oriental de Paraguay) y con aquellos Estados con los que exista el principio de reciprocidad; es decir, aquellos países que permitan votar a los españoles que se encuentran en

su territorio en igualdad con sus nacionales (art. 13.2 de la Constitución española, a partir de ahora CE). De la lectura de este Capítulo se desprende que los autores se refieren únicamente al voto en las elecciones municipales de carácter activo; es decir, el derecho a elegir a sus representantes, pero no al pasivo, o sea el derecho a presentarse como elegible, el cual únicamente ostentan los ciudadanos de la UE. Recordemos que nuestra Constitución tuvo que ser reformada antes de la ratificación del tratado de Maastricht, ya que el art. 13.2 de la misma únicamente permitía el ejercicio del voto activo a los extranjeros en las elecciones municipales, pero no el derecho al voto pasivo, el cual sí que se reconocía en el tratado de Maastricht, lo cual impedía ratificar un convenio contrario a la letra de nuestra Norma Suprema; sin embargo, a lo largo del estudio se refieren indistintamente al derecho de sufragio, tanto activo, como pasivo. A partir de esta premisa, los autores analizan desde una perspectiva crítica, como se inserta el derecho al voto en las elecciones municipales por parte de los extranjeros no comunitarios, ya que estiman que existe una estrecha vinculación de éstos con el funcionamiento de la administración Local, centrándose en la provincia de Alicante, al ser éste el territorio que ocupa el tercer lugar en cuanto a residencia de inmigrantes empadronados. Para ello y, en los capítulos que prosiguen proponen nuevas líneas de comprensión del art. 13.2 de la CE.

El Capítulo II se conecta al derecho al voto como medio de integración social de los extranjeros en España y su función como soporte necesario para el funcionamiento de la Administración Local. En primer lugar, los autores se refieren a este Derecho como el modo idóneo de integración social de los extranjeros, los cuales, a través del mismo, tendrán la oportunidad de ejercer su derecho de participación pública consagrado en el art. 6 de la Ley de Extranjería; sin em-

bargo, ponen de relieve, como este derecho, que supone la piedra fundamental para la construcción de una sociedad democrática, ha sido una de las promesas incumplidas del Estado Español, el cual ha obviado el reconocimiento de los derechos políticos básicos a los extranjeros, a tenor del principio de soberanía nacional, aun cuando el derecho al voto de los extranjeros ha constituido un elemento más en las campañas electorales dirigidas a la captación de votos. Entiendo que lógicamente dicha captación iría dirigida a los votantes que están a favor de la integración de los extranjeros en nuestra sociedad, ya que en la actualidad estamos siendo testigos de como el tratamiento del fenómeno de la inmigración y su aceptación o no constituye uno de los puntos básicos de los programas electorales para la atracción de votos.

A continuación, analizan de una forma breve los tres ámbitos de actuación del legislador en esta materia: el de reciprocidad, la actuación en clave de ciudadanía y las condiciones impuestas al ejercicio de este derecho y sus diferencias con las que tienen los nacionales. En relación con la primera cuestión, es necesaria la intermediación de una ley o un tratado para que la misma sea efectiva, lo que puede dar lugar a un tratamiento desigual de los extranjeros dependiendo del país del que sean nacionales. Para evitar esta situación proponen como una posible solución la ratificación por parte de España del Convenio Europeo sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública a Nivel Local de 1992; sin embargo dicha ratificación no soluciona en absoluto el problema, ya que la reciprocidad se ha erigido en un obstáculo para su ratificación, aunque dicho Convenio se aplique a los nacionales de los Estados que no son parte en el mismo, de forma que la discriminación entre extranjeros residentes en España seguiría siendo la misma, de manera que, ante esta situación, nuestro Estado ha optado por la utilización del

Convenio bilateral; sin embargo, a juicio de los autores, deducir que, sin la existencia de reciprocidad un extranjero no puede ejercitar el derecho al voto, es interpretar la CE de forma restrictiva, ya que ésta no anula otros principios constitucionales de mayor alcance, teniendo además en cuenta el momento en el que la misma se promulgó; es decir, cuando nuestros compatriotas salían al extranjero para buscar una vida mejor. Por este motivo se sitúan en la línea de la ratificación del Convenio antes mencionado, el cual describen de una forma resumida en las páginas 34 y 35. Respecto del segundo ámbito de actuación; es decir, la actuación en clave de ciudadanía por parte del legislador, la primera cuestión que los autores se plantean es la definición o el alcance del concepto de “ciudadanía” a la luz de la interpretación del art. 23, 1 en relación con el artículo 13.2 de la CE, concluyendo que el término ciudadano no es equivalente a nacional, sino que esta atribución puede ser también aplicada a los extranjeros y, ello con base en que en la profundización de una idea de democracia exige romper con unas estrictas exigencias para dar cabida a la intervención de los ciudadanos con independencia de su nacionalidad, ya que las mismas impiden que estas personas participen en la vida pública de la que son parte integrante y esencial. Respecto al periodo de residencia que el extranjero ha de cumplir para poder participar en la vida pública, los autores se alinean, con muy buen criterio, desde mi punto de vista, en que el mismo no ha de ser excesivamente largo, incluso se podría prever un plazo especialmente reducido para extranjeros con los que el Estado español haya mantenido vinculaciones históricas con sus Estados de procedencia o, excepcionalmente optar por la ausencia de plazo. Por último, el tercer aspecto de actuación del legislador en cuanto al reconocimiento del derecho al voto de los extranjeros de terceros estados, como el art. 23 de la CE se refiere a la titularidad

de un derecho y no a su régimen jurídico, indican, con buen criterio, que se echa en falta una remisión a la ley o los tratados internacionales respecto de los términos y condiciones para su ejercicio, ya que la atribución de los derechos políticos a los extranjeros se ha realizado fundamentalmente en relación con el derecho al voto, activo o pasivo, pero no en relación a otros derechos que también son parte de la ciudadanía y que están fuera del estudio que los autores están realizando.

El Capítulo III analiza el marco jurídico del derecho al voto de los extranjeros comenzando por el ámbito internacional y de la UE. El examen de las actuaciones de organizaciones internacionales como la ONU y el Consejo de Europa conduce a los autores a afirmar que las mismas no se han pronunciado sobre este derecho. Únicamente la UE en su Directiva 94/80/CE por la que se fijan las modalidades del ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos miembros de la Unión residentes en un Estado Miembro del que no sean nacionales hace referencia a la posibilidad del reconocimiento de este derecho con bastantes limitaciones. Es la Resolución del Parlamento Europeo sobre situación de los derechos fundamentales en la UE (2000/2231 (INI) la que recomienda a los Estados Miembros que amplíen el derecho al voto activo y pasivo a los extranjeros pertenecientes a terceros estados residentes en su territorio, al menos por un periodo de tres años, la cual se completa con la Resolución sobre las estrategias y los medios para la integración de los inmigrantes en la UE 2006/2056 (INI). No obstante, resulta especialmente relevante la presentación por parte de la Comisión de la UE de una Comunicación sobre inmigración, integración y empleo (COM 2003/336), la cual indica que es deseable que los extranjeros se conviertan en ciudadanos a través de la adquisición de la nacionalidad del Estado de acogida, medida sobre la cual los autores no se pronuncian, pero que, desde nuestro

punto de vista resulta excesivamente pe-
liaguda, a tenor de los tiempos en los que
vivimos.

Con respecto al ordenamiento jurí-
dico español la condición para el recono-
cimiento de este derecho, como se viene
apuntando a lo largo de todo el trabajo,
es el de la reciprocidad. No obstante, los
autores señalan diversas cuestiones, in-
tentando dar soluciones a las mismas, en
el caso en el que se tomara la decisión por
parte de nuestro legislador de extender
este derecho a los extranjeros extracomu-
nitarios. El primer interrogante radica en
determinar qué tipo de norma se habría
de utilizar para ello, entendiendo que tan-
to la ley como los tratados internaciona-
les serían cauces adecuados para ello; sin
embargo, aunque nuestro legislador haya
optado por el tratado, los autores entien-
den que la ley sería un mecanismo mucho
más útil y eficaz, en tanto en cuanto se-
ría innecesaria la búsqueda de soluciones
estatales concurrentes. No obstante, esta
afirmación requiere de algunas matiza-
ciones, las cuales son objeto de análisis
por los autores a través de las siguientes
cuestiones; en la primera de ellas se pre-
guntan si el derecho de sufragio debe re-
conocerse sólo en virtud del principio de
reciprocidad. Básicamente admiten que
la respuesta es afirmativa, de manera que
si no se reconoce este derecho a través de
un tratado podría ser la ley la que lo hicie-
ra con algunos matices que beneficiaran
al extranjero de un tercer estado, como
el establecimiento de unos requisitos co-
munes para todos los extranjeros, la atri-
bución del control de la reciprocidad al
Gobierno y, en caso de estados federados,
observar como cada circunscripción terri-
torial otorga este derecho a los españoles,
etc. En segundo lugar, si la extensión del
derecho de sufragio tendría que limitarse
al sufragio activo, o también extenderse
al pasivo, entendiendo los autores que,
como regla general, debería limitarse al
activo. Por último, la cuestión se plantea
en relación con los requisitos que habrán

de exigírseles a los extranjeros para que
puedan ejercitar el derecho al sufragio, in-
dicando que es primordial que su conce-
sión se otorgue a los extranjeros que sean
residentes legales, debiendo de caracte-
rizarse esta residencia por su estabilidad.
No obstante, los autores no se pronuncian
por el tiempo mínimo que ha de tener di-
cha residencia, la cual, en nuestro país,
a tenor del convenio antes citado y de la
Ley de extranjería es de cinco años, sino
que se limitan a establecer un análisis
comparativo entre los requisitos que exi-
ge nuestro Estado a los extranjeros y los
requisitos que se exigen a los españoles en
otros países, sin llegar a ninguna conclu-
sión expresa. En relación con el derecho
al voto de los nacionales del Reino Unido
tras el Brexit el convenio realizado entre
estos dos países, celebrado en Madrid el
21 de enero de 2019, reconoce el derecho
de sufragio activo y pasivo de los británi-
cos que residan en España.

El Capítulo IV está dedicado a reali-
zar un somero análisis del derecho al voto
de ciudadanos extranjeros en el derecho
comparado. En primer lugar, examinan
los ordenamientos de los Estados Miem-
bros de la UE en los que sorprendente-
mente incluyen a Gran Bretaña, a pesar
de tener otro apartado que se refiere a
la configuración del derecho al voto de
los extranjeros en terceros estados. En el
primer caso nos indican que existen Es-
tados Miembros que permiten el derecho
de sufragio en las elecciones locales úni-
camente, otros Estados que exigen reci-
procidad para el ejercicio de este derecho
y por último Estados que reservan este
derecho únicamente a sus nacionales. En
el segundo caso señalan que existen paí-
ses que requieren la reciprocidad, otros
con los que no sería posible el acuerdo
de reciprocidad y por último países con
los que sería muy difícil la ratificación de
acuerdos de reciprocidad.

Para finalizar, en el Capítulo V ana-
lizan el estado de la cuestión en la ac-

tualidad y las condiciones que serían necesarias para que el derecho al voto se extendiera a los ciudadanos extracomunitarios en las elecciones municipales en España. Los autores nos vuelven a indicar que nuestro legislador ha preferido el Convenio a la ley para establecer el derecho al voto de los extranjeros a través del principio de reciprocidad, lo cual consideran que no es acertado debido a la casuística que esto genera; sin embargo analizando los datos del Instituto Nacional de Estadística, a través de la Oficina del Censo Electoral, se deduce que del número de extranjeros que podrían haber ejercido su derecho al voto en las elecciones locales de 2011 (350.000 extracomunitarios), solo lo hicieron 51.216, cuestionándose al respecto el porqué de esta baja participación. Los motivos, según los autores, son diversos y pueden resumirse en los siguientes. En primer lugar, en el ámbito de la UE solamente 16 Estados reconocen el derecho al voto de los extranjeros. En segundo término, existe una defectuosa información sobre las condiciones materiales y formales necesarias para ejercitar el derecho de sufragio activo, a pesar de las cartas personalizadas enviadas en las elecciones del 2011 a los ciudadanos comunitarios y extracomunitarios por la Oficina del Censo Electoral. El tercer motivo se centra en los factores socioeconómicos endógenos y exógenos, adquiriendo un especial relieve los factores de carácter socioeconómico, de forma tal que, la integración de los colectivos en la sociedad de acogida constituye un factor endógeno de primer orden y, por otro lado, las crisis económicas y las políticas sobre inmigración, se presentan como elemento exógeno que afecta directamente a estos ciudadanos.

El estudio finaliza con seis conclusiones que recogen de forma sucinta el desarrollo del trabajo, las cuales podemos resumir del siguiente modo: 1.— La extensión del derecho al voto de los extranjeros residentes legales es un ladrillo

más en el muro de la integración. 2.— Se reconoce de forma limitada el derecho al voto de los ciudadanos extracomunitarios en las elecciones municipales. 3.— Es necesario buscar un consenso social, político y parlamentario, a fin de avanzar en la extensión de este derecho. 4.— El reconocimiento del derecho al voto a los ciudadanos extracomunitarios en las elecciones municipales requiere una reforma legislativa. 5.— La nacionalidad no debe ser el criterio que guíe el derecho al voto, sino que ha de ser el de la residencia.

En definitiva, a través del estudio objeto de nuestro análisis, los autores tratan de poner de relieve la importancia que el derecho al sufragio en las elecciones municipales (en unos casos activo y, en otros pasivos) adquiere en la integración del inmigrante, comunitario, en unas ocasiones y extracomunitario en la mayoría de los supuestos, para su integración en la sociedad de acogida. A la luz del análisis de la CE (art. 23.1 y 13.2) nos indican como el ordenamiento español ha optado por el principio de reciprocidad para consagrar este derecho, a través de tratados internacionales con los países de los cuales provienen los extranjeros, estimando al respecto que la ley sería un instrumento mucho más útil, en tanto en cuanto no recogería sistemas del ejercicio de este derecho de una forma particularizada, atendiendo al caso concreto, sino que el otorgamiento de este derecho al extranjero sería mucho más uniforme. No obstante, la reivindicación de los autores por el reconocimiento de este derecho a los extranjeros y de las medidas que se podrían considerar al respecto para su puesta en práctica, los mismos nos indican, no sin cierta preocupación, que la participación de los extranjeros que podían ejercer su derecho al voto en las elecciones locales de 2011 fue significativamente muy baja.

M^a Dolores ADAM MUÑOZ
Universidad de Córdoba

TORRES CAZORLA, María Isabel, *La mediación como mecanismo de arreglo pacífico de controversias en derecho internacional público*, Tirant lo Blanc, Valencia 2024, 263 pp.

La monografía de la profesora Torres Cazorla tiene dos interesantes características que sitúan el trabajo realizado en el contexto del derecho internacional, y que merecen señalarse desde un inicio. Estas son: la oportunidad de su publicación y las fuentes utilizadas.

La oportunidad de la publicación es en relación con la conveniencia de reafirmar, potenciar y no olvidar el ordenamiento jurídico internacional (OJI) en el momento de afrontar los grandes retos a los que se enfrenta la Comunidad internacional, en esta etapa convulsa, en la que el cumplimiento del OJI es una necesidad. Esta es la línea en que el Secretario General de NNUU se ha manifestado durante la preparación de la Cumbre del Futuro, celebrada el 20 y 21 de septiembre de 2024, que se recoge en el texto resultante, el Pacto para el Futuro (A/RES/79/1), “Para cumplir nuestra promesa fundacional de proteger a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, debemos acatar el derecho internacional, incluida la Carta y hacer pleno uso de todos los instrumentos y mecanismos establecidos en ella, haciendo una utilización intensa de la diplomacia, comprometiéndonos a resolver nuestras controversias por medios pacíficos...”. La investigación realizada es una apuesta por el mecanismo del multilateralismo como vía de desarrollo y defensa del Ordenamiento Jurídico Internacional, y en concreto del Principio de arreglo pacífico de controversias y de sus mecanismos de aplicación.

La segunda característica de la monografía es en relación con las fuentes utilizadas, en especial la práctica de la organización de las NNUU. Efectivamente, la práctica de la organización internacional universal tiene un papel central en

el objeto de estudio. La práctica recogida se refiere tanto a las calificaciones y recomendaciones que hacen los órganos de las NNUU sobre una controversia en concreto, como a los trabajos de desarrollo progresivo del derecho internacional, que realiza la Asamblea General, pero no solo ella, sino que también se incluye al Secretario General y en menor medida el Consejo de Seguridad, dirigida a fijar los “contornos”, en palabras de Torres Cazorla, del contenido del principio y del mecanismo de aplicación.

En el sentido indicado, el trabajo que se comenta es una sistematización de la práctica de NNUU, para conocer e identificar las aportaciones e interpretaciones hechas por la organización internacional en relación con el Principio de arreglo pacífico y el mecanismo o procedimiento de arreglo, de mediación. Se completa además con aportaciones de otras OOI pertenecientes al sistema de NNUU y de organizaciones regionales, éstas ya adelantamos, contribuyen a la consideración del recurso a la mediación como instrumento “útil”. Destaca en la redefinición del procedimiento de mediación la tarea realizada por la UE, a partir de 2009. Sin lugar a duda es un trabajo muy útil tanto para el estudio como para la docencia del derecho internacional.

La obra parte del estudio de la mediación en el contexto del principio de arreglo pacífico de controversias, se organiza en cinco capítulos, una introducción y un apartado conclusivo, partiendo de lo general hasta llegar al detalle particular del mecanismo de la mediación, explicando incluso el talante deseable de los potenciales mediadores.

El capítulo primero: “Cuestiones previas: aspectos generales sobre el arreglo pacífico de controversias en Derecho

Internacional público”. Se inicia con un interesante estudio del término controversias para a continuación recoger las aportaciones realizadas, en perspectiva histórica, al principio de arreglo pacífico de controversias.

El punto de partida del estudio propuesto por la profesora es situarnos ante la realidad de la existencia de controversias, no consideradas siempre negativamente, al contrario, su existencia puede dar paso a cambios positivos. Realidad fáctica que se desarrolla en el contexto del s. XXI y que se enmarca en la multipolaridad de los centros de poder, en contraposición a la unipolaridad o bipolaridad de las décadas anteriores. Contexto que influye, sin duda alguna, en el papel a desempeñar por la mediación.

El apartado primero se refiere a la incidencia del término “controversia” en la jurisprudencia de la CIJ. Esta ha contribuido a precisar sus elementos constitutivos y se han ido ampliando en el tiempo. El estudio recoge la última jurisprudencia precisando el concepto de “controversia”, en la que se incorpora la valoración de la duración de las mismas.

También se comenta, tal como suele hacerse, el tema de la calificación de las controversias. En este contexto se destaca la “diversificación” de las controversias (p.39 y nota 23) como criterio calificador en la etapa actual, primer cuarto de siglo XXI. Criterio que se añade al de controversias políticas y jurídicas que en definitiva alude a los mecanismos de solución. Como demuestra el estudio estamos ante una creciente complejidad de las controversias en las relaciones internacionales.

La segunda parte del capítulo primero está dedicada al principio de arreglo pacífico, el apartado empieza afirmando que como “producto jurídico” es uno de los “menos avanzados” (p. 43) y comparo esta opinión, es un claro ejemplo de cómo se impone la realidad de los hechos

al formalismo jurídico. Desde mi punto de vista, el escaso desarrollo alcanzado entre las Conferencias de la Haya de 1899 y 1907 a la Declaración de Manila de 1982, interpretando y parafraseando las disposiciones de la Carta, muestran el valor de su contenido, su importancia, y su capacidad para irse adecuando a las cambiantes naturalezas de las controversias e incluso al reconocimiento jurídico internacional de nuevas partes en las controversias, más allá, del Estado. Es por ello, que es un acierto incorporar en el mismo capítulo el estudio de las controversias y el desarrollo normativo del principio que nos ocupa.

La perspectiva histórica del principio de arreglo pacífico de controversias se inicia con las Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, sobre las que se ha celebrado el centenario de su adopción y del que ha dado cuenta la doctrina ius-internacionalista, y la tenemos recogida en este trabajo. Continúa con el estudio de las disposiciones del Pacto de la Sociedad de Naciones y la Carta de las Naciones Unidas.

Al estudio de estos textos convencionales junto con la práctica seguida en su aplicación se le suma las aportaciones de la Declaración sobre los principios de derecho internacional de 1970 (A/Res. 2625 (XXV)) y la Declaración de Manila sobre el arreglo pacífico internacional de 1982 (A/RES/37/10). Ambos textos calificados de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional, pero no realizados a través de la Comisión de derecho internacional (CDI) que tiene encomendada la citada función, a mi juicio, consideraciones político-diplomáticas explican la imposibilidad de acudir a la CDI.

Textos que reafirman la obligación de comportamiento que impone el arreglo pacífico, acompañada de líneas directrices para la conducta de las partes orientándolas al “arreglo pronto y justo” y presidida, la conducta, por el principio de

“libre elección de los medios” teniendo en cuenta “la naturaleza y circunstancias de la controversia”.

El siguiente paso es el estudio de “Los medios de arreglo pacífico de controversias en derecho internacional: una aproximación a sus rasgos distintivos y diferenciadores” (Capítulo 2). Para la enumeración de los medios, consecuente con el enfoque del principio, acude al art. 33 de la Carta de las NNUU y los ordena distinguiendo entre medios no jurisdiccionales y jurisdiccionales.

Las características de los medios no jurisdiccionales son su flexibilidad y no obligatoriedad de sus elementos configuradores y a partir de aquí estudia cada uno de los medios: negociación, buenos oficios/mediación, conciliación e investigación de los hechos.

En esta enumeración, centrándonos en el objeto de estudio, destaca el hecho que los buenos oficios no figuran en la enumeración del artículo 33 de la Carta de las NNUU, y la autora entiende, citando a doctrina autorizada, que los buenos oficios, puede entenderse que no se mencionan pero que están incluidos en el término mediación. Fundamenta asimismo la existencia de las dos figuras diferenciadas acudiendo al texto de la Conferencia de La Haya de 1899, y que utiliza para establecer los rasgos diferenciadores entre ambas figuras, aunque se afirma que entre ambas existen “vasos comunicantes” (p.90). Es aquí, y también para perfilar el medio de arreglo, que alude a la mediación realizada por el SG como mediador en conflictos internacionales, y que se estudia en el Capítulo.4, en apoyo de la existencia de las dos figuras.

La segunda parte del capítulo 2 se dedica a los medios jurisdiccionales y empieza distinguiendo entre el arbitraje y el arreglo judicial, incluyendo un cuadro que ayuda a distinguir ambas figuras. Respecto al arbitraje, creo que es relevante señalar que se demuestra que

es uno de los medios más antiguos de arreglo pacífico, pero que se sigue utilizando en la actualidad adaptándose a nuevas controversias, es un mecanismo que goza de buena salud afirmándose que tiene un “crecimiento exponencial”, debido, en gran parte, a los arbitrajes de inversiones.

El arreglo judicial pone punto final a este capítulo. Sobre él se destacan tres rasgos distintivos actuales: Incremento de tribunales internacionales (*ratione materiae*), crecimiento del número de asuntos sometidos a la CIJ y que cada vez son más los tratados internacionales que incluyen el recurso a la CIJ como mecanismo para resolver las controversias que se deriven de su interpretación y aplicación.

Una vez establecido el contexto en que se inserta el mecanismo de la mediación, se entra en un estudio pormenorizado de su configuración. A continuación, se exponen los aportes realizados por el sistema de NNUU, y por último el papel de organizaciones regionales y otras instituciones en el ámbito que nos ocupa. A continuación, se destacan las particularidades de cada uno de estos capítulos.

El tercer capítulo: “Buenos Oficios y Mediación internacionales: aspectos específicos de ambas figuras” parte de la consideración de que se trata de un procedimiento que significa la participación de un tercero, no parte en la controversia y dependerá del grado de implicación de este si se denomina buenos oficios o mediación, por ello, en este capítulo de la obra, se enuncian conjuntamente: buenos oficios y mediación y se dedica, el primer apartado a diferenciar ambas figuras, la diferencia recae en “...la posición más o menos activa del tercer interviniente” (p. 115) y se trata de una cuestión de “matiz”.

Diferenciación que, una vez establecida, le permite continuar con las especi-

ficiencias del procedimiento refiriéndose exclusivamente a la mediación. En este esfuerzo por profundizar en qué consiste la mediación identifica seis características: 1. Etapas y momentos, con este enunciado se llama la atención sobre el momento idóneo para iniciar la mediación. 2. Bases de poder y funciones del mediador, este apartado está dirigido a señalar que el mediador está facultado para decidir como realiza el procedimiento de mediación, es decir, qué pautas seguirá. La obra identifica el conjunto de actividades que potencialmente puede configurar una mediación y se eligen los más adecuados atendiendo a las características del conflicto, las del mediador y a su estilo (mediación pública o confidencial). 3. ¿Quién puede ser mediador internacional? Con esta pregunta la profesora quiere poner de manifiesto, que *a priori*, no hay ninguna limitación para decidir quien va a ser el mediador, dependerá de cada controversia y del contexto en que se desarrolla. El éxito o fracaso del proceso nos dirá si el mediador era el acertado. 4. Imparcialidad del mediador internacional. Se analiza en toda su amplitud el término y se precisa la conveniencia de saber exactamente que está en juego en torno a la controversia y qué se pretende con la mediación, lo que conduce a no confundir imparcialidad con neutralidad. 5. Mediación individual o colectiva, los términos empleados no precisan comentarios, en este caso se mantiene la flexibilidad en la elección y esta dependerá de su adecuación a la controversia; si mencionar la interesante práctica Latinoamérica en el recurso a la mediación colectiva. Se incluye el ejemplo de mediación para el conflicto entre Israel y Palestina de octubre de 2023. 6. Cuestiones diversas relacionadas con la mediación. Se trata en este apartado de recapitular los razonamientos seguidos e identificar algunas características, comunes a todos los supuestos de mediación: Carácter informal, sin someterse a

limitaciones, el carácter único de cada procedimiento, las consecuencias de un mediador influyente, y defensa de la profesionalización del procedimiento.

El cuarto capítulo se refiere íntegramente a “El sistema de Naciones Unidas y la mediación internacional: órganos implicados en esta labor y análisis de la práctica internacional en la materia”. Aquí se recoge la práctica de las NNUU en los dos sentidos expuestos: sea promoviendo el desarrollo y fomento de los mecanismos de arreglo, sea participando directa o indirectamente en un procedimiento de mediación. La sistematización del capítulo es a través de los órganos.

Respecto al Consejo de Seguridad (CdeS), destacar los debates del Consejo para potenciar mecanismos de solución, en concreto respecto a la “prevención de conflictos” y el establecimiento de una Dependencia de Apoyo a la Mediación (integrada en el Departamento de Asuntos Políticos de NNUU). Señalar también que es en este contexto del Consejo de Seguridad de participar en desarrollos conceptuales y promover estudio, que se incorpora la cuestión de género, promoviendo la incorporación de mujeres mediadoras.

La Asamblea General (AG) es el segundo órgano, aquí quizás a lo que se dedica mayor extensión es a la convocatoria de sesiones extraordinarias, las recomendaciones de recurrir a la mediación del SG y el fomento del recurso a la mediación en el arreglo pacífico a través de una Resolución(A/RES/65/283).

El Secretario General es el órgano de mayor impacto en relación con la mediación. Se relata la práctica reciente y la realizada por los primeros Secretarios Generales a principios de la vida de la Organización, indica si participa a iniciativa propia o de la Asamblea General o del Consejo de Seguridad y si realiza de mediación por sí mismo o a través del nombramiento de representantes espe-

ciales. Aquí, recordar de nuevo los valiosos informes elaborados por la Secretaría, para contribuir a la elaboración de resoluciones de la AG y del CdeS como se ha indicado.

Para finalizar este capítulo hay la referencia a cuatro organismos especializado, sin ánimo de ser exhaustivo, sino ilustrativo de la “utilidad” del recurso a la mediación. Recoge la práctica de la OACI, UNESCO, OMPI y BIRD.

El último capítulo, el quinto, lleva por título “El papel de distintos organismos internacionales regionales e instituciones para incentivar la mediación internacional”. Este capítulo está dirigido a mostrar la “utilidad” del recurso a la mediación como se ha indicado en relación con los organismos especializados del sistema de NNUU. Completa por tanto la dimensión universal con la regional y se afirma que se encuentran manifestaciones en todas las regiones del mundo. Elemento a recordar, de esta aportación es la identificación del elemento cultural en la determinación y comprensión de la controversia, que no se identifica como tal en los desarrollos a nivel universal.

La UE recibe un tratamiento destacado por la intensidad de la práctica en relación a la mediación. La UE desde un inicio, en la etapa CEE, ha potenciado la mediación en el ámbito civil y mercantil, y será en 2003, con la “Estrategia de seguridad europea” que la UE participa en actividades de mediación de controversias del mismo tipo de las que se ocupa NNUU. También en la doble vertiente, la de incentivar el mecanismo de mediación, como la dependencia de apoyo a la mediación propia en el Servicio Europeo de Acción Exterior de la Unión Europea. Y también, como NNUU, la de participar en procesos de pacificación, como lo fue en las distintas Repúblicas fruto del desmembramiento de la República Federativa de Yugoslavia: Montenegro, Kosovo,

Serbia, y otras áreas geográficas; Afganistán, República Centroafricana, Malí...

La opinión de la profesora es muy interesante, el estudio realizado le permite afirmar que la UE tiene un enfoque integrado de la mediación de conflictos (p. 206) y también constata una falta de concepción común en materia de paz y seguridad mundiales.

El siguiente apartado, con el objetivo indicado se refiere al ámbito latinoamericano, señalando un precedente a la OEA, el tratado interamericano de buenos oficios y mediación de 1936, y las actividades de la Organización regional en la materia. En su tratado constitutivo tiene un capítulo parecido al Capítulo VI de la Carta relativo al arreglo pacífico de controversias. La obra muestra como la labor de la OEA se va adecuando a las precisiones que se van perfilando en el ámbito universal.

Junto a la OEA se encuentra la ASEAN, que ha elaborado un Protocolo sobre arreglo pacífico de controversias de 2010, en el que se establece las líneas directrices de un proceso de mediación. Se destaca, asimismo, las relaciones entre las NNUU y la ASEAN, en cuyo marco se ha establecido un plan de trabajo de diplomacia preventiva en el que debe estudiarse las labores de mediación.

Acaba el capítulo con un cajón de sastre, enunciado “Otros instrumentos que llevan a cabo actividades de mediación”. En el se incluyen referencias a organizaciones regionales, como las mencionadas en el apartado anterior, pero con menores resultados, así se citan y comentan: OTAN, Liga Árabe, Consejo de Europa, OPEP, (entre otras), con ejemplos de la práctica debidamente identificados lo que suministra junto con su valor informativo un valioso aporte para la docencia. Por último, ahora sí, se incluyen tareas realizadas por importantes y reconocidas ONG’s: Iniciativa de Gestión de Crisis, el Centro para el diálogo Hu-

manitario, Iniciativas para la Mediación en el Mediterráneo (Med-Med) el Centro Africano para la Solución Constructiva de Controversias (ACCORD), International Peace Institute, Institute for Security Studies, y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y algunas más.

Las Conclusiones, a modo de “Colofón”, son sobre “la necesaria apuesta por la mediación”. La virtualidad de la mediación recae en “el carácter difuso que presentan sus contornos jurídicos” (p.234). Virtualidad que se complementa con la de su “utilidad” aunque la mediación fracase, “la labor del mediador internacional constituya ya de por sí un halo de esperanza”. En otras palabras, flexibilidad de mecanismo que permite adaptarse a todo tipo de controversias

por muy “diversificadas” y “complejas” que se presenten.

La profesora Torres Cazorla recuerda con profusión de ejemplos, el recurso a la mediación como paso previo a acuerdos de paz, el recurso a la mediación por las potencias emergentes, la existencia de mediadores exitosos, el impacto de la complejidad del panorama actual en las dificultades que ha de hacer frente la mediación... El conjunto de reflexiones hechas, de las que recogemos algunas, son un llamado a la esperanza de “conseguir que el arreglo pacífico de controversias internacionales sea la norma, y no la excepción”. La obra que tenemos en las manos avala la postura sostenida.

Anna M. BADIA MARTÍ
Universitat de Barcelona

YBARRA BORES, Alfonso, *Los efectos económicos del matrimonio en el derecho inglés*, Tirant lo blanch, Valencia, 2024, 134 pp.

A pesar de la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, el número de ciudadanos británicos que residen o visitan nuestro país va a seguir en aumento y ello hace que se planteen situaciones en el ámbito del Derecho de familia internacional, en particular, divorcios y sucesiones internacionales en las que se vean implicados estos ciudadanos.

Por otra parte, el derecho inglés es ciertamente un ordenamiento peculiar que incluye reglas e instituciones que no tienen parangón o equivalencia en otros sistemas u ordenamientos jurídicos. En este contexto se enmarca la obra del profesor Ybarra Bores en la que, con impecable técnica jurídica y sistematización, explica de forma didáctica los efectos económicos del matrimonio en el derecho inglés en supuestos de divorcios y/o sucesiones internacionales, aportando sugerencias y posibles soluciones a los

problemas que de ello se derivan, por lo que ha de ser muy bienvenida tanto desde el ámbito académico cuanto profesional.

Comienza su autor, en los capítulos I y II de la obra, con una breve introducción, muy acertada y necesaria para poner en contexto la misma, sobre el alcance del término “derecho inglés”, así como de las instituciones propias del ordenamiento jurídico de *common law*. Haciendo, seguidamente, una breve referencia a los diferentes sistemas existentes en el derecho comparado en materia de régimen económico matrimonial, para concluir que el derecho inglés no contempla el concepto de REM como efecto propio del matrimonio, en definitiva, que el matrimonio no produce *per se* efectos patrimoniales, con las consecuencias que de ello pueden derivarse cuando nos encontremos ante supuestos de carácter inter-

nacional donde resulte de aplicación la ley inglesa.

En este punto, resulta de gran interés la referencia que hace el autor a los *prenuptial agreements*, una figura originaria de los Estados Unidos cada vez más utilizada en el derecho inglés, si bien concluye que al no encontrarse el concepto de *matrimonial property* regulado en el derecho inglés, la figura de los *prenuptial agreements* habrá de abordarse desde el ámbito del derecho patrimonial y no del derecho de familia. Por lo tanto, el autor ya adelanta que tanto en los casos de divorcio cuanto en los supuestos de fallecimiento de uno de los cónyuges pueden producirse efectos económicos, tal y como desarrolla en los capítulos siguientes.

Así, en casos de fallecimiento de uno de los cónyuges, y dado que el derecho inglés no regula la división patrimonial, el autor analiza brevemente en el capítulo III de la obra las distintas figuras de transmisión de bienes existentes en derecho inglés, refiriéndose a la *joint tenancy* y la *tenancy in common*; a los *will substitutes*; o a los *trusts* —ya sean inter vivos o testamentary—; así como a las consecuencias en la transmisión de la sucesión testada (*testacy*) o intestada (*intestacy*); y, finalmente, a los efectos de los *marriage contracts*. En definitiva, un análisis breve, claro y preciso de las distintas instituciones de gran relevancia en derecho inglés, pero desconocidas en nuestro sistema de *civil law*, con el que pretende familiarizar al lector con el sistema jurídico inglés, facilitando, de este modo, la comprensión de los efectos económicos del matrimonio regulado por ese ordenamiento jurídico en ausencia de una figura igual o similar al REM, tal y como se conoce en los sistemas de derecho continental.

Por el contrario, en los casos de divorcio, el derecho inglés sí que regula la división de la propiedad matrimonial con base a la *Matrimonial Causes Act*

1973, cuyo estudio y análisis aborda en el capítulo IV de la obra. En particular, se refiere a las medidas auxiliares (*ancillary relief*) y *financial provisions*) que pueden adoptar los tribunales en caso de divorcio, así como las *financial orders* (órdenes de pago) que establecen las posibles compensaciones entre los cónyuges en caso de divorcio. Analiza, para ello, las diferentes *financial orders* que contempla la *Matrimonial Causes Act 1973*, a saber: *lump sum order*; *transfer property order*; *variation of property order*; *variation of property order*; *order for sale*; *pension sharing order*; y *periodical payment order*.

Además, el autor explica los diferentes elementos que han de tomar en consideración los tribunales ingleses a la hora de decidir qué tipo de *order* adoptan: ingresos y capacidad económica de las partes; obligaciones y necesidades de las partes; su nivel de vida; su edad; su posible discapacidad física o psíquica; las aportaciones realizadas al bienestar familiar y mantenimiento del hogar; la conducta mostrada por las partes; o el lucro cesante que pudiese causar a alguna de las partes la disolución del matrimonio. Y, destaca la ausencia de jerarquía de estos elementos y la discrecionalidad de la que disponen los jueces a la hora de valorarlos con el objetivo de alcanzar un resultado justo, si bien con la limitación que impone el respeto a los *binding precedents* (jurisprudencia o *case law*) en el derecho inglés.

No olvida el autor referirse en este apartado al *clean break principle* recogido igualmente en la *Matrimonial Causes Act 1973*. En su virtud, el juez puede determinar el momento apropiado para intervenir y el periodo de tiempo durante el que debe extenderse el periodo transitorio durante el cual deban hacerse efectivos los *periodical payments order*. Así como a la determinación y valoración de los bienes matrimoniales, en la que interviene el juez atendiendo a las distintas

categorías de bienes y a la información y documentación facilitada por los cónyuges, cuestión a la que el autor dedica una breve sección.

En el capítulo V de la obra, se centra en la distribución de los bienes entre las partes entre las partes, exponiendo los tres principios básicos que recoge la jurisprudencia inglesa a tales efectos. El primero de ellos, *sharing principle* (principio de participación o reparto) en virtud del cual los bienes deben dividirse en partes iguales en caso de divorcio, con independencia de quien es su titular o la parte que los ha adquirido. No obstante, el autor señala la importancia de distinguir entre *matrimonial property* y *non-matrimonial property*, ilustrando al lector de manera clara y concisa sobre la distinción entre estas dos categorías, pues, a pesar de la teoría del *sharing principle*, los bienes no matrimoniales no siempre serán compartidos, en definitiva, pueden quedar fuera del reparto de bienes entre los cónyuges.

El segundo, *principle of need* (principio de necesidad) que, como señala el profesor Ybarra Bores se basa en las necesidades nacidas a raíz del divorcio y que de conformidad con la jurisprudencia inglesa se considera como un concepto elástico. Describe, además, las circunstancias que ha de tomar en consideración el juez, establecidas en la jurisprudencia inglesa, con el fin de adoptar una *financial order* que cubra la necesidad de una de las partes, destacando que la aplicación del principio de necesidad podría afectar en algún supuesto a los bienes no matrimoniales (*non-matrimonial property*) del obligado al pago, por tanto, constituyendo una excepción a lo antes señalado.

Se echa en falta, sin embargo, el análisis del tercero de los principios, *compensation principle*, a pesar de que la jurisprudencia inglesa haya limitado su ámbito de aplicación y que la mayoría

de los casos se resuelven con base a los otros dos principios ya expuestos.

En el VI y último capítulo, el autor aborda el problema concreto que da título a la obra, es decir, las consecuencias que en un supuesto de divorcio internacional puede tener la aplicación del sistema de liquidación de bienes del matrimonio previsto en el derecho inglés. Y lo hace examinando cinco aspectos que inciden de manera directa en la liquidación de bienes en un divorcio internacional.

En el primero de ellos, defiende la relevancia de Londres como capital mundial de los grandes divorcios —divorcios con importantes intereses financieros (*big money cases*)— especialmente en aquellos casos en los que una parte se considere más débil económicamente y pretenda obtener un buen resultado económico en el reparto de bienes. Bastaría para ello, tal y como acertadamente señala el autor, que una de las partes tuviese su *domicile* en territorio inglés, por ejemplo, elegido mediante el denominado *domicile of choice*, para lo cual, de conformidad con el derecho inglés, son precisos dos requisitos: la residencia y la intención. Esta cuestión constituye un claro ejemplo de *forum shopping*, justificado, sin embargo, por las ventajas que puede representar para la parte más débil económicamente la competencia de los tribunales ingleses y la aplicación de su propia ley (*lex fori*) al proceso, la *Matrimonial Causes Act 1973* y, en particular, la discrecionalidad de los tribunales ingleses para adoptar las *financial orders* con base a esta norma.

En el segundo, se aproxima a las complejas relaciones entre los sistemas de *civil law* y el derecho inglés, poniendo de manifiesto que los tribunales ingleses no están vinculados por las capitulaciones matrimoniales en las que se establece un determinado REM otorgadas por los cónyuges, por ejemplo, en España; así como los problemas que puede plantear

la ausencia de eficacia en derecho inglés de una resolución extranjera dictada en materia de división del patrimonio, porque cualquiera de las partes podría solicitar ante los tribunales ingleses la adopción de una *financial relief* para revisar o corregir la otorgada por el tribunal extranjero competente; o los problemas que pueden surgir cuando sea el tribunal español el que deba aplicar el Derecho inglés, pues los principios de *need sharing* y *compensation* en los que se basan las *financial orders* no se corresponden con los aplicados en España para las pensiones compensatorias o la liquidación del REM.

En fin, la complejidad ante el reconocimiento recíproco de resoluciones entre el foro español y el inglés es otro aspecto que el autor pone de manifiesto, pues tras el Brexit, y ante la ausencia de un tratado bilateral entre las partes y la exclusión de las cuestiones de Derecho de familia del del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, la aplicación de las normas internas de cada uno de los Estados devienen en procesos más complejos y costosos a la hora del reconocimiento mutuo de resoluciones.

En tercer lugar, analiza los criterios que establece el Derecho internacional privado inglés para determinar la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, indicando como principal criterio de conexión el *domicile* del matrimonio, es decir, que los tribunales ingleses una vez declarados competentes aplicarán de manera automática la *lex fori* determinada por el *domicile*. Precisamente, la principal dificultad para la aplicación de este criterio de conexión radica en la compleja tarea de concretar el *domicile* del matrimonio. Al socaire de esta cuestión, el autor hace un análisis de los diferentes tipos de *domicile* existentes en derecho inglés —en particular, *domicile of origin* y *domicile of choice*— indicando las condiciones para su adquisición.

En cuarto lugar, dedica un apartado en este último capítulo de la obra a lo que denomina la descoordinación entre las normas que regulan la sucesión (Reglamento sucesorio) y el REM (Reglamento REM) en la Unión Europea, destacando las consecuencias negativas que de ello se derivan. Si bien constata la coordinación de ambos reglamentos respecto a la determinación de la competencia judicial internacional, pues permiten la acumulación del conocimiento de ambas cuestiones ante el mismo órgano jurisdiccional, aportando, así, previsibilidad, seguridad jurídica y economía de recursos, el autor pone de manifiesto que no sucede lo mismo respecto a la ley aplicable.

Porque, en este caso, ambos instrumentos permiten la aplicación de diferentes leyes, de una parte, a la disolución de la sociedad conyugal y, de otra, a la sucesión del cónyuge fallecido con la inseguridad que ello conlleva. Por ese motivo, el autor aboga por la aplicación de una misma ley y plantea como posibles soluciones la adaptación o modificación de la regulación material de las leyes estatales si bien no se trata de una solución sencilla. Por ello, propone una doble vía: la preventiva, mediante la planificación de esta situación por los cónyuges, incluyendo el uso de la autonomía de la voluntad en la medida que permitan los Reglamentos de la UE; y, en ausencia de esta, la labor de los tribunales con el fin de evitar la aplicación de distintos ordenamientos, de nuevo, tarea harto difícil pues en ocasiones no será factible pese a la buena disposición de los tribunales.

Por otra parte, recuerda que, pese al Brexit y como no podía ser de otro modo, la aplicación de sendos Reglamentos será de aplicación por los jueces y tribunales españoles para determinar la CJI y la LA con independencia de que alguna de las partes implicadas sea un ciudadano británico.

Para finalizar, el autor incorpora un supuesto práctico que implica el divorcio de dos ciudadanos británicos residentes en España. A través del mismo, plantea diversos escenarios y pone de manifiesto las dificultades que pueden surgir en un supuesto de carácter internacional, tal y como previamente ha puesto de manifiesto a lo largo de la monografía, por lo que resulta muy esclarecedor y didáctico como colofón de esta obra.

En definitiva, se trata de una obra de referencia y de obligada lectura tanto para los académicos cuanto para los profesionales, en particular notarios y abogados, que desarrollen su actividad en el ámbito del Derecho internacional

de familia y sucesiones. Obra que, por su formato y extensión, resulta de fácil lectura y comprensión para el lector y en la que el profesor Ybarra Bores pone de manifiesto que es un estudioso, experto y buen conocedor del derecho inglés y de sus instituciones, por otra parte, desconocidas en los sistemas de *civil law*, aportando sugerencias y soluciones muy interesantes para los problemas que, sin duda, van a seguir planteándose en el ámbito del Derecho de familia internacional con los ciudadanos británicos que residen en nuestro país.

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Universidad de Alicante

