

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO INTERNACIONAL

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO
INTERNACIONAL

VOLUMEN 69
2017, NÚM. 2
JULIO-DICIEMBRE

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—
MARCIAL PONS

MADRID-2017

La Revista Española de Derecho Internacional (REDI) está recogida e indexada en ANEP, CARHUS PLUS+, Dialnet, DICE, Google Scholar, IFLP, IN-RECJ (1994-2009), IPSA, ISOC, Latindex, PIO, RAS, RESH, Sumaris, CBUC, Ulrichs y vLex.

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL
Y RELACIONES INTERNACIONALES

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

DOI: <http://dx.doi.org/10.17103/redi>

Depósito legal: M. 520-1958

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ARTES GRÁFICAS HUERTAS, S. A.

C/ Antonio Gaudí, 15

Polígono Industrial El Palomo - 28946 Fuenlabrada (Madrid)

MADRID, 2017

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

DIRECTORA

Araceli MANGAS MARTÍN
Universidad Complutense de Madrid

CONSEJO DE REDACCIÓN

José Luis DE CASTRO Universidad del País Vasco	Luis M. HINOJOSA MARTÍNEZ Universidad de Granada
Manuel DESANTES REAL Universidad de Alicante	Irene RODRÍGUEZ MANZANO Universidad de Santiago de Compostela
Carlos ESPÓSITO MASSICCI Universidad Autónoma de Madrid	José Manuel SOBRINO HEREDIA Universidad de A Coruña
Federico GARAU Universidad de las Islas Baleares	Blanca VILA COSTA Universidad Autónoma de Barcelona

CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA Universidad de Oviedo	Fausto POCAR Universidad de Milán
Celestino DEL ARENAL MOYÚA Universidad Complutense de Madrid	Antonio REMIRO BROTONS Universidad Autónoma de Madrid
Antonio A. CANÇADO TRINDADE Universidad de Brasilia	Gil Carlos RODRÍGUEZ IGLESIAS Universidad Complutense de Madrid
José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS Universidad Complutense de Madrid	Linda SILBERMAN New York University
José Antonio PASTOR RIDRUEJO Universidad Complutense de Madrid	Christian TOMUSCHAT Humboldt Universität
Elisa PÉREZ VERA Universidad Nacional de Educación a Distancia	Tullio R. TREVES Universidad de Milán

SECRETARÍA DE LA REVISTA

Marta REQUEJO ISIDRO
Universidad de Santiago de Compostela
Max Planck Institute for Procedural Law, Luxembourg

Redactores

Marta Abegón - María Asunción Cebrián - Arantxa Gandía
Mercedes Guinea - Francisco Pascual

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Suscripciones

MARCIAL PONS

San Sotero, 6 - 28037 Madrid

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

revistas@marcialpons.es

La suscripción anual para España (tanto instituciones como particulares)

es de 52 euros. Para el extranjero es de 93,60 euros.

El precio por número suelto: 26 euros.

SUMARIO/CONTENTS

	Pág.
Editorial. La Academia de Derecho Internacional, evoluciones y repercusiones, por Yves Daudet.....	13
I. ESTUDIOS/STUDIES	
GARAU JUANEDA, L., <i>La Ley 20/2011, del Registro Civil, y sus efectos en el Derecho internacional privado español</i>	19
— Act 20/2011, of the Civil Register, and its effects on Spanish Private International law	
GARCÍA SEGURA, C., Westfalia, Worldfalia, Eastfalia. <i>El impacto de las transformaciones de la estructura de poder interestatal en el orden internacional</i>	45
— <i>Westfalia, Worldfalia, Eastfalia</i> . The international order exposed to the transformations of the interstate power structure	
VIÑUALES, J. E., <i>La protección ambiental en el Derecho consuetudinario internacional</i>	71
— Environmental protection in customary international law	
GUZMÁN ZAPATER, M., <i>Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado</i>	93
— Marriages celebrated abroad and registration. The practice of the Dirección General Registros y Notariado	
ARREDONDO, R., <i>WikiLeaks, Assange y el futuro del asilo diplomático</i>	119
— WikiLeaks, Assange and the future of diplomatic asylum	
MARRERO ROCHA, I., <i>Nuevas dinámicas en las relaciones entre crimen organizado y grupos terroristas</i>	145
— New dynamics in the relationships between organized crime and terrorist groups	
LÓPEZ-VALLEJO, M., <i>En la frontera del debate global-local: la provisión de bienes públicos desde la gobernanza escalar</i>	171
— In the frontier of the global-local debate: provision of public goods from scalar governance	
MORÁN BLANCO, S., <i>La ciberseguridad y el uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) por el terrorismo</i>	195
— Cybersecurity and the use of Information and Communication Technologies (ICT) for terrorism	
LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., <i>El criterio de las actividades dirigidas como concepto autónomo de DIPr de la Unión Europea para la regulación de las actividades en internet</i>	223
— The «targeting activities» criterium as an autonomous notion of EU Private International Law for the regulation of Internet activities	

	Pág.
RUIZ DÍAZ, L. J., <i>La prevención de la radicalización en la estrategia contra el terrorismo de la Unión Europea. Entre soft law e impulso de medidas de apoyo</i>	257
— The prevention of radicalization in the European union's counter-terrorism strategy. Between soft law and the promotion of supporting measures	

II. FORO/FORUM

CIBERSEGURIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL

KETTEMANN, M. C., <i>Ensuring cybersecurity through international law</i>	281
SEGURA SERRANO, A., <i>Ciberseguridad y Derecho internacional</i>	291

LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS

CORDÓN MORENO, F., <i>La orden europea de retención de cuentas en un proceso seguido en España: ¿naturaleza cautelar o ejecutiva?</i>	301
SENÉS MOTILLA, C., <i>La orden europea de retención de cuentas: una apuesta decidida para la tutela cautelar del crédito en asuntos transfronterizos</i>	309

LA ADMINISTRACIÓN TRUMP, CHINA Y LA LÓGICA DEL CONFLICTO EN ASIA

ABAD QUINTANAL, G., <i>Las relaciones entre Estados Unidos y la República Popular China en la era Trump: el arte de la negociación frente al arte de la guerra</i>	317
GARCÍA CANTALAPIEDRA, D. J., <i>La Administración Trump, el ascenso de la República Popular China y el nuevo «internacionalismo independiente»</i>	325

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

PONS RAFOLS, X., <i>El Tribunal Constitucional y la Ley catalana de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea</i>	333
GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M., <i>Falta de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de delitos contra el medio ambiente (pesca IUU) cometidos por españoles mediante buques de pabellón extranjero en alta mar</i>	345

IV. BIBLIOGRAFÍA/BIBLIOGRAPHY

<i>Recensiones</i>	353
Book reviews	
ARENAL, C. DEL y SANAHUJA, J. A. (coords.), <i>Teorías de las Relaciones Internacionales</i> , Madrid, Tecnos, 2015, por José Luis de Castro.....	354

	Pág.
BECKER LORCA, A., <i>Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 420 pp., por Nicolás Carrillo Santarelli.....	356
GINEBRA MOLINS, M. E. <i>et al.</i> (dirs.), <i>El Reglamento (UE) 650/2012: Su impacto en las sucesiones transfronterizas</i> , Marcial Pons, 2016, 479 pp., por Raúl Lafuente Sánchez	358
SIERRA NOGUERO, E., <i>El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buques</i> , Madrid, Fundación Mapfre, colección «Cuadernos de la Fundación», núm. 217, 2016, 473 pp., por Miguel Gardeñes Santiago.....	360
VVAA, <i>Mélanges offerts à Charles Leben. Droit international et culture juridique</i> , Paris, Editions A. Pedone, 2015, 592 pp., por Ángel J. Rodrigo.....	362

EDITORIAL

LA ACADEMIA DE DERECHO INTERNACIONAL, EVOLUCIONES Y REPERCUSIONES

Desde 1923, sin contar la interrupción de la Segunda Guerra Mundial, la Academia de Derecho Internacional de La Haya imparte cursos de verano muy conocidos¹. Debe decirse que, en su creación, la iniciativa era original e impulsada por juristas de gran renombre. Anclada en el movimiento de «la paz por medio del Derecho», asociada físicamente a la Corte Permanente de Arbitraje y a la Corte Permanente de Justicia Internacional, con la que compartía los locales del Palacio de la Paz, la Academia, con tantas hadas de buen augurio alrededor de su cuna, solo podía conocer la celebridad. Esta fue rápida y justamente adquirida. Desde entonces los años han pasado y el momento de celebrar su centenario ha llegado².

Es hora de subrayar los ejes mayores de su evolución, observando que la Academia ha conocido durante su historia un doble movimiento, constituido a la vez de conservadurismo y modernización, que le ha permitido adaptarse a las circunstancias nuevas y evolutivas de manera prudente. Así, ha podido desempeñar el papel que le había sido asignado de favorecer la difusión del Derecho internacional. La cuestión sigue abierta, y por ella terminaremos de saber si ha permitido también su desarrollo.

1. El conservadurismo aparece de manera evidente en la fidelidad al esquema de curso general retenido inicialmente por sus creadores —aunque no

¹ Deseo expresar mi agradecimiento por la traducción efectuada a Jacobo RÍOS RODRÍGUEZ, Maître de Conférences HDR de la Universidad de Perpignan Via Domitia y Vice-Decano de la Facultad de Derecho de Perpignan, cuyos excelentes trabajos aprecio desde hace años.

² Teniendo el honor de escribir estas líneas en la *Revista Española de Derecho Internacional*, desearía expresar aquí mi gran reconocimiento a la memoria del Profesor Juan Antonio CARRILLO SALCEDO. Este gran jurista, universalmente reconocido como tal, ha pertenecido al *Curatorium* de la Academia. Sus intervenciones siempre motivadas y marcadas por su perspicacia y razón, así como por una profunda honestidad intelectual, eran el fruto de una excepcional comprensión de las situaciones y de una gran humanidad. Se las echa en falta profundamente en el *Curatorium*. ¡Tanto como al hombre en sí mismo, cuya atención a los demás y la amistad eran tan notorias! Personalmente, no olvidaré nunca la amabilidad con la que me acogió como secretario general, y hoy, desde donde ocupo la plaza que hubiera debido ser la suya tras la desaparición de Boutros BOUTROS-GHALI, debo expresarle reconocimiento y respeto.

fuera denominado como tal inmediatamente—, completado por un conjunto de cursos especiales. Esta arquitectura de conjunto ha sido mantenida sin modificaciones, más allá de las relativas a las técnicas modernas de comunicación y de internet, la utilización amplia de *power point*, o el recurso a la documentación electrónica, que simplemente vienen a completar las técnicas de enseñanza sin modificar nada en cuanto a la concepción de los programas y a la manera de tratar las cuestiones de fondo. El inglés, introducido solo tras la guerra, se equilibra con el francés al principio de los años sesenta. Pero esta introducción se limita a reflejar las transformaciones de la vida internacional y diplomática y a señalar una simple adaptación dentro de los marcos preestablecidos. En este sentido, de todas maneras, es notable que la Academia, que tiene por norma la de dar un estatuto semejante a ambos idiomas como numerosas instituciones internacionales, se distingue de muchas de ellas en que esta paridad es real: la Academia no se limita a afirmarla. Es significativo señalar que los miembros del *Curatorium* que vienen de países anglófonos o que están acostumbrados a expresarse en inglés nunca han dudado sobre el interés de ofrecer a los auditores un acceso al francés similar al inglés³. La regla de alternancia entre ambos idiomas para los cursos generales, y de un equilibrio global sin ser necesariamente sistemático para los cursos especiales, responde a una conciencia de la realidad diplomática actual de la preponderancia del inglés, pero también a la necesidad del análisis jurídico en lengua francesa.

En cuanto al «conservadurismo», observaremos que nadie solicita el abandono de la forma «magistral» en que los cursos son impartidos desde el origen (¡exceptuando los *power point*!). Todo ello pese a que numerosos estudiantes llegados a un cierto nivel de estudios (sobre todo postgraduados o de nivel incluso superior) se han acostumbrado a formas diferentes de enseñanza que abren la puerta al diálogo interactivo. Los cursos impartidos así son bien recibidos y percibidos como «conferencias sabias», creadoras de una marca distintiva de la Academia con respecto a las Universidades, a las que no intenta parecerse.

2. En cuanto a la modernización de la Academia, se hizo siguiendo dos ejes: por un lado, el programa inicial fue completado con creaciones sucesivas; por otro lado, esta institución, demasiado confiada en su propio prestigio, con tendencia a encerrarse en su «torre de marfil», hizo esfuerzos para abrirse más ampliamente al exterior en vez de esperar simplemente que este viniera a ella.

Las creaciones sucesivas y complementarias desde el origen son conocidas: en 1958, se trata de la apertura de una sesión consagrada ahora al Derecho internacional privado, simétrica a la de Derecho internacional público, que era la única prevista originalmente, y en la que el Derecho internacional privado era muy marginal. Un año antes, un centro de investigaciones había

³ La cuestión de la apertura al español, muy deseable, se plantea a menudo, pero con el obstáculo de obligaciones presupuestarias, visto el coste de una interpretación simultánea y de las traducciones.

sido establecido por iniciativa de Jessup; a finales de los años sesenta estas importantes transformaciones fueron completadas por el famoso «programa exterior», organizado por rotación en los países considerados «del tercer mundo» en África, Asia y América Latina. Así, en relación con las independencias africanas y asiáticas, la Academia iba hacia los que no podían venir a ella, al mismo tiempo que favorecía los grupos regionales de auditores que eran a menudo jóvenes profesionales para los que las acciones de cooperación regional tenían un claro interés. Mientras tanto, en 1950, el *Curatorium* había instituido un «diploma» de la Academia, que, otorgado con prudencia únicamente a participantes especialmente brillantes, adquiriría pronto una alta reputación. Se organizaron cursos especiales, a menudo destinados a jóvenes profesionales, y programas específicos en función de las necesidades. En el ámbito de las publicaciones, la creación en 2008 de una colección de «libros de bolsillo» o «Pocketbooks», con un diseño rejuvenecido, ha permitido publicar algunos de los cursos impartidos a un precio accesible para los estudiantes.

Pero el aspecto principal de esta modernización es, sin duda, el viento de apertura insuflado en la Academia con el nuevo siglo.

Los últimos años han sido marcados por la instalación en La Haya de nuevos tribunales internacionales, especialmente en materia penal, que vinieron a añadirse a los tribunales históricos, así como instituciones internacionales como OPVW, Eurojust, Europol, la Oficina europea de patentes, etc. A los holandeses les gusta decir que La Haya se ha convertido así en la «capital mundial del Derecho internacional», retomando la expresión que había utilizado BOUTROS-GHALI, entonces Secretario General de Naciones Unidas, en el momento de elegir la sede del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia. La Academia debía por tanto integrarse de la mejor manera y ser actor de este «paisaje jurídico» de La Haya. Se esforzó entonces en reforzar o desarrollar de manera más sistemática las relaciones flexibles e informales con los tribunales internacionales, y en primer lugar con la Corte Internacional de Justicia —en la que varios miembros pertenecen al *Curatorium* de la Academia—, con las embajadas extranjeras y con diversas instituciones internacionales, lo que repercutió positivamente en los auditores de los cursos de verano, mientras que la influencia de la Academia se refuerza por esta vía.

De ahí resultó una confrontación con culturas jurídicas variadas, con retos políticos múltiples y métodos de análisis diferentes, con los que la Academia se ha enriquecido considerablemente gracias a un cosmopolitismo jurídico que se formó de esta manera.

Incluso en su interior, la Academia ha hecho prosperar esta visión. A este efecto ha multiplicado las ocasiones de contacto y de intercambio de opiniones entre los auditores, cada uno pudiendo así mejorar por medio del contacto con los demás. Como ejemplo, y entre otras iniciativas, la puesta en marcha de una fórmula que beneficia a los doctorandos es emblemática de este movimiento. Consiste en reunir, bajo la dirección de un profesor o un

profesional, y a intervalos regulares durante cada sesión de Derecho internacional público o privado, a los doctorandos que vienen de países o sistemas diferentes pero que trabajan sobre temas próximos o idénticos. Visiones comunes o distintas pueden así expresarse según los orígenes y culturas jurídicas, que necesitan perspectivas a menudo complementarias y en todo caso permitiendo un enriquecimiento mutuo. Los intercambios posteriores, tras dejar la Academia, por *emails* o por medio de las redes sociales, aseguran la continuación de estas fructíferas reflexiones cruzadas, y la realización de una auténtica «*cross-fertilization*».

3. ¿Cuál es el impacto de este conjunto de actividades en el Derecho internacional? ¿Puede decirse que la Academia contribuye a su desarrollo? La cuestión no es nueva y ha sido ampliamente explorada por René Jean DUPUY cuando era Secretario General de la Academia⁴. De alguna manera puede decirse que no es su misión, sino que esta es la promoción del conocimiento y la difusión del Derecho internacional. De todos modos, necesariamente, y ya que la Academia es un crisol de la doctrina, que se expresa por ella, contribuye así, casi mecánicamente, al desarrollo del Derecho internacional mismo.

La jurisprudencia y la doctrina, «fuentes auxiliares» del art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se encarnan en la realidad del edificio mismo del Palacio de la Paz: a la derecha y al centro la jurisprudencia, con la Corte Internacional de Justicia y la Corte Permanente de Arbitraje, ¡a la izquierda, y unida a la biblioteca, la doctrina, con la Academia! La Corte, en el ejercicio de su función judicial, se refiere constantemente a su propia jurisprudencia, pero solo menciona excepcionalmente la doctrina. Ello no quiere decir que la deje de lado: los jueces leen la doctrina. Ellos mismos han podido, en sus funciones anteriores, ser la doctrina. La utilización de la doctrina por la Corte, aunque «filtrada», es real, y ocupa su lugar en la función de desarrollo del Derecho por la Corte.

De todos modos, todo el mundo sabe que no toda «doctrina» es buena para ser tomada en consideración. Especialmente desde que lo peor y lo mejor se encuentran juntos en internet, con los riesgos que ello conlleva para los espíritus de poco discernimiento. De ello la importancia de la restricción introducida en el art. 38, que se refiera a la doctrina de los «publicistas de mayor competencia». Pero entonces, ¿cómo valorar las competencias de un autor, si no existe y no puede existir ningún órgano internacional que tenga como objetivo establecerlas y certificarlas? Solo es posible referirse a un conjunto de indicios que constituyen una reputación, a partir de elementos a veces difusos y teñidos de subjetividad, pero también a partir de elementos que se pueden medir de manera objetiva, como el número y la calidad de las publicaciones, la participación en audiencias orales de calidad ante la Corte, o en arbitrajes, o la elección al Instituto de Derecho Internacional. Otro elemento es, sin duda, haber dado un curso en la Academia de La Haya.

⁴ R.-J. DUPUY, «La contribution de l'Académie au développement du droit international», *Recueil des cours*, vol. 138 (1973) pp. 45-74.

En efecto, la Academia puede ser percibida como un «crisol» de la doctrina de los «publicistas de mayor competencia», que se encuentran entre los profesores invitados a dar un curso. La Academia se enorgullece en efecto de acoger a los mejores representantes de la doctrina del Derecho internacional público o privado. Eso no significa que la elección no sea a veces discutida o discutible, y que a tal personalidad invitada no habría convenido preferir tal otra que no lo fue. ¡Sobre todo, es evidente que no haber sido invitado a la Academia no significa que no se merezca! En efecto, no pueden descartarse olvidos, hay impedimentos, imprevistos, además de la obligación de realizar un cierto equilibrio geográfico, que pueden explicar ausencias sorprendentes. Sucede así con la Academia como con todas las instituciones que pretenden buscar el universalismo. Durante mucho tiempo el universalismo ha sido europeo u occidental. El Derecho internacional ha reflejado esta situación, lo que ha conducido en su transmisión a un monopolio de universidades occidentales cuya red es especialmente densa. Debe constatarse que esta situación no ha evolucionado mucho, y que en su gran mayoría los cursos son aún impartidos por occidentales⁵. De todos modos, la importancia del número de profesores ha hecho imposible invitar a todos los alemanes, americanos, ingleses, australianos, canadienses, españoles, franceses, italianos y muchos más aún, que habrían merecido sin duda serlo, además de aquellos ya numerosos ausentes de otros continentes. Por parte de los profesores no occidentales, pueden contarse en efecto con los dedos de una mano los cursos generales que les han sido confiados, y aun en ese caso su formación superior ha sido adquirida en las universidades occidentales. Una evolución parece hoy necesaria. Supone un mejor conocimiento de las competencias que existen en otros lugares, lo que la mundialización, la densificación de los intercambios y el efecto de las nuevas tecnologías podrían facilitar. El Derecho internacional del siglo XXI, aunque la influencia occidental perdure, está marcado por una variedad más amplia de aportes y el desarrollo de la diversidad de perspectivas. Un número considerable de universidades han sido creadas en los diferentes países del mundo, lo que ha desarrollado un cuerpo profesoral que no tiene nada que ver con el pequeño mundo que lo representaba en otra época. ¿Quizá esas universidades no son suficientemente conocidas, o la Academia no ha penetrado aún en ellas? En total, el *Curatorium*, cuyas elecciones de profesores, como se ha dicho, pueden ser discutidas, ha dejado sin duda escapar demasiados grandes nombres de occidente y de otros lugares. La apertura, a partir de 2019, de una sesión de invierno en Derecho internacional (sin precisar la mención), permitirá disponer de un mayor número de invitaciones posibles, permitiendo hacer las cosas de tal manera que la diversidad de nacionalidades de los auditores⁶ se acompañe de una mayor apertura por parte de los profesores.

⁵ Debe de todos modos destacarse una presencia nada desdeñable de juristas de América Latina, muy justa si quiere tomarse en consideración el lugar importante ocupado por este continente en el desarrollo del Derecho internacional y la riqueza de numerosos elementos de su doctrina.

⁶ Los auditores pertenecen generalmente a alrededor de una centena de nacionalidades diferentes.

Hay un signo que es revelador: la satisfacción expresada por los que reciben una invitación, sobre todo cuando, varios años más tarde —¡consagración suprema!— esta es seguida de otra, para dar esta vez el «curso general», en el que podrá ver la luz un auténtico aporte doctrinal.

Y ello es así ya que el curso general es el fruto del pensamiento sobre el Derecho internacional desarrollado durante años de investigaciones permitiendo a los más brillantes ofrecer una visión distanciada y crítica. De un curso general emanan un cierto número de ideas clave que reflejan en la mayor parte de los casos las preocupaciones del momento. No pueden dejarse de lado, en las operaciones de desarrollo del Derecho internacional, el impacto de alrededor de 130 cursos generales de Derecho internacional público o privado a los que se añaden varios cientos de cursos especiales, para constituir un conjunto de, pronto, 400 volúmenes del *Recueil des cours de l'Académie de droit international*: una auténtica enciclopedia del Derecho internacional que expresa su temporalidad y ayuda a su desarrollo estructurado.

La doctrina, así expresada, puede ser inspiradora de evoluciones y de desarrollos del Derecho internacional. La concretización de esta inspiración puede hacerse únicamente por medio de nuevas reglas escritas o consuetudinarias, o de avances jurisprudenciales. En este sentido, más que una fuente «auxiliar», la doctrina es una fuente «indirecta» del Derecho internacional, un medio que será utilizado por los actores de un desarrollo inspirado de tal manera. En esta búsqueda y construcción de un Derecho internacional destinado a una sociedad internacional de Derecho, la Academia de La Haya tiene la gran ambición de aportar modestamente su contribución.

YVES DAUDET

Catedrático Emérito de la Escuela de Derecho de La Sorbona
Presidente del Curatorium de la Academia de Derecho Internacional

LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL, Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

Luis GARAU JUANEDA *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—1.1. La larga *vacatio legis* de la Ley 20/2011.—1.2. La nueva organización del Registro.—1.3. Hechos y actos inscribibles por razón de la materia y por razón del espacio.—1.4. Competencia territorial y funcional de las Oficinas del Registro y recursos frente a las resoluciones de los encargados.—1.5. Plan del trabajo.—2. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTENIDAS EN LA LEY 20/2011.—2.1. El Título X de la Ley 20/2011.—2.1.1. Primacía del Derecho convencional y de la UE.—2.1.2. Traducción y legalización de los documentos públicos extranjeros.—2.1.3. Acceso al Registro Civil de resoluciones judiciales extranjeras.—2.1.4. Acceso al Registro Civil de documentos públicos extranjeros de carácter extrajudicial.—2.1.5. Acceso al Registro Civil, en particular, de certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros.—2.1.6. Determinación de la ley aplicable a las declaraciones de conocimiento o voluntad.—2.1.7. Acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero.—2.2. Otras normas dispersas a lo largo de la ley.—3. INSCRIPCIÓN DE ADOPCIONES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO POR AUTORIDAD EXTRANJERA.—4. INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO.—4.1. Matrimonio celebrado en España entre extranjeros o entre español y extranjero.—4.1.1. Matrimonio en forma civil.—4.1.2. Matrimonio en forma religiosa prevista en el ordenamiento jurídico español.—4.1.3. Matrimonio en forma prevista en la ley personal (nacional) de uno de los contrayentes.—4.2. Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero.—4.2.1. Matrimonio en la forma establecida por la ley del lugar de celebración.—4.2.2. Matrimonio en forma religiosa.—4.2.3. Matrimonio consular.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. La larga *vacatio legis* de la Ley 20/2011

1. En el año 2011 el Congreso aprobó la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (RC). Esta ley debía sustituir la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, que, a su vez, había sustituido la de 17 de junio de 1870, publicada en su momento como «ley provisional». La provisionalidad había durado más de ochenta años. La Ley 20/2011 debería haber entrado en vigor a los tres años de su publicación, esto es, el 22 de julio de 2014. Sin embargo,

* Catedrático de Derecho internacional privado en la Universidad de las Islas Baleares (luis.garau@uib.es). La redacción de este trabajo se ha cerrado el día 30 de marzo de 2017.

ciertas dificultades para su implementación han obligado a posponer su entrada en vigor. La más relevante ha sido la que se refiere a la determinación de qué categoría de funcionarios pasaría a asumir la función de «encargado» de las Oficinas del RC. Esta función ha sido ejercida hasta el momento por jueces de carrera y, aunque se conocía la decisión política de destinar a los jueces encargados del RC a la función que les es propia, es decir, a juzgar, la ley nada indica sobre la continuidad de estos o, en su caso, sobre quiénes les habrían de sustituir. Solo una vez resuelta esta cuestión (aunque no definitivamente, como más adelante se verá) en favor de los registradores de la Propiedad y Mercantiles que tuvieran a su cargo las Oficinas del Registro Mercantil fue posible establecer la nueva fecha de entrada en vigor: el día 15 de julio de 2015. La entrada en vigor de la ley y la atribución de los Registros Civiles a los registradores encargados de los Registros Mercantiles se estableció, respectivamente, en la DA 19.^a y en la DA 20.^a del Real Decreto-Ley 8/2014, de 14 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. En su DA 20.^a se dice que el RC y el Registro Mercantil quedarán integrados en Oficinas que se denominarán Oficinas del Registro Civil y Mercantil. Poco tiempo después, la Ley 18/2014, de 15 de octubre, convalidó este Real Decreto-Ley, reproduciendo estos contenidos en sus DDAA 20.^a y 21.^a, respectivamente. Sin embargo, antes del 15 de julio de 2015, la Ley 15/2015, de 2 de julio, publicada el día 3 de julio, volvió a modificar la DF 10.^a de la Ley 20/2011 estableciendo como nueva fecha de la entrada en vigor el día 30 de junio de 2017¹.

2. En el momento de concluir la redacción de este trabajo (marzo de 2017) no puede asegurarse que esta fecha sea la definitiva: en una nota de prensa del Ministerio de Justicia fechada el día 22 de febrero de 2017, se informa de que el ministro del ramo ha manifestado que su Ministerio «plantea una transformación gradual [del RC] durante los próximos años» y que su gestión «recaerá en los letrados de la Administración de Justicia»².

3. El laberíntico recorrido de la Ley 20/2011 no se limita a los reiterados aplazamientos de su entrada en vigor. Como tendremos ocasión de ver más adelante, ya antes de su entrada en vigor su texto ha sido modificado en reiteradas ocasiones y, por si ello no resultara suficientemente caótico, esta ley está dando lugar a situaciones tan insólitas como el hecho de que una modificación del texto original entre en vigor antes de que lo haga la propia ley³.

¹ Apartado 12 de la DF 4.^a de la Ley 15/2015. Pocos días después, la Ley 19/2015, de 13 de julio, en su art. 2, apartado 10, vuelve a modificar la DF 10.^a de la Ley 20/2011, aunque manteniendo la misma fecha para su entrada en vigor.

² Sobre la atribución del RC a uno u otro colectivo, véanse las aportaciones de GÓMEZ GÁLLIGO, F. J., «La reforma del Registro Civil en España», y SEOANE CACHARRÓN, J., «La privatización del Registro Civil a favor de los registradores mercantiles va hacia un callejón sin salida», en *Diario La Ley*, 29 de diciembre de 2014, el primero favorable a su atribución a los registradores mercantiles y el segundo rotundamente en contra.

³ Se trata de los artículos (o parte de ellos) 44 a 47, 49, 64, 66, 67, relativos a las inscripciones de nacimientos y defunciones, ya en vigor desde el 15 de octubre de 2015 (DT 2.^a de la Ley 19/2015, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil).

1.2. La nueva organización del Registro

4. El objetivo central de la nueva ley ha sido proceder a la transformación de un Registro basado en la existencia en cada Oficina de diferentes libros para la inscripción de los nacimientos, los matrimonios, las defunciones y las tutelas y representaciones legales, en un Registro único para toda España, configurado como una única base de datos accesible electrónicamente desde todas las Oficinas. En este nuevo Registro cada persona tendrá un registro individual en el que constarán todos los hechos y actos con acceso al Registro relativos a dicha persona⁴.

5. La ley establece una (única) Oficina Central del RC, a cuyas competencias se hace referencia en el epígrafe 1.4; un número variable de Oficinas Generales, con un mínimo de una por cada Comunidad o Ciudad Autónoma, a la que podrán sumarse otras atendiendo a la población existente y a ciertas peculiaridades territoriales como es el caso de las comunidades insulares; y tantas Oficinas Consulares como Consulados o secciones consulares de Misiones diplomáticas estén acreditados en el extranjero.

6. Según la ley, los encargados de la Oficina Central son designados directamente por el Ministerio de Justicia y al frente de los Registros Consulares estarán, como hasta ahora, los cónsules o, en su caso, los funcionarios diplomáticos encargados de las Secciones consulares de las Misiones Diplomáticas. Sin embargo, como ya hemos señalado, nada establece la ley sobre quiénes han de estar al frente de las Oficinas Generales.

1.3. Hechos y actos inscribibles por razón de la materia y por razón del espacio

7. La Ley de 2011 establece en su art. 4 una relación más precisa de los hechos y actos inscribibles que la Ley de 1957. En general se trata, no obstante, de un simple desglose de hechos y actos que ya venían recogidos en la normativa anterior. Como novedad puede citarse la inscripción del cambio de sexo o del régimen económico matrimonial legal (el pactado ya era objeto de inscripción), cuestión esta última a la que nos referiremos en el epígrafe 4.1.1.

8. Las inscripciones se practican siempre en virtud de documento auténtico, que puede ser judicial, administrativo, notarial o registral. Tratándose de documentos extranjeros, el art. 27.1, párr. 2, establece que los documentos extranjeros también constituyen título suficiente para practicar una inscripción si cumplen «los requisitos establecidos en los artículos 96 y 97 de la presente Ley». En relación, en particular, con las certificaciones de Registros extranjeros, el art. 28 contempla también su acceso al Registro español

⁴ Sobre el sistema y la aplicación informática que han de utilizar todas las Oficinas del RC, incluidas las Consulares, véase la DA 24.^ª de la Ley 18/2014.

siempre que la certificación cumpla con «los requisitos establecidos en la normativa aplicable para que tenga eficacia en España». Aunque el art. 28 no cita cuál es esa normativa, obviamente se trata del art. 98 de la misma ley. Al contenido de los arts. 96, 97 y 98 nos referimos en los epígrafes 2.1.3, 2.1.4 y 2.1.5, respectivamente.

9. Especial interés para el objeto de este trabajo presenta la cuestión de los hechos y actos inscribibles por razón del espacio, esto es, por razón del lugar aquellos se han producido y por razón de la relación con el territorio (nacionalidad o residencia) de las personas concernidas. Según el art. 9, «en el Registro costarán los hechos y actos inscribibles que afectan a los españoles y los referidos a extranjeros, acaecidos en territorio español. Igualmente se inscribirán los hechos y actos que hayan tenido lugar fuera de España, cuando las correspondientes inscripciones sean exigidas por el Derecho español»⁵.

10. Esta regla tiene una función análoga a una regla de competencia judicial internacional y constituye el presupuesto para que las diferentes Oficinas del RC verifiquen el cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la validez de un acto o negocio jurídico a los efectos de su inscripción en el RC.

1.4. Competencia territorial y funcional de las Oficinas del Registro y recursos frente a las resoluciones de los encargados

11. En cuanto a la competencia territorial de las distintas Oficinas, el art. 10.1, dada la configuración del RC como una base de datos única, permite que la solicitud de inscripción de un hecho o acto inscribible producido en España, así como la práctica de la misma, pueda realizarse en cualquier Oficina General, independientemente de su lugar de producción. Si el hecho o acto inscribible se ha producido en el extranjero, podrá solicitarse su inscripción e inscribirse tanto en la Oficina Consular en cuya circunscripción ha tenido lugar como en cualquier Oficina General.

12. El art. 10 no recoge reserva alguna. Sin embargo, el hecho de que el art. 21.2.2 atribuya a la Oficina Central la función de «practicar la inscripción de los documentos auténticos extranjeros judiciales y extrajudiciales y certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros», y lo mismo establezca el art. 24.1 en relación con las Oficinas Consulares siempre que se trate de hechos y actos relativos a españoles acaecidos en su circunscripción consular, podría llevarnos a la conclusión de que se excluye de esta función a las Oficinas Generales. Si a ello añadimos que en la exposición de motivos de la ley se lee que la función recogida en el art. 21.2.2 es exclusiva de la Oficina Central, la confusión se acentúa.

⁵ El último inciso se refiere, por ejemplo, a la necesaria inscripción del nacimiento acaecido fuera de España del extranjero que adquiere la nacionalidad española por residencia.

13. Ahora bien, teniendo en cuenta que una exposición de motivos no tiene carácter normativo y que ni en el art. 21 ni en el art. 24 se da a esta competencia carácter exclusivo, la conclusión más razonable debería ser que la práctica de estas inscripciones ha de poderse solicitar y realizar ante cualquier Oficina, ya sea la Oficina Central, una Oficina General o la Oficina Consular en cuya circunscripción haya acaecido el hecho o acto inscribible.

14. Esta confusión en la atribución de funciones también tiene consecuencias perturbadoras en la regulación de los recursos. Estos están regulados con carácter general en el art. 85. En su párr. 1 se establece que contra las resoluciones de los encargados de cualquier Oficina, sea la Central, una General o una Consular, solo cabe recurso ante la DGRN⁶. El párr. 2, sin embargo, establece una excepción: «En el caso de denegación de inscripción de sentencias y otras resoluciones judiciales extranjeras cuya competencia corresponde a la Oficina Central del Registro Civil, el interesado solo podrá instar procedimiento judicial de *exequátur*». Este párrafo solo resulta coherente con una función exclusiva de la Oficina Central en esta materia, que no únicamente hemos considerado inexistente, sino que entra directamente en contradicción con lo establecido en el art. 96.2, último párrafo. En este se establece que contra la resolución del encargado del RC en relación con la inscripción de una resolución judicial extranjera podrá solicitarse el *exequátur* de dicha resolución o bien, alternativamente, se podrá interponer recurso ante la DGRN (véase el epígrafe 2.1.3). Será necesaria una modificación de la ley para eliminar estas contradicciones.

1.5. Plan del trabajo

15. El objetivo central de este trabajo es la descripción y el comentario de las normas de Derecho internacional privado que recoge la Ley 20/2011. El acceso al RC de ciertos hechos y actos relativos al estado civil requiere, sin embargo, la integración de las normas de la Ley 20/2011 con otras pertenecientes a otras fuentes, sin cuyo conocimiento dispondríamos solo de una visión parcial de su reglamentación. Este es, muy especialmente, el caso del acceso al RC de las adopciones constituidas en el extranjero por autoridad extranjera, de los matrimonios celebrados en España en los que al menos uno de los contrayentes es extranjero y de los matrimonios celebrados en el extranjero en los que al menos uno de los contrayentes es español, cuestiones que reciben un trato específico en los epígrafes 3 y 4.

⁶ A su vez, contra las resoluciones de la DGRN cabe recurso en vía judicial, tal como recoge el art. 87. En su DF 4.ª, la Ley 20/2011 introduce un nuevo párr. 17 al apartado 1 del art. 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), estableciendo la competencia de los Juzgados de Primera Instancia de la capital de provincia del domicilio del demandante para conocer en general de las demandas contra las resoluciones de la DGRN, excepto en las relativas a las solicitudes de nacionalidad por residencia, que se someten a la jurisdicción contencioso-administrativa. La misma DF añade también un nuevo art. 781 bis a la LEC, que viene a completar lo anterior, estableciendo aspectos procedimentales de la demanda.

2. NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CONTENIDAS EN LA LEY 20/2011

2.1. El Título X de la Ley 20/2011

16. Los siete artículos que integran el Título X bajo la denominación «Normas de Derecho internacional privado» se refieren a la «Primacía del Derecho convencional y de la Unión Europea» (art. 94), a la «Traducción y legalización» (art. 95), a las «Resoluciones judiciales extranjeras» (art. 96), al «Documento extranjero extrajudicial» (art. 97), a la «Certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros» (art. 98), a la «Declaración de conocimiento o voluntad» (art. 99) y a la «Acreditación del contenido y vigencia de la ley aplicable a los hechos y actos relativos al estado civil» (art. 100).

17. Todos estos artículos, por su carácter de «normas especiales», prevalecen sobre lo establecido en normas análogas de la Ley 29/2015, de Cooperación jurídica internacional en materia civil [DA 1.ª letra c) de esta última ley]⁷.

2.1.1. *Primacía del Derecho convencional y de la UE*

18. El art. 94, con su afirmación de la supremacía del Derecho de la UE y del Derecho convencional sobre lo establecido en este Título, no aporta nada nuevo a lo establecido con carácter general en el Derecho de tratados. En efecto, la prevalencia del Derecho de la UE y de los tratados suscritos por España deriva no solo del Derecho internacional público, sino también de forma explícita del art. 96 de la Constitución y del art. 31 de la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales⁸.

2.1.2. *Traducción y legalización de los documentos públicos extranjeros*

19. Por lo que respecta a la traducción y legalización de los documentos públicos extranjeros, si bien el art. 95 establece con carácter general la necesidad de que vayan acompañados de estos dos requisitos, este mismo artículo deja abierta la posibilidad de que el encargado del Registro pueda aceptarlos sin tales requisitos en el caso de que le conste el contenido del documento y la autenticidad del mismo. Se trata de una posibilidad que no

⁷ Las normas específicas de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación jurídica internacional en materia civil, *BOE* núm. 182, de 31 de julio de 2015, sobre inscripción en los registros públicos de resoluciones judiciales extranjeras se refieren exclusivamente a los Registros de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles (art. 59).

⁸ Una exhaustiva relación de convenios bilaterales y multilaterales suscritos por España que pueden ser relevantes en el ámbito registral puede verse en RUEDA, R., «Artículo 94», en COBACHO, J. A. y LECIÑENA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 1275-1283.

se contempla en el ámbito del proceso civil, donde la necesidad de traducción y legalización solo se exceptúa si así lo establece una norma de la UE o convencional⁹.

2.1.3. Acceso al Registro Civil de resoluciones judiciales extranjeras

20. Al RC pueden llegar para su inscripción resoluciones judiciales extranjeras dictadas tanto en procesos contenciosos como en expedientes de jurisdicción voluntaria¹⁰. Para ello las resoluciones deben ser firmes en el primer caso y definitivas en el segundo. Un ejemplo de las primeras la tenemos en una sentencia de divorcio; de las segundas, en una resolución que constituye una tutela o una adopción. El art. 96 regula el procedimiento que deben seguir estas resoluciones para su acceso al RC, siempre lógicamente que no caigan bajo el ámbito de aplicación de un Reglamento de la UE o de un convenio en materia de reconocimiento de resoluciones judiciales suscrito por España¹¹. El procedimiento es común para las resoluciones dictadas en procesos contenciosos y para las dictadas en expedientes de jurisdicción voluntaria.

21. El acceso al RC de unas y otras podrá llevarse a cabo por dos vías. La primera, «previa superación del trámite del *exequátur* contemplado en la LEC de 1881», remisión que tras la entrada en vigor de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional en materia civil, debe entenderse hecha a los arts. 41 y ss. de esta última ley.

22. La segunda vía permite acceder al RC a través del control de la resolución extranjera llevado a cabo directamente por el encargado del RC¹². En este caso, el encargado deberá verificar el carácter auténtico de los documentos presentados; que la competencia judicial internacional del tribunal de origen esté fundada en normas análogas a las españolas; que todas las partes fueron debidamente notificadas con tiempo suficiente para permitirles participar en el procedimiento y que el contenido de la resolución no sea manifiestamente contrario al orden público español. A diferencia

⁹ La necesidad de traducción y de legalización se establece, respectivamente, en los arts. 144 y 323 de la LEC. Una amplia relación de las reglas que en materia de traducción y legalización de documentos extranjeros aparecen en el Derecho de la UE y en convenios suscritos por España la recoge RUEDA, R., «Artículo 95», *op. cit.*, nota 8, pp. 1285-1310.

¹⁰ El art. 96.3 equipara a las resoluciones judiciales aquellas dictadas por autoridades no judiciales que recaigan sobre materias cuyo conocimiento corresponde en España a órganos judiciales.

¹¹ Este es el caso, por ejemplo, de sentencias de divorcio o de resoluciones en materia de patria potestad o tutela proveniente de países de la UE vinculados por el Reglamento (CE) 2201/2003.

¹² A diferencia del reconocimiento a título principal (*exequátur*), el reconocimiento incidental llevado a cabo por el encargado del RC no produce efectos de cosa juzgada. Véase, al respecto, HEREDIA, I., «La Ley del Registro Civil de 2011 y la inscripción de las resoluciones judiciales extranjeras», en FONT, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea*, Bosch, 2014, pp. 301-332. ESPINAR, J. M., «Algunas reflexiones sobre la nueva Ley del Registro Civil», *Diario La Ley*, núm. 7771, 9 de enero de 2012, ve una posible inconstitucionalidad en el hecho de que el reconocimiento de un mandato judicial extranjero pueda ser asumido por alguien que no pertenece al poder judicial.

de lo que veremos en relación con el acceso al RC de documentos públicos extrajudiciales y de certificaciones de asientos provenientes de Registros Civiles extranjeros, tratándose de resoluciones judiciales no se exige que el ordenamiento aplicado sea el mismo que resultaría de aplicación según el Derecho internacional privado español. La resolución adoptada por el encargado debe notificarse a todos los afectados que, en caso de disconformidad con la misma, pueden solicitarse el *exequátur* de la resolución, que también se configura así como un recurso en los casos en los que se hubiera optado por la segunda vía o, alternativamente, presentando un recurso ante la DGRN.

23. Las resoluciones extranjeras que no sean firmes o definitivas según las normas del país de origen, así como las que siéndolo no hayan obtenido aún el *exequátur* o hayan sido recurridas, únicamente pueden ser objeto de una anotación. La anotación solo tiene un valor meramente informativo y carece del valor probatorio de la inscripción (arts. 96.1 y 40.3.5).

24. En el momento de su promulgación (2011) la principal novedad de la regulación contemplada en el art. 96 radicaba en la unificación del régimen aplicable a las resoluciones judiciales dictadas en materia contenciosa y en materia de jurisdicción voluntaria, extendiendo a la jurisdicción voluntaria el mecanismo de reconocimiento que se venía aplicando solo a las resoluciones recaídas en asuntos contenciosos (el *exequátur*) y extendiendo a las resoluciones recaídas en asuntos contenciosos el reconocimiento incidental por parte del encargado del RC, limitado a las resoluciones recaídas en expedientes de jurisdicción voluntaria¹³. Sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley 15/2015 y de la Ley 29/2015, el acceso al *exequátur* de las resoluciones recaídas en un expediente de jurisdicción voluntaria que emanen de un órgano judicial es ya un hecho [arts. 11.1, letra a) y 41.2, respectivamente]. Por el contrario, el reconocimiento incidental de una resolución en materia contenciosa (salvo el supuesto señalado en la nota 13) sigue estando vedado al encargado del RC: la Ley 15/2015 al referirse en su art. 11 al reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro correspondiente se limita a señalar que deberá hacerse de acuerdo con «los requisitos exigidos para ello», requisitos que en tanto no entre en vigor la Ley 20/2011 seguirán siendo los del art. 323 de la LEC, aplicables exclusivamente a las resoluciones recaídas en expedientes de jurisdicción voluntaria¹⁴. Por su parte, la Ley 29/2015, solo regula la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras en los Registros de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles (art. 59), remitiendo, por lo que respecta al RC, a la Ley 20/2011 [letra c) de la DA 1.^a].

¹³ Solo excepcionalmente, en aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003, es posible la inscripción de una resolución en materia contenciosa (un divorcio) mediante el reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro.

¹⁴ Véase GARAU, L., «Artículo 11», en LLEDÓ YAGÜE, F. *et al.*, *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Dykinson, 2016, pp. 78-86.

2.1.4. Acceso al Registro Civil de documentos públicos extranjeros de carácter extrajudicial

25. Conviene en primer lugar señalar que, en la práctica, es limitado el número de documentos públicos extrajudiciales diferentes de las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros (objeto de una regulación específica en el art. 98) susceptibles de acceder, por razón de su contenido, al RC. Sería el caso, por ejemplo, de documentos conteniendo un reconocimiento de paternidad que afecte a un español o un pacto sobre el régimen de bienes de un matrimonio inscrito en el RC español.

26. El art. 97 establece como primer requisito que el documento haya sido otorgado por una autoridad que tenga competencia para hacerlo según la legislación del país de origen. En segundo lugar, que exista una equivalencia entre las funciones que realiza dicha autoridad extranjera y las realizadas por la correspondiente autoridad española¹⁵. En tercer lugar, que el contenido del documento sea válido conforme al ordenamiento jurídico aplicable en virtud de las normas de conflicto españolas. El hecho de que la validez en España del contenido del documento extranjero se revise a la luz del Derecho aplicable según el Derecho internacional privado español no constituye una novedad, tan solo ha recibido una formulación más clara que la establecida en el párr. 3 del art. 323 de la LEC. Por último, la inscripción del documento extranjero no debe resultar manifiestamente incompatible con el orden público español.

27. Análogamente a lo que establecen los arts. 96.1 y 40.3.5 en relación con las resoluciones judiciales extranjeras, esto es, que en tanto no hayan obtenido el reconocimiento pueden ser objeto de anotación, el art. 40.3.4 establece que podrá ser objeto de anotación «el hecho o acto relativo a españoles o acaecido en España que afecte a su estado civil, según la ley extranjera». Esto supone que ante una situación claudicante, ante un hecho o acto relativo a un español al que una ley extranjera atribuye un estado civil que no puede ser reconocido por el Derecho español, cabe al menos practicar una anotación con esta información. Las anotaciones, como ya hemos señalado, carecen de valor probatorio.

28. En la actualidad, el acceso al RC de documentos públicos de carácter extrajudicial que sean, en particular, el resultado de un expediente de jurisdicción voluntaria aparece regulado, de forma incongruente y redundante, en el art. 12.2 y en la DA 3.^a de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria¹⁶. Se trata, por lo demás, de normas que además de ser en la práctica de aplicación

¹⁵ Sobre la verificación de la equivalencia de funciones, en particular la equivalencia de las funciones realizadas por notarios de ciertos países extranjeros con las que realizan los notarios españoles, véase RUIZ, C., «Artículo 97», en COBACHO, J. A. y LECIÑENA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 1331-1346.

¹⁶ Véase GARAU, L., «Artículo 12», en LLEDÓ YAGÜE, F. et al., *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Dykinson, 2016, pp. 87-93.

imposible¹⁷, quedarán sin efecto con la entrada en vigor de la Ley 20/2011, debiendo prevalecer por su carácter específico lo establecido en el art. 97 de esta última.

2.1.5. Acceso al Registro Civil, en particular, de certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros

29. Las certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros constituyen una especie del género «documento público extranjero de carácter extrajudicial» regulado en el art. 97. Por ello no puede sorprender que el art. 98, al regular el acceso al RC de certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros, reitere algunos de los requisitos recogidos en el epígrafe anterior, en concreto que la certificación haya sido expedida por una autoridad que tenga competencia para hacerlo según la legislación del país de origen, que el contenido de la certificación sea válido conforme al ordenamiento jurídico designado por las normas españolas de Derecho internacional privado y que la inscripción de la certificación no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español¹⁸.

30. Junto a estos requisitos aparecen, sin embargo, otros dos requisitos específicos. El primero de ellos, que el Registro extranjero tenga un nivel de exigencia análogo al del Registro español a la hora de verificar los hechos de que da fe. El segundo requisito específico viene a hacer explícito algo que no lo estaba, al menos con carácter general, en la normativa anterior: si la certificación es mero reflejo de una resolución judicial previa, es esta resolución judicial la que debe aportarse para su inscripción y, en consecuencia, someterse a uno de los procedimientos establecidos para la inscripción de resoluciones judiciales¹⁹.

¹⁷ Aunque el expediente de jurisdicción voluntaria fuera en el país de origen competencia de una autoridad no judicial, tendría el tratamiento propio de las resoluciones emanadas de autoridades judiciales si en España este expediente fuera competencia de estas (art. 11.3 de la Ley 15/2015), lo que constituye una regla general en el caso de las resoluciones de expedientes en materia de jurisdicción voluntaria que por razón de la materia tienen acceso al RC.

¹⁸ Resultaría incompatible con el orden público la inscripción del nacimiento y filiación de un nacido en el extranjero mediante gestación por sustitución, al menos mientras siga en vigor el art. 10 de la Ley 14/2006 y el TS no modifique su valoración sobre dicho artículo.

¹⁹ Aunque el art. 23 de la Ley del Registro Civil de 1957 solo contempla como requisitos «que no haya duda de la realidad del hecho y de su legalidad conforme a la Ley española», para la inscripción de una adopción constituida en el extranjero o de un divorcio recaído también en el extranjero no es suficiente la aportación de su certificación registral: se requiere, en el primer caso, la superación de los controles a los que se refiere el art. 27 de la Ley 54/2007 y, en el segundo, el reconocimiento de la sentencia (art. 265 RRC). Sobre la relación del art. 98 con los convenios de la CIEC en los que España es parte, véase LARA, A., «Artículo 98», en COBACHO, J. A. y LECIÑENA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 1347-1362, quien considera que algunos, en particular el núm. 16, referido a la expedición de certificaciones de las actas de nacimiento, matrimonio y defunción, deben prevalecer sobre lo establecido en el art. 98. En mi opinión, el art. 8 de este Convenio, en el que basa su afirmación, obliga a aceptar la autenticidad del documento al excluir la necesidad de legalización, pero ello no implica que constituya un título que permita inscribir directamente el hecho de que da fe, excluyendo la posibilidad del control de su contenido.

2.1.6. *Determinación de la ley aplicable a las declaraciones de conocimiento o voluntad*

31. Como hemos visto en los epígrafes 2.1.4 y 2.1.5, el acceso al RC de los documentos extranjeros de carácter extrajudicial y, en particular, de las certificaciones de asientos de Registros extranjeros se condiciona a que el hecho o acto contenido en ellos sea válido conforme al ordenamiento jurídico aplicable en virtud de las normas del Derecho internacional privado español. Con mayor fundamento, cuando el hecho o acto susceptible de ser inscrito sea presentado a través de una declaración de conocimiento o de voluntad directamente ante el encargado del RC, este deberá verificar que aquellos se ajustan a lo establecido en el ordenamiento jurídico que resulte aplicable en virtud de las normas del Derecho internacional privado español. Así lo establece el art. 99 en su párr. 1²⁰; en el párr. 2 se recoge una salvedad: los hechos o actos inscribibles, así como las formas, procedimientos y modalidades que deben respetarse, serán siempre los que establece la Ley española del RC²¹.

2.1.7. *Acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero*

32. Es bien sabido que el carácter imperativo atribuido por el art. 12.6 del CC a las normas de conflicto no tiene como corolario que el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto deba ser también aplicado de oficio. Nuestro sistema ha optado por atribuir la carga de esta prueba a la parte interesada, dejando abierta la cooperación en esa tarea de las autoridades que deben aplicar el Derecho extranjero, cooperación que en ningún caso es preceptiva. De ahí que sea necesario establecer cómo deben probar las partes el contenido y vigencia del Derecho extranjero y cuál debe ser la actuación de dichas autoridades, tanto en aquellos casos en los que la prueba no ha sido posible como en los casos en los que el Derecho extranjero ni siquiera ha sido alegado por las partes.

33. En relación con la primera cuestión, la Ley 29/2015 se ha limitado en su art. 33.1 a remitir «a las normas de la LEC y demás disposiciones aplicables en la materia». Se trata de los arts. 281.2 de la LEC, 36 del Reglamento Hipotecario, 168.4 del Reglamento Notarial, 91 del RRC y, ahora, el párr. 1 del art. 100 de la Ley 20/2011.

²⁰ Lo establecido en este artículo es aplicable, por ejemplo, con ocasión de la inscripción de un nacimiento producido en España cuando los progenitores no son españoles: cuestiones como la determinación de la filiación, la nacionalidad, los apellidos que corresponden al nacido o la determinación de su sexo deben basarse en la ley que resulte aplicable en virtud del Derecho internacional privado español. Sobre distintos supuestos a los que puede ser de aplicación este artículo y una exposición de las normas de origen estatal y convencional que integran el Derecho internacional privado español en estas materias, véase SÁNCHEZ, M. A., «Artículo 99», en COBACHO, J. A. y LECIÑENA, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro Civil*, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 1363-1381.

²¹ La determinación de los hechos inscribibles en un Registro y de los requisitos y procedimiento para que pueda llevarse a cabo la inscripción constituyen cuestiones sometidas en todo caso a la ley que lo ha creado. En este sentido, véase con carácter general el art. 58 de la Ley 29/2015.

34. La Ley 20/2011 establece una serie de reglas específicas en relación con la prueba del contenido y vigencia del Derecho extranjero, aplicables tanto en los supuestos contemplados en el art. 99 (epígrafe 2.1.6) como en los arts. 97 y 98 (epígrafes 2.1.4 y 2.1.5). Según el párr. 1 del art. 100, la acreditación podrá llevarse a cabo mediante el informe de un notario o cónsul español, o de un diplomático, cónsul o autoridad (sin mayor precisión) del país cuya normativa deba aplicarse. Sin embargo, no se trata de una relación cerrada ya que deja abierta la posibilidad de que la acreditación se realice «por otros medios» e incluso que pueda prescindirse de ella si el encargado del Registro conoce «suficientemente» el Derecho extranjero aplicable²².

35. En cuanto a la segunda cuestión (cómo actuar en caso de resultar imposible la prueba o en caso de falta de alegación del Derecho extranjero), la Ley 29/2015 ha dado respuesta para los casos en los que no ha podido acreditarse el contenido y vigencia del Derecho extranjero (art. 33.3), pero ha dejado pasar la oportunidad de darla precisamente en relación con las cuestión más controvertida, esto es, cómo actuar en caso de falta de alegación²³.

36. En relación con estas dos últimas cuestiones, el art. 100 establece en su párr. 2 que «la falta de acreditación del contenido y vigencia del Derecho extranjero» tendrá como consecuencia la denegación de la inscripción. Parece claro que la falta de acreditación puede ser resultado tanto de la imposibilidad de llevar esta a cabo como de la pasividad del promotor de la inscripción. Ahora bien, no parecería razonable dar el mismo tratamiento a ambas cuestiones. Aplicando la vieja fórmula de la reducción teleológica, podemos entender que el párr. 2 del art. 100 solo debería ser de aplicación al supuesto de pasividad del promotor (siempre y cuando, lógicamente, el encargado del Registro no haya considerado prescindible la prueba por tener suficiente conocimiento del Derecho extranjero). Para los casos en los que la prueba resultara imposible, sería aplicable lo establecido en el art. 33.3 de la Ley 29/2015.

2.2. Otras normas dispersas a lo largo de la ley

37. Las normas recogidas en el Título X de la Ley 20/2011 son, exclusivamente, normas sobre reconocimiento, a los efectos de su acceso al RC, de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros (incluyendo sus requisitos formales) y normas sobre la acreditación, también en sede registral, del contenido y vigencia del Derecho extranjero cuando este deba ser tenido en cuenta para el acceso al Registro de un documento judicial o extrajudicial.

38. A lo largo de la ley aparecen, sin embargo, otras normas que complementan algunas de las anteriores. A algunas ya nos hemos referido (arts. 9,

²² El encargado del Registro puede utilizar, aunque obviamente no está obligado a hacerlo, la vía que para la información del Derecho extranjero establece el art. 35 de la Ley 19/2015.

²³ La redacción del art. 33.3 permite concluir que la aplicación del Derecho español con carácter supletorio solo es posible en caso de haber resultado imposible la prueba, quedando, *a sensu contrario*, excluida esta aplicación en los casos de falta de alegación.

10.1, 21.2.2, 24.1, 27.1, 40 o 85.2). A otras nos referiremos en los epígrafes siguientes.

39. Por el contrario, aunque el Derecho de la nacionalidad tradicionalmente ha formado parte en España del contenido del Derecho internacional privado como disciplina científica, nos limitamos a dejar constancia aquí de la existencia en la Ley 20/2011 de una serie de reglas que se refieren a la inscripción de la nacionalidad y la vecindad civil (art. 68), a la presunción de la nacionalidad española (art. 69) y a los apellidos de los extranjeros que adquieran la nacionalidad española o de los españoles que posean también la nacionalidad de otro Estado miembro de la UE (art. 56)²⁴.

3. INSCRIPCIÓN DE ADOPCIONES CONSTITUIDAS EN EL EXTRANJERO POR AUTORIDAD EXTRANJERA

40. La Ley 20/2011 se refiere a la filiación adoptiva en el art. 44.6²⁵ estableciendo que, en los casos de filiación adoptiva, en la inscripción debe hacerse constar, «conforme a la legislación aplicable», la resolución judicial o administrativa por la que aquella se haya constituido²⁶. En consecuencia, cuando se trate de una resolución extranjera, esta deberá cumplir las condiciones exigidas para su reconocimiento en España de acuerdo con lo establecido en el Derecho convencional, cuya primacía recuerda el art. 94 o, en su defecto, de acuerdo con lo establecido en el art. 96 y en la propia Ley 54/2007, de adopción internacional²⁷.

41. Con una redacción no muy afortunada que parece invertir los términos de la cuestión, el art. 29 de la Ley 54/2007 establece que «cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su residencia habitual en España deberán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley de Registro Civil para que la adopción se reconozca en España». Al margen de que solo si los residentes son españoles el hecho puede tener acceso al Registro y de que la sola solicitud no puede surtir efecto alguno, lo que parece querer indicar la norma es que en caso de adopción constituida en el extranjero por autoridad extranjera, siendo los adoptantes españoles con

²⁴ Aun cuando no necesariamente se refiera siempre a las situaciones contempladas en el art. 56, constituye un complemento de este lo establecido en el art. 53.4 sobre la regularización ortográfica de los apellidos extranjeros a alguna de las lenguas españolas y la adecuación gráfica de su fonética.

²⁵ El contenido original del art. 44 recibió una nueva redacción en 2015 y está en vigor (véase nota 3).

²⁶ El Derecho español solo conoce la adopción plena, única que puede ser objeto de inscripción (art. 30.3 de la Ley 54/2007). Una adopción simple o menos plena constituida en el extranjero puede, sin embargo, convertirse en plena siguiendo lo establecido en el art. 42 de la Ley 15/2015 y en los arts. 15, 22 y 30.4 de la Ley 54/2007. Sobre la sorprendente falta de concordancia entre las disposiciones de una y otra ley véase GARAU, L., «Artículo 42», en LLEDÓ YAGÜE, F. *et al.*, *Estudio sistemático de la Ley de Jurisdicción Voluntaria*, Dykinson, 2016, pp. 292-298.

²⁷ Ténganse en cuenta las importantes modificaciones introducidas en esta ley por la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

residencia habitual en España, la inscripción de la adopción en el RC español tiene carácter constitutivo.

42. España es parte, desde 1995, del Convenio de La Haya de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Por ello, las adopciones constituidas en un Estado parte deben ser reconocidas «de pleno derecho» en España una vez que la adopción haya sido certificada como conforme al Convenio por la Autoridad Central del Estado donde ha tenido lugar (art. 23 del Convenio). Sin embargo, dado que la certificación de una Autoridad Central no constituye un título de adopción ni es una certificación registral, será necesario presentar el correspondiente «título de adopción», que a la vista de los arts. 96 y 98.2 de la Ley 20/2011 debe ser necesariamente la resolución judicial extranjera constitutiva de la adopción²⁸. La certificación de la Autoridad Central extranjera convierte sin embargo en un simple trámite el control incidental de la resolución judicial extranjera por parte del encargado del Registro.

43. España ha suscrito además convenios bilaterales en materia de adopción con Bolivia, Filipinas, Vietnam y Rusia. Los dos primeros no establecen reglas sobre reconocimiento, por lo que, dado que ambos países son parte en el Convenio de La Haya de 1993, el acceso al Registro de las adopciones constituidas en estos países se llevará a cabo en los términos señalados para las adopciones constituidas en los Estados parte en dicho Convenio. Los convenios con Vietnam y Rusia reconocen efectos jurídicos plenos a las resoluciones del Estado de origen siempre que la adopción se haya constituido de acuerdo con lo establecido en la ley del Estado de origen y en el propio Convenio. En consecuencia, a la vista del título de la adopción el encargado del Registro debe comprobar si se cumplen estos requisitos y, si es así, debe proceder a la inscripción.

44. En el caso de adopciones constituidas en Estados que no son parte en el Convenio de La Haya de 1993 ni parte en un convenio específico sobre adopción, pero con los que exista un convenio bilateral que incluya en su ámbito de aplicación el reconocimiento de las decisiones judiciales recaídas en expedientes de jurisdicción voluntaria, la resolución judicial extranjera podrá tener acceso al Registro una vez obtenido el *exequátur* si el convenio lo exige no solo para las declaraciones de ejecutividad sino también para el simple reconocimiento o, si el convenio no establece procedimiento alguno para el reconocimiento, una vez que el encargado del Registro haya procedido al reconocimiento incidental de acuerdo con los criterios establecidos en el propio convenio. Esta vía de acceso al Registro, dejando a salvo el orden público, no permite, sin embargo, controlar cuestiones tan importantes para el interés del menor como la idoneidad del adoptante, las circunstancias fa-

²⁸ Dado que en España la constitución de la adopción corresponde a un juez en un expediente de jurisdicción voluntaria, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 96.3 de la Ley 20/2011 (véase nota 10), incluso cuando la adopción constituida en el extranjero no lo hubiera sido por una autoridad judicial, su acceso al RC español debe realizarse por la vía del art. 96.

miliares del adoptado o los consentimientos prestados para que se llevara a cabo la adopción.

45. En los supuestos en los que la adopción ha sido constituida en un país con el que no existe ningún convenio aplicable al reconocimiento de las adopciones, para la regulación de su acceso al Registro entran en concurrencia el art. 96 de la Ley 20/2011²⁹ y los arts. 26 y 27 de la Ley 54/2007. Dada la diferencia, aunque no contradicción, de criterios entre ambas y teniendo en cuenta que, si bien una es específica y la otra es genérica, la genérica es, sin embargo, posterior a la específica (aunque el apdo. 1 del art. 26 y la totalidad del art. 27 de la Ley 54/2007 son fruto de la reforma de 2015), lo procedente es integrar ambas normas. Los criterios a seguir para esta integración deberían ser los siguientes: en primer lugar, entender que queda abierta en todo caso la vía del *exequátur* contemplada en el art. 96 de la Ley 20/2011; en segundo lugar, para el reconocimiento incidental por parte del encargado del Registro, proceder a la aplicación de los requisitos del art. 96 de la Ley 20/2011, completándolos con los requisitos análogos de la Ley 54/2007 (los criterios para valorar la competencia de las autoridades del país de origen o el orden público) y sumar a aquellos los específicos contenidos en la Ley 54/2007 (el carácter pleno e irrevocable de la adopción y la idoneidad del adoptante).

46. Las diferencias, aunque igualmente sin contradicciones, entre la Ley 20/2011 y la Ley 54/2007 aparecen también en relación con los requisitos formales exigibles al documento en el que conste la adopción. El art. 26.5 de la Ley 54/2007 exige su legalización y traducción a no ser que estén eximidos de ello «en virtud de otras normas vigentes», mientras que el art. 95 de la Ley 20/2011 (véase párr. 19) permite que el encargado del Registro pueda decidir libremente prescindir de estos requisitos.

4. INSCRIPCIÓN DEL MATRIMONIO

4.1. Matrimonio celebrado en España entre extranjeros o entre español y extranjero

47. El art. 50 del CC establece que «si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos». Si solo uno de ellos es extranjero, la aplicación acumulativa del art. 49 del mismo cuerpo legal, que regula las formas permitidas a los españoles, limita aquellas posibilidades: un español (y por tanto el extranjero que se case con él) solo puede contraer matrimonio en España en forma civil

²⁹ Téngase en cuenta que el art. 96.3 extiende el régimen aplicable al reconocimiento de las resoluciones judiciales a las resoluciones emanadas de órganos no judiciales si en España su contenido es competencia de un órgano judicial y que de acuerdo con el art. 98.2 nunca podría ser suficiente para la inscripción la mera presentación de una certificación registral extranjera.

ante alguna de las autoridades expresamente establecidas³⁰ o en la forma religiosa «legalmente prevista».

48. En la Ley 20/2011 aparece tanto la relación de autoridades ante las que será posible contraer matrimonio civil (en concordancia con el nuevo contenido del art. 51.2 del CC, que debería entrar en vigor al mismo tiempo que la Ley 20/2011), como la relación de las autoridades competentes para la tramitación del acta o expediente previo a la celebración tanto del matrimonio civil como, en su caso, del religioso (en concordancia también con el nuevo contenido del art. 51.1 del CC).

49. En primer lugar (4.1.1) nos referiremos al acceso al RC del matrimonio celebrado en la forma civil española. Seguidamente (4.1.2) veremos las peculiaridades que puede ofrecer el hecho de que uno o ambos contrayentes sean extranjeros en caso de matrimonio celebrado en alguna de las formas religiosas previstas en el ordenamiento jurídico español. Y, por último (4.1.3), trataremos de la posibilidad que ofrece el mencionado art. 50 de celebrar el matrimonio, siempre que ambos contrayentes sean extranjeros, según las formas previstas en el ordenamiento jurídico personal (nacional) de cualquiera de ellos.

4.1.1. Matrimonio en forma civil

50. Ni el Código Civil (ya sea en el articulado vigente o en las modificaciones pendientes de entrar en vigor) ni la Ley 20/2011 condicionan la celebración del matrimonio a la existencia de vínculo alguno de los contrayentes (nacionalidad o residencia) con España. Esta condición, sin embargo, existe y aparece a través de las limitaciones establecidas a la competencia para la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio (o a partir de la entrada en vigor de la Ley 20/2011, también acta previa).

51. El expediente previo es exigido por el art. 56 del CC (tanto en la redacción vigente antes de la entrada en vigor de la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 15/2015, como en el texto reformado que debe entrar en vigor simultáneamente con la Ley 20/2011), exigencia que aparece también recogida en el art. 58.2 de la Ley 20/2011 donde se señala que el objeto del expediente o, en su caso, acta, es la comprobación de la capacidad y de la inexistencia de impedimentos para la celebración del matrimonio. Como prolongación de lo anterior, el apartado 5 del art. 58 establece que en la tramitación del acta o expediente, se «oirá a ambos contrayentes reserva-

³⁰ La relación que figura en el art. 49 del CC ha quedado sustituida por la relación establecida en la DT 4.ª de la Ley 15/2015: el juez encargado del RC y los jueces de paz por delegación de aquel, el alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien este delegue, el secretario judicial o notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración y el funcionario diplomático o consular encargado del RC en el extranjero. Una nueva redacción del art. 49 está recogida en el núm. 3 de la DF 1.ª de la Ley 15/2015, que debería entrar en vigor el 30 de junio de 2017, junto con la Ley 20/2011.

damente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento», algo que ya había recogido en estos mismos términos el art. 247 del RRC de 1958³¹.

52. La competencia para la tramitación del expediente previo, inicialmente atribuida por la Ley 20/2011 de forma exclusiva a los secretarios de Ayuntamiento (art. 58.2 en su redacción original, en el que además nada se establecía sobre los límites de esta competencia por razón de la residencia habitual de los contrayentes) aparece ahora atribuida, tras la completa reforma del art. 58 llevada a cabo por la Ley 15/2015³², al notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes (un acta previa en este caso) y al secretario judicial o encargado del RC también del domicilio de uno de los contrayentes (nuevo art. 58.2), concordando todo ello con el contenido del nuevo art. 51.1 del CC³³.

53. El acta o expediente previo deberá hacer constar no solo si concurren o no los requisitos de capacidad y consentimiento para la celebración del matrimonio, sino también, lo que constituye una importante novedad, la determinación del régimen económico matrimonial que resulte aplicable y, tratándose de españoles, su vecindad civil (art. 56.6). Ello no sorprende desde el momento en que el art. 4, al establecer la relación de hechos y actos inscribibles, ya recoge expresamente «el régimen económico matrimonial legal o pactado» y el art. 60.1 establece que «junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rijan el matrimonio».

54. En su apartado 2 el art. 60 redunda en que «cuando no se presenten escrituras de capitulaciones se inscribirá como régimen económico matrimonial legal el que fuera supletorio de conformidad con la legislación aplicable». Se trata de una reiteración que si se consideraba necesaria habría tenido una mejor ubicación en el art. 56.6 dado que, en defecto de capitulaciones, la determinación del régimen económico matrimonial supletorio

³¹ Aunque la capacidad matrimonial se rige por la ley nacional de los contrayentes (art. 9.1 del CC), no podrá autorizarse ningún matrimonio en España en el que los contrayentes no cumplan los requisitos de los arts. 46 y 47 del CC, que se configuran así como leyes de orden público. Tampoco se aplica la ley nacional del contrayente si esta no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, quedando sustituida en tal caso por la ley material española que sí lo permite (art. 44 del CC). En cuanto al consentimiento, el art. 45 del CC lo considera un requisito esencial del matrimonio. Se trata también de una ley de orden público, cuya observancia exige que en el expediente previo a la celebración del matrimonio (o en la verificación del cumplimiento de los requisitos para que el matrimonio celebrado en el extranjero pueda ser inscrito en el RC español) se extirpe el rigor para evitar matrimonios de complacencia en los casos en los que un contrayente es extranjero y el otro español o ambos extranjeros residiendo uno de ellos de forma regular en España. De esta cuestión se ocupa ampliamente la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, *BOE* núm. 41, de 17 de febrero.

³² Se da nueva redacción a los apartados 1, 2, 5 a 11, 10 y 12, pero nada se dice de los apartados 3 y 4 que, lógicamente, deben desaparecer por ser contrarios al nuevo contenido; y nada se sabe de un apartado 11 que no existía en el texto original del art. 58.

³³ Hasta la entrada en vigor de la Ley 20/2011, su tramitación ha sido competencia del juez encargado del Registro o del encargado del Registro Consular correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes, tal como está recogido en el art. 238 del Reglamento del Registro Civil de 1958.

debe llevarse a cabo durante la tramitación del acta o expediente previo y deberá constar en el acta o en la resolución del expediente. Para ello, el notario³⁴, el secretario judicial o el encargado del Registro deberá aplicar las normas de conflicto que formen parte del sistema español de Derecho internacional privado y, en el caso de que la ley aplicable sea una ley extranjera, deberá estar a lo que establece el art. 100 sobre acreditación de su contenido y vigencia³⁵.

55. Frente a las resoluciones adoptadas en el expediente o acta previos a la celebración del matrimonio, el art. 58.7 establece que «si el juicio del secretario judicial, notario o encargado del RC fuera desfavorable se procederá al cierre del acta o expediente y los interesados podrán recurrir ante la DGRN sometiéndose al régimen de recursos previsto por esta Ley»³⁶.

56. Resueltos favorablemente el acta o el expediente, el matrimonio podrá celebrarse ante alguna de las autoridades indicadas en el art. 58.8³⁷.

4.1.2. *Matrimonio en forma religiosa prevista en el ordenamiento jurídico español*

57. La inscripción de los matrimonios celebrados en forma religiosa en España son el objeto del art. 58 bis, introducido *ex novo* por la DF 4.^a de la Ley 15/2015, y del art. 59.3, en este caso solo ligeramente modificado por esta misma ley. Paralelamente, la Ley 15/2015 también modificó los arts. 60 y 63 del CC, para su entrada en vigor conjuntamente con la Ley 29/2011, resultando los contenidos de una y otra fuente en parte reiterativos y en parte complementarios.

58. El art. 58 bis, después de remitir (igual que el art. 60 del CC) a lo establecido en el Acuerdo con la Santa Sede³⁸ y en los Acuerdos de coopera-

³⁴ La intervención de los notarios tanto en el acta previa como en la celebración del matrimonio también se recoge en los arts. 51 y 52 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, *BOE* núm. 149, de 29 de mayo de 1862, introducidos por la DF 11.^a de la Ley 15/2015, artículos que deben entrar en vigor al mismo tiempo que la Ley 20/2011. La posibilidad de que mediante acta de notoriedad también se pueda hacer constar en el Registro el régimen económico legal de matrimonios inscritos antes de entrar en vigor la Ley 20/2011 se contempla tanto en el art. 60 de la Ley 20/2011 como en el art. 53 de la Ley del Notariado, con una importante diferencia: el primero ha de entrar en vigor junto con el conjunto de la Ley 20/2011, mientras que el segundo entró en vigor al mismo tiempo que la Ley 15/2015 (apdo. 5 de la DF 21.^a de esta Ley, teniendo en cuenta que el art. 53 no forma parte de la Sección 1.^a a la que se refiere ese apartado).

³⁵ Dado que el régimen económico del matrimonio nace junto con este, la norma de conflicto y el Derecho sustantivo aplicables son los vigentes en el momento de su celebración o, en su caso, en el momento de su modificación. Véase GARAU, L., «Los conflictos de leyes entre las diferentes regulaciones en materia de régimen económico matrimonial vigentes en España y cuestiones de derecho intertemporal asociadas a los mismos», en LLEDÓ, F. y FERRER, M. P. (dirs.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, 2010, pp. 51 y ss.

³⁶ Véase párr. 14.

³⁷ El mismo contenido está recogido en el art. 57 del CC, cuya entrada en vigor debe ser simultánea con la de la Ley 20/2011.

³⁸ Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, sobre asuntos jurídicos.

ción con otras confesiones religiosas³⁹, regula (de forma más detallada que el art. 60 del CC) un nuevo supuesto: el acceso al Registro de los matrimonios celebrados en la forma religiosa propia de confesiones que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España. El contenido de esta regulación no difiere sustancialmente de la establecida en los Acuerdos con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España. En todos estos casos lo más relevante es la exigencia de acta o expediente previo a la celebración del matrimonio, lo que implica que al menos uno de los contrayentes debe tener su domicilio en España y que queda garantizado el cumplimiento de los mismos requisitos de capacidad y consentimiento que se exigen para el matrimonio civil⁴⁰.

59. Un tratamiento claramente diferenciado de los anteriores es el que recibe el matrimonio canónico. En este caso no se exige el expediente previo que contempla el ordenamiento civil, sino que este se lleva a cabo según las propias normas canónicas. Esto hace posible, vistas las normas sobre competencia territorial de obispos y párrocos para asistir al matrimonio, que la exigencia general de que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en España pueda no darse en caso de matrimonios en forma canónica⁴¹. Por otra parte, ni el hecho de que el Código de Derecho Canónico establezca en su canon 1.071 que, salvo en casos de necesidad, nadie debe asistir sin permiso del obispo del lugar a matrimonios que no puedan ser reconocidos o celebrados según la ley civil, ni la prescripción general del art. 63 del CC

³⁹ Acuerdos de cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ley 24/1992), con la Federación de Comunidades Israelitas de España (Ley 25/1992) y con la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992).

⁴⁰ El reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio en forma evangélica, israelita e islámica se establece en el art. 7 de los respectivos Acuerdos. La Ley 15/2015 (DDFF 5.ª, 6.ª y 7.ª) ha introducido algunas modificaciones formales en estos Acuerdos. En relación con los dos primeros, se modifica su art. 7 básicamente para establecer la autoridad competente para tramitar el expediente previo a la celebración del matrimonio. En cuanto al Acuerdo con la Comisión Islámica, su art. 7 aparece modificado no solo en relación con la autoridad ante la que deberá acreditarse la capacidad matrimonial, sino también estableciendo que esta acreditación debe llevarse a cabo mediante «acta o resolución previa», todo ello en consonancia con los otros Acuerdos (el texto original del art. 7 establece que para que pueda procederse a la inscripción los interesados «deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente»; sobre la interpretación de este texto por lo demás oscuro, véase la Instrucción de la DGRN de 10 de febrero de 1993, *BOE* núm. 47, de 24 de febrero). Aunque estas modificaciones deben entrar en vigor simultáneamente con la Ley 20/2011, la DT 5.ª de la Ley 15/2015 reprodujo la parte del art. 7 que se refiere a las actuaciones que debe llevar a cabo el ministro del culto oficiante después de la celebración del matrimonio y la puso en vigor junto con la Ley 15/2015. Idéntica actuación se ha seguido en relación con el acceso al RC de matrimonios celebrados en la forma religiosa prevista por confesiones que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España. Los requisitos y el procedimiento para que tales matrimonios puedan inscribirse, contemplados en la reforma de los arts. 60 del CC y 58 bis de la Ley 20/2011, que deben entrar en vigor el 30 de junio de 2017, se reprodujeron en el núm. 4 de la DT 5.ª de la Ley 15/2015 y entraron en vigor a los veinte días de la publicación de esta última ley.

⁴¹ La regla general y sus excepciones en materia de competencia para asistir al matrimonio se recogen en los cánones 1.115 y 1.071 del Código de Derecho Canónico.

(al que remite el art. 59.3 de la Ley 20/2011), señalando que para su inscripción la certificación de haberse celebrado el matrimonio «habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil», garantizan que todos los párrocos hayan verificado con suficiente rigor la existencia del consentimiento matrimonial, fundamental para evitar los matrimonios de complacencia.

4.1.3. *Matrimonio en forma prevista en la ley personal (nacional) de uno de los contrayentes*

60. Según lo establecido en el art. 50 del CC, la posibilidad de celebrar un matrimonio en España en una forma extranjera queda limitada a aquellos casos en los que ambos contrayentes son extranjeros y condicionada a que la forma en cuestión sea válida según la ley personal (nacional) de cualquiera de ellos. El supuesto ordinario de matrimonio en una forma extranjera es el que puede celebrarse, si se dan todas las condiciones requeridas para ello, ante una autoridad consular extranjera acreditada en España, que aplicará la ley del país al que representa en ejercicio de la regla *auctor regit actum*⁴².

61. La Ley 20/2011 establece en su art. 59.2 que el matrimonio celebrado ante autoridad extranjera (sin distinguir si el matrimonio se ha celebrado en España o en el extranjero) tendrá acceso al Registro «mediante la inscripción de la certificación correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente Ley». Lo que prevé la Ley 20/2011 sobre el acceso al Registro ya sea de documentos públicos extranjeros de carácter extrajudicial (un certificado matrimonial) o, en particular, de certificaciones de asientos extendidos en Registros (consulares en este caso) extranjeros, está recogido en los arts. 97 y 98. A lo establecido en uno u otro, según la naturaleza del documento presentado, deberá someterse la inscripción de matrimonios celebrados en España por extranjeros ante autoridad consular extranjera (véanse epígrafes 2.1.4 y 2.1.5)⁴³.

⁴² La posibilidad de celebrar lo que se denomina un «matrimonio consular» se ampara en el art. 5, letra f) del Convenio de Viena de 24 de abril de 1963, sobre relaciones consulares, que, entre otras funciones, atribuye a los cónsules la de «actuar en calidad de [...] funcionario del registro civil [...] siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor». La primera condición de validez de un matrimonio consular en España estriba, pues, en no violar lo establecido en el art. 49 del CC, que no permite que un español contraiga matrimonio en España en forma diferente a las enumeradas en dicho artículo. Una segunda condición se refiere a la necesaria pertenencia de la forma utilizada a la ley nacional de al menos uno de los contrayentes (último inciso del art. 50 del CC). Esto significa, dado que un cónsul aplicará siempre la ley de su país, que al menos uno de los contrayentes debe ser nacional del país ante cuyo cónsul se ha celebrado el matrimonio. A pesar de ello, en algún caso, por vía convencional, se ha limitado excepcionalmente el matrimonio consular a los supuestos en los que ambos contrayentes fueran nacionales del país del cónsul. Así lo establece el Convenio Consular entre España y la (entonces) República Popular de Hungría de 24 de febrero de 1982, en su art. 9.

⁴³ El requisito establecido en los arts. 97 y 98 sobre la necesaria validez conforme al ordenamiento designado por el Derecho internacional privado español del hecho o acto contenido en el documento o

62. Además del matrimonio ante autoridad consular extranjera, la generosa redacción del art. 50 del CC, permite que puedan reconocerse efectos civiles al matrimonio celebrado en una forma religiosa prevista en la ley personal del extranjero aunque no lo esté en nuestro ordenamiento (esto es, distinta de la canónica y de las contempladas en los Acuerdos de cooperación o en el art. 58 bis 2 de la Ley 20/2011) o incluso en forma no religiosa ante persona carente del carácter de autoridad pública. Lamentablemente hay una ausencia de correlato entre lo establecido en el Código Civil y la Ley 20/2011, donde falta una regulación específica sobre las condiciones de acceso al Registro de tales matrimonios. Sea como sea, los contemplados en el primer supuesto pueden encajar en la literalidad de los arts. 59.3 de la Ley 20/2011 y 63 del CC. Ambos artículos se refieren al matrimonio en forma religiosa sin distinguir entre si se trata o no de matrimonios celebrados en las formas previstas en nuestro ordenamiento. El art. 63 del CC, al que remite el art. 59.3 de la Ley 20/2011, se limita a señalar que la certificación de la Iglesia o confesión «habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil». Dado que no tendría sentido que el acceso al RC fuera más fácil en el caso de un matrimonio en forma religiosa no prevista en las leyes españolas que en el caso de un matrimonio celebrado en alguna de las formas previstas, debemos entender que en tales casos el acceso al Registro deberá seguir siendo (mientras no se apruebe el Reglamento de la Ley 20/2011) el resultado del expediente previsto en el art. 257 del Reglamento de 1958, expediente al que se refiere también, en otro contexto, el párr. 2 del art. 65 del CC, en la redacción que debe entrar en vigor junto con la Ley 20/2011. Esta última disposición, en un contexto referido a matrimonios en forma no religiosa, establece que en los casos en los que el matrimonio se hubiera celebrado ante autoridad o persona distinta a un secretario judicial, notario o encargado de un RC consular, el encargado del RC del lugar de celebración deberá comprobar que se cumplen los requisitos de validez del matrimonio «mediante el expediente correspondiente». Esta habrá de ser la vía para el acceso al Registro de los matrimonios contemplados en el segundo supuesto⁴⁴. El expediente permite comprobar si concurren en el matrimonio los requisitos de capacidad y consentimientos que exige nuestro ordenamiento, pero para su tramitación no existe una norma de competencia análoga a la existente para la tramitación del acta o expediente previo, lo que podría dar lugar a la inscripción de matrimonios celebrados en España entre personas no residentes en nuestro país. Un futuro Reglamento de la Ley 20/2011 deberá corregir tales anomalías.

en la certificación registral, debe complementarse con lo establecido en el art. 65 del CC, cuyo párr. 2, según el texto introducido por la Ley 15/2015, establece que en caso de matrimonio celebrado ante una autoridad que no sea un notario, un secretario judicial o el encargado de un RC consular (español), el encargado del Registro debe proceder «a la comprobación de los requisitos de validez, mediante el expediente correspondiente».

⁴⁴ Obviamente las normas relativas a la inscripción de documentos públicos extranjeros (art. 97 de la Ley 20/2011) no pueden ser de aplicación en supuestos en los que, por definición, no ha intervenido una autoridad extranjera con competencias análogas a las de una autoridad española.

4.2. Matrimonio de españoles celebrado en el extranjero

63. Según el art. 49 del CC, en la redacción que debe entrar en vigor simultáneamente con la Ley 20/2011, un español puede contraer matrimonio fuera de España «en la forma regulada en este Código» (en el extranjero esta posibilidad queda reducida al matrimonio celebrado ante el funcionario diplomático o consular encargado del RC en el extranjero), «en la forma religiosa legalmente prevista» y «con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración». Cambiando el orden, nos referiremos en primer lugar a los requisitos que deben concurrir para que un matrimonio celebrado en el extranjero en la forma local, en el que al menos uno de los cónyuges sea español, pueda ser inscrito en el RC español (4.2.1); seguidamente, a las condiciones de acceso al RC español en el caso de que este mismo matrimonio se hubiera celebrado en forma religiosa (4.2.2); y, por último, a ciertas peculiaridades del matrimonio consular (4.2.3).

4.2.1. *Matrimonio en la forma establecida por la ley del lugar de celebración*

64. Aunque los requisitos de capacidad y consentimiento matrimoniales son en cada caso los determinados por el ordenamiento de quien lo autoriza, existe una cuestión en la que las autoridades españolas pueden tener una intervención relevante en relación con la celebración de un matrimonio en el extranjero. Se trata de la expedición de los certificados de capacidad matrimonial contemplados en el Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980, del que España es parte desde 1988. La Ley 20/2011, que en su redacción original no hacía referencia alguna a este certificado, ha pasado a contemplarlo en el art. 58.12, introducido por la Ley 15/2015, donde se establecen las autoridades competentes y el procedimiento a seguir para su expedición⁴⁵.

65. La Ley 20/2011 trata la cuestión de la inscripción de matrimonios celebrados en el extranjero en el art. 59.2, señalando en este lugar únicamente que «el matrimonio celebrado ante autoridad extranjera accederá al Registro Civil español mediante la inscripción de la certificación correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente Ley». La Ley 20/2011 regula con carácter general en los arts. 97 y 98 los requisitos para que un documento público no judicial y, en particular, la certificación de un asiento extendido en un Registro extranjero pueda acceder al Registro español. En los epígrafes 2.1.4 y 2.1.5 hemos expuesto el contenido de estos artículos. Aquí hay que añadir únicamente que al establecerse en ellos que el hecho o acto contenido en el documento o en la certificación debe ser válido

⁴⁵ Véase también el art. 252 del RRC de 1958, la Orden del Ministerio de Justicia de 26 de mayo de 1988, *BOE* núm. 136, de 7 de junio, y la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006 [parágrafo VII, letra b)], *BOE* núm. 41, de 17 de febrero.

conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado, tal requisito supone que el encargado debe verificar que en el matrimonio celebrado en el extranjero se cumplen los mismos requisitos de fondo que se habrían exigido en el caso de que se hubiera optado por celebrarlo en España. Como consecuencia de ello, deberá comprobarse que se han respetado las normas españolas de orden público (véase al respecto la nota 31) y controlar que no se está ante un matrimonio de complacencia⁴⁶.

66. En cuanto a requisitos formales, el art. 95 requiere en principio la traducción y legalización de los documentos extranjeros, pero deja abierta la posibilidad de que el encargado del Registro pueda inscribir sin que se cumplan necesariamente estas condiciones. Por último, hay que señalar que, de conformidad con los arts. 10.1, 21.2.2 y 24.1, la inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero podrá solicitarse y, en su caso, practicarse en la Oficina Consular en cuya circunscripción se haya celebrado, en cualquiera de las Oficinas Generales o en la Oficina Central. Sorprendentemente (véase párr. 12), en el epígrafe VI de la exposición de motivos de la ley se puede leer que la inscripción de documentos extranjeros judiciales y no judiciales, así como de certificaciones extranjeras, corresponde con carácter exclusivo a la Oficina Central, lo que claramente choca con lo establecido en aquellos artículos, amén de carecer la exposición de motivos de carácter normativo.

4.2.2. *Matrimonio en forma religiosa*

67. De acuerdo con lo establecido en el art. 49 del CC, en la versión que debe entrar en vigor junto con la Ley 20/2011, los españoles pueden contraer matrimonio fuera de España «en la forma religiosa legalmente prevista». Entendiendo que las «legalmente previstas» son las descritas en el epígrafe 4.1.2, hay que señalar que tanto las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, como el art. 58 bis 2 de la Ley 20/2011, por su propio contenido se refieren exclusivamente a los celebrados en España. Quedan fuera por tanto del ámbito de aplicación de esas leyes los matrimonios celebrados fuera de este país.

68. La Ley 20/2011, al tratar de la inscripción del matrimonio religioso en su art. 59.3, se refiere expresamente al celebrado en España, sin ninguna indicación sobre el celebrado en el extranjero. De este modo, para su acceso al RC, estos matrimonios deberían poder acomodarse a lo establecido con carácter general en los arts. 97 y 98 de dicha Ley (véanse párrs. 26 y 30). Como consecuencia de ello puede afirmarse que, si bien habrá de ser perfectamente viable por la vía del art. 98 la inscripción de un matrimonio celebrado en el

⁴⁶ La Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia (véase nota anterior), dedica su epígrafe VIII precisamente a la «prueba de la simulación en la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español cuando el matrimonio ha sido celebrado en el extranjero», prescribiendo aquí también la audiencia personal, reservada y por separado, aunque el matrimonio conste en certificado expedido por una autoridad del país de celebración.

extranjero en forma religiosa que hubiera sido inscrito en un RC extranjero (lo que implica que esa forma está prevista en cualquier caso en las leyes locales), no puede decirse lo mismo de aquel que no haya sido inscrito y del que solo se disponga de un documento expedido por la autoridad religiosa. En este caso, el contenido del art. 97 (el documento tiene que haber sido otorgado por autoridad extranjera con funciones equivalentes a las desempeñadas por una autoridad española) parece que habrá de hacer inviable la inscripción.

69. Un tratamiento diferente es el que recibe el matrimonio celebrado en forma canónica. En este caso, en virtud del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre asuntos jurídicos, el Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico (véase párr. 59) sin hacer distinción alguna en relación con el lugar de celebración del matrimonio. Esta es, por tanto, la única forma «legalmente prevista» de matrimonio en forma religiosa en caso de celebrarse el matrimonio en el extranjero. Vista además la generosidad con la que el Código de Derecho Canónico regula en el canon 1.115 la competencia de ordinarios y párrocos para asistir al matrimonio, un español podrá contraer fácilmente matrimonio canónico en cualquier lugar, sea o no el de su domicilio, y este matrimonio debe tener acceso al Registro en los términos establecidos en el Acuerdo. Una interpretación literal de estos términos excluiría cualquier control de fondo si tenemos en cuenta que el art. 63 del CC, tanto en su nueva como en su antigua redacción, solo se refiere a los matrimonios celebrados en España. En la necesidad de optar ya sea *a*) por una interpretación literal del Acuerdo (que llevaría a la paradoja de que el control sobre el matrimonio canónico celebrado en el extranjero sería menor que sobre el celebrado en España), ya sea *b*) por aplicar el art. 65 del CC, que en su nueva redacción llevaría a la exigencia de comprobar los requisitos de validez mediante expediente, lo que chocaría frontalmente con el texto del Acuerdo, o bien *c*) por extender la aplicación del art. 63 a los matrimonios canónicos celebrados fuera de España, esta última opción aparece como la más razonable⁴⁷.

4.2.3. *Matrimonio consular*

70. La Ley 20/2011, en sus arts. 24.4 y 58.9 (en la redacción dada a este último por la Ley 15/2015) atribuye competencia al funcionario diplomático o consular encargado del RC para la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio cuando uno de los contrayentes resida en su circunscripción consular⁴⁸. Para verificar la capacidad matrimonial de los contrayentes y la validez de la manifestación de consentimiento el encargado del

⁴⁷ En este sentido, véase RDGRN de 17 de junio de 1991 (*BIMJ* núm. 1.611, de 15 de septiembre).

⁴⁸ La DGRN considera que incluso en los casos en los que por ser el otro contrayente nacional del país donde está acreditado el cónsul, este carece de competencia para celebrar el matrimonio, queda no obstante incólume su competencia para tramitar el expediente previo y delegar después la celebración del matrimonio en una autoridad competente para recibir la declaración de voluntad, en España o en un Consulado de España situado en otro país (Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 sobre

RC consular aplicará las mismas reglas que hemos visto en el epígrafe 4.1.1. La competencia de estos funcionarios para la celebración del matrimonio queda recogida en los núms. 1 y 9 del art. 58 (según la redacción dada a este artículo por la Ley 15/2015)⁴⁹, siendo de aplicación en todo caso las formalidades de la ley española⁵⁰. Ambas competencias aparecen también recogidas, en términos análogos, en los núms. 1 y 2 del art. 51 del CC (en la redacción que debe entrar en vigor de forma simultánea con la Ley 20/2011). La posibilidad de que el encargado de un RC consular celebrara por delegación un matrimonio cuyo expediente previo se hubiera tramitado por otra autoridad, existente en la normativa anterior a la entrada en vigor de la Ley 20/2011 y disposiciones concordantes del Código Civil, queda ahora excluida por el nuevo art. 57 del CC, que establece que el matrimonio tramitado por un funcionario diplomático o consular podrá celebrarse ante él mismo u otro distinto, o ante juez de paz, alcalde o concejal en quien este delegue, pero no contempla la posible celebración de un matrimonio consular si el expediente se ha tramitado en territorio español.

RESUMEN

LA LEY 20/2011, DEL REGISTRO CIVIL, Y SUS EFECTOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

Este trabajo se ha propuesto analizar y valorar las normas de Derecho internacional privado contenidas en la Ley 20/2011, del Registro Civil, tanto de las recogidas en el Título X, donde se regula básicamente el acceso al RC de documentos judiciales y extrajudiciales extranjeros, como de otras repartidas a lo largo de la ley. De entre estas, el estudio se centra en las que tienen por objeto el acceso al RC de las adopciones constituidas en el extranjero por autoridad extranjera y el de los matrimonios celebrados en España cuando al menos uno de los cónyuges es extranjero o de los celebrados en el extranjero cuando al menos uno de los cónyuges es español. En todos los casos el análisis y valoración de las normas de la Ley 20/2011 se lleva a cabo teniendo en cuenta su necesaria integración en el conjunto del sistema español de Derecho internacional privado.

Palabras clave: Derecho internacional privado, Registro Civil, adopción, matrimonio.

ABSTRACT

ACT 20/2011, OF THE CIVIL REGISTER, AND ITS EFFECTS ON SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

This article aims at the analysis and assessment of Private International law rules within Act 20/2011, of the Civil Register, rules under Title X, whereby access of foreign judicial

matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, epígrafe IX, último párrafo, *BOE* núm. 188, de 8 de agosto, y resoluciones allí citadas).

⁴⁹ El ejercicio de esta competencia genérica para la celebración de un matrimonio está sujeto en todo caso a las condiciones y limitaciones que pueda establecer el Estado receptor (véase nota 42).

⁵⁰ La aplicación de la ley española a la forma de los actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero queda expresamente recogida en el art. 11.3 del CC.

and extrajudicial documents to the CR is provided for, but also conflict of laws rules scattered throughout the Act. The present survey focuses on, but it is not limited to, adoptions finalized abroad by a foreign authority, as well as the recording of marriages performed in Spain where at least one of the spouses is a foreign national and marriages performed abroad where at least one of the spouses is a Spaniard. In all cases the analysis and assessment of such rules is carried out taking into account its necessary integration into the whole of the Spanish system of Private International law.

Keywords: Private International law, Civil Register, adoption, marriage.

WESTFALIA, WORLDFALIA, EASTFALIA. EL IMPACTO DE LAS TRANSFORMACIONES DE LA ESTRUCTURA DE PODER INTERESTATAL EN EL ORDEN INTERNACIONAL

Caterina GARCÍA SEGURA *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: *WESTFALIA*, *WORLDFALIA*, *EASTFALIA*.—2. LAS TRANSFORMACIONES DE LA ESTRUCTURA DE PODER INTERESTATAL.—2.1. El siglo de Asia.—2.2. ¿Qué estructura de poder interestatal?—3. LAS TRANSFORMACIONES EN EL ORDEN INTERNACIONAL.—3.1. ¿Transformación o declive del orden internacional liberal?—3.2. La evolución cosmopolita del orden liberal.—4. LAS POTENCIAS ASIÁTICAS EMERGENTES FRENTE AL ORDEN INTERNACIONAL: DE RECEPTORAS A CREADORAS DE NORMAS.—4.1. La dinámica de las normas y los roles normativos en el orden internacional.—4.2. El rol de las potencias asiáticas emergentes en los procesos normativos del orden internacional.—5. EL IMPACTO DEL ASCENSO DE CHINA SOBRE INSTITUCIONES Y NORMAS DEL ORDEN INTERNACIONAL.—5.1. China y el multilateralismo.—5.2. China y la Responsabilidad de Proteger.—6. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN: *WESTFALIA*, *WORLDFALIA*, *EASTFALIA*

Desde finales del siglo pasado el sistema interestatal asiste a cambios importantes en su estructura de poder y en algunas de las normas e instituciones del orden que pauta su funcionamiento. Tras el colapso de la Unión Soviética y el fin de la bipolaridad, el siglo XXI está viendo cómo se cumplen y se superan todas las previsiones que, desde los años ochenta, anunciaban que este sería el «siglo de Asia»¹. Que los países emergentes de Asia han aumentado sus capacidades materiales está fuera de toda duda. Hasta qué punto este traslado del centro de gravedad del sistema se traducirá en cambios en el orden internacional o en un cambio de orden

* Catedrática de Relaciones Internacionales en la Universitat Pompeu Fabra (caterina.garcia@upf.edu). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 2 de junio de 2017.

¹ En sentido amplio, la idea de Asia que inspira el concepto de «siglo asiático» incluye los diferentes subconjuntos regionales si bien el centro y el motor se identifica con Asia oriental. En cuanto a países, en base a las previsiones de crecimiento económico y demográfico, China e India, seguidos por Indonesia, son los mayores protagonistas del impulso emergente asiático.

internacional es aún una incógnita, y será la cuestión que nos ocupará en las próximas páginas. Este trabajo pretende, a partir de la constatación del auge económico de las potencias asiáticas, aprehender la relación mutuamente constituyente entre poder y orden en la sociedad internacional contemporánea. En concreto estudiará la relación entre los cambios en la estructura de poder interestatal y la transformación de algunas de las normas e instituciones del orden internacional contemporáneo. Lo hará en línea con los trabajos que, de la mano del constructivismo, han propuesto un «giro ideacional», de «retorno a las normas», recuperando algunas de las preocupaciones tradicionales de las Relaciones Internacionales y dando espacio a las cuestiones ideacionales que habían permanecido marginadas por una sobrevaloración de las materiales². La pregunta a la que pretende responder es si la nueva posición de las potencias asiáticas emergentes en la jerarquía de poder interestatal está generando cambios normativos en el orden liberal liderado por Estados Unidos³ y, en caso afirmativo, en qué dirección avanzan.

En el marco de las reflexiones sobre la rivalidad entre Estados Unidos y China y, de manera más amplia, entre Occidente y las potencias asiáticas emergentes, este trabajo analiza la interrelación constitutiva entre poder y orden: cómo se traduce el crecimiento económico de las potencias asiáticas emergentes en poder político y normativo, y cómo impacta sobre el orden internacional contemporáneo. Frente a las voces alarmistas que acusan a las potencias asiáticas emergentes de querer subvertir el orden internacional contemporáneo y que vaticinan que el orden post-occidental será un orden asiático, la hipótesis que defiende es que esta afirmación dista de ajustarse a la realidad. Por una parte, las potencias asiáticas han demostrado ser defensoras acérrimas del principio organizativo básico de las estructuras constitucionales del orden internacional⁴, la soberanía estatal en clave *westfaliana*, mientras que las potencias tradicionales, al menos a nivel discursivo, han ido admitiendo su evolución en pro de principios de inspiración cosmopolita⁵. Por otra, si bien están ejerciendo una acción transformadora o moldeadora sobre algunas instituciones, como el multilateralismo, generando su propia versión, no proponen sustituir las existentes.

² FINNEMORE, M. y SIKKINK, K., «International Norm Dynamics and Political Change», *International Organization*, vol. 52, otoño 1998, núm. 4, pp. 887-917, p. 888.

³ IKENBERRY, G. J., *Liberal order and Imperial Ambition*, Cambridge, Polity Press, 2004.

⁴ REUS-SMIT, C., «The Constitutional Structure of International Society and the Nature of Fundamental Institutions», *International Organization*, vol. 51, 1997, núm. 4, pp. 555-589.

⁵ Algunos de los últimos acontecimientos políticos internacionales (populismos, nacionalismos excluyentes, Brexit, *Trumpism*) ponen de manifiesto la debilidad del giro cosmopolita de la sociedad internacional. Como hemos defendido anteriormente, el cosmopolitismo contemporáneo es un *cosmopolitismo blando o suave* que se caracteriza «por un *décalage* entre su defensa retórica y su plasmación en normas concretas y por la concepción del *corpus* cosmopolita más como ideal o fuente de inspiración que como guía programática». GARCÍA SEGURA, C., «Introducción», en GARCÍA SEGURA, C. (dir.), *La tensión cosmopolita. Avances y límites en la institucionalización del cosmopolitismo*, Madrid, Tecnos, 2016, pp. 13-19, p. 16. Sobre las contradicciones del cosmopolitismo, véase HELD, D., *Cosmopolitismo. Ideales y realidades*, Madrid, Alianza Editorial, 2010.

En cuanto al orden internacional este trabajo defenderá que es más permanente que la hegemonía que lo creó⁶. A pesar de las transformaciones en curso, el orden de *Westfalia* —en su versión evolucionada, el orden liberal— sigue vigente, *Worldfalia* es un proyecto y *Eastfalia* es un desafío más retórico que real. Entendemos por *Westfalia* el orden que ha desarrollado los principios, normas e instituciones que han consagrado el sistema de Estados soberanos. Sin alterar el principio organizativo, en terminología de Christian Reus-Smit, o la fuente del orden, en terminología de John Ikenberry, el orden *westfaliano* ha ido evolucionando hacia el orden liberal, capitaneado en el siglo XIX por Gran Bretaña y en el siglo XX por Estados Unidos. Utilizamos *Worldfalia* para referirnos al «nuevo modelo de orden internacional, que aún no existe como tal, pero que se deja entrever en la evolución de algunos debates normativos de la sociedad internacional»⁷. Coincide parcialmente con la última fase en la evolución del proyecto liberal identificada por John Ikenberry, caracterizada por la adopción de una agenda de defensa de los derechos humanos, representada por la norma emergente de la Responsabilidad de Proteger (RdP)⁸. La deriva cosmopolita de *Worldfalia* está liderada sobre todo por algunas organizaciones internacionales y por actores de la sociedad civil global, mientras que los Estados responden a las presiones de los actores líderes articulando una narrativa cosmopolita. Sin embargo, en la práctica permanecen anclados en *Westfalia* y, mayoritariamente, se resisten a formalizar sus compromisos en normas e instituciones de carácter vinculante. Finalmente, *Eastfalia* es un término que se refiere al hipotético orden internacional que se erigiría sobre la preponderancia de Asia como centro de poder mundial y pivotaría alrededor de principios y prácticas de origen asiático. Por extensión, se utiliza tanto para referirse al nuevo protagonismo asiático en las relaciones internacionales como a la perspectiva asiática ante el Derecho internacional y las instituciones internacionales⁹.

Para aprehender la naturaleza de todos estos procesos el trabajo analizará, en primer lugar, las transformaciones materiales de la estructura del poder interestatal. En segundo lugar, considerará la transformación del orden internacional liberal. En tercer lugar, estudiará el posicionamiento de las potencias asiáticas emergentes respecto del orden internacional y su transformación pasando de ser receptoras a creadoras de normas. En cuarto lugar, analizará el impacto del ascenso de Asia sobre la institución del multilateralismo y la norma de la RdP.

⁶ KEOHANE, R. O., *After Hegemony. Cooperation and Discord in World Political Economy*, Princeton, Princeton University Press, 1984; IKENBERRY, G. J. (ed.), *Power, Order, and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

⁷ GARCÍA SEGURA, C., *op. cit.*, nota 5, pp. 15-16.

⁸ IKENBERRY, G. J., *op. cit.*, nota 6, p. 95.

⁹ Término acuñado por: KIM, S. W., *Eastphalia Rising: An Enquiry into the Emergence of Asian Perspective on International Law and Global Governance*. Tesis doctoral, Indiana University, 2008. Cit. por GINSBURG, T., «Eastphalia and Asian Regionalism», *University of California Davis Law Review*, vol. 44, 2011, núm. 3, pp. 859-877, p. 859. KIM, S. W., FIDLER, D. P. y GANGULY, S., «Eastphalia Rising? Asian Influence and the Fate of Human Security?», *World Policy Journal*, vol. 26, 2009, núm. 2, pp. 56-64.

2. LAS TRANSFORMACIONES DE LA ESTRUCTURA DE PODER INTERESTATAL

2.1. El siglo de Asia

«El crecimiento de Asia está cambiando el mundo. Es el hecho distintivo del siglo XXI, el siglo de Asia»¹⁰. Esta cita refleja un hecho empíricamente observable e indiscutido: el centro del poder económico mundial se está desplazando hacia Asia¹¹.

Las proyecciones económicas actuales esbozan un futuro en el que China e India (*Chindia*)¹² serán las mayores economías. En 2050 China será la mayor economía mundial, India superará a Estados Unidos, que pasará al tercer puesto, e Indonesia ocupará el cuarto. El siglo asiático será liderado por siete países —China, India, Indonesia, Japón, Corea del Sur, Malasia y Tailandia— que en 2050 representarán el 50 por 100 del PNB mundial (un 20 por 100 del cual corresponderá a China) y el 90 por 100 del PNB de Asia¹³. El crecimiento asiático se acompañará de una caída de las posiciones de Europa y Estados Unidos (15 y 12 por 100 del PIB mundial respectivamente)¹⁴. Los analistas estadounidenses asumen el declive de Estados Unidos aunque apuntan que el país continuará siendo el más poderoso porque en ningún escenario plausible otra potencia podrá desplegar la misma panoplia de poder¹⁵.

Mayores dudas plantea el modelo de la nueva configuración del poder mundial a la que dará lugar el presente desplazamiento del poder Euro-Atlántico hacia Asia y los efectos que tendrá sobre el conjunto. Algunas prospectivas anuncian una mayor incertidumbre, peligros de fragmentación y un vacío de gobernanza. Otras condicionan el éxito asiático a que China e India abandonen la sospecha mutua y la competición estratégica y se conviertan en colaboradoras. De no lograrlo, Estados Unidos seguiría siendo indispensable para el equilibrio de poder regional, aceptado por India, Japón y otros países del sudeste asiático como contrapeso imprescindible de China¹⁶.

¹⁰ AUSTRALIAN GOVERNMENT, *Australia in the Asian Century. White Paper*, Canberra, Department of the Prime Minister and Cabinet, 2012.

¹¹ BORTHWICK, M., *Pacific Century: The Emergence of Modern Pacific Asia*, Boulder, Westview Press, 1998; HSIUNG, J. C., *Twenty-First Century World Order and the Asia Pacific*, Nueva York, Palgrave, 2001; SOON, L. T. y SURYADINATA, L. (eds.), *Moving into the Pacific Century: the Changing Regional Order in the Asia-Pacific*, Singapur, Heinemann Asia, 1988.

¹² VASCONCELOS, A. (ed.), *Citizens in an Interconnected and Polycentric World. Global Trends 2030*, París, EU ISS, 2011, pp. 116-117.

¹³ PRICE WATERHOUSE COOPERS, *The Long View. How will the global economic order change by 2050?*, Londres, PWC, 2017, pp. 39 y ss.

¹⁴ *Ibid.*, p. 16.

¹⁵ NATIONAL INTELLIGENCE COUNCIL, *Global Trends 2030: Alternative Worlds*, Washington DC, NIC, 2012.

¹⁶ VASCONCELOS, A., *op. cit.*, nota 12, p. 107.

Otras consideraciones conducen a análisis menos pesimistas o radicales. Por una parte, la difuminación de la hegemonía de Estados Unidos no implica que vaya a sustituirle, en las mismas condiciones, otra potencia hegemónica. La época en que una única superpotencia ejercía un dominio global, como en su momento hicieron Gran Bretaña y Estados Unidos, ha acabado¹⁷. El contexto actual es muy distinto a aquel en que se configuró la hegemonía estadounidense. No ha habido una gran guerra ni China tiene el ascendente sobre las grandes potencias del sistema que tenía Estados Unidos en su momento. Por otra parte, en el siglo XXI el poder económico no se convierte automáticamente en hegemonía global. La hegemonía resulta de combinar capacidades materiales, ideas e instituciones¹⁸. La influencia política no aumenta en tándem con la riqueza y el tamaño. El estatus internacional es una suma de capacidades materiales, poder blando y capacidad para forjar el consenso interno que permita una política exterior coherente¹⁹. De momento Asia aumenta sus capacidades materiales, pero Occidente retiene el control sobre ideas e instituciones. Sin embargo, el panorama podría cambiar porque las potencias asiáticas van adquiriendo conciencia de que, en un contexto de difusión del poder²⁰, el poder blando adquiere mayor relevancia. Aunque son relativamente neófitas en la construcción del poder blando, están invirtiendo intensivamente en diplomacia pública²¹. No obstante, como recoge el ranking global *The Soft Power 30*, a pesar de sus esfuerzos políticos e inversiones económicas, China e India han avanzado poco en la conquista del poder blando²². En 2016 China ocupaba la posición 28, solo dos por delante respecto a 2015 e India ocupaba la 34, también dos posiciones por delante respecto a la anterior. El poder blando también se caracteriza por su durabilidad, una vez conseguido. Así, mientras las potencias asiáticas lo intentan, Estados Unidos, a pesar de la seria erosión del poder blando sufrida a inicios de la década anterior²³, sigue ocupando el primer lugar gracias a la fortaleza de su educación superior, la producción cultural y la innovación tecnológica, capaces de compensar los desatinos de su política exterior²⁴. El atractivo del «síndrome HHMM» (*Harvard and Hollywood, McDonald's and Microsoft*)²⁵ sigue imba-

¹⁷ ACHARYA, A., *The End of American World Order*, Cambridge, Polity Press, 2014, p. 4.

¹⁸ COX, R. W., «Social Forces, States and World Orders: Beyond International Relations Theory», *Millennium*, vol. 10, 1981, núm. 2, pp. 126-155.

¹⁹ ACHARYA, A., *op. cit.*, nota 17, p. 107.

²⁰ NYE, J., «The Changing Nature of World Power», *Political Science Quarterly*, vol. 105, 1990, núm. 2, pp. 177-192.

²¹ Véase: MELLISSEN, J. y SOHN, Y., *Understanding Public Diplomacy in East Asia*, Nueva York, Palgrave/Macmillan, 2015.

²² MCGLODY, J., *The Soft Power 30. A Global Ranking of Soft Power*, Londres, Portland, 2007, disponible en: https://softpower30.portland-communications.com/wp-content/themes/softpower/pdfs/the_soft_power_30.pdf.

²³ HAURE, J. J., «Foreword. Restoring America's International leadership», en ARMITAGE, R. L. y NYE, J., *CSIS Commission on Smart Power. A smarter, more secure America*, Washington, CSIS, 2007, pp. 3-4, p. 3.

²⁴ MCGLODY, J., *op. cit.*, nota 22, pp. 38-39.

²⁵ JOFFE, J., «Who is Afraid of Mister Big?», *The National Interest*, verano 2001. Disponible en: <http://nationalinterest.org/article/whos-afraid-of-mr-big-1201>.

tible. No obstante, como el poder es complejo y difuso, el poder global estadounidense es contestado en otros frentes²⁶ y la estructura del poder mundial sigue cambiando.

2.2. ¿Qué estructura del poder interestatal?

La complejidad de las formas que adopta el poder actualmente y su difusión explica que no sea posible identificar la estructura actual con ninguno de los modelos ideales clásicos. Todas las fórmulas híbridas que han sido propuestas para describir la nueva configuración del poder interestatal, aun teniendo mayor o menor valor explicativo, son problemáticas porque adolecen de ciertas carencias: se centran en los reequilibrios del poder interestatal, obviando el poder disputado por actores no estatales; dan una imagen fija del poder, ignorando la alternancia de los ámbitos relevantes y de los recursos susceptibles de convertirse en claves del poder mundial en un mundo global; y se centran en la distribución del poder sin abordar cuestiones nucleares como la naturaleza, las fuentes y los efectos del poder²⁷.

Con el fin de integrar en un único concepto las ideas de pluralidad de actores que participan en el reparto de poder (potencias estatales y centros de poder no estatales), asimetría entre ellos (capacidades y habilidades cuantitativa y cualitativamente distintas), fragmentación (*versus* concentración) y no convertibilidad del poder (el poder en un ámbito no se transforma automáticamente en poder en otro ámbito) hemos propuesto el término de *multipolaridad compleja*²⁸. Supone ampliar el concepto de polos —tradicionalmente circunscrito a los Estados— a actores de diversa naturaleza —tradicionalmente denominados centros de poder— y admitir un equilibrio de poder mucho más complejo que el de la multipolaridad clásica.

En este contexto de multipolaridad compleja el poder interestatal cada vez pivota menos sobre el eje Euro-Atlántico y más sobre el eje Asiático-Pacífico. Muchos analistas interpretan este giro como el inicio del fin de la *Pax americana*²⁹ y el comienzo del «ascenso del resto» que conduciría a una era

²⁶ Amitav Acharya plantea que en un mundo «multiplex» para entender el poder hay que combinar cuatro dimensiones (*height, length, depth, time*) que nos informan sobre la distribución del poder, la extensión y difusión, la fortaleza y legitimidad y el origen y final en el tiempo. ACHARYA, A., *op. cit.*, nota 17, pp. 10-12.

²⁷ GARCÍA SEGURA, C., «China en las relaciones internacionales: hacia la consolidación de la multipolaridad compleja», en PELEGRÍN, A. y TORROJA, H. (eds.), *China hoy: claves para entender su posición en el tablero internacional*, Barcelona/Madrid, CEI/Marcial Pons, 2014, pp. 19-56; SANAHUJA, J. A., «¿Un mundo unipolar, multipolar o apolar? La naturaleza y la distribución del poder en la sociedad internacional contemporánea», en VVAA, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2007*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, pp. 297-384.

²⁸ GARCÍA SEGURA, C., *op. cit.*, pp. 19-56.

²⁹ BORON, T., «Towards a post-Hegemonic Age? The end of Pax Americana», *Security Dialogue*, vol. 25, 1994, núm. 2, pp. 211-221; KUPCHAN, C. A., «After Pax Americana: Benign Power, Regional Integration, and the Sources of a Stable Multipolarity», *International Security*, vol. 23, 1998, núm. 2, pp. 40-79; LAYNE, C., «This Time It's Real: The End of Unipolarity and the Pax Americana», *International Studies Quarterly*, vol. 56, 2012, núm. 1, pp. 203-213.

post-hegemónica³⁰ y a un mundo post-occidental³¹. Pero para ello, las potencias emergentes, una vez conquistados espacios materiales del poder, deben hacerse un espacio en los procesos normativos que generan, mantienen o modifican el orden internacional.

3. LAS TRANSFORMACIONES EN EL ORDEN INTERNACIONAL

3.1. ¿Transformación o declive del orden internacional liberal?

John Ikenberry plantea que a pesar de la gran transformación en la que está inmerso, «[e]l viejo orden —dirigido por Estados Unidos y sus aliados— tiene todavía una presencia predominante en el sistema global»³². Al contrario, Amitav Acharya sostiene que «[e]l orden mundial americano está llegando a su fin, esté o no América en declive»³³. Este trabajo se posiciona con Ikenberry, en la interpretación de la transformación del orden y no de su sustitución por otro de nueva creación. Las transformaciones en curso no parecen dirigirse, al menos en un futuro cercano, hacia un cambio de orden sino a cambios en el orden. No apuntan a las estructuras constitucionales³⁴ o a las normas fundamentales³⁵, sino a algunos aspectos de las instituciones fundamentales³⁶ o de los regímenes específicos³⁷.

En la actualidad hallamos signos tanto de la preeminencia de la superpotencia como de la erosión de su poder. Del mismo modo, podemos observar la erosión del orden liberal que lidera —de algunas de sus normas e instituciones— y a la vez su vigencia. Y aunque el «siglo de Asia» participa en las erosiones y transformaciones del poder estadounidense y del orden liberal, los cambios no son generados exclusivamente por las potencias asiáticas ni por las emergentes de otras regiones, ni tan solo por el conjunto de todos los actores erosionadores del orden o por los actores subversivos respecto al mismo. También los actores promotores y afianzadores³⁸ contribuyen a ellas.

³⁰ ZAKARIA, F., *The post-American World. Release 2.0*, Nueva York, WW. Norton Company, 2011.

³¹ JACQUES, M., *When China Rules the World: The End of the Western World and the Birth of a New Global Order*, Westminster, Allen Lane, 2012. Contrario a esta tesis, John Ikenberry sostiene que a pesar del claro ascenso de países no occidentales el orden liberal occidental no está en cuestión. IKENBERRY, G. J., *Liberal Leviathan: the Origins, Crisis and Transformations of the American World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2011.

³² IKENBERRY, G. J., «Introduction», en IKENBERRY, G. J., *op. cit.*, nota 6, pp. 1-16, p. 1.

³³ ACHARYA, A., *op. cit.*, nota 17, p. 2.

³⁴ REUS-SMIT, C., *op. cit.*, nota 4, pp. 566-570, p. 566.

³⁵ WIENER, A., «Contested Meanings of Norms: A Research Framework», *Comparative European Politics*, vol. 1, 2007, núm. 5, pp. 1-17, pp. 7-10.

³⁶ REUS-SMIT, C., *op. cit.*, nota 4, p. 557.

³⁷ *Ibid.*, p. 558.

³⁸ Los actores en su relación con el orden pueden ser: promotores (aceptan el orden y muestran un elevado nivel de actividad), afianzadores (aceptan el orden y muestran un bajo nivel de actividad), subversivos (rechazan el orden y muestran un elevado nivel de actividad) y erosionadores (rechazan el orden y muestran un bajo nivel de actividad). En base al nivel de actividad y al carácter, asertivo o de contestación, las categorías básicas se pueden subdividir en: líderes, promotores, afianzadores ac-

Es más, las propuestas más radicales —aquellas que de convertirse en acuerdos vinculantes y traducirse en políticas públicas afectarían a los elementos de las estructuras constitucionales— no provienen de los países emergentes asiáticos, sino de las potencias occidentales. Muchas de estas han asumido discursivamente las normas de inspiración cosmopolita impulsadas y generadas por organizaciones internacionales y actores de la sociedad civil global. Estas normas conformarían un nuevo orden (*Worldfalia*) que desafiaría algunos principios y normas de *Westfalia*. Paradójicamente, los países asiáticos, a menudo acusados de subversivos o incluso de antagonistas (líderes subversivos)³⁹, frente a ellas se convierten en Estados pro *statu quo*. Devienen afianzadores activos de las normas *westfalianas* dejando atrás su tradicional papel de afianzadores pasivos. Sería el caso, como veremos, de su posicionamiento frente a normas de carácter cosmopolita como la RdP, que podría ser interpretada como un desafío práctico, que no *de jure*, al principio *westfaliano* de soberanía. La posición de resistencia de las potencias emergentes no es meramente pasiva. Desde sus nuevas posiciones de poder formulan contrapropuestas.

El orden internacional es más estable de lo que aparentan los llamativos cambios en la estructura de poder interestatal porque las instituciones que se han formado a partir de la conjunción de ideas y capacidades materiales de los actores hegemónicos socializan al resto y ayudan a consolidarlo⁴⁰, y porque conjuga elementos de equilibrio, dominio y consentimiento⁴¹. En la actualidad, un Estado podría acumular más poder que cualquier otro Estado o actor sin que ello le brindara la oportunidad para crear unilateralmente un nuevo orden⁴². La globalización de los procesos y dinámicas internacionales, la complejidad de la interdependencia y la difusión del poder son frenos a las tentaciones hegemónicas unilateralistas.

tivos y pasivos, erosionadores activos y pasivos, subversivos y líderes subversivos. PAREJA ALCARAZ, P., *Actores y orden en las Relaciones Internacionales. El papel de la República Popular China y Japón en la construcción del orden regional de Asia oriental*. Tesis doctoral, Barcelona, UPF, 2011, pp. 56-68. Otras tipologías reducen los roles a: constructivos o cooperativos vs. destructivos o disruptivos, *statu quo* vs. revisionistas. Véase HARDIN, H., «China and the International Order», *Remarks to the Open Forum*, US Department of the State, abril, 2012. Disponible en: <https://2001-2009.state.gov/s/p/of/procltr/11589.htm>.

³⁹ GODEMET, F., *Expanded ambitions, shrinking achievements. How China sees the global order*, Policy Brief, European Council on Foreign Relations, marzo, 2017, pp. 1-16. Disponible en: http://www.ecfr.eu/page/-/ECFR204_-_EXPANDED_AMBITIONS_SHRINKING_ACHIEVEMENTS_-_HOW_CHINA_SEES_THE_GLOBAL_ORDER.pdf; SCHWELLER, R. L. y XIAOYU, P., «After Unipolarity: China's Visions of International Order in an Era of U.S. Decline», *International Security*, vol. 36, 2011, núm. 1, pp. 41-72; SUN, Y., «BRICS and China's Aspiration for the New "International Order"», *UP Front*, marzo de 2013, disponible en: <https://www.brookings.edu/blog/up-front/2013/03/25/brics-and-chinas-aspiration-for-the-new-international-order/>; ZHU, J., «Is China a challenge to the existing global order?», *Open Global Rights*, agosto de 2013, disponible en: <https://www.opendemocracy.net/openglobalrights/jiangnan-zhu/is-china-challenge-to-existing-international-order>.

⁴⁰ IKENBERRY, G. J., «The logic of order: Westphalia, liberalism and the evolution of international order in the modern era», en IKENBERRY, G. J. (ed.), *op. cit.*, nota 6, pp. 83-106, p. 89.

⁴¹ COX, R. y SINCLAIR, T. J., *Approaches to World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

⁴² IKENBERRY, G. J., *op. cit.*, nota 6, p. 99.

3.2. La evolución cosmopolita del orden liberal

Desde la década de los noventa asistimos al resurgimiento de propuestas cosmopolitas para la gobernanza de la sociedad internacional. Estas provienen de los ámbitos académico y político, si bien en este último no son los Estados sus principales promotores. Los Estados se convierten en líderes normativos presionados por actores de la sociedad civil o por organizaciones internacionales gubernamentales. El giro cosmopolita lleva a planteamientos políticos que dejan atrás las limitaciones del imaginario nacional y asumen la existencia de intereses generales de la comunidad internacional, por encima de los Estados, que deben ser protegidos de manera conjunta por los actores y autoridades de la sociedad internacional. En este sentido el cosmopolitismo es un posicionamiento político-filosófico y una concepción de la gobernanza global⁴³ que se construye socialmente alrededor de la idea de interés público global. A día de hoy, no es una realidad política consolidada, sino un conjunto de propuestas sobre la orientación que debe tomar la gobernanza global de la sociedad internacional.

De estas formulaciones surgen normas y proyectos de gobernanza cosmopolitas que pueden ser entendidos como parte de un proceso de larga duración de constitucionalización de la sociedad internacional y del Derecho internacional, que tendría como objetivo ordenarla y regularla a través de normas que limiten el poder de los Estados, reconozcan derechos y libertades a las personas, exijan responsabilidades por sus violaciones, y protejan los intereses generales de la sociedad internacional⁴⁴. El proceso de concreción del cosmopolitismo en constitucionalización está sometido a continuos vaivenes en los que los avances retóricos son sucedidos por bruscos frenazos en la esfera político-práctica⁴⁵. Por ello defendemos que estamos ante un *cosmopolitismo blando* o *suave* que concilia la preservación del Estado y sus intereses con la paulatina articulación de mecanismos e instrumentos cosmopolitas de gobernanza.

Las potencias emergentes asiáticas se significan con determinación ante esta remodelación del orden internacional gracias a su nuevo posicionamiento en la estructura de poder interestatal⁴⁶.

4. LAS POTENCIAS ASIÁTICAS EMERGENTES FRENTE AL ORDEN INTERNACIONAL: DE RECEPTORAS A CREADORAS DE NORMAS

Un orden se considera estable cuando sus estructuras constitucionales y normas fundamentales son respetadas por la mayoría de actores, incluyendo

⁴³ DELANTY, G., «The cosmopolitan imagination: critical cosmopolitanism and social theory», *British Journal of Sociology*, vol. 57, 2006, núm. 1, pp. 25-47.

⁴⁴ DUNOFF, J. L. y TRACHTMAN, J. P. (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.

⁴⁵ GARCÍA SEGURA, C., *op. cit.*, nota 5, p. 15.

⁴⁶ ACHARYA, A., *op. cit.*, nota 17, p. 10.

los más poderosos, durante la mayor parte del tiempo. La estabilidad viene favorecida por la legitimidad de la autoridad y la adaptabilidad de normas e instituciones a cambios y contestaciones. Por consolidado que esté un orden siempre hay tensiones normativas fruto de la diversidad de la sociedad internacional y del desajuste inevitable entre la generalidad de las normas y las situaciones específicas que generan disputas y argumentaciones que remodelan normas y conductas⁴⁷. La interrelación entre poder y orden es evidente pero no es una simple correlación lineal, sino una compleja confluencia de múltiples factores materiales e ideacionales. El cambio normativo es más fácil y probable cuando una norma recibe el apoyo de múltiples potencias, es compatible con normas existentes ampliamente aceptadas y puede recurrir a más precedentes —o a normas más recientes— que sus oponentes⁴⁸.

Los estudios empíricos existentes sobre el posicionamiento de algunas potencias asiáticas ante diferentes normas del orden internacional permiten, si no generalizar, sí señalar ciertas tendencias sobre los roles que desempeñan en los procesos de cambio y de contestación normativa en curso. A fin de analizar las tendencias generales, nos referiremos brevemente al proceso de construcción normativa del orden internacional.

4.1. La dinámica de las normas y los roles normativos en el orden internacional

El interés por las normas, como estándares de conducta apropiada vinculados a una identidad y consideradas instrumentos de la política mundial⁴⁹, se introdujo en la disciplina de las Relaciones Internacionales de la mano del «giro constructivista»⁵⁰. En los años noventa, la «primera ola» de estudios sobre la dinámica de las normas⁵¹ se orientó a demostrar la importancia de las normas en las relaciones internacionales, frente al predominio de la lógica del poder. Por razones pragmáticas, se apoyaban en una concepción muy estática de las mismas⁵². Matthew Hoffman lo justifica señalando que «congelaban» las normas: «Con el fin de facilitar el análisis y diálogo con otras perspectivas, las analizaban como estas lo habían hecho, como entidades re-

⁴⁷ SANDHOLTZ, W., «Dynamics of international norm change: Rules against wartime plunder», *European Journal of International Relations*, vol. 14, 2008, núm. 1, pp. 101-131, pp. 103 y ss.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 109.

⁴⁹ FINNEMORE, M. y SIKKINK, K., *op. cit.*, 1998, nota 2, p. 891.

⁵⁰ CHECKEL, J. T., «The constructivist turn in International Relations theory», *World Politics*, vol. 50, 1998, núm. 2, pp. 324-348.

⁵¹ CORTELL, A. P. y DAVIS, J. W., «Understanding the Domestic Impact of International Norms. A Research Agenda», *International Studies Review*, vol. 2, 2000, núm. 1, pp. 65-87, p. 66; HOFFMAN, M., «Norms and Social Constructivism in International Relations», en DENEMARK, R. A. y MARLIN-BENNETT, E. (eds.), *The International Studies Encyclopedia*, Nueva York, Wiley-Blackwell, 2017 (versión en línea), pp. 1-19, p. 3.

⁵² WUNDERLICH, C., «Theoretical Approaches in Norms Dynamics», en MÜLLER, H. y WUNDERLICH, C. (eds.), *Norms Dynamics in Multilateral Arms Control: Interests, Conflicts and Justice*, Athens, Georgia University Press, 2013, pp. 20-47, p. 20.

lativamente estáticas, con significados y restricciones específicos»⁵³. Aunque algunos estudios integraron el cambio, lo hicieron de una forma colateral y limitada. Sería el caso del trabajo de Martha Finnerore y Kathryn Sikkink que, a pesar de ciertas críticas, sigue siendo un referente en el estudio del ciclo normativo. Según estas autoras el ciclo de una norma se compone de tres estadios: la emergencia de la norma, su expansión (*norm cascade*) y su internalización⁵⁴. Reconociendo la utilidad de estos primeros trabajos, compartimos las críticas que se les imputan: el tratamiento de las normas como variables independientes, relativamente estáticas⁵⁵; la no consideración de la contestación al marco normativo liberal (que asume que hay unos creadores de normas y otros receptores de normas fijos que a través de la socialización se integran en la comunidad de Estados occidentales); el sesgo liberal que refleja el estudio exclusivo de la difusión de normas liberales y cosmopolitas que se presuponen universales y deja traslucir un prejuicio de fondo, según el cual existe un grupo reducido de países ilustrados y de actores transnacionales —creadores de normas liberales— y un resto no ilustrado —seguidores de normas—; y, finalmente, la asunción implícita de linealidad del progreso que trasluce la presentación de los casos fracasados de resistencia al cambio normativo⁵⁶. Es decir, son estudios que, preocupados por la conversión de los receptores tradicionales más que por la contestación, implícitamente presentan la resistencia a las normas cosmopolitas como ilegítima o inmoral⁵⁷.

Este trabajo es deudor de las aportaciones más recientes de los autores de la «segunda ola» de trabajos sobre las normas que apuntan a cuestiones específicas en torno a qué normas importan⁵⁸, y cómo, cuándo y por qué las normas cambian y hasta qué punto lo hacen⁵⁹. En primer lugar, consideramos que la etapa de emergencia de una nueva norma puede incluir la transformación de una anterior y no únicamente la creación de una norma *ex novo*. En segundo lugar, en la línea de los trabajos de Wayne Sandholtz sobre el cambio normativo y de Antje Wiener sobre la contestación⁶⁰, entendemos los sistemas normativos como sistemas dinámicos en los que las normas evolucionan

⁵³ HOFFMAN, M., *op. cit.*, nota 51, p. 3.

⁵⁴ FINNEMORE, M. y SIKKINK, K., *op. cit.*, nota 2, pp. 895 y ss.

⁵⁵ Una concepción más dinámica define el proceso normativo como aquel por el que las normas y los regímenes se forman, se difunden, se internalizan y, una vez establecidos, se transforman reforzándose, debilitándose o erosionándose. WUNDERLICH, C., *op. cit.*, nota 52, p. 24.

⁵⁶ BLOOMFIELD, A., «Norm antipreneurs and theorising resistance to normative change», *Review of International Studies*, vol. 42, 2016, núm. 2, pp. 310-333, pp. 313-314.

⁵⁷ ACHARYA, A., «How Ideas Spread: Whose Norms Matter? Norm Localization and Institutional Change in Asian Regionalism», *International Organization*, vol. 58, 2004, núm. 2, pp. 239-275, p. 242, y *Rethinking Power, Institutions and Ideas in World Politics. Whose IR?*, Nueva York, Routledge, 2014.

⁵⁸ ACHARYA, A., *Whose Ideas Matter? Agency and Power in Asian Regionalism*, Ithaca, Cornell University Press, 2009.

⁵⁹ Se consideran autores de la segunda ola, entre otros, Antje Wiener, Alan Bloomfield y Shirley Scott, Wayne Shandholtz y Amitav Acharya. CORTELL, A. P. y DAVIS, J. W., *op. cit.*, nota 51, pp. 65-68.

⁶⁰ La contestación —actividad social que implica objeción— es un elemento explicativo clave de la dinámica normativa. Engloba una gama de prácticas sociales que, discursivamente, expresan desacuerdo con las normas y que varían mucho en la modalidad que adoptan. WIENER, A., *A Theory of Contestation*, Nueva York, Springer, 2014, véase especialmente el cap. 1, pp. 1-15; SANDHOLTZ, W., *op. cit.*, nota 47.

a través de la interacción con el contexto⁶¹ y pueden transformarse a lo largo del proceso de difusión⁶². En tercer lugar, hacemos nuestros los conceptos de *anti-emprendedores normativos* (*norm antipreneurs*), adoptado por Alan Bloomfield, Shirley Scott y colaboradores, y de *resistentes creativos*, utilizado por Malcolm Campbell-Verduyn⁶³, útiles para describir las actuaciones de las potencias asiáticas. El primero describe a aquellos actores que resisten al cambio y favorecen la continuidad de las normas existentes⁶⁴ y el segundo a aquellos que, admitiendo parte del cambio propuesto por los emprendedores, contestan ciertos aspectos y proponen otras versiones del cambio a través de tácticas más «positivas» que las de los anti-emprendedores⁶⁵. Finalmente, en cuarto lugar, consideramos que el proceso normativo no es unidireccional y que los países no occidentales pueden ser más que receptores que hacen suyas las normas del orden liberal⁶⁶. Durante siglos las potencias occidentales han socializado a los Estados no occidentales, deviniendo la socialización un componente crítico del orden hegemónico. A través de ella los Estados no occidentales forjaban su identidad como miembros de la sociedad internacional, aprehendiendo normas, valores y estándares de corrección fijados por los Estados hegemónicos. Sin embargo, la socialización ya no sigue este patrón unidireccional. Es un proceso bidireccional en el que los Estados no occidentales son también agentes activos que influyen sobre el contenido y los resultados de los procesos normativos⁶⁷. El concepto de *localización* utilizado por Amitav Acharya subraya esta dinámica a la vez que explica porqué unas normas consiguen arraigar mejor que otras. La *localización* es un proceso de transmisión de ideas —sinónimo de normas— en el que los Estados periféricos toman prestadas ideas/normas sobre la autoridad y la legitimidad y las adaptan a las tradiciones y prácticas propias. Las ideas/normas que mejor encajan con las tradiciones locales son las mejor recibidas⁶⁸. La resistencia a las normas universales demuestra que existen normas regionales o locales profundamente arraigadas en los sistemas regionales y contradice la asunción liberal de que las normas universales son morales y legítimas y las regionales inmorales e ilegítimas.

⁶¹ WIENER, A., *op. cit.*, nota 35, p. 6.

⁶² BLOOMFIELD, A. y SCOTT, S. W., «Norms antipreneurs in world politics», en BLOOMFIELD, A. y SCOTT, S. W. (eds.), *Norms Antipreneurs and the Politics of Resistance to Global Normative Change*, Londres, Routledge, 2017, pp. 1-19.

⁶³ CAMPBELL-VERDUYN, M., «Additional categories of agency. “Creatives resisters” to normative change in post-crisis global financial governance», en BLOOMFIELD, A. y SCOTT, S. V., *op. cit.*, pp. 140-158.

⁶⁴ BLOOMFIELD, A. y SCOTT, S., *op. cit.*, nota 62. Alan Bloomfield distingue varios tipos de anti-emprendedores según su posición respecto a los extremos del eje cambio-resistencia normativa: emprendedores puros, emprendedores competidores, resistentes creativos y anti-emprendedores puros. BLOOMFIELD, A., «Norm antipreneurs and theorising resistance to normative change», *Review of International Studies*, vol. 42, 2016, núm. 2, pp. 310-333.

⁶⁵ CAMPBELL-VERDUYN, M., *op. cit.*, nota 63, p. 146.

⁶⁶ XIAOYU, P., «Socialization as a Two-way Process: Emerging Powers and the Diffusion of International Norms», *The Chinese Journal of International Norms*, vol. 5, 2012, núm. 4, pp. 341-367, pp. 341 y 344-345.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 348.

⁶⁸ ACHARYA, A., *op. cit.*, nota 57 (2004), p. 244.

Para explicar el rol de las potencias asiáticas emergentes en la dinámica de las normas seguiremos las premisas teóricas de Amitav Acharya, en las que se basa el proceso de *localización*. A través de él los tradicionales receptores de normas se convierten en emprendedores y construyen —o reconstruyen— activamente las ideas ajenas mediante el discurso, el encuadre, la inserción y la selección cultural, de manera que sean congruentes con las creencias y prácticas locales⁶⁹. Las premisas que lo informan son la importancia de la agencia local y la resistencia y contestación como formas legítimas y morales de contribuir al orden internacional (que constituyen de hecho la primera fase —pre-localización— del proceso de *localización*)⁷⁰. Las causas que generan la *localización* son de diversa índole: grandes crisis del sistema internacional, sean políticas (guerras) o económicas (depresiones); cambios en la distribución del poder; cambios internos (procesos de democratización); y observación de los efectos (considerados positivos) de las nuevas normas⁷¹.

4.2. El rol de las potencias asiáticas emergentes en los procesos normativos del orden internacional

En la medida en que las potencias asiáticas emergentes cambian la estructura de poder pueden retar al dominio occidental en el ámbito de las ideas y las normas⁷². William Burke-White advierte de que cuando se escribe sobre el impacto del cambio de poder mundial en el Derecho internacional, en general, se asume que el declive de Estados Unidos y el ascenso de los BRICS⁷³ tienen un efecto homogéneo y perjudicial⁷⁴. Su trabajo demuestra que no es así. Las potencias emergentes no rechazan las normas del sistema sino que articulan diferentes preferencias dentro de él que pueden desafiar la visión europea y estadounidense, o la que se supone que es esta, a menudo a través de una reafirmación del papel del Estado. Buscan cambios, acomodaciones, dentro del sistema⁷⁵. En general, aceptan los elementos centrales del orden pero rechazan las jerarquías que se dan en las instituciones del orden⁷⁶

⁶⁹ *Ibid.*, p. 245.

⁷⁰ El proceso de localización consta de cuatro fases: pre-localización (resistencia y contestación), iniciativa local (emprendeduría y contextualización), adaptación (inserción y descarte), amplificación y universalización. *Ibid.*, p. 251.

⁷¹ *Ibid.*, pp. 246-247.

⁷² McLAUCHLIN, T., «Great power accommodation and the processes of international politics», en PAUL, T. V. (ed.), *Accommodating Rising Powers. Past, present, and Future*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 293-313, p. 306; XIAOYU, P., *op. cit.*, nota 66, p. 365.

⁷³ Las siglas fueron utilizadas por primera vez en 2001 por el economista británico, entonces analista de Goldman Sachs, Jim O'Neill, para referirse a Brasil, India, Rusia y China, países que destacaban por el crecimiento espectacular de su economía. Más tarde se incluiría a Sudáfrica. O'NEILL, J., *Building Better Global Economic BRICs*, Nueva York, Goldman Sachs, Global Economics Paper, núm. 66, 30 de noviembre de 2001.

⁷⁴ BURKE-WHITE, W. W., «Power Shifts in International Law: Structural Realignment and Substantive Pluralism», *Harvard International Law Journal*, vol. 56, 2015, núm. 1, pp. 1-79, p. 2.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 5 y 7.

⁷⁶ STUENKEL, O., *Post-Western World. How Emerging Powers Are Remaking Global Order*, Cambridge, Polity Press, 2016.

y cuando se oponen a normas puntuales suelen ser propuestas normativas *post-wesfalianas*, de carácter cosmopolita⁷⁷.

El giro hacia una mayor asertividad normativa de las potencias emergentes se identifica con la actitud de China ante la crisis financiera de 2008, con el desafío de las potencias emergentes a Occidente en la Cumbre de Copenhague de 2009 y con su apuesta por convertir el Grupo de los 20 (G20) en el foro más importante de cooperación económica internacional. Cuando, afirmadas por su poder económico, se reivindican, dejan translucir una tendencia general caracterizada por la defensa de una concepción dura de la soberanía nacional, la resistencia a la delegación de autoridad a entidades supranacionales y un rechazo a la estructura liberal de gobernanza en diversos ámbitos (económico, financiero, medioambiental)⁷⁸. Así, la nueva asertividad asiática puede resultar problemática para algunos regímenes —derechos humanos, medioambiente— pero no para el orden en su conjunto⁷⁹. En realidad la oposición de las potencias emergentes a las normas de inspiración cosmopolita difiere más en la forma que en el fondo respecto a la posición de los Estados Unidos y de las potencias occidentales. Las nuevas normas cuyos actores emprendedores son, en muchas ocasiones, actores transnacionales no estatales, son lideradas discursivamente por los Estados occidentales que, a menudo, las invalidan con su práctica política⁸⁰. Juegan a la vez un rol de emprendedores y de anti-emprendedores, mientras que las potencias emergentes de Asia adoptan una posición más coherente —discurso y práctica se aproximan— y abierta, asumiendo el rol de anti-emprendedores o de resistentes creativos. Se da una situación paradójica porque, desde su nueva posición de poder, frenan algunos impulsos transformadores con propuestas alternativas. Las potencias emergentes, especialmente China, están insatisfechas con el carácter hegemónico del orden pero no están preparadas para ofrecer una visión alternativa global y viable, ni dispuestas a asumir los costes que exigiría. Centradas en sus problemas internos y conscientes de los réditos que obtienen del orden actual, optan por la «estrategia del gandul» rehuyendo grandes responsabilidades internacionales. En general, siguen un patrón de integración, participando en los regímenes internacionales y estableciendo una relación acomodaticia con la comunidad internacional. En determinados ámbitos siguen siendo receptores y continúan internalizando las normas económicas liberales⁸¹. No amenazan las reglas fundamentales del juego aunque intentan incrementar su papel como creadores-modeladores de normas. No son actores subversivos del orden vigente. Su nueva posición de poder les permite ser afianzadores activos y promotores: dejan de aceptar pasivamente y defienden activamente, oponiéndose a contestaciones cosmopolitas, centradas en el in-

⁷⁷ TERHALLE, M., *The Transition of Global Order. Legitimacy and Contestation*, Basingstoke/Nueva York, Palgrave/Macmillan, 2015.

⁷⁸ TERHALLE, M., «Reciprocal Socialization: Rising Powers and the West», *International Studies Perspectives*, vol. 12, 2011, núm. 4, pp. 341-361, p. 341.

⁷⁹ BURKE-WHITE, W. W., *op. cit.*, nota 74, p. 8.

⁸⁰ Véase GARCÍA SEGURA, C., *op. cit.*, nota 5.

⁸¹ XIAOYU, P., *op. cit.*, nota 66, pp. 356 y 360-361, y ACHARYA, A., *op. cit.*, nota 17, p. 5.

dividuo. Lo que sí contestan es el dogma de que las normas occidentales son mejores que las demás e insisten en participar en la atribución de legitimidad a las normas e instituciones del orden internacional.

El sistema jurídico internacional, flexible y resiliente, experimenta modificaciones originadas por los cambios del poder: el primero es la migración de algunos procesos normativos hacia los subsistemas, a menudo a expensas de las alternativas globales; el segundo es el pluralismo manifestado en la existencia de diferentes interpretaciones de los principios, normas e instituciones; el tercero es el refuerzo de *Westfalia* impulsado por *Eastfalia*, es decir, la defensa de una visión más estado-céntrica y tradicional del Derecho internacional que reafirma la soberanía, basa la legitimidad en los procesos e instituciones que se sustentan en la igualdad soberana y resitúa al Estado en el centro del proceso de desarrollo económico. Supone un retroceso en la individualización del Derecho internacional⁸². La incorporación de las potencias asiáticas como potencias normativas tiene consecuencias negativas, no para el orden jurídico internacional como tal, sí para el avance de *Worldfalia*.

5. EL IMPACTO DEL ASCENSO DE CHINA SOBRE INSTITUCIONES Y NORMAS DEL ORDEN INTERNACIONAL

Los cambios en el orden son más lentos que los cambios en el poder. Por ello, a pesar de los avances de los últimos años, las potencias asiáticas siguen teniendo un papel menor en cuanto a participación en las instituciones y en la creación y transformación de las normas. La región todavía presenta las ratios más bajas de aceptación de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, de membrecía de la Corte Penal Internacional, de firmas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otros tratados relativos a los Derechos Humanos, de acceso a la Organización Mundial de Comercio y de participación en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones⁸³. Simon Chesterman califica de paradójica la baja participación regional en las normas e instituciones del orden internacional dados los elevados dividendos, económicos y de seguridad, que los países asiáticos han obtenido del orden internacional contemporáneo⁸⁴.

Aun cuando Asia sigue jugando un papel secundario en el orden internacional, su reubicación en el mapa del poder mundial genera preocupación en las potencias occidentales por el impacto que pueda tener en él. Más allá de

⁸² BURKE-WHITE, W. W., *op. cit.*, nota 74, pp. 76 y ss.

⁸³ Esta tendencia se está invirtiendo en el ámbito del Derecho internacional económico, en el que las potencias asiáticas (China, India y Japón) son grandes usuarias del régimen de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio. También son líderes en la firma de Tratados Bilaterales de Inversión: el 80 por 100 de los países asiáticos ha firmado al menos uno y China es el segundo país que más ha firmado. CHESTERMAN, S., «Asia's Ambivalence about International Law and Institutions: Past, Present and Futures», *European Journal of International Law*, vol. 27, 2016, núm. 4, pp. 945-978, pp. 946-947 y 960.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 946.

las voces políticas interesadamente alarmistas y pesimistas que lo interpretan negativamente y advierten contra él, existe un consenso académico bastante generalizado que las matiza e incluso contradice⁸⁵. A grandes trazos, el consenso defiende que las potencias asiáticas emergentes no quieren subvertir el orden creando uno nuevo, sino mejorar su relación con el existente. Su nueva posición de poder les permite aspirar a una adaptación de las estructuras jurídicas e institucionales más favorable a sus intereses. Por tanto, persiguen redistribución del poder de decisión dentro del orden y reconocimiento y respeto por parte de quienes lo crearon⁸⁶.

A continuación analizaremos el impacto del cambio de poder sobre el orden a través de la posición de China ante la institución del multilateralismo y ante la norma emergente de la RdP. Su selección, frente a otras potencias asiáticas, se justifica por su mayor capacidad económica y su posición privilegiada como miembro permanente del Consejo de Seguridad (CdS). Si bien su conducta no es extrapolable a la de todos y cada uno de sus vecinos, comparte con ellos algunas preferencias y comportamientos, indicativos de tendencias regionales.

5.1. China y el multilateralismo

El multilateralismo es una forma institucional⁸⁷ del orden internacional que está transformándose, y no necesaria o exclusivamente debido a la emergencia de Asia. Si bien las transformaciones no tienen porqué implicar crisis, muchos analistas la plantean⁸⁸. La identifican con algunas instituciones multilaterales concretas (Naciones Unidas, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, etc.), tiene múltiples dimensiones (legitimidad, eficacia) y está provocada por factores y actores diversos. El impacto de la emergencia de Asia en el multilateralismo suele percibirse en términos de amenaza a la institución, pero lo cierto es que buena parte de los males que esta padece son de origen interno y anteriores al ascenso de Asia. Son sus creadores quienes la cuestionan con sus malas prácticas. Se presupone a los países asiáticos emergentes una actitud diferente de la occidental frente al multilateralismo, cuando no hay una única visión occidental. Como veremos, ni China ni Asia en general discuten la validez y vigencia de la institución y su actitud frente al multilateralismo es muy similar a la estadounidense. Am-

⁸⁵ Una notable excepción al consenso: MEARSHEIMER, J., *The Tragedy of Great Powers*, Nueva York, Norton, 2001; «China's Unpeaceful Rise», *Current History*, núm. 105, abril de 2006, pp. 160-162.

⁸⁶ NEL, P., «Redistribution and recognition: what emerging regional powers want», *Review of International Studies*, vol. 36, 2010, núm. 4, pp. 951-974.

⁸⁷ RUGGIE, J. G., «Multilateralism: the anatomy of an institution», *International Organization*, vol. 46, 1992, núm. 3, pp. 561-598. A efectos de este trabajo, utilizaremos el término tanto para referirnos a la institución como a las organizaciones internacionales multilaterales en las que se concreta.

⁸⁸ Véanse: NEWMAN, E., *A Crisis in Global Institutions? Multilateralism and International Security*, Londres, Routledge, 2007; RÜLAND, J. G., «The rise of "diminished multilateralism": East Asian and European shopping in global governance», *Asia Europe Journal*, vol. 9, 2012, núm. 2, pp. 255-270.

bas se distinguen del discurso de la Unión Europea, que no del de algunos Estados miembros⁸⁹.

Los estudios empíricos sobre la participación de China en organismos multilaterales permiten calificar su concepción del multilateralismo de flexible, instrumental y estratégica. No tiene un modelo único, sino que adopta diferentes conductas y niveles de compromiso según los ámbitos materiales y las condiciones geopolíticas y geoeconómicas del momento. China desarrolla una retórica de «multilateralista entusiasta» cuando se trata de contrarrestar el unilateralismo estadounidense o de modular el temor que provoca su ascenso⁹⁰ y la utiliza para mejorar su prestigio y estatus internacional anteponiendo las recompensas sociales a las materiales⁹¹.

A partir de los años noventa Asia ha apostado por el multilateralismo, dando lugar a un auge del regionalismo sin precedentes⁹². Han proliferado las organizaciones multilaterales regionales. China participa en ellas y las prefiere a las globales, cuando no las crea o impulsa. Esta preferencia no debe interpretarse como un freno al multilateralismo global, sino como resultado de una diversidad saludable⁹³.

Desde su creación, en pleno contexto bipolar, la República Popular China fue un país reacio al multilateralismo por identificarlo con las organizaciones controladas por Estados Unidos. Las rechazaba por considerarlas instrumentos del imperialismo⁹⁴ y también como reacción a la falta de reconocimiento por parte del bloque occidental. Su viraje hacia el multilateralismo empezó a finales de los años setenta, coincidiendo con el cambio de política exterior estadounidense hacia China y con la apertura económica promovida por Deng Xiaoping. A partir de su ingreso en Naciones Unidas desarrolló una política de compromiso básico con el multilateralismo, participando pasivamente, cumpliendo los estándares mínimos e intentando aprovechar la experiencia técnica de las organizaciones. Finalizada la guerra fría profundizó su compromiso, convirtiéndose en un miembro activo, elevando sus estándares de

⁸⁹ Estados Unidos tiene una visión instrumental del multilateralismo: acuerdos transitorios entre un grupo de Estados destinados a conseguir objetivos comunes-coyunturales. Para la Unión Europea es un fin en sí mismo, la ruta a través de la cual se favorece y se amplía la cooperación. Las potencias europeas, individualmente, no siempre se alinean con esta posición. KRAUSE, J., «Multilateralism: Behind European Views», *The Washington Quarterly*, vol. 27, 2004, núm. 2, pp. 43-59. En la práctica, unos y otros, con diferentes intensidades, se identifican con el multilateralismo suave y se comprometen con la institución la mayor parte del tiempo pero con la reserva permanente de actuar unilateralmente si es «necesario». WALLERSTEIN, I., «Soft Multilateralism», *The Nation*, 15 de abril de 2004, disponible en: <https://www.thenation.com/article/soft-multilateralism/>.

⁹⁰ DITTMER, L., «China's new multilateralism», en WU, G. y LANSDOWE, H. (eds.), *China Turns to Multilateralism. Foreign policy and regional security*, Londres, Routledge, 2008, pp. 21-33.

⁹¹ XIAOYU, L., «Social Rewards and Socialization Effects: An Alternative Explanation for the Motivation Behind China's Participation in International Institutions», *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 3, 2010, núm. 3, pp. 247-377, p. 372.

⁹² GARCÍA SEGURA, C., «El regionalismo en Asia Oriental», en SPOOR, M. y GOLDEN, S. (eds.), *Regionalismo y desarrollo en Asia. Procesos, modelos y tendencias*, Barcelona, CIDOB, 2006, pp. 15-59.

⁹³ ACHARYA, A., *op. cit.*, nota 17, pp. 105 y 110.

⁹⁴ WANG, H., «Multilateralism in Chinese Foreign Policy. The Limits of Socialization», *Asian Survey*, vol. 40, 2000, núm. 3, pp. 475-491, p. 478.

cumplimiento e internalización de las normas internacionales⁹⁵. China intensificó su relación con las organizaciones multilaterales económicas y la fue extendiendo a otros ámbitos⁹⁶. Su rol ha cambiado: su «participación cautelosa» ha evolucionado hacia el liderazgo⁹⁷.

Medida en términos cuantitativos, la participación de China, igual que la de todos los países de la región, en organismos multilaterales regionales o universales ha aumentado exponencialmente: se ha adherido a la mayoría de organizaciones internacionales económicas, y ha empezado a participar con un nivel de actividad y liderazgo relevante en las organizaciones regionales y en otros foros informales no regionales, como el G20 o las cumbres BRICS. El poder económico de China y su compromiso con el multilateralismo se ha reflejado asimismo en el aumento del presupuesto dedicado a Naciones Unidas y a las operaciones de mantenimiento de la paz, así como en el incremento de sus cuotas en las instituciones financieras. Igualmente, ha aumentado el número de cargos de responsabilidad ocupados en organizaciones internacionales⁹⁸. *Eastfalia* no reniega del multilateralismo formal e institucional de *Westfalia*.

En términos cualitativos la visión del multilateralismo de *Eastfalia* sí es diferente a la de *Westfalia*, o a una parte de ella, pero no es revolucionaria-subversiva sino *pro statu quo*. La diferencia entre enfoques del multilateralismo tiene que ver con la idiosincrasia regional, no con las transformaciones del poder. China y Asia defienden un multilateralismo suave, de acuerdo a las reglas implícitas de la llamada *Asia-Pacific way*⁹⁹, lo cual necesariamente tiene incidencia en algunos regímenes internacionales, contestando su desarrollo¹⁰⁰. La versión asiática del multilateralismo reivindica las relaciones entre actores iguales y evita la juridificación de normas y regímenes¹⁰¹. China intenta evitar o remodelar las normas de gobernanza global de contenido cosmopolita, el «nuevo multilateralismo» identificado con el «cosmopolitismo moral»¹⁰² impulsado por algunas organizaciones internacionales en diferentes ámbitos (intervención, cambio climático, finanzas).

⁹⁵ HACHIGIAN, N., CHEN, W. y BEDDOR, C., *China's New Engagement in the International System, In the ring, but punching below its weight*, Washington D. C., Center for American Progress, 2009, pp. 10-12.

⁹⁶ WU, G., «Multiples levels of multilateralism. The rising China in the turbulent world», en WU, G. y LANSDOWE, H., *op. cit.*, nota 90, pp. 267-289.

⁹⁷ XIE, Z., «The Rise of China and Its Growing Role in International Organizations», *ICCS Journal of Modern Chinese Studies*, vol. 4, 2011, núm. 1, pp. 85-96, p. 85.

⁹⁸ La aportación al presupuesto de Naciones Unidas ha pasado del 0,7 por 100 de finales del siglo XX al 3,189 en 2009; el de las operaciones de paz, de 3,14 por 100 en 2003 a 3,93 en 2010. En el FMI China es ya el tercer contribuyente, a tan solo un 1 por 100 por detrás del segundo (Japón). *Ibid.*, p. 89; GILL, B. y HUAN, C., «China's Expanding Role in Peacekeeping Operations», *SIPRI Policy Paper*, núm. 25, 2009.

⁹⁹ Es la sucesora de la *ASEAN way*. ACHARYA, A., «Ideas, identity and institution-building, From the "ASEAN way" to the "Asia-Pacific way"», *The Pacific Review*, vol. 10, 1997, núm. 3, pp. 319-346.

¹⁰⁰ CHESTERMAN, S., *op. cit.*, nota 83, pp. 31 y 39.

¹⁰¹ KEUKELEIRE, S. y HOOIJMAAIJERS, B., «The BRICS and Other Emerging Power Alliances and Multilateral Organizations in the Asia-Pacific and the Global South: Challenges for the European Union and its View on Multilateralism», *Journal of Common Market Studies*, vol. 52, 2014, núm. 3, pp. 582-599, p. 594.

¹⁰² ACHARYA, A. *op. cit.*, nota 57 (2014), p. 141.

La actuación de China en las organizaciones multilaterales es cada vez más proactiva y la mayoría de analistas la califican de eficaz. Los pequeños gestos simbólicos realizados en el momento oportuno, como no devaluar la moneda en plena crisis financiera, o la adopción de políticas que marcan una diferencia con las occidentales, como las ayudas e inversiones no condicionales en África, hacen que, de manera sutil pero creciente, las organizaciones y foros internacionales sean más favorables a las visiones chinas en temas en los que Estados Unidos y China están en desacuerdo¹⁰³.

Su nuevo papel de líder adopta diferentes versiones: activo-assertivo, elusivo y moldeador¹⁰⁴. En la primera versión actúa como una potencia pro *statu quo* activa, abandona su anterior perfil bajo y se significa políticamente aumentando su participación en las operaciones de paz, adhiriéndose al régimen de Derechos Humanos, usando más el veto en el CdS o alineándose con países condenados por las potencias occidentales (Myanmar, Zimbawe, Sudán)¹⁰⁵. En la versión elusiva del liderazgo actúa como una potencia revisionista activa situándose al margen de los regímenes multilaterales orquestados y controlados por Occidente, desarrollando, entre otras, su política de no condicionalidad de la ayuda frente a las normas del Comité de Ayuda al Desarrollo/Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico o creando la Organización para la Cooperación de Shanghái. Cuando ejerce el liderazgo modelador puede jugar ambos roles: revisionista-activa o pro *statu quo* activa. El primero se concreta, por ejemplo, en su preferencia por foros no convencionales, como el G20 o las cumbres BRICS, o en la creación de instituciones paralelas a las existentes, como el Banco Asiático de Inversión en Infraestructuras, cuando estas no le son favorables. Aunque las autoridades chinas, conscientes de la necesidad del multilateralismo no confrontacional¹⁰⁶, se han esforzado en presentarlo como una organización complementaria, no rival, de las instituciones financieras clásicas, resulta muy difícil no ver en él un instrumento de proyección de su influencia económica en Asia y una forma de escapar al control occidental. Al contrario que el G20 o las cumbres BRICS no es un modelo alternativo sino la reproducción del existente pero controlado por China.

En síntesis, el multilateralismo chino de las últimas décadas se caracteriza por: el compromiso profundo, la asertividad y la madurez, plasmados en una mayor efectividad e influencia creciente en las organizaciones internacionales; un rol activo y constructivo que, puntualmente, alterna con uno defensivo

¹⁰³ Así, frente a Estados Unidos, ha conseguido neutralizar el G20 evitando cualquier referencia a la revalorización del yuan. OLSON, S. y PRESTOWITZ, C., *The Evolving Role of China in International Institutions*, Report, Washington DC, The Economic Strategy Institute, 2011, p. 82.

¹⁰⁴ WUTHNOW, J., LI, X. y QI, L., «Diverse Multilateralism: Four Strategies in China's Multilateral Diplomacy», *Journal of Chinese Political Science*, vol. 17, 2012, núm. 3, pp. 269-290.

¹⁰⁵ HOLLAND, C., «Chinese Attitudes to International Law: China, the Security Council, Sovereignty, and Intervention», *NYU Journal of International Law and Politics Online Forum*, julio de 2012.

¹⁰⁶ WU, G. y LANSDOWE, H., «International multilateralism with Chinese characteristics. Attitude changes, policy imperatives and regional impacts», en WU, G. y LANSDOWE, H., *op. cit.*, nota 90, pp. 3-18.

para bloquear ciertas iniciativas¹⁰⁷; la ampliación de los ámbitos de participación a temas de la agenda global (medio ambiente, seguridad, energía)¹⁰⁸; la implicación selectiva¹⁰⁹; y por una gran capacidad de aprendizaje¹¹⁰.

China ha hecho del multilateralismo una dimensión más de su política exterior¹¹¹ que persigue ante todo la estabilidad¹¹², representada por los fundamentos de *Westfalia*, y la proyección de su poder creciente. La utiliza, de manera transversal, para defender sus objetivos: imponer la política de una sola China¹¹³ y frenar a Estados Unidos en Asia.

Dicho esto, el impacto de China sobre el multilateralismo como forma institucional en transformación no es muy distinto al de otras potencias. A pesar de tener relaciones históricamente muy diferentes con las principales instituciones multilaterales, todas las usan estratégicamente y las observan o eluden, excepcionalmente, en función de sus intereses. Lo problemático no es el uso estratégico, inevitable, sino la incoherencia entre la exaltación discursiva y el menosprecio político de la institución. Cuanto más implicada y comprometida está una potencia en una institución y cuanto mayor es su poder en el sistema, mayor es el impacto de su defección.

Finalmente, la influencia de China sobre algunas instituciones multilaterales concretas, algunos de sus principios y de sus políticas puede ser significativo en dos sentidos. En primer lugar, puede alterar las relaciones de poder en el seno de las organizaciones o añadir nuevos elementos a la arquitectura del sistema multilateral. Como hemos visto, China es ahora un jugador activo. Su capacidad económica y sus políticas de no injerencia y no condicionalidad la hacen un líder atractivo para muchos países del Sur global. Pero el poder estructural de la superpotencia tradicional hace que resulte difícil alterar el mecanismo de toma de decisiones en las principales organizaciones internacionales, con lo cual es probable que, sin abandonarlas, China apueste por un liderazgo paralelo en las organizaciones regionales. En segundo lugar, otra vía de impacto sobre las organizaciones multilaterales es la expansión del *modelo ASEAN* (siglas en inglés de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático) a todas aquellas que impulsa, lo que significa eludir la institucionalización y la creación de normas vinculantes y, más importante, retroceder en los intentos de creación de normas y regímenes globales de carácter cosmopolita y en la gobernanza global de los bienes públicos globales. *Eastfalia* contesta a *Wordlfalia*.

¹⁰⁷ Como algunas resoluciones estadounidenses en la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas. WUTHNOW, J., LI, X. y QI, L., *op. cit.*, nota 104, p. 281. OLSON, C. y PRESTOWITZ, C., *op. cit.*, nota 103, pp. 7-14 y 21-34.

¹⁰⁸ XIE, Z., *op. cit.*, nota 97, p. 89.

¹⁰⁹ WU, G. y LANSDOWE, H., *op. cit.*, nota 106, p. 6.

¹¹⁰ *Ibid.* Contestando a la opinión mayoritaria, Hongying Wang plantea que la participación activa de China en organizaciones multilaterales no conlleva necesariamente socialización e internalización normativa. WANG, H., *op. cit.*, nota 94, p. 487.

¹¹¹ WU, G., *op. cit.*, nota 96, p. 288.

¹¹² OLSON, C. y PRESTOWITZ, C., *op. cit.*, nota 103, p. 13.

¹¹³ *Ibid.* y WU, G. y LANSDOWE, H., *op. cit.*, nota 106, p. 11.

5.2. China y la Responsabilidad de Proteger

La contribución china a la formulación de la RdP¹¹⁴ es un ejemplo de la nueva relación de las potencias asiáticas con el consenso normativo existente en la que estas contestan el liderazgo occidental abandonando su posición de receptoras y convirtiéndose en creadoras normativas¹¹⁵, así como del proceso de *localización* por el cual los actores regionales deconstruyen y reconstruyen las normas globales hasta hacerlas compatibles con sus creencias e identidades¹¹⁶.

La RdP es significativamente relevante para la política exterior china porque afecta a los pilares básicos de su política exterior: la soberanía y la no intervención. Por ello, China ha adoptado un papel activo en su formulación, reinterpretando o limitando las propuestas iniciales, especialmente las cuestiones referidas al tercer pilar, lo que puede ser interpretado, en positivo, como un esfuerzo por hacer suya la norma¹¹⁷. El concepto alternativo «semi-oficial» de la «Protección Responsable» (PR)¹¹⁸ significa que reconoce la intervención militar no consensuada bajo el tercer pilar (responsabilidad de la comunidad internacional cuando el Estado no puede hacer frente a la RdP), bajo condiciones mucho más restringidas que las planteadas por Occidente¹¹⁹. Ciertamente que su interpretación desemboca en una versión *light* de la RdP que, interpretada en negativo, desvirtúa la idea inicial y mina la norma al reducir la acción del CdS a la resolución, caso por caso, tal como ya venía haciendo¹²⁰. Sin espacio para recorrer la evolución de la RdP apuntamos que, desde su formulación inicial en 2001 hasta la actualidad la norma ha ido evolucionando desde el extremo más duro de la normativización hasta el más blando, culminando en la eliminación de cualquier criterio preciso y vinculante sobre la intervención militar humanitaria y enfatizando el com-

¹¹⁴ No existe unanimidad sobre la consideración que debe recibir la RdP: idea-fuerza, principio emergente, norma-guía, norma. Nosotros la consideramos una norma emergente de cosmopolitismo blando o suave. GARCÍA SEGURA, C. y PAREJA ALCARAZ, P., «Naciones Unidas como potencia normativa: el papel de la organización en la construcción de la Responsabilidad de Proteger», en PONS RÀFOLS, X. (dir.), *Las Naciones Unidas desde España*, Barcelona, ANUE, 2015, pp. 361-382.

¹¹⁵ KOZYREV, V., «Harmonizing "Responsibility to protect": China's vision of a post-sovereign world», *International Relations*, vol. 30, 2016, núm. 3, pp. 328-345.

¹¹⁶ PRANTL, J. y NAKANO, R., «Global Norm Diffusion in East Asia: How China and Japan Implement the Responsibility to Protect», *International Relations*, vol. 25, 2011, núm. 2, pp. 204-223, p. 205. Los autores proponen el concepto de *bucle de retroalimentación* para referirse a la *localización* o a la socialización de doble vía.

¹¹⁷ GARWOOD-GOWERS, A., «China's "Responsible Protection" concept: re-interpreting the Responsibility to Protect (R2P) and military intervention for humanitarian purposes», *Asian Journal of International Law*, vol. 6, 2016, núm. 3, pp. 89-118, p. 91.

¹¹⁸ Aunque no ha sido adoptado como política oficial, el concepto fue presentado por el vicepresidente del China Institute for International Studies, considerado el *think tank* «oficial» del Ministerio de Asuntos Exteriores chino: RUAN, Z., «Responsible Protection: Building a Safer World», *China Daily News*, 15 de marzo de 2012.

¹¹⁹ GARWOOD-GOWERS, A., *op. cit.*, nota 117, p. 92.

¹²⁰ CHESTERMAN, S., «Leading from behind: The Responsibility to Protect, the Obama Doctrines and Human Intervention after Libya», *Ethics and International Affairs*, vol. 25, 2011, núm. 3, pp. 279-285, p. 280.

promiso con la prevención¹²¹. En este proceso China y otros países no occidentales¹²², especialmente los BRICS¹²³, han jugado un papel determinante como anti-emprendedores y resistentes creativos, defendiendo la soberanía y la no injerencia, *localizando* la norma cosmopolita pero permitiendo, en definitiva, su entrada en el orden normativo internacional. China, socializada, desea integrarse en la sociedad internacional y, poderosa, bloquea el contenido cosmopolita de la norma conforme a sus intereses. Las autoridades chinas jamás se han opuesto abiertamente a la RdP. Conscientes de la importancia de construir una imagen de potencia responsable, en todas sus declaraciones en Naciones Unidas han reconocido que la soberanía implica responsabilidades internas además de derechos externos¹²⁴. Incluso cuando, ante crisis humanitarias concretas, ha rechazado apoyar resoluciones del CdS, ha justificado su acción en base al Derecho internacional y a motivos prácticos¹²⁵. Sus esfuerzos normativos han ido dirigidos a evitar la asociación entre RdP y acción coercitiva¹²⁶.

Pueden distinguirse tres fases en la relación de China con la RdP. En una primera fase de oposición (2001-2005), China resistió firmemente la formulación inicial de la RdP¹²⁷, contestando la nueva norma cual anti-emprendedor, porque chocaba con su interpretación de la soberanía y la no injerencia y porque sugería que el uso de la fuerza en intervenciones humanitarias podía ser autorizado por la Asamblea General u organizaciones regionales si el CdS se hallaba bloqueado. Beijing temía que Occidente utilizara la RdP como pretexto para un intervencionismo con objetivos estratégicos. Su resistencia fue activa, participando en los debates hasta conseguir una formulación conservadora que reducía a cuatro los supuestos de la RdP, centralizaba las decisiones en el CdS y no establecía criterios de acción generales sino que imperaba el «caso a caso»¹²⁸. En la segunda fase (2005 a 2011), Beijing abrazó cautelosamente la RdP, lo cual se tradujo en un discurso de apoyo y una práctica de freno. Defendió la primacía del primer y segundo pilares (prevención y responsabilidad del Estado y apoyo de la comunidad internacional para que el Estado pueda cumplir con sus responsabilidades) y minimizó el

¹²¹ PRANTL, J. y NAKANO, R., *op. cit.*, nota 116, p. 209.

¹²² Véase BELLAMY, A. y DAVIES, S., «The Responsibility to Protect in the Asia-Pacific Region», *Security Dialogue*, vol. 40, 2009, núm. 6, pp. 547-574.

¹²³ Véase GARCÍA SEGURA, C. y PAREJA ALCARAZ, P., «La inspiración cosmopolita de la Responsabilidad de Proteger: Construcción normativa y disensos», en GARCÍA SEGURA, C., *op. cit.*, nota 5, pp. 64-116, pp. 93-108; ROTTMAN, P., KURTZ, G. y BROCKMEIER, S., «Major powers and the constested evolution of a responsibility to protect», *Conflict, Security and Development*, vol. 14, 2014, núm. 4, pp. 355-377; ZIEGLER, C., «Critical perspectives on the Responsibility to Protect: BRICS and beyond», *International Relations*, vol. 30, 2016, núm. 3, pp. 262-277.

¹²⁴ TEIT, S., «The Responsibility to Protect and China's Peacekeeping Policy», *International Peacekeeping*, vol. 18, 2011, núm. 3, pp. 298-312, p. 304.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 302.

¹²⁶ CHEN, Z., «China and the Responsibility to protect», *Journal of Contemporary China*, vol. 25, 2016, núm. 101, pp. 686-700, p. 688.

¹²⁷ ICISS, *The Responsibility to Protect*, Ottawa, IDRC, 2001.

¹²⁸ Párrs. 138 y 139 del Documento final de la Cumbre Mundial de 2005, disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/63/PDF/N0548763.pdf?OpenElement>.

potencial del tercer pilar. No apoyó las resoluciones del CdS en los casos específicos: se abstuvo en el de Darfur (2006), en que se mencionaba por primera vez la RdP y votó en contra en los de Myanmar (2007) y Zimbabwe (2008), en que se proponían sanciones. Como afirma Sara Teitt, durante este periodo preservó los vestigios de su anterior postura de defensa acérrima de la no injerencia al tiempo que salvaba la imagen internacional, no mostrándose insensible a las atrocidades masivas¹²⁹. La tercera etapa, identificada con las crisis de Libia y Siria (2011-2012), empezó con un aparente giro hacia una interpretación más flexible de la RdP y acabó con un retroceso hacia posiciones más rígidas. Tras las críticas recibidas por su posición en la crisis de Darfur, preocupada por su imagen internacional y con intereses exteriores que exigían mayor implicación internacional, China flexibilizó su actitud en el caso de Libia. Apoyó la resolución 1970 del CdS, que invocaba la RdP del gobierno libio, y se abstuvo en la 1973 que dio lugar a la primera intervención bajo los auspicios de la RdP. Su incómoda abstención¹³⁰ se explica, más que por un cambio normativo, por la confluencia excepcional de un conjunto de circunstancias: la evidencia de los ataques del régimen libio a la población civil en Benghazi, la fragmentación del gobierno de Gadhafi y, sobre todo, el apoyo de las organizaciones regionales¹³¹. El posterior desenlace de la acción de la OTAN en Libia provocó el rechazo frontal de China que, de nuevo, endureció su posición vetando las siguientes resoluciones sobre Siria que proponían sanciones. Al contrario que Rusia, no tenía intereses estratégicos ni relaciones económicas que justificaran su apoyo al régimen sirio. Los medios de comunicación chinos se hicieron eco de las razones de fondo —su oposición a que la intervención humanitaria derivara en apoyo a un cambio de régimen— pero su argumentación formal se basó en los propósitos de la Carta de Naciones Unidas y en consideraciones pragmáticas (las sanciones no resolverían el problema)¹³².

Tras su «defección» en el caso sirio, China ha seguido contribuyendo a la modelación de la RdP a través de la propuesta de la PR. Como potencia responsable, no abandona su compromiso con la sociedad internacional sino que pretende mejorar la norma insistiendo en el sentido de la protección y poniendo límites a posibles malos usos. Brevemente, la versión china de la RdP insiste en seis aspectos: el objeto de la PR es la protección de las personas inocentes; el gobierno del Estado es el primer responsable legítimo de la protección de sus ciudadanos y solo el CdS puede, en su defecto, desempeñar esta función; los medios de protección militar deben ser estrictamente limitados y deben haberse agotado todos los medios políticos y diplomáticos; el objetivo de la protección debe ser definido (mitigar la catástrofe humanitaria), no pueden causarse mayores males ni usarse para derrocar un gobierno;

¹²⁹ TEITT, S., *op. cit.*, nota 124, p. 309.

¹³⁰ A pesar del apoyo, las declaraciones de los representantes chinos en el CdS reflejan una gran incomodidad. GARWOOD-GOWERS, A., *op. cit.*, nota 117, p. 98.

¹³¹ GARWOOD-GOWERS, A., «China and the “responsibility to Protect”: The Implications of the Libyan Intervention», *Asian Journal of International Law*, vol. 2, 2012, núm. 2, pp. 375-393.

¹³² *Ibid.*, p. 390.

los protectores deben responsabilizarse de la post-intervención; y las Naciones Unidas deben establecer mecanismos de supervisión, evaluación y rendimientto de cuentas que garanticen el buen funcionamiento de la PR¹³³. De momento, no se ha concretado cómo se operacionalizaría la PR. Pero, más allá de su eficacia, esta propuesta normativa es significativa del poder de China, de su socialización¹³⁴ y de su determinación a ser una potencia responsable. *Easfalia* defiende la esencia de *Westfalia* pero participa en la construcción de *Worldfalia*.

6. CONCLUSIÓN

En un mundo altamente interdependiente y globalizado el crecimiento económico posiciona mejor a las potencias asiáticas en el tablero del poder mundial. El ascenso de Asia desplaza a Occidente. Las potencias son fruto del orden internacional y modelan el orden internacional, lo cual no significa que un orden internacional liderado por Asia (*Eastfalia*) vaya a sustituir al liderado por Occidente (*Westfalia*). El poder estructural permite a las potencias tradicionales resistir parcialmente el envite de las nuevas. Afianzadas por su nuevo poder económico las potencias asiáticas, especialmente China, pueden dejar atrás el que ha sido hasta ahora su rol de afianzadoras pasivas del orden internacional *westfaliano*. ¿Pero quieren realmente estas potencias abandonar *Westafalia* y liderar la creación de un nuevo orden —*Eastfalia*—? Ciertamente no. Han sido grandes beneficiarias del orden actual y pretenden adaptarlo a sus nuevos objetivos, obtener mayores cuotas de poder y mayor capacidad de decisión. Su poder les permite jugar un rol activo, ser actores promotores y no agentes de las decisiones de otros.

Las potencias asiáticas han sido socializadas por el orden *westfaliano*, pero la socialización ha devenido un proceso de doble vía en que los diferentes actores se socializan mutuamente. En el plano normativo, las potencias asiáticas emergentes han dejado de ser receptoras de normas —afianzadoras pasivas o promotoras activas— para convertirse en creadoras. Su reciente asertividad se traduce en diferentes roles, según los Estados, las instituciones o las normas en cuestión: pueden crearlas, modelarlas, contestarlas, pueden ser anti-emprendedoras o resistentes-creativas.

El orden internacional contemporáneo evoluciona, muy lentamente, hacia un orden global —*Worldfalia*— que, bajo la presión de actores y au-

¹³³ GARWOOD-GOWERS, A., *op. cit.*, nota 117, pp. 100-111.

¹³⁴ Un examen detallado de las declaraciones oficiales y medios de comunicación chinos demuestra que no hay una única posición sino un rico debate, aunque, en general, los principales actores tienen una actitud positiva frente a la RdP y se muestran más sensibles a los derechos humanos y las cuestiones humanitarias. TIEWA, L. y ZHANG, H., «Debates in China about the responsibility to protect as a developing norm: a general assessment», *Conflict, Security & Development*, vol. 14, 2014, núm. 4, pp. 403-427; KOUNALALIS, M., «China's position on international intervention: A Media and journalism analysis of its case for "Sovereignty" versus "Responsibility to Protect" principles in Syria», *Global Media and China*, vol. 16, 2016, núm. 3, pp. 149-167.

toridades transnacionales, incorpora normas de espíritu cosmopolita. Los Estados las asumen a la vez que las frenan, pero no las rechazan abiertamente. Esta tensión cosmopolitismo-comunitarismo afecta a todos los Estados, sean o no potencias, sean estas nuevas o tradicionales. Las potencias emergentes no rechazan las instituciones y normas del orden internacional *westfaliano* —las adaptan— ni las del proyecto *worldfaliano* —las intentan limitar—. El análisis de la relación de China con el multilateralismo demuestra que el Asia emergente es más proclive que nunca a la institución, concretada en organizaciones regionales que siguen el *modelo ASEAN*. En las instituciones universales tradicionales, buscan aumentar su poder y si no lo consiguen optan por crear instituciones paralelas. En ningún caso reniegan del multilateralismo, sino del funcionamiento de ciertas instituciones multilaterales.

La relación de China con la norma emergente de la RdP es representativa de su nueva relación con los procesos de construcción de normas globales en los que Occidente ya no retiene el monopolio. China ha resuelto la tensión *Westfalia-Worldfalia* eliminando el componente cosmopolita en la aplicación práctica del tercer pilar pero manteniendo discursivamente el espíritu solidaria de la norma en los dos primeros pilares.

Los cambios en la estructura del poder interestatal no hacen prever la sustitución de *Westfalia* por *Eastfalia*. Asia no está dispuesta a liderar un nuevo orden y su defensa de la versión westfaliana de la soberanía y la no intervención frenan el avance de *Worldfalia*, lo que refuerza a *Westfalia*.

RESUMEN

WESTFALIA, WORLDFALIA, EASTFALIA. EL IMPACTO DE LAS TRANSFORMACIONES DE LA ESTRUCTURA DE PODER INTERESTATAL EN EL ORDEN INTERNACIONAL

El ascenso económico de Asia ha transformado la estructura del poder interestatal, desplazando a las potencias tradicionales e impactando sobre normas e instituciones del orden internacional liberal liderado por Estados Unidos y consensuado por las potencias occidentales desde el fin de la Segunda Guerra Mundial. El orden de *Westfalia* se enfrenta, a la vez, al giro cosmopolita (el proyecto de *Worldfalia*) y al envite de Asia (¿un proyecto de *Eastfalia*?). A través del análisis de la relación de China con el multilateralismo y con la Responsabilidad de Proteger el artículo defiende que las potencias asiáticas, desde sus nuevas posiciones de poder, influyen en el orden internacional, participando en los procesos de creación de normas globales y modelando las instituciones conforme a sus nuevos objetivos e intereses. Dejan de ser receptoras de normas para participar activamente del proceso jugando diferentes roles. Sus actuaciones no conducen a crear y liderar un nuevo orden *eastfaliano*. Al contrario, refuerzan los principios de *Westfalia* y aceptan el avance de normas *worldfalianas* a la par que las intentan limitar.

Palabras clave: poder, orden internacional, cosmopolitismo, multilateralismo, Responsabilidad de Proteger, *Westfalia*, *Worldfalia*, *Eastfalia*, potencias asiáticas emergentes, China.

ABSTRACT**WESTFALIA, WORLDFALIA, EASTFALIA. THE INTERNATIONAL ORDER EXPOSED TO THE TRANSFORMATIONS OF THE INTERSTATE POWER STRUCTURE**

Asia's economic rise has transformed the structure of interstate power, both partially ousting traditional powers and influencing norms and institutions of the liberal international Order envisaged by Western powers and led by the United States since World War II. The current *Westphalian* order has to face the challenge of Asia (Is there an *Eastphalian* project?) and the cosmopolitan turn (*Worldphalian* project). Through the analysis of China's relation with multilateralism and the «Responsibility to Protect», this article argues that the new power status of Asian powers allows them to influence the international order, participating in global normative processes and shaping institutions according to their goals and interests. They are no longer norm-takers but norm-makers. They actively participate in global normative processes playing different roles, but always active ones. Their actions do not create and lead a new emerging *Eastphalian* order. In contrast, they reinforce existing *Westphalian* principles and accept the progress of *Worldphalian* norms while seeking to limit them.

Keywords: power, international order, cosmopolitanism, multilateralism, Responsibility to Protect, *Westphalia*, *Worldphalia*, *Eastphalia*, Asian emerging powers, China.

LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL

Jorge E. VIÑUALES *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SÍNTESIS DE LA MATRIZ CONSUECUDINARIA IDENTIFICADA POR LA JURISPRUDENCIA.—3. DILIGENCIA DEBIDA EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN.—4. OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN DE BUENA FE.—5. EXIGENCIA DE UNA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL.—6. DESAFÍOS ACTUALES.

1. INTRODUCCIÓN

En un artículo publicado a finales del año 2008¹, concluimos que la importancia de la protección del medio ambiente había sido claramente reconocida por la jurisprudencia internacional. Sin embargo, dicho reconocimiento no había alcanzado aún un grado suficiente de detalle. En particular, en lo que llamamos la «tercera fase» de la jurisprudencia ambiental, se identificaron los avances que podían esperarse de dicha jurisprudencia en los años siguientes, entre los cuales la determinación del Derecho consuetudinario en esta materia y el reconocimiento de derechos humanos de naturaleza o de contenido ambiental².

En poco menos de diez años, la jurisprudencia ha brindado afortunadamente gran parte de los desarrollos que podían preverse en el 2008³.

* Catedrático de Derecho y Política Ambiental, Universidad de Cambridge, Reino Unido. El presente estudio fue realizado en el marco de una estada como profesor visitante en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, a inicios de 2016. Quisiera agradecerle a los colegas y amigos de dicha Facultad, y en particular al Profesor Carlos Espósito, Catedrático de Derecho Internacional Público, por la amable invitación y la generosa hospitalidad. Contacto: jev32@cam.ac.uk.

¹ VIÑUALES, J. E., «The Contribution of the International Court of Justice to the Development of International Environmental Law», *Fordham International Law Journal*, vol. 32, 2008, pp. 232-258.

² *Ibid.*, pp. 257-258.

³ Véanse además los excelentes estudios sobre el desarrollo jurisprudencial de esta rama de JUSTE RUIZ, J., «The International Court of Justice and International Environmental Law», en *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, La Haya, Asser Press, 2013, pp. 383-401; FITZMAURICE, M., «The International Court of Justice and International En-

El presente estudio tiene por objeto analizar uno de los dos componentes principales de estos desarrollos, a saber el estado actual del Derecho consuetudinario en materia de protección ambiental, a la luz de su reconocimiento jurisprudencial. Se deja de lado, por razones de espacio, el esclarecimiento de la relación entre derechos humanos y protección ambiental como tal⁴, aunque sí se tomarán en cuenta ciertos aspectos de esta relación en el análisis de las interacciones entre normas interestatales de protección ambiental y derechos humanos. Cabe resaltar, además, dos puntos. En primer lugar, a diferencia de lo que nos propusimos en nuestro texto del 2008, el presente estudio se basa en el análisis no solo de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) sino también de aquella de otros tribunales internacionales, en particular el Tribunal Internacional para el Derecho del Mar (TIDM) y los tribunales de arbitraje establecidos de conformidad con la Convención de Naciones Unidas para el Derecho del Mar (CONVEMAR)⁵. En segundo lugar, los principios en que se concentra el estudio no constituyen una mera selección dentro de la multitud de principios que podrían ser analizados, aun cuando estos hayan sido admitidos como tales por la prolífica y a veces excesivamente optimista doctrina ambientalista, sino que se estudian únicamente aquellos principios cuya base consuetudinaria no deja lugar a duda en el estado actual del Derecho internacional positivo. El análisis toma como punto de partida la jurisprudencia internacional por dos razones. Por una parte, dicha jurisprudencia ofrece un medio privilegiado de determinación de las reglas consuetudinarias, aunque técnicamente, como lo ha recalcado el reciente trabajo de codificación de la Comisión de Derecho Internacional (CDI)⁶, un análisis amplio y específico de la práctica de los Estados —presupuesto en los desarrollos jurisprudenciales— sea el único método fidedigno. Por otra parte, el reconocimiento jurisprudencial ocupa un papel eminente en la práctica del contencioso internacional, por lo cual es legítimo referirse a dicho reconocimiento de modo prioritario.

Dentro de estos parámetros, el presente estudio se concentra en los tres principios u obligaciones principales en materia de protección ambiental, a saber: el principio de prevención en el marco de la diligencia debida, la obligación de cooperación y la exigencia de una evaluación de impacto ambiental. En la primera sección, se brinda una síntesis de la matriz consuetudinaria de la protección ambiental identificada por la jurisprudencia. Se analizan

vironmental Law», en TAMS, C. y SLOANE, R. (eds.), *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford University Press, 2013, cap. 15, y BOYLE, A. y HARRISON, J., «Judicial Settlement of International Environmental Disputes: Current Problems», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, 2013, pp. 245-276.

⁴ Véanse DUPUY, P.-M. y VIÑUALES, J. E., *International Environmental Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, capítulo 10, y BOYLE, A., «Human Rights and the Environment: Where Next?», *EJIL*, vol. 23, 2012, pp. 613-642.

⁵ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, 10 de diciembre de 1982, 1834 UNTS 371.

⁶ Véanse los cuatro informes presentados por el Relator Especial, Sir Michael Wood, sobre la cuestión de la identificación del Derecho consuetudinario internacional, disponibles en la Guía Analítica de la CDI: véase http://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml (consultada el 15 de enero de 2017).

luego cada uno de los tres principios que conforman dicha matriz así como sus interrelaciones. Se concluye con una breve referencia a ciertas dificultades que se plantean actualmente a nivel teórico y práctico en esta materia.

2. SÍNTESIS DE LA MATRIZ CONSUECUDINARIA IDENTIFICADA POR LA JURISPRUDENCIA

En el marco de los litigios entre Costa Rica y Nicaragua relativos a diversas actividades en el río San Juan, decididos de modo acumulado por la CIJ en su decisión del 16 de diciembre de 2015, la CIJ sintetiza en un párrafo la matriz consuecudinaria de las normas internacionales de protección ambiental:

«to fulfil its obligation to exercise due diligence in preventing significant transboundary environmental harm, a State must, before embarking on an activity having the potential adversely to affect the environment of another State, ascertain if there is a risk of significant transboundary harm, which would trigger the requirement to carry out an environmental impact assessment [...] If the environmental impact assessment confirms that there is a risk of significant transboundary harm, the State planning to undertake the activity is required, in conformity with its due diligence obligation, to notify and consult in good faith with the potentially affected State, where that is necessary to determine the appropriate measures to prevent or mitigate that risk»⁷.

Este párrafo es particularmente útil porque al mismo tiempo: i) identifica las normas a las que se les reconoce valor consuecudinario (la exigencia de diligencia debida de modo amplio así como en el marco del principio de prevención, y sus expresiones procedimentales, a saber la obligación de cooperación de buena fe, en particular por medio de la notificación y la consulta, y la exigencia de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental), y ii) se refiere a los precedentes jurisprudenciales en los que la base consuecudinaria ha sido reconocida con anterioridad, en particular la decisión de la CIJ en el caso de las *Papeleras en el Río Uruguay*, entre Argentina y Uruguay⁸, decisión que, a su vez, se refiere a diversas decisiones anteriores⁹, prueba de las raíces

⁷ *Certain activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Construction of a road in Costa Rica along the river San Juan (Nicaragua v. Costa Rica)*, *Judgment of 16 December 2015*, párr. 104 (en adelante, *Costa Rica v. Nicaragua*).

⁸ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, *ICJ Reports 2010*, p. 14, párr. 101 (relaciones entre la diligencia debida y la prevención); párr. 102 (obligación de cooperación como expresión de la prevención); párrs. 144-146 (obligación de cooperación de buena fe, en particular en relación con el desarrollo de las consultas entre Estados potencialmente afectados); y párr. 204 (evaluación previa de impacto ambiental) (en adelante, *Papeleras en el Río Uruguay*).

⁹ *Corfu Channel Case*, *Judgment of 9 April 1949*, *ICJ Reports 1949*, p. 4, p. 22 (referencia a la diligencia debida del Estado fuera del marco ambiental) (en adelante, *Estrecho de Corfú*); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion*, *ICJ Reports 1996*, p. 226, párr. 29 (reconocimiento del carácter consuecudinario del principio de prevención del daño ambiental) (en adelante, *Legalidad de las Armas Nucleares*); *Nuclear Tests (Australia v. France) (New Zealand v. France)*, *Judgments*, *ICJ Reports 1974*, p. 268, párr. 46 y p. 473, párr. 49 (buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales) (en adelante, *Ensayos Nucleares*); *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras)*,

profundas de las normas identificadas. Estos precedentes serán analizados en relación con cada una de las normas mencionadas.

Aspectos de dicha matriz también han sido reconocidos específicamente en el ámbito del Derecho del mar por la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del TIDM¹⁰, el TIDM mismo¹¹, así como por un tribunal de arbitraje¹² constituido según el Anexo VII de la CONVEMAR. Cabe resaltar que en el caso *Filipinas c. China*¹³, así como en una ordenanza sobre medidas cautelares y en una opinión consultiva adoptadas por el TIDM¹⁴, la aplicación de las normas consuetudinarias de protección ambiental fue afirmada a pesar de que el título y los derechos soberanos sobre ciertos espacios marítimos fuesen litigiosos. La protección del medio ambiente es un deber objetivo que incumbe a todos los Estados. La aplicación de las normas ambientales recogidas en la Parte XII de la CONVEMAR no depende de cuestiones de soberanía o de derechos soberanos¹⁵. *A fortiori*, la aplicación de las normas

Jurisdiction and Admissibility, Judgment, ICJ Reports 1988, p. 105, párr. 94 (buena fe) (en adelante, *Nicaragua c. Honduras*); y *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment, ICJ Reports 1969*, p. 47, párr. 85 (obligación de negociar de buena fe) (en adelante, *Plataforma Continental del Mar del Norte*).

¹⁰ *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area, Advisory Opinion of 1 February 2011, ITLOS Case No. 17*, párrs. 131-135 (donde se afirma que el principio de precaución puede ser considerado como una expresión de la obligación de diligencia debida e inclusive se sugiere su carácter consuetudinario independiente), y párr. 145 (carácter consuetudinario de la obligación de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental, inclusive más allá de un contexto transfronterizo) (en adelante, *Actividades en la Zona*).

¹¹ *The MOX Plant Case, Ireland v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Provisional Measures, ITLOS Case No. 10, Order of 3 December 2001*, párr. 82 (donde se afirma el carácter consuetudinario de la obligación de cooperación) (en adelante, caso *MOX Plant*); *Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean (Ghana/ Côte d'Ivoire), ITLOS Case No. 23, Order of 25 April 2015*, párrs. 71 y 73 (donde se afirma el carácter consuetudinario del principio de prevención y de la obligación de cooperación) (en adelante, *Costa de Marfil c. Ghana*); y *Request for an Advisory Opinion Submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC), Advisory Opinion of 2 April 2015, ITLOS Case No. 21*, párr. 140 (donde se reafirma la base tanto convencional como consuetudinaria de la obligación de cooperación con referencia al caso *MOX Plant*) (en adelante, *Opinión Consultiva sobre las Pesquerías*).

¹² *South China Sea Arbitration before an Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Republic of the Philippines v. People's Republic of China), PCA Case No. 2013-19, Award of 12 July 2016*, párr. 941 (donde se vincula el contenido de la obligación de prevención del art. 192 de la CONVEMAR al Derecho consuetudinario ambiental); párrs. 946 y 984-985 (donde se hace referencia a los arts. 197 y 123 de la CONVEMAR relativos a la cooperación, inclusive en el ámbito de mares cerrados o semi-cerrados); y párrs. 947-948 (donde se hace referencia a los arts. 204 a 206 en relación con la obligación de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental, sin limitación al contexto transfronterizo, y se la vincula al Derecho consuetudinario) (en adelante, *Filipinas c. China*).

¹³ *Filipinas c. China*, párr. 927.

¹⁴ *Costa de Marfil c. Ghana*, párrs. 68-73 (de los que se deduce que el principio de prevención y la obligación de cooperación se aplican independientemente del carácter litigioso del área marítima en cuestión); y *Opinión Consultiva sobre las Pesquerías*, párrs. 111 y 120 (donde se afirma que la obligación formulada en el art. 192 de la CONVEMAR se aplica independientemente del tipo de espacio marítimo).

¹⁵ *Filipinas c. China*, párr. 940 («At the outset, the Tribunal notes that the obligations in Part XII apply to all States with respect to the marine environment in all maritime areas, both inside the national jurisdiction of States and beyond it. Accordingly, questions of sovereignty are irrelevant to the application of Part XII of the Convention»).

consuetudinarias en materia ambiental de contenido similar o más amplio no puede estar supeditada a dichas cuestiones.

3. DILIGENCIA DEBIDA EN EL MARCO DEL PRINCIPIO DE PREVENCIÓN

La formulación del principio de prevención que ha sido consagrada por la jurisprudencia es aquella de los principios 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano¹⁶ y 2 de la Declaración de Río:

«De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus propias políticas ambientales y de desarrollo, y la responsabilidad de velar por que las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional»¹⁷.

Esta formulación, posterior a la primera afirmación del principio en el caso de la *Fundición de Trail*¹⁸, ha sido amplia y sistemáticamente reconocida como expresión del Derecho internacional consuetudinario por la jurisprudencia internacional de diversos órganos¹⁹, entre los cuales la CIJ²⁰, el TIDM²¹ y varios tribunales de arbitraje²².

Nótese en la formulación del principio consuetudinario de prevención la *extensión espacial* de la norma, que se aplica tanto a daños al medio ambiente

¹⁶ «Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano», Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Estocolmo, 5-16 de junio de 1972 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.73.II.A.14 y corrección), cap. 1.

¹⁷ Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Río de Janeiro, 3-14 de junio de 1992, Doc. ONU A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I) (Declaración de Río), cursiva añadida (la formulación del principio 2 difiere de aquella del principio 21 de la Declaración de Estocolmo, ya que en Río se agregó la frase «y de desarrollo» luego de «políticas ambientales»).

¹⁸ *Trail Smelter, RIAA*, vol. III, pp. 1905-1982, p. 1965 («no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence») (en adelante, *Fundición de Trail*).

¹⁹ Sobre la práctica internacional y el reconocimiento jurisprudencial del principio de prevención: véase DUVIC-PAOLI, L.-A. y VIÑUALES, J. E., «Principle 2: Prevention», en VIÑUALES, J. E. (ed.), *The Rio Declaration on Environment and Development. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 107-138.

²⁰ *Legalidad de las Armas Nucleares*, párr. 29; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, ICJ Reports 1997, p. 7, párr. 140 (en adelante, *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros*); *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 101; y *Costa Rica y Nicaragua*, párrs. 104 y 118.

²¹ *Costa de Marfil c. Ghana*, párr. 71.

²² *Indus Waters Kishenganga Arbitration before the Court of Arbitration constituted in accordance with the Indus Waters Treaty 1960 between the Government of India and the Government of Pakistan signed on 19 September 1960 (Islamic Republic of Pakistan v. Republic of India)*, PCA, Partial Award of 18 February 2013, párrs. 448-450 (donde se afirma la base consuetudinaria del principio de prevención desde el caso *Fundición de Trail* y su aplicación en el marco del diferendo, aunque se lo relacione con un pretendido «principio de desarrollo sostenible») (en adelante, *Pakistán c. La India - Laudo parcial*); y *Filipinas c. China*, párr. 941.

«de otros Estados» como de «zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional» (como el alta mar, los fondos marinos de la Zona, el espacio aéreo internacional o la Antártida). La jurisprudencia lo ha reconocido desde el inicio con dicha extensión espacial²³.

Aunque la formulación aceptada del principio no emplee un adjetivo para calificar el daño ambiental, se entiende que se trata de un daño *sensible* («*significant*»)²⁴. Pero no hace falta que sea un daño grave o irreversible²⁵. Las iniciativas internacionales de codificación de esta materia optaron deliberadamente por dejar la calificación del daño abierta, para que pueda ser decidida concretamente al nivel de la aplicación de la norma²⁶.

En el caso *Filipinas c. China*, el tribunal de arbitraje se pronunció sobre el daño resultante tanto de la acción de pescadores bajo el control de China como de la construcción, directamente por parte de China, de grandes obras de infraestructura en el Mar de China Meridional. En ambos casos, el tribunal consideró el daño causado suficientemente sensible como para vulnerar el principio de prevención recogido en los arts. 192 y 194 de la CONVEMAR²⁷. En la primera situación, el tribunal observó que las actividades habían sido toleradas a pesar de que China había ratificado ciertos convenios internacionales, como el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB)²⁸ y

²³ Véanse *Legalidad de las Armas Nucleares*, párr. 29; *Opinión Consultiva sobre las Pesquerías*, párr. 120; y *Filipinas c. China*, párr. 940.

²⁴ Véase «Proyecto de artículos sobre la prevención del daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas», *Anuario CDI*, vol. II, 2.ª parte, 2001, pp. 154 y ss. (en adelante, Proyecto de artículos sobre la prevención), art. 2(a); y *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 101.

²⁵ Se exige que haya «peligro de daño grave o irreversible» en el marco del «criterio» (en inglés se habla del «*approach*») de precaución, según el principio 15 de la Declaración de Río. Véase igualmente el comentario al Proyecto de artículos sobre la prevención al art. 2, párr. 4 («[h]ay que entender que “sensible” es algo más que “detectable” pero sin necesidad de alcanzar el nivel de “grave” o “sustancial”»).

²⁶ Véase el comentario al Proyecto de artículos sobre la prevención al art. 2, párr. 4 («El término “sensible” no carece de ambigüedad, y habrá que precisarlo en cada caso en particular, lo que exigirá más consideraciones de hecho que determinaciones jurídicas»).

²⁷ *Filipinas c. China*, párr. 941 (vinculando en art. 192 de la CONVEMAR al principio consuetudinario de prevención reconocido en la opinión consultiva de la CIJ sobre la *Legalidad de la amenaza y el uso de armas nucleares*); párr. 966 (concluyendo que China toleró las prácticas de los pescadores de ciertas especies protegidas internacionalmente y, por ende, violó los arts. 192 y 194.5 de la CONVEMAR); párr. 977 (el tribunal consideró, a la luz de un estándar de *soft-law*, que en la ausencia de medidas que impidan el uso de dinamita o de cianuro como método de pesca se estarían vulnerando los arts. 192, 194.2 y 194.5 de la CONVEMAR, pero agregó que no había suficientes pruebas para concluir que China había faltado a sus deberes); y párr. 977 (el tribunal concluye que los trabajos tendientes a construir islas artificiales en siete arrecifes de las islas Spratly causaron un daño «devastador y duradero —*devastating and long-lasting*— al medio ambiente marino, en violación de las obligaciones de China conforme a los arts. 192, 194.1 y 194.5 de la CONVEMAR»). Véanse también *Pakistán c. La India - Laudo parcial*, párrs. 448-449 (afirmando la aplicación del principio consuetudinario de prevención); *Pakistán c. La India - Laudo final* (20 de diciembre de 2013), párrs. 105-116 (donde se determina la cantidad de agua del río Indo que debía acordársele a Pakistán por medio de una estimación entre los derechos convencionales de la India y, entre otros factores, la protección del medio ambiente, en aplicación del principio de prevención, y se la fija a 9 m³ por segundo en lugar de los 12 m³ por segundo necesarios para una plena protección ambiental. La diferencia puede ser considerada como un daño tolerable —o no sensible— al medio ambiente).

²⁸ Convenio sobre la Diversidad Biológica, 5 de junio de 1992, 1760 UNTS 79.

la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES)²⁹. La adopción por parte de China de legislación nacional para implementar estos instrumentos no fue considerada suficiente por el tribunal en la ausencia de iniciativas concretas tendentes a implementar dicha legislación. Por consiguiente, y a la luz de la existencia de obligaciones convencionales en materia ambiental, el tribunal concluyó que China no había cumplido con su diligencia debida³⁰. Esta conclusión sugiere la posibilidad de un vínculo jurídico, aunque no automático, entre la violación de una obligación ambiental convencional y la determinación del carácter sensible del daño. En la segunda situación (construcción de islas artificiales), el daño resultante de las obras de infraestructura fue considerado «devastador y duradero»³¹, lo que va claramente más allá del nivel requerido para calificar un daño de sensible.

Para esclarecer el nivel requerido de daño, también puede hacerse referencia a otros casos donde se evalúa la cuestión desde la perspectiva de su impacto sobre los derechos humanos de una persona física. Como menciona el comentario al trabajo de codificación de la CDI sobre la prevención del daño transfronterizo: «[e]l daño debe producir un efecto realmente perjudicial en esferas como, por ejemplo, la salud humana, la industria, los bienes, el medio ambiente o la agricultura de otros Estados. Esos efectos perjudiciales deben poder medirse con criterios reales y objetivos»³². La jurisprudencia de las cortes y comisiones regionales así como de los comités cuasi-jurisdiccionales establecidos por los tratados de derechos humanos exige un vínculo entre la degradación ambiental y la vulneración de un derecho humano³³. En el caso *López Ostra c. España*, cuya importancia para el desarrollo ulterior del contencioso ambiental ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es de conocimiento general, el TEDH consideró que una interferencia de naturaleza ambiental por parte de un tercero (humos, ruidos y malos olores emitidos por el funcionamiento de una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos) era suficientemente sensible como para constituir una violación del derecho a la vida privada y familiar, previsto en el art. 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos³⁴, aunque no lo fuese en relación con la salud de la demandante o de su familia:

«[n]aturally, severe environmental pollution may affect individuals' well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their

²⁹ Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, 3 de marzo de 1973, 983 UNTS 243.

³⁰ *Filipinas c. China*, párrs. 962-966.

³¹ *Ibid.*, párr. 977.

³² Comentario al Proyecto de artículos sobre la prevención, ad art. 2, párr. 4, cursiva añadida.

³³ Véase DUPUY, P.-M. y VIÑUALES, J. E., nota 4, *op. cit.*, pp. 320-324. Véase, por ejemplo, la exigencia de un vínculo entre la degradación ambiental y la situación individual de los demandantes en *Kyrtatos c. Grecia*, núm. 41666/98, párrs. 52-53, TEDH 2003; y *Fadeyeva c. Rusia*, núm. 55723/00, párrs. 68-70, TEDH 2005.

³⁴ Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, 4 de noviembre de 1950, 213 UNTS 221.

*private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health»*³⁵.

A *fortiori*, un nivel de interferencia susceptible de menoscabar no solo el derecho a la vida privada y familiar sino también los derechos a la salud, a la integridad física o a la vida serían más que suficientes para que el daño ambiental fuese sensible³⁶. Se debe recalcar que, en el caso *López Ostra*, el TEDH llegó a esta conclusión a pesar de que la interferencia en cuestión comportaba cierto interés público³⁷.

Otro punto de gran importancia para el funcionamiento del principio de prevención es su *relación con la diligencia debida* no solo en el plano conceptual sino también, y ante todo, en el plano propiamente jurídico. Existen dos tipos de relación. En primer lugar, la obligación general de diligencia debida tiene un ámbito de aplicación que va más allá de la materia ambiental³⁸ y recubre otras cuestiones tanto en las relaciones entre Estados como en aquellas entre un Estado y otras entidades. El principio de prevención constituye una expresión de esta norma amplia que exige un comportamiento diligente por parte de los Estados. En segundo lugar, la diligencia debida se manifiesta en el contexto específico del principio de prevención exigiendo que los Estados no solo se limiten a reparar el daño sensible causado al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional sino que también adopten, de modo proactivo, medidas de prevención de dicho daño y velen por su aplicación efectiva³⁹.

La diligencia debida en el ámbito del principio de prevención comporta tanto una *acción interna* —el adoptar medidas de prevención y el velar a su aplicación efectiva— como una *acción internacional* —las diversas expresiones de la obligación de cooperación—. En el Derecho consuetudinario internacional (distinguiéndoselo a este respecto del Derecho internacional convencional), ciertos tipos de acción preventiva por parte del Estado donde se desarrolla una actividad riesgosa solo pueden ser exigidos de modo general (es decir, sin especificación de medidas y/o procesos particulares), mientras que otros tipos de acción preventiva pueden ser exigidos de modo específico por los Estados potencialmente afectados u otros actores (*inter alia*, la evaluación de impacto ambiental, la notificación y la consulta)⁴⁰. El deber proactivo propio al principio de prevención exige ambos tipos de acción y por ende su ámbito —y los derechos correlativos que gozan los sujetos afectados— no

³⁵ *López Ostra c. España*, núm. 16798/90, párr. 51, TEDH 1994.

³⁶ Véanse *Oneryıldız c. Turquía*, núm. 48939/99, párrs. 89-90, TEDH 2004 (dimensión ambiental de la protección del derecho a la vida); *Budayeva y otros c. Rusia*, núms. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 y 15343/02, párrs. 128-137, TEDH 2008 (donde se afirma la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida de los individuos afectados por una catástrofe natural por intermedio de un deber proactivo de tomar medidas a este respecto).

³⁷ *López Ostra c. España*, núm. 16798/90, párr. 58, TEDH 1994.

³⁸ *Estrecho de Corfú*, p. 22.

³⁹ *Papelelas en el Río Uruguay*, párr. 197; *Actividades en la Zona*, párr. 117; *Opinión Consultiva sobre las Pesquerías*, párr. 131; *Pakistán c. La India - Laudo parcial*, párr. 451; y *Filipinas c. China*, párr. 941.

⁴⁰ *Costa Rica y Nicaragua*, párr. 104.

se limita a los procedimientos específicos requeridos por normas específicas de Derecho internacional consuetudinario.

La acción preventiva exigida por el principio consuetudinario de prevención puede incluir toda una serie de medidas de manejo del riesgo inherente a ciertas actividades, lo que define una de las formas de *articulación entre, por un lado, la norma consuetudinaria y, por otro lado, el Derecho interno así como el Derecho internacional convencional* del Estado bajo el control del cual se desarrolla la actividad riesgosa⁴¹. La diligencia debida en el marco del principio de prevención puede, según las circunstancias, conllevar que dicho Estado se conforme a su Derecho interno y a sus obligaciones internacionales convencionales en todo ámbito de relevancia —inclusive fuera de lo que se entiende por Derecho ambiental (por ejemplo, los derechos humanos)— para la prevención del daño sensible al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional.

Debe subrayarse, sin embargo, que el deber proactivo de prevención del daño ambiental sensible es una *obligación de medios* y no de resultado⁴². De modo más específico, no existe en Derecho consuetudinario una responsabilidad objetiva por el mero acaecimiento de un daño ambiental sensible, en la ausencia de violación de un deber. El principio de prevención solo es vulnerado si el Estado en que se desarrolla la actividad en cuestión ha faltado a su deber proactivo de prevenir el daño ambiental sensible, en sus diversas manifestaciones. Puede suceder que dicho daño ocurra a pesar del alto nivel de diligencia del Estado en cuestión, por ejemplo, cuando el daño se debiese a la acción dolosa de un tercero que, a pesar de la existencia de un marco preventivo suficiente y de su aplicación diligente, no ha podido ser prevenido.

El deber de un Estado («Estado de origen») de velar por que su territorio no sea utilizado de modo que se pueda causar un daño sensible al medio ambiente de otros Estados («Estado afectado») o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional, acarrea diversos *derechos correlativos*. En particular, el Estado afectado tiene el derecho de invocar el principio de prevención para que el Estado de origen tome, mejore o implemente efectivamente medidas preventivas para evitar que el riesgo se materialice⁴³ y,

⁴¹ Véanse *Papeleras en el Río Uruguay*, párrs. 101-102 (donde se vincula la obligación consuetudinaria al sistema convencional de gestión del río Uruguay); y *Actividades en la Zona*, párrs. 117-120 y 127-150 (donde se vincula las obligaciones consuetudinarias de diligencia debida en el marco del principio de prevención, cooperación y evaluación de impacto ambiental al sistema de la CONVEMAR y a las reglas de la Autoridad de Fondos Marinos). Véanse, igualmente, la *Opinión Consultiva sobre las Pesquerías*, párrs. 131-140 (donde se vincula y se da contenido específico a la obligación de diligencia debida con base en las obligaciones convencionales de la CONVEMAR); y *Filipinas c. China*, párrs. 941-942 (donde se vinculan las normas consuetudinarias de prevención, cooperación y de evaluación de impacto ambiental al sistema de la CONVEMAR, así como al de la CBD y CITES).

⁴² *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 187; *Actividades en la Zona*, párr. 110; y *Opinión Consultiva sobre las Pesquerías*, párr. 129.

⁴³ Véase *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 197 («[i]t is an obligation which entails not only the adoption of appropriate rules and measures, but also a certain level of vigilance in their enforcement and the exercise of administrative control applicable to public and private operators, such as the monitoring

en caso de que un daño sensible haya sido causado, se cese la actividad y se repare el daño, de conformidad con las normas consuetudinarias en materia de responsabilidad internacional por hecho ilícito⁴⁴. Además, desde el punto de los individuos basados en el Estado afectado («víctimas individuales») a quienes dicho daño cree un perjuicio, se abren diversas vías de acción que son relevantes para el análisis de la interacción entre normas ambientales y derechos humanos, como, por ejemplo, la posibilidad de actuar contra el Estado afectado por haber faltado al deber de brindar protección contra terceros (incluyendo al Estado de origen o a las entidades privadas presentes en su territorio) o también contra el Estado de origen en virtud de la extensión extraterritorial del ámbito de sus obligaciones en materia de derechos humanos⁴⁵. Como se verá en las secciones siguientes, el Estado afectado también puede exigir específicamente cierta conducta del Estado de origen en materia de cooperación y de evaluación de impacto ambiental.

4. OBLIGACIÓN DE COOPERACIÓN DE BUENA FE

El principio 19 de la Declaración de Río *formula* la obligación de cooperación en el ámbito ambiental en los términos siguientes:

«Los Estados deberán *proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna* a los Estados que posiblemente resulten afectados por *actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos*, y deberán *celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe*»⁴⁶.

Los componentes de la obligación de cooperación formulada en el principio 19 han sido ampliamente reconocidos por la jurisprudencia internacional⁴⁷, en particular por la CIJ⁴⁸, el TIDM⁴⁹ y varios tribunales de arbitraje⁵⁰.

of activities undertaken by such operators, to safeguard the rights of the other party»); y *Actividades en la Zona*, párr. 117 («*due diligence*» is a variable concept. It may change over time as measures considered sufficiently diligent at a certain moment may become not diligent enough in light, for instance, of new scientific or technological knowledge. It may also change in relation to the risks involved in the activity [...] *The standard of due diligence has to be more severe for the riskier activities*»). Véase igualmente la *Opinión Consultiva sobre las Pesquerías*, párrs. 131-140.

⁴⁴ Proyecto de artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, anexo a la Resolución 56/83 de la Asamblea General, 12 de diciembre de 2001, arts. 29-31.

⁴⁵ Véase VIÑUALES, J. E., «A Human Rights Approach to Extraterritorial Environmental Protection? An Assessment», en BHUTA, N. (ed.), *The Frontiers of Human Rights. Extraterritoriality and its Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2016, capítulo 6.

⁴⁶ Declaración de Río, cursiva añadida.

⁴⁷ Sobre la práctica internacional y el reconocimiento jurisprudencial en relación con este principio: véase BOISSON DE CHAZOURNES, L. y SANGBANA, K., «Principle 19: Notification and Consultation on Activities with Transboundary Impact», en VIÑUALES, J. E., nota 19, *op. cit.*, pp. 493-507.

⁴⁸ Véanse, en orden cronológico, *Estrecho de Corfú*, p. 22; *Plataforma Continental del Mar del Norte*, párr. 85 (obligación de negociar de buena fe); *Ensayos Nucleares*, párrs. 46 y 49 (buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales); *Papeleras en el Río Uruguay*, párrs. 77 y 102 (obligación de cooperación como expresión de la prevención); párrs. 144-146 (obligación de cooperación de buena fe, en particular en relación con el desarrollo de las consultas entre Estados potencialmente afectados); y *Costa Rica y Nicaragua*, párr. 106 (obligación consuetudinaria de notificación y consulta).

(Véanse notas 49 y 50 en página siguiente)

El funcionamiento de la obligación consuetudinaria de cooperación ha sido analizado por la jurisprudencia en relación con mecanismos específicos de cooperación establecidos por vía convencional⁵¹. Dichos mecanismos suelen especificar las modalidades de los *componentes consuetudinarios* de la obligación (por ejemplo, las circunstancias que desencadenan la obligación de notificación, el contenido de las comunicaciones requeridas, sus destinatarios, el plazo, el periodo mínimo o máximo por el cual se debe desarrollar la consulta). En ciertos casos, dichos mecanismos prevén obligaciones adicionales que no poseen una base consuetudinaria como, por ejemplo, la exigencia del consentimiento del Estado afectado por la actividad en cuestión⁵². A continuación, nos concentraremos únicamente en los componentes de naturaleza consuetudinaria.

Las circunstancias susceptibles de *desencadenar la obligación* de notificación y de consulta del Estado afectado por una actividad son de diversos órdenes. En su reciente decisión en el caso entre *Costa Rica y Nicaragua*, la CIJ afirmó el principio según el cual el riesgo de daño ambiental sensible en un contexto transfronterizo, confirmado por una evaluación de impacto ambiental, desencadena la obligación de notificar al Estado afectado⁵³. También se desprende de este caso que, en la ausencia de dicho riesgo, aseverada por procedimientos internos requeridos por la diligencia debida en el marco del principio de prevención (por ejemplo, una evaluación preliminar o «*preliminary assessment*»)⁵⁴, no emerge la obligación consuetudinaria (exigible por los Estados afectados) de efectuar una evaluación de impacto ambiental o de notificar y consultar⁵⁵. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, existe una diferencia entre, por un lado, la acción preventiva requerida

⁴⁹ Caso *MOX Plant*, párr. 82 (carácter consuetudinario de la obligación de cooperación); *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, ITLOS Case No. 12, *Order of 10 September 2003*, párr. 92 (obligación de cooperación) (en adelante, *Malasia c. Singapur*); *Costa de Marfil c. Ghana*, párr. 73 (carácter consuetudinario de la obligación de cooperación); y *Opinión Consultiva sobre las Pesquerías*, párr. 140 (base consuetudinaria de la obligación de cooperación con referencia al caso *MOX Plant*).

⁵⁰ *Affaire du Lac Lanoux (France c. Espagne)*, *sentence du 16 novembre 1957*, RSA, vol. XII, pp. 281-317, p. 308, párr. 13 (existencia de una obligación de cooperación para establecer acuerdos sobre recursos compartidos) (en adelante, *Lago Lanós*); y *Filipinas c. China*, párrs. 946 y 984-985 (donde se hace referencia a los arts. 197 y 123 de la CONVEMAR relativos a la cooperación, inclusive en el ámbito de mares cerrados o semi-cerrados).

⁵¹ *Papeleras en el Río Uruguay*, párrs. 144-147 (donde se vincula la obligación consuetudinaria al sistema convencional de cooperación del Estatuto del Río Uruguay); *Opinión Consultiva sobre las Pesquerías*, párrs. 139-140 (en que se vincula la obligación consuetudinaria de cooperación al contenido específico del art. 94.6 de la CONVEMAR); y *Filipinas c. China*, párrs. 946 y 984-985 (donde se hace referencia a los arts. 197 y 123 de la CONVEMAR relativos a la cooperación, inclusive en el ámbito de mares cerrados o semi-cerrados).

⁵² *Lago Lanós*, párrs. 13 y 22 (la ausencia en Derecho internacional general, ya sea como norma consuetudinaria o como principio general del Derecho, de una norma supeditando el desarrollo de proyectos susceptibles de tener un impacto transfronterizo al consentimiento previo del Estado potencialmente afectado. Dicha exigencia solo puede existir en virtud de un tratado).

⁵³ *Costa Rica y Nicaragua*, párrs. 104, 108 y 168.

⁵⁴ *Ibid.*, párrs. 153-154.

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 108.

por el principio de prevención (por ejemplo, una evaluación preliminar), la cual no puede ser exigida de modo específico por otros Estados en Derecho consuetudinario y, por otro lado, los procedimientos específicos de acción preventiva (como la evaluación de impacto ambiental y las obligaciones de notificación y de consulta) que sí pueden ser exigidos de modo específico en virtud de normas consuetudinarias. La CIJ ha dejado muy en claro que si una evaluación de impacto ambiental establece la existencia de riesgo de daño ambiental sensible a otro Estado, el Derecho internacional consuetudinario exige la notificación y la consulta con dicho Estado⁵⁶.

Pero la obligación de notificación y de consulta *no se encuentra condicionada a la realización de una evaluación de impacto ambiental* que asevere el riesgo de daño ambiental sensible. El elemento esencial que desencadena la obligación es la existencia de riesgo, la cual puede ser aseverada de varios modos. El deber de determinar dicho riesgo incumbe al Estado donde se planifican las actividades en cuestión, en el marco de la diligencia debida y de la buena fe. Es preciso recalcar que no se trata de un poder unilateral y discrecional de este Estado, ya que el elemento decisivo es el riesgo real. Puede suceder que el Estado de origen considere que no existe un riesgo suficiente y, por ende, no cumpla con los procedimientos específicos exigidos por el Derecho consuetudinario. Pero ello no exime a dicho Estado de sus obligaciones⁵⁷. Llegado el caso, un tribunal internacional podrá establecer que existía un riesgo suficiente y que, por su acción deficiente, el Estado en cuestión ha vulnerado sus obligaciones internacionales⁵⁸.

La necesidad de evaluar el riesgo, en virtud del principio de prevención, debe ser interpretada a luz de ciertos estándares que pueden variar con el tiempo y el desarrollo tecnológico, como lo requiere la diligencia debida. Generalmente, para enmarcar el ejercicio del deber de evaluación del riesgo, se utilizan técnicas como la identificación de tipos de actividad que por su naturaleza y alcance implican un riesgo suficiente (por ejemplo, refinerías de petróleo crudo, ciertas centrales termoeléctricas, autopistas y vías férreas, puertos comerciales, oleoductos y gasoductos de gran diámetro, grandes presas y embalses, producción de hidrocarburos frente a la costa, y otras)⁵⁹ o de objetos jurídicos cuyas particularidades requieren la cooperación entre Estados (por ejemplo, áreas particularmente frágiles o recursos

⁵⁶ *Ibid.*, párrs. 104, 108 y 168.

⁵⁷ En el caso relativo al Lago Lanós, el tribunal de arbitraje subrayó que el eventual impacto sobre un país limítrofe no puede, en ningún caso, quedar librado a la apreciación exclusiva del Estado que desarrolla las actividades en cuestión: véase *Lago Lanós*, p. 314, párr. 21.

⁵⁸ En el caso entre *Costa Rica y Nicaragua*, la CIJ consideró, basándose en las pruebas aducidas, que la construcción de una ruta por parte de Costa Rica presentaba un riesgo significativo que habría exigido que Costa Rica efectúe una evaluación de impacto ambiental previamente a los trabajos de construcción (*Costa Rica y Nicaragua*, párrs. 155-156). Con arreglo a esta conclusión, la CIJ no consideró necesario pronunciarse sobre la violación por Costa Rica de la obligación de notificación y de consulta (párr. 168), sin duda por razones de economía procesal.

⁵⁹ Véase el Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo, 25 de febrero de 1991, doc. ONU ECE/ENHS/NONE/2003/25, Anexo 1.

compartidos)⁶⁰. Aunque se trate en dichos casos de sistemas convencionales, estos sistemas son relevantes para evaluar tanto el nivel de diligencia como la buena fe. Es así, por ejemplo, por lo que una evaluación unilateral basada en estándares obsoletos o claramente inadecuados, o que concluya de modo sumario que una actividad a la que se le reconoce generalmente un alto nivel de riesgo no acarrea ningún riesgo transfronterizo⁶¹ faltaría a los estándares de diligencia debida y/o a la buena fe. En dicho caso, las obligaciones consuetudinarias específicas que exigen la realización de una evaluación de impacto ambiental, así como la notificación y la consulta serían exigibles por parte de Estados afectados.

La obligación consuetudinaria de notificación *incumbe al Estado de origen* y no es suficiente que la información se encuentre disponible públicamente en los medios de comunicación⁶² o que dicha notificación haya sido efectuada por parte de una empresa o de otra entidad privada, a pesar de que esta última esté a cargo del proyecto en cuestión⁶³. Ello atiende al objetivo de la obligación de notificación que es el de informar suficientemente y oficialmente a los Estados afectados acerca de la situación con el fin de continuar el proceso de cooperación⁶⁴.

Dicho objetivo también conlleva que los *destinatarios de la notificación* sean aquellas entidades que estarán involucradas en el proceso de cooperación. Naturalmente, ello incluye a los Estados afectados pero también puede requerir que se notifique a ciertos organismos internacionales⁶⁵.

El objetivo de cooperación es también determinante con respecto al *momento y al contenido de la notificación* exigida por la obligación consuetudinaria. La norma consuetudinaria no posee el detalle que pueden brindar a este respecto los sistemas convencionales, pero el objetivo de la norma implica necesariamente que se notifique con suficiente antelación (el principio 19 utiliza los términos «previamente y en forma oportuna»)⁶⁶ y se brinde la información suficiente («información pertinente»)⁶⁷ para que el proceso de cooperación tenga pleno sentido o, como lo menciona el principio 19, para posibilitar «consultas con esos Estados [afectados] en una fecha temprana y de buena fe».

⁶⁰ Véanse *Papeleras en el Río Uruguay*, párrs. 75-77 (en relación con el aprovechamiento conjunto del río Uruguay); y *Costa Rica y Nicaragua*, párr. 109 (donde la CIJ se refiere a obligaciones procedimentales adicionales en relación con humedales transfronterizos, aunque dichas obligaciones no hayan sido consideradas como aplicables *in casu*).

⁶¹ *Filipinas c. China*, párr. 988.

⁶² Véase *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, ICJ Reports 2008, p. 231, párr. 150.

⁶³ *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 110.

⁶⁴ *Ibid.*, párrs. 113 y 115.

⁶⁵ Véanse *Papeleras en el Río Uruguay*, párrs. 90, 119 y 121; y *Costa Rica y Nicaragua*, párr. 109 (donde la CIJ reconoce la existencia de una obligación convencional de notificar la Secretaría del Convenio de Ramsar sobre Humedales de Importancia Internacional, pero rechaza su aplicación *in casu* dada la ausencia de impacto considerable de las actividades de Nicaragua).

⁶⁶ Véanse Proyecto de artículos sobre la prevención, art. 8.1; y *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 120.

⁶⁷ Véase *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 120.

Para que el proceso de consulta cumpla con las *exigencias de la buena fe*, es necesario que no se limite a meros trámites formales. Como lo afirmó el tribunal de arbitraje en el caso del *Lago Lanós*:

«*l'Etat d'amont a, d'après les règles de la bonne foi, l'obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu'il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres. Il est délicat d'apprécier s'il a été satisfait à une telle obligation. Mais, sans se substituer aux Parties, le juge est en mesure de procéder à cette appréciation sur la base des éléments fournis par les négociations*»⁶⁸.

Cabe resaltar que la obligación de cooperación *no equivale a exigir el consentimiento del Estado afectado*. Pero la exigencia de cooperar de buena fe no se ve, por tanto, privada de contenido. Por el contrario, dicha exigencia comporta *consecuencias concretas*, susceptibles de ser evaluadas judicialmente si ello fuera necesario. Es así que en el caso *Filipinas c. China*, el tribunal de arbitraje juzgó a la luz de las pruebas aducidas que, en sus actividades de construcción de islas artificiales, China había faltado a su obligación de cooperación⁶⁹. Otra consecuencia concreta, afirmada por la CIJ en el caso de las *Papeleras en el Río Uruguay*, es que mientras se desarrollen las consultas entre los Estados involucrados, se faltaría a la buena fe y se vulneraría la obligación de cooperación si el Estado de origen otorgara unilateralmente la autorización a una entidad privada para que comenzara o prosiguiera sus actividades⁷⁰.

5. EXIGENCIA DE UNA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

El principio 17 de la Declaración de Río *formula* la exigencia de efectuar una evaluación de impacto ambiental:

«Deberá emprenderse una evaluación del impacto ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier *actividad* propuesta que *probablemente haya de producir un impacto negativo considerable* en el medio ambiente y que este *sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente*»⁷¹.

El carácter consuetudinario de dicha exigencia⁷² ha sido reconocido tanto por la CIJ⁷³ como por otras jurisdicciones internacionales⁷⁴.

⁶⁸ *Lago Lanós*, p. 315, párr. 22 («de conformidad con las reglas de la buena fe, el Estado aguas arriba tiene la obligación de tomar en cuenta los diferentes intereses en cuestión, de intentar satisfacerles en toda la medida que sea compatible con la satisfacción de su propio interés y de demostrar que se preocupa verdaderamente por conciliar los intereses del otro Estado ribereño con los suyos. Es delicado apreciar si se ha cumplido con dicha obligación. Pero el juez puede, sin por ello sustituirse a las Partes, proceder a dicha apreciación en base a los elementos brindados por la negociación», nuestra traducción).

⁶⁹ *Filipinas c. China*, párr. 986.

⁷⁰ *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 144.

⁷¹ Declaración de Río, cursiva añadida.

⁷² Sobre la práctica internacional y el reconocimiento jurisprudencial de esta exigencia véase CRAIK, N., «Principle 17: Environmental Impact Assessment», en VIÑUALES, J. E., nota 19, *op. cit.*, pp. 451-470.

(Véanse notas 73 y 74 en página siguiente)

La obligación incumbe al Estado de origen en caso de que una «actividad» propuesta y «sujeta a la decisión de una autoridad nacional competente» que «probablemente haya de producir un impacto negativo considerable». La norma se refiere específicamente a actividades, y no a políticas públicas o planes⁷⁵, y dichas actividades deben estar sujetas en virtud del Derecho interno a una aprobación del Estado. Sin embargo, el Estado de origen no puede eludir la obligación de efectuar una evaluación impacto ambiental simplemente evitando someter ciertas actividades a su aprobación, ya que ello vulneraría la diligencia debida en el marco del principio de prevención. El factor determinante es la existencia objetiva de cierto tipo de riesgo, saber de un riesgo de daño ambiental considerable.

Ya se ha hecho referencia a la caracterización del adjetivo «sensible» así como a las circunstancias susceptibles de desencadenar la obligación de cooperación. El empleo del término «considerable» en la versión española del principio 17 y no del adjetivo «sensible», como en el marco del principio de prevención, puede prestarse a malentendidos. La CIJ ha reconocido el carácter consuetudinario de esta exigencia en caso de riesgo de «*significant adverse impact*»⁷⁶, que son también los términos empleados en la versión inglesa del principio 17 así como en el Proyecto de artículos sobre la prevención. Ello sugiere que se trata del mismo nivel de daño que el llamado daño «sensible» en el marco del principio de prevención. Sin embargo, la versión francesa —como la española— introduce ciertas dudas, ya que se utiliza una terminología variable. En el principio 17 se habla de «*effets nocifs importants*» y en la versión francesa de su fallo, la CIJ se refiere a un «*impact préjudiciable important*», mientras que el texto francés del Proyecto de artículos sobre la prevención califica el daño de «*significatif*». La CIJ menciona que la ausencia de evaluación de impacto ambiental cuando la obra que se planea podría afectar al régimen de un río o a la calidad de sus aguas vulneraría además el principio de prevención⁷⁷, pero la relación específica entre estos diversos adjetivos no queda del todo clara. Se abren, entonces, dos vías posibles. Por una parte, podría entenderse que el nivel de daño susceptible de vulnerar el principio de prevención es el mismo que aquel que desencadena la exigencia de evaluación de impacto ambiental. Por otra parte, podría considerarse que

⁷³ *Papelelas en el Río Uruguay*, párr. 204 (estudio previo de impacto ambiental, en un contexto transfronterizo); y *Costa Rica y Nicaragua*, párr. 104 (afirmación de la exigencia, en referencia al caso de las *Papelelas en el Río Uruguay*).

⁷⁴ *Actividades en la Zona*, párr. 145 (carácter consuetudinario de la obligación de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental, inclusive mas allá de un contexto transfronterizo); y *Filipinas c. China*, párrs. 947-948 (donde se hace referencia a los arts. 204-206 de la CONVEMAR en relación con la obligación de efectuar una evaluación de impacto ambiental, sin limitación al contexto transfronterizo, y se la vincula al Derecho consuetudinario).

⁷⁵ La práctica internacional establece una clara distinción entre, por una parte, la evaluación del impacto ambiental de «actividades» y, por otra parte, de «planes o políticas públicas». Estas últimas, que pueden incluir también la negociación de tratados internacionales en materia comercial, no se encuentran sujetas, por el momento, a la obligación consuetudinaria de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental. Véase CRAIK, N., nota 72, *op. cit.*, p. 456.

⁷⁶ *Papelelas en el Río Uruguay*, párr. 204.

⁷⁷ *Ibid.*

el daño «sensible» es una categoría más amplia que la de daño considerable (o que los «*effets nocifs importants*» o el «*impact préjudiciable important*») o, dicho de otro modo, que el daño considerable requiere algo más que el daño sensible. En el caso entre *Costa Rica y Nicaragua*, la CIJ se pronunció específicamente sobre el nivel de daño susceptible de desencadenar la exigencia de evaluación de impacto ambiental y las dos versiones del fallo mantienen la ambigüedad. En efecto, mientras que la versión inglesa habla de «*risk of significant transboundary harm*» la versión francesa se refiere a un «*risque de dommage transfrontière important*»⁷⁸.

A nuestro entender, la segunda posición sería conforme a la tesis que expusimos según la cual la diligencia debida en el marco del principio de prevención acarrea obligaciones correlativas generales, mientras que para exigir ciertas medidas o procedimientos de manera específica hace falta una norma específica, a saber la exigencia de una evaluación de impacto ambiental basada en la importancia particular del riesgo de daño. La necesidad de evaluar el impacto ambiental de modo general forma parte tanto de la diligencia debida en el marco del principio de prevención, como de la obligación de cooperación. Pero el elemento determinante que hace surgir la obligación específica de efectuar una evaluación de impacto ambiental y la vuelve exigible, en virtud del Derecho internacional consuetudinario, es la probabilidad de un impacto negativo considerable o, en otros términos, la existencia de *riesgo de daño ambiental considerable, no solo sensible*. Como ya se ha señalado, dicha existencia es un elemento objetivo y no meramente discrecional⁷⁹. Tal riesgo debe ser presumido en relación con ciertas actividades, en razón de su naturaleza y alcance (grandes obras de infraestructura)⁸⁰, o con ciertos objetos de protección (áreas particularmente frágiles o recursos compartidos). También puede determinarse la existencia de dicho riesgo por medio de un estudio preliminar⁸¹. Ambas técnicas permiten resolver el problema de circularidad que existiría si se afirmara que la exigencia de una evaluación de impacto ambiental solo surge cuando existe riesgo de daño ambiental considerable aseverado por medio de una evaluación de impacto ambiental.

El daño susceptible de ser causado por la actividad en cuestión puede afectar al «medio ambiente de otros Estados» o a aquel de «zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional» como lo prevé el principio consuetudinario de prevención. Dicha extensión espacial se encuentra implícita en la formulación del Principio 17 de la Declaración de Río, pero ha sido además confirmada por la jurisprudencia internacional, la cual ha afirmado la exigencia de una evaluación de impacto ambiental tanto en un contexto transfronterizo⁸² como en relación con áreas fuera de los límites de la jurisdicción nacional, como los fondos marinos de la Zona⁸³ o el alta mar⁸⁴.

⁷⁸ *Costa Rica y Nicaragua*, párrs. 155-156.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Filipinas c. China*, párr. 988.

⁸¹ *Costa Rica y Nicaragua*, párr. 154.

⁸² *Papeleteras en el Río Uruguay*, párr. 204; y *Costa Rica y Nicaragua*, párr. 104.

(Véanse notas 83 y 84 en página siguiente)

El contenido de la evaluación de impacto ambiental, de conformidad con la norma consuetudinaria, debe ser apropiado al tipo de actividad en cuestión. La CIJ ha considerado que incumbe al Estado de origen la determinación, por medio de su Derecho interno, del contenido específico de la evaluación de impacto ambiental⁸⁵. Pero dicha determinación no es meramente unilateral y discrecional ya que debe incluir ciertos parámetros fijados por el Derecho internacional consuetudinario y también respetar la diligencia debida en el marco del principio de prevención, así como la obligación de cooperar de buena fe.

En relación con los parámetros consuetudinarios, la jurisprudencia considera, por razones de diligencia debida en el marco del principio de prevención, y en virtud de la obligación de cooperar de buena fe, que dicha evaluación debe ser «previa» a la autorización o *a fortiori* al desarrollo de la actividad⁸⁶. Además, la CIJ ha afirmado en dos oportunidades que la evaluación de impacto ambiental implica que se monitoree de modo continuo dicho impacto durante el desarrollo de la actividad⁸⁷. Ello es conforme a la diligencia debida que apunta a prevenir el daño ambiental sensible que pueda resultar de la actividad, aunque este no haya sido anticipado satisfactoriamente por la evaluación previa⁸⁸.

En lo atinente a los *límites generales* impuestos por la diligencia debida en el marco del principio de prevención y por la obligación de cooperar de buena fe, la jurisprudencia internacional ha afirmado en varias oportunidades que el contenido de la evaluación de impacto ambiental debe ser apropiado con respecto a las circunstancias de la actividad propuesta. En efecto, la CIJ ha considerado que:

*«it is for each State to determine in its domestic legislation or in the authorization process for the project, the specific content of the environmental impact assessment required in each case, having regard to the nature and magnitude of the proposed development and its likely adverse impact on the environment as well as to the need to exercise due diligence in conducting such an assessment»*⁸⁹.

⁸³ *Actividades en la Zona*, párrs. 145 y 148.

⁸⁴ *Filipinas c. China*, párrs. 947-948.

⁸⁵ *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 205.

⁸⁶ *Ibid.* («The Court also considers that an environmental impact assessment must be conducted prior to the implementation of a project»); y *Costa Rica y Nicaragua*, párr. 161 («the obligation to conduct an environmental impact assessment requires an ex ante evaluation of the risk of significant transboundary harm»).

⁸⁷ *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 205; y *Costa Rica y Nicaragua*, párr. 161.

⁸⁸ Según un estudio comparativo de las evaluaciones de impacto ambiental previstas en la legislación de diversos países, la incapacidad de dichas evaluaciones de anticipar efectivamente el daño ambiental, aun en aquellos casos en que la evaluación se ha desarrollado de conformidad con la reglamentación vigente, es uno de los mayores desafíos que las iniciativas de reforma deben responder en la actualidad. Véase RETIEF, F. et al., «Global megatrends and their implications for environmental assessment practice», *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 61, 2016, pp. 52-60, pp. 55-56 (donde se explica que la complejidad de problemáticas como el cambio climático limita el impacto predictivo de las evaluaciones de impacto ambiental).

⁸⁹ *Papeleras en el Río Uruguay*, párr. 205.

Ello ha sido confirmado por la CIJ en el caso entre *Costa Rica y Nicaragua*⁹⁰.

La adecuación de ciertos procedimientos al nivel requerido por la diligencia debida puede ser *revisada por un tribunal internacional* y, según el caso, este puede concluir que un Estado ha faltado a sus obligaciones internacionales. Es así que la CIJ consideró que Costa Rica había vulnerado la exigencia consuetudinaria de efectuar una evaluación de impacto ambiental previamente al comienzo de las actividades de construcción de una ruta a lo largo del río San Juan⁹¹ y que dicha conducta no podía ser justificada por las circunstancias del caso, ya que no podía comprobarse el pretendido estado de emergencia alegado por Costa Rica⁹². De modo similar, en el caso *Filipinas c. China*, el tribunal de arbitraje se refirió a la decisión de la CIJ en el caso entre *Costa Rica y Nicaragua* y consideró no solo que la mera afirmación de la realización de una evaluación de impacto ambiental es insuficiente para cumplir con la obligación convencional y consuetudinaria sino que, además, los estudios que el tribunal pudo identificar no eran conformes a los estándares usuales⁹³.

Por otra parte, en ciertas circunstancias, la *información necesaria* para que una evaluación de impacto ambiental sea suficiente puede encontrarse en manos de otros Estados o inclusive de individuos. No permitir la participación de dichos Estados o individuos o discriminar entre ellos implicaría no solo una violación de la diligencia debida sino también, potencialmente, de la obligación de cooperación. No toda situación de hecho comportará esta dimensión adicional⁹⁴ y, por ende, el proceso de evaluación de impacto ambiental no siempre implica de modo necesario la participación de entidades extranjeras. Pero en ciertos casos dicha participación será esencial para que la evaluación de impacto ambiental cumpla con las exigencias de la diligencia debida en el marco del principio de prevención y de la obligación de cooperar de buena fe, lo que conlleva *inter alia* la obligación de notificar y consultar a los Estados afectados durante la evaluación, así como la integración de otras partes interesadas. Como se verá a continuación, a modo de conclusión, las cuestiones planteadas en este párrafo permiten entrever tres desafíos actuales de gran importancia.

⁹⁰ *Costa Rica y Nicaragua*, párr. 104 («*Determination of the content of the environmental impact assessment should be made in light of the specific circumstances of each case*»).

⁹¹ *Ibid.*, párr. 161.

⁹² *Ibid.*, párrs. 157-159. Nótese que, en el párr. 157, la CIJ afirma claramente los límites a la discrecionalidad del Estado («*the fact that there may be an emergency exemption under Costa Rican law does not affect Costa Rica's obligation under international law to carry out an environmental impact assessment*»).

⁹³ *Filipinas c. China*, párrs. 988-990 (en este último párrafo se menciona lo siguiente: «*The SOA Statement and the SOA Report which the Tribunal did manage to locate both fall short of these criteria, and are far less comprehensive than EIAs reviewed by other international courts and tribunals, or those filed in the foreign construction projects to which the SOA scientists referred in their report*»).

⁹⁴ *Costa Rica y Nicaragua*, párrs. 104, 108 y 168.

6. DESAFÍOS ACTUALES

Volver, a modo de conclusión, al punto de partida del presente estudio, a saber el caso entre *Costa Rica y Nicaragua*, permite formular de manera concisa la matriz consuetudinaria en materia de protección ambiental y, al mismo tiempo, señalar las dificultades que se plantean actualmente. En efecto, como se observó anteriormente, el Derecho consuetudinario en este ámbito reposa en la exigencia de diligencia debida en el marco del principio de prevención, y sus expresiones procedimentales, a saber: la obligación de cooperación de buena fe, en particular por medio de la notificación y la consulta, y la exigencia de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental. Pero al mismo tiempo, esta formulación deja abiertas tres cuestiones importantes.

En primer lugar, en el caso entre *Costa Rica y Nicaragua*, la CIJ introdujo una secuencia problemática entre dichas normas. Según la Corte, la obligación de notificar y consultar solo surge una vez que la evaluación de impacto ambiental ha confirmado un riesgo transfronterizo. Pero ello crea ciertas ambigüedades con respecto a las exigencias de la obligación de cooperación antes de que se realice la evaluación de impacto ambiental. En efecto, dado el carácter general de la obligación de cooperación en el Derecho internacional, no puede considerarse que la cooperación se limite únicamente a dos pasos procedimentales (notificación y consulta) supeditados a un tercero (evaluación de impacto ambiental). En realidad, la realización misma de una evaluación de impacto ambiental o aun del paso procedimental previo (por ejemplo, un estudio preliminar) puede requerir cierto nivel de cooperación internacional, por ejemplo, en relación con recursos compartidos, entre otras hipótesis.

En segundo lugar, la diferencia entre el ámbito amplio de la obligación de cooperación y ciertas de sus expresiones específicas también es pertinente para el principio de prevención. En efecto, la diligencia debida en el marco del principio de prevención exige la adopción proactiva y la aplicación diligente de medidas de prevención. Algunas de ellas se han cristalizado en normas individuales (cooperación —que a su vez posee expresiones específicas— y evaluación de impacto ambiental —que puede ser un modo de cooperar—), pero existen muchas otras que todavía no han llegado a ese estadio de individuación y que, sin embargo, forman parte de las exigencias consuetudinarias. Un ejemplo básico es la obligación de determinar de modo diligente y de buena fe (por ejemplo, por vía de un estudio preliminar) si una evaluación de impacto ambiental es necesaria para aseverar la existencia de riesgo de daño considerable. El proceso de especificación de las medidas exigidas —por el momento de modo general— por la diligencia debida en el marco del principio de prevención es de particular importancia ya que permitiría contrarrestar ciertos puntos débiles en la normativa consuetudinaria. Tres ilustraciones pertinentes son las relacionadas: i) al marco decisional del Estado de origen de la actividad, el cual no es discrecional sino que está sujeto a

la diligencia debida y a su eventual revisión judicial; ii) al gatillo que permite desencadenar la obligación consuetudinaria de evaluación de impacto ambiental (presunciones o estudios preliminares que indiquen riesgo de daño considerable, no solo sensible), y iii) al contenido mismo de dicha evaluación el cual, a pesar de ser delegado por la norma consuetudinaria al Derecho nacional, no es puramente discrecional, como se ha visto.

En tercer lugar, la especificación de las exigencias de la diligencia debida podrían desembocar, en un futuro no muy lejano, en el surgimiento o la consolidación de normas consuetudinarias cuyo estatus actual es objeto de debates, como, por ejemplo, el principio (o criterio) precautorio o el principio de participación pública en materia ambiental. Puede considerarse que estas normas forman parte de la diligencia debida, pero podrían afianzarse a un punto tal que su base consuetudinaria individual y distinta fuera reconocida de modo uniforme. Dado el reconocimiento jurisprudencial cada vez más decidido, no estamos lejos de esta consolidación, pero se trata de un tema que merece un estudio separado y específico.

Estas tres cuestiones están ligadas entre sí y el estatus doctrinal o propiamente jurídico de cada una de ellas es, sin duda, importante, pero lo es aún más la comprensión del camino que va del principio de prevención al detalle de la normativa internacional. Como lo escribiera Antonio Machado en su tan célebre poema, en estas cuestiones también se hace camino al andar.

RESUMEN

LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL

El presente artículo analiza el estado actual del Derecho consuetudinario internacional en materia de protección ambiental. A través de un estudio pormenorizado de la jurisprudencia internacional pertinente, el artículo identifica una matriz consuetudinaria que consiste en la exigencia de diligencia debida en el marco del principio de prevención, y sus expresiones procedimentales, a saber: la obligación de cooperación de buena fe, en particular por medio de la notificación y la consulta, y la exigencia de efectuar una evaluación previa de impacto ambiental. Pese a que la doctrina haya afirmado el carácter consuetudinario de una multitud de principios, solo los identificados en este artículo han recibido una consagración jurisprudencial indiscutible. Por ende, el artículo no efectúa una mera selección de ciertos principios, sino que se concentra en aquellos cuya base consuetudinaria ha sido efectivamente reconocida. Se estudia luego el detalle de cada una de estas normas, así como sus interacciones. El artículo concluye con una breve referencia a la frontera actual en materia de desarrollo consuetudinario, recalando las dificultades que se desprenden de la aplicación secuencial de estas normas, la ausencia de individuación de un campo importante de deberes exigidos por la diligencia debida en el marco del principio de prevención, y la eventual consolidación por esta vía del principio precautorio y del principio de participación pública.

Palabras clave: Derecho consuetudinario, diligencia debida, principio de prevención, obligación de cooperación de buena fe, evaluación de impacto ambiental, interacciones.

ABSTRACT**ENVIRONMENTAL PROTECTION IN CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW**

The article focuses on the current state of customary international law as regards environmental protection. Based on an analysis of the relevant case law, the article identifies a customary core consisting of the duty of due diligence as expressed through the prevention principle, and its procedural extensions through the obligation to cooperate in good faith, particularly by means of notification and consultation, and through the requirement to conduct a prior environmental impact assessment. Despite the fact that commentators have admitted the customary character of many other principles, the only principles effectively recognized in the case law as having an undisputed customary grounding are those addressed in this article. For this reason, the article does not merely select some principles but, rather, it focuses on those customary principles that have been effectively recognized as such. Subsequently, the article analyses each norm in detail as well as the interactions among them. It concludes with a brief reference to the current frontier of customary law in this area highlighting the difficulties arising from a sequential application of these norms, the need to further spell out the requirements of due diligence, and the potential consolidation through this avenue of the precautionary and public participation principles.

Keywords: customary law, due diligence, prevention principle, obligation to cooperate in good faith, environmental impact assessment, interactions.

MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL: PRÁCTICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Mónica GUZMÁN ZAPATER *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL.—2.1. Régimen jurídico de la inscripción registral.—2.2. Inscripción y reconocimiento.—2.3. Títulos inscribibles.—2.3.1. Inscripción sin expediente (art. 256.3 RRC).—2.3.2. Inscripciones que requieren la formación de expediente (art. 257 RRC).—2.4. Denegación de la inscripción.—3. PRÁCTICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.—3.1. Control sobre la forma de celebración.—3.1.1. Falta de idoneidad del título.—3.1.2. Matrimonios coránicos.—3.1.3. Matrimonios consuetudinarios.—3.1.4. Matrimonio en forma canónica.—3.2. Control sobre la capacidad nupcial.—3.2.1. Menor de edad.—3.2.2. Subsistencia de vínculo matrimonial anterior.—3.2.3. Poligamia.—3.3. Control sobre el consentimiento matrimonial.—3.3.1. Matrimonios acordados.—3.3.2. Matrimonios simulados.—3.3.3. Celebración del matrimonio fuera y posterior nacionalización española de uno de los cónyuges.—3.3.4. Matrimonios por poder (art. 258 RRC).—4. CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN

1. La caracterización del derecho a contraer matrimonio como un derecho fundamental (arts. 16 DUDH¹ y 32.1 CE), de configuración legal (art. 32.1 CE)² sitúa la institución matrimonial como un negocio jurídico del Derecho

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto financiado por la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación DER2014-54470-P (2015/2018) sobre *La regulación de las crisis matrimoniales internacionales*. Mónica Guzmán Zapater es catedrática de Derecho internacional privado en la UNED (mguzman@der.uned.es).

¹ Art. 16 DUDH: «1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. 2. Solo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio».

² Sobre la configuración del matrimonio en la doctrina constitucional, PÉREZ VERA, E., *Las relaciones de familia en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Granada, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada, 2016. Cfr. GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 273 y 274.

de familia cuya validez está subordinada al cumplimiento de tres presupuestos: la capacidad para contraerlo, la prestación de un consentimiento y ante una determinada autoridad (art. 49 CC)³. La inscripción registral no es constitutiva pues se admite que los efectos derivan del hecho mismo de la celebración, si bien es preceptiva para que el matrimonio produzca plenos efectos jurídicos (art. 61.1 CC). Los tres presupuestos previstos en la regulación interna (arts. 42 a 80 CC) se proyectan asimismo sobre los supuestos internacionales caracterizados por la presencia de un elemento extranjero. Este puede venir determinado en los supuestos de *celebración en España*, por la distinta nacionalidad de las partes y en los supuestos de *celebración en el extranjero* por el hecho mismo de la celebración *ante autoridad extranjera* al margen de que uno de los contrayentes pueda ostentar además una nacionalidad distinta de la española.

2. La comprobación de los requisitos relativos a la validez del matrimonio celebrado en España tiene lugar antes de la celebración por el expediente previo. En los supuestos de celebración en el extranjero ante autoridad civil o religiosa, la verificación de la capacidad así como la intervención de una autoridad local en la recepción de los consentimientos tiene lugar en el momento de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil (arts. 256 y 257 RRC). Y esto porque junto al documento a aportar como prueba del matrimonio conforman el título las «declaraciones complementarias» de los contrayentes.

3. El sistema matrimonial español parte de una apariencia de legalidad de tales matrimonios dado que legalmente el control solo alcanza a la intervención de una autoridad extranjera (art. 49.2 CC). Sin embargo, con dudoso respeto al principio de jerarquía normativa, es la legislación registral —y la práctica de la DGRN— la que agrega el control sobre el consentimiento y la capacidad de los contrayentes, en la medida en que no es deseable que accedan al Registro Civil español matrimonios potencialmente nulos conforme a la legislación española o que infrinjan normas imperativas⁴. Debe recordarse, asimismo, que el sistema matrimonial español adolece de una laguna legal en cuanto a la ley que deba determinar la validez del consentimiento y capacidad de los contrayentes en los supuestos vinculados con ordenamientos extranjeros. Laguna que no se ha colmado en las sucesivas reformas, si bien parece asentada la doctrina conforme a la cual al tratarse de cuestiones de estado civil corresponde a la norma de conflicto general en la materia (art. 9.1 CC) y a la ley personal de los contrayentes decidir acerca de estas cuestiones. Únicamente la excepción de orden público, cada vez

³ De conformidad con lo exigido por el Convenio NU de 10 de diciembre de 1962 sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para el matrimonio y el registro para el matrimonio. Art. 1.1. «No podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresado por estos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley».

⁴ Cfr. ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, *De Conflictu Legum*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 236.

que se produzca una infracción de derechos fundamentales, puede justificar la inaplicación de la ley designada y la aplicación sustitutiva de la ley española.

4. Dos son los objetivos particulares que se derivan de la caracterización del derecho a contraer matrimonio como derecho fundamental: en primer término, la seguridad jurídica en cuanto al *status* matrimonial, y en segundo lugar el *favor matrimonii*, pues como pusiera de relieve Julio D. González Campos, la ordenación legal ha de facilitar el matrimonio en consonancia con el reconocimiento del derecho fundamental⁵. Pues bien, cabe comprobar cómo la excepción de orden público se activa con mucha frecuencia, casi mecánicamente, en la fase con control de validez del matrimonio celebrado ante autoridad extranjera⁶. Nosotros hemos examinado parte de la práctica de la DGRN cuando este órgano de la Administración se pronuncia sobre los recursos planteados contra las resoluciones dictadas por los encargados de los Registros Civiles competentes ante los que se promueve la inscripción del matrimonio. Destaca su importancia en número —dato que sin duda dificulta la tarea de la DGRN— y un incremento constante de supuestos de denegación de la inscripción, en una actuación que en ocasiones parece condicionada por la actual política de extranjería. Desde esta perspectiva hace tiempo que se denunció con acierto la evidencia de una preocupación real «por la protección de fronteras más que por la protección de la institución matrimonial»⁷, idea crítica expandida en la doctrina⁸. El hecho es que hace más de cinco años que la concesión de visados está cerrada y, salvo excepciones, únicamente se expiden en el marco de la política de reagrupación familiar⁹. Incluso dentro de este marco, la doctrina también se cuestiona la propia legalidad de la exigencia de inscripción registral del matrimonio celebrado en el extranjero para la reagrupación familiar por matrimonio¹⁰, al provocar enormes retrasos para la obtención del visado, resultando tanto más pernicioso si el

⁵ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Derecho de familia. El matrimonio», en VVAA, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 296. Bien es cierto que al tratarse de un derecho fundamental de configuración legal y no absoluto, admite que el legislador introduzca modificaciones y restricciones que han de ser proporcionales al fin perseguido.

⁶ Como contrapunto hace menos de veinte años a partir de un examen de la práctica de la DGRN y de los Tribunales, la doctrina detectaba una prevalencia del *ius nubendi* como valor en alza, siendo el orden público interpretado restrictivamente (véase AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «*Ius nubendi* y orden público matrimonial», *Boletín de Información*, 1 de febrero de 2000, núm. 1.862, Ministerio de Justicia, pp. 425-447).

⁷ Cfr. SÁNCHEZ LORENZO, S., «La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia», en VVAA, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, pp. 247-285, esp. pp. 266-273.

⁸ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Prevención de matrimonios fraudulentos celebrados en el extranjero», *AEDIPr*, 2008, pp. 1158-1160.

⁹ Sobre la relación entre el estatuto de extranjería y el Derecho internacional privado, véase VARGAS GÓMEZ URRUTIA, M., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España*, Madrid, Thomson Aranzadi, 2006, esp. pp. 320-347.

¹⁰ MARTÍN CONSARNAU, D., «El documento público extranjero en el procedimiento de extranjería y la exigencia de inscripción del matrimonio mixto celebrado ante autoridad extranjera», en FONT I MAS, M. (dir.), *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea: Estudios sobre las características y efectos del documento público*, 2014, pp. 333-357, esp. pp. 348-353.

trámite previo de inscripción desemboca en denegación. En suma, una privación de derechos a personas a quienes les corresponden.

5. El objeto de este trabajo es el estudio de la práctica de la DGRN tomando como punto de partida el año 2000. Por los límites que impone un trabajo de estas características no se pretende una reconstrucción dogmática de la problemática del reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero¹¹. Tampoco una exposición exhaustiva de todas las resoluciones de la DGRN. Se han seleccionado muchas, imposible todas, dada la diversidad de modelos matrimoniales que complica la tarea de abordar todos los problemas planteados en la práctica de la inscripción. De modo que vaya por delante que como toda selección tiene algo de arbitrario, nuestro objetivo es contrastar dónde residen las dificultades al promover la inscripción en el Registro Civil de un matrimonio celebrado ante autoridad extranjera y cuáles son las líneas seguidas por la DGRN¹². A este fin recordaremos en una primera parte las principales cuestiones que suscita el régimen jurídico de la inscripción registral, y en una segunda procederemos al examen de la práctica ordenada en su exposición según que los problemas deriven de la forma o de los requisitos de fondo del matrimonio.

2. LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL

6. Recordemos los elementos claves para promover la inscripción en el Registro Civil de los matrimonios celebrados ante autoridad extranjera.

2.1. Régimen jurídico de la inscripción registral

7. La regla general de competencia territorial se contiene en el art. 16.1 de la Ley del Registro Civil vigente (en adelante, «LRC») al disponer que «la inscripción de los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro municipal o Consular del lugar en que acaezcan» y disposiciones complementarias. En suma, buena parte de los matrimonios celebrados ante autoridad extranjera se inscriben en los Registros consulares por corresponder con el lugar de celebración (arts. 16.1 LRC y 68. 1 del Reglamento del Registro Civil, en adelante «RRC»). Adicionalmente la competencia corresponde al Registro Civil Central cuando la inscripción no pueda promoverse en el extranjero por razones excepcionales (art. 18 LRC) o cuando el promotor tenga su domicilio en España (art. 68.2 RRC).

8. Para la práctica de la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero, en la legislación registral vigente —mientras no entre en vigor

¹¹ Mérito que por rigor y exhaustividad corresponde a OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2003.

¹² Excluimos, por tanto, con una sola excepción, el análisis de la jurisprudencia de los tribunales, aunque parece desproporcionadamente baja la litigiosidad en ese ámbito.

la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil— las disposiciones clave son los arts. 256.3 y 257 RRC. El primero permite la inscripción del matrimonio contenido en certificación extranjera y el segundo, a falta de certificación, requiere la formación de un expediente. Complementariamente hay que tener en cuenta la Orden del Ministerio de Justicia 577/2016, de 19 de abril, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa y aprobación del modelo de certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio religioso¹³ por la que se deroga la Instrucción DGRN, de 10 de febrero de 1993, sobre la inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa¹⁴; la Instrucción-Circular de 29 de julio de 2005, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo¹⁵; la Instrucción de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia; además de la Instrucción de 20 de marzo de 2006, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil¹⁶.

2.2. Inscripción y reconocimiento

9. El valor de la práctica de la DGRN es absoluto en este sector. Cuando hoy se alude al reconocimiento e inscripción registral del matrimonio celebrado en el extranjero, se designa una realidad sumamente compleja y variada en los sustratos fácticos a los que la DGRN va dando respuesta. Inscripción y reconocimiento de la validez del matrimonio no deben confundirse. El sistema español hace preceptiva la inscripción registral (art. 61.1 CC), de modo que coloca al encargado del Registro en la posición central en orden a verificar la validez del matrimonio celebrado ante autoridad extranjera. La norma básica del sistema de inscripción de los matrimonios celebrados por españoles ante autoridad extranjera civil o religiosa, en el extranjero, es la que establece que:

«También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración» (art. 49.2 CC).

10. La idea sobre la que se sustenta la viabilidad de la inscripción en un Registro Civil es que si el matrimonio se contrajo válidamente ante autoridad extranjera civil o religiosa, la legislación española facilita la continuidad del matrimonio. Es un control sobre la autoridad interviniente. Si es válido para el ordenamiento de aquel lugar, en forma civil o religiosa prevista por aquella ley, hay una apariencia de validez. Ahora bien, es un sistema que hace que resulte disponible para los contrayentes la forma de celebración —dado que se admite la que sea conforme con la *lex loci*—, pero indisponible o imperativo en cuanto a los requisitos de fondo: capacidad y consentimiento. Aun cuando

¹³ BOE de 22 de abril de 2016.

¹⁴ BOE de 24 de febrero de 1993.

¹⁵ BOE de 8 de agosto de 2005.

¹⁶ BOE de 4 de abril de 2006.

en principio ambas cuestiones en la teoría y en la práctica quedarían sujetas a la ley personal (extranjera) del contrayente extranjero¹⁷, otra práctica constante con apoyo doctrinal¹⁸ revela que la regulación española ha tomado una deriva imperativa en torno a estos dos aspectos esenciales del matrimonio necesariamente sujetos a la ley española.

11. La inscripción en el Registro Civil es relevante al ser un último filtro de control de validez del matrimonio. La garantía de *legalidad* del Registro Civil obliga a un control de legalidad mediante la potestad calificadora del registrador¹⁹. Aunque en principio el sistema parte de que los contrayentes pueden acogerse sin restricciones a las formas locales extranjeras, el control de validez conforme a la ley española y de concordancia con la realidad no está limitado y lo incluye todo: capacidad nupcial, existencia y validez del consentimiento y autoridad competente celebrando en la debida forma. Se requiere pues que mediante la calificación del documento aportado y las declaraciones complementarias oportunas el encargado del Registro llegue a la convicción de que no hay dudas acerca de la realidad del hecho y la legalidad conforme a la ley española²⁰.

12. En esta fase el encargado del Registro debe proceder al contraste de todos los aspectos de forma y fondo del matrimonio (art. 65 CC)²¹: que la celebración ha tenido lugar ante autoridad local competente, siendo válido conforme a la ley local; que los contrayentes son capaces conforme a su ley personal, siempre que dicha ley no contradiga el orden público español; que han prestado un consentimiento matrimonial veraz.

¹⁷ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *op. cit.*, nota 5, p. 311. Tiene importancia que así se afirme en la Instrucción DGRN de 10 de febrero de 1993, sobre inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa (Regla IV).

¹⁸ En este sentido, LUCES GIL, F., *Derecho del registro civil*, Barcelona, Bosch, 2002, p. 238; OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., «La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN», en VVAA, *Derecho registral internacional. Libro Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, p. 289, nota 14.

¹⁹ Se ha dicho que el control de legalidad actúa en tres direcciones, de las que hay que poner de relieve dos: veta el acceso al Registro Civil de los actos inexistentes, inválidos o ineficaces dotando al encargado de poderes de calificación; le permite adoptar cautelas tendentes a garantizar la exactitud de los hechos inscribibles (cfr. DÍAZ FRAILE, J. M., «Breve esbozo de una teoría general sobre los principios registrales civiles. Particular estudio de la publicidad material del Registro civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 78, 2002, núm. 672, pp. 1367-1404, esp. pp. 1370-1371).

²⁰ Esto es así desde la RDGRN de 30 de mayo de 1995; y se reafirma, entre otras muchas, en las RRDGRN (2.ª) de 2 de julio de 2009 y (29.ª) de 10 de mayo de 2012; asimismo, Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de complacencia, *BOE* de 22 de marzo de 2006, cfr. Regla VIII.

²¹ Conforme al art. 65 CC: «1. En los casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, si este fuera necesario, el Secretario judicial, Notario, o el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo. 2. Si la celebración del matrimonio hubiera sido realizada ante autoridad o persona competente distinta de las indicadas en el párrafo anterior, el acta de aquella se remitirá al encargado del Registro Civil del lugar de celebración para que proceda a la comprobación de los requisitos de validez, mediante el expediente correspondiente. Efectuada esa comprobación, el encargado del Registro Civil procederá a su inscripción».

2.3. Títulos inscribibles

13. Tiene que darse una apariencia de validez del matrimonio para que se pueda promover la inscripción acreditada a través de un documento que sirva de título para acceder al Registro²². La inscripción se condiciona al *reconocimiento del título presentado*, esto es, a su eficacia conforme a Derecho español. Las pautas de actuación están contenidas sobre todo en la Instrucción de 31 de enero de 2006²³.

14. La inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero se puede activar a través de dos mecanismos alternativos. Bien a través de *certificación extranjera* en la que conste la celebración del matrimonio y las «declaraciones complementarias», lo que constituye la regla general; bien en su defecto, a través del *expediente registral* para acreditar la legalidad del matrimonio y la certeza de su celebración²⁴. Luego puede practicarse mediante certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (art. 256.3 RRC) o en virtud de expediente (art. 257 RRC)²⁵. No está claro, sin embargo, qué supuestos van por el art. 256.3 RRC y cuáles pueden acceder por el art. 257 RRC.

2.3.1. Inscripción sin expediente (art. 256.3 RRC)

15. En principio si hay documento y no hay dudas sobre la *realidad del hecho* y de su *legalidad* conforme a la ley española, debiera bastar la certificación expedida por la autoridad extranjera o por la correspondiente confesión religiosa como título para practicar la inscripción²⁶. La inscripción se practicará en virtud de un doble título:

«La inscripción del matrimonio celebrado en el extranjero requiere la aportación de la certificación de la autoridad extranjera por autoridad o funcionario

²² Cfr. ESPINAR VICENTE, J. M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, p. 170.

²³ Añade la Instrucción de 2006 al RRC —a las reglas generales para la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero contenidas en los arts. 256 y 257 RRC— que dicho control de legalidad conforme a la ley española es «extenso porque solo así se garantiza que accedan al Registro actos válidos y eficaces» e incluye también «la verificación de la legalidad del acto en cuanto a los requisitos subjetivos del mismo» (Regla VIII) esto es, capacidad y sobre todo consentimiento matrimonial.

²⁴ Cito literalmente la Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de complacencia, *BOE* de 22 de marzo de 2006, cfr. Regla VIII. Se reproduce en términos idénticos en la jurisprudencia reciente de la DGRN: así p. ej., RDGRN (47.^a y 48.^a) de 4 de diciembre, (1.^a) de 18 de diciembre, todas de 2015.

²⁵ Adicionalmente, como todo documento público extranjero debe cumplir las exigencias formales de los arts. 323 y 144 LEC en particular lo relativo a la legalización y traducción para ser presentados. Hay excepciones en el Reglamento UE 22010/2003 para las resoluciones sobre divorcio (art. 52); también con alcance más general debe tenerse en cuenta el Convenio CIEC núm. 17 sobre dispensa de legalización de ciertos documentos relativos al estado civil.

²⁶ Así parecía cuando se implantó el sistema matrimonial post-constitucional, desde el entendimiento de la estrecha vinculación fondo-forma en el matrimonio, debiéndose admitir aquellos medios de prueba previstos por el ordenamiento extranjero rector de la forma (cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *op. cit.*, nota 5, p. 311).

del país de celebración (art. 256.3 RRC) y las “declaraciones complementarias oportunas”²⁷.

16. En primer término, un documento como medio de prueba de la validez del matrimonio celebrado ante autoridad extranjera. El matrimonio se presume válido pero es preciso acreditarlo²⁸. Nótese que el art. 256.3 RRC no especifica el tipo de documento; simplemente se refiere al «expedido por autoridad o funcionario del país de celebración». Esta disposición no puede interpretarse aisladamente sino en el contexto de la legislación registral, y en particular, la que establece qué títulos tienen acceso al Registro Civil²⁹. Así pues, sirven como títulos tanto las certificaciones de matrimonio expedidas por *autoridades locales* intervinientes en la celebración como las *certificaciones* sobre inscripciones procedentes de registros extranjeros³⁰. Estas últimas deben presentar una garantía adicional y es la *equivalencia funcional* para que sean tratadas como títulos análogos a los nuestros. La DGRN ha exigido que procedieran de un registro regular y auténtico que ofrezca garantías análogas a las exigidas para la inscripción en un Registro español³¹. Cabe así que la inscripción pueda promoverse:

1.º Adjuntando la *certificación del matrimonio expedido por la autoridad extranjera* (art. 256.3 RRC, art. 62.2 CC, art. 59.2 LRC 2011) y el certificado de capacidad matrimonial que haya sido extendido por la autoridad española (ex art. 252 RRC 1986) si lo exigiera la ley del país de celebración, cuando el matrimonio haya sido contraído ante autoridad local extranjera y aquella lo exija (art. 65.2 CC). Debieran ser títulos válidos: *a) La certificación expedida por la autoridad (judicial o no) interviniente en la celebración del matrimonio será título de acceso al Registro Civil. Solución facilitadora en la medida en que supone un reconocimiento procesal que evita efectuar el control de la ley aplicada por la autoridad judicial extranjera; b) la certificación registral extranjera. Es más, lo más frecuente es la presentación de dicho documento en el entendimiento de que muchos ordenamientos exigen la inscripción de todos*

²⁷ Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006.

²⁸ Cfr. ARENAS GARCÍA, R., *op. cit.*, nota 4, p. 233.

²⁹ Conforme al art. 81 RRC: «El documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o a los Tratados internacionales», disposición que se reproduce idéntica en el art. 27 LRC.

³⁰ En contra OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, nota 11, pp. 229 y 231, quien sostiene que dada la ausencia de garantías que concurren en los certificados que emiten las autoridades ante las que se presta el consentimiento «los únicos documentos extranjeros que han de considerarse títulos para la inscripción son las certificaciones registrales; el resto de los documentos han de ser oportunamente valorados en el expediente del que formen parte»; asimismo RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *Derecho registral civil internacional*, 1995, p. 187. Pero ¿qué ocurre si, por ejemplo, el país de celebración no tiene Registro Civil o funciona con carencias muy evidentes? En rigor el art. 257 RRC está previsto precisamente para la ausencia o insuficiencia de título.

³¹ Véanse RRDGRN de 31 de marzo de 1989, 14 de diciembre de 1990, 21 de enero y 21 y 22 de marzo de 1991, en las que los interesados habían celebrado matrimonio en Marruecos y se denegaba la inscripción al no ser de registros regulares y auténticos (p. ej., procedentes del Tribunal del Cadi notario de Nador o testimonios notariales) (cfr. RODRÍGUEZ GAYÁN, E., «Nota», *REDI*, 1991, núm. 2, pp. 526-530).

los matrimonios celebrados en su territorio³², y c) no es título válido el Libro de familia, pues no es más que un documento administrativo en extracto³³.

2.º Además del documento, el encargado del Registro debe acudir a las «declaraciones complementarias oportunas» (art. 256 *in fine* RRC 1986). En la práctica se ha interpretado como referido a la *audiencia* reservada a que se refiere el art. 246 RRC, particularmente desde la Instrucción DGRN de 2006 sobre matrimonios simulados. Es en ese marco en el que se desarrolla el control de validez.

2.3.2. *Inscripciones que requieren la formación de expediente (art. 257 RRC)*

17. Para supuestos distintos de los previstos en el art. 256.3 RRC, en particular, en ausencia de título documental suficiente —como señala la DGRN— la inscripción requiere la formación de un *expediente* cada vez que no pueda acreditarse documentalmente «la celebración en forma del matrimonio y la inexistencia de impedimentos» (art. 257 RRC)³⁴. Estos dos extremos son los que deberán quedar acreditados: 1.º La «celebración en forma» requerirá una certificación expedida por autoridad extranjera competente. 2.º La «inexistencia de impedimentos» tiene que ver con el control de la capacidad.

1.º En teoría se trata este de un expediente que debe practicarse como título supletorio en los casos en los que haya duda acerca de la realidad del hecho o su legalidad, para la debida comprobación de esos extremos. Es, por ejemplo, el cauce previsto para los matrimonios celebrados en las formas evangélica, hebrea e islámica, según las Leyes 24/1992 y 25/1992 dado que los acuerdos con estas entidades religiosas ciñen su ámbito de actuación al territorio español³⁵. Queda sujeto a las reglas generales de los expedientes³⁶. El encargado del Registro debe comprobar, por una parte, la celebración en forma del matrimonio: en fecha, lugar y hora y haciendo constar la identidad de los contrayentes. A ese fin deben aceptarse todas las pruebas documentales que sirvan de medio de prueba en el país de celebración. Tienen que aparecer los datos esenciales o, de lo contrario

³² La DGRN tuvo que aclarar que debe tratarse de certificaciones de un registro local (cfr. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, nota 11, p. 229 y nota 979).

³³ La LRC añade una previsión que puede facilitar la inscripción: a través de certificación registral extranjera cuando esta solo acredite el contenido de una resolución judicial. En tal caso el título de inscripción será la resolución judicial por tanto sujeta al régimen del art. 96 LRC que difiere en algunas condiciones.

³⁴ OREJUDO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, nota 11, p. 231, sostiene que la falta de certificación registral determina la tramitación de la inscripción por expediente conforme a lo dispuesto por los arts. 85 y 257 RRC.

³⁵ Cfr. GARAU JUANEDA, L., «Matrimonio de españoles en el extranjero», en VVAA, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de familia*, 2011, pp. 210-217, esp. pp. 213-214; en contra, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., «La celebración del matrimonio con elemento extranjero. El caso de los ciudadanos marroquíes», en MOYA ESCUDERO, M. (dir.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 71-98, esp. p. 95.

³⁶ Cfr. LUCES GIL, F., *op. cit.*, p. 241.

se procederá a la denegación de la inscripción. Puede ocurrir que el documento extranjero tenga por marido y mujer a los interesados, pero falten otros elementos esenciales, incluso tratándose de certificaciones registrales extranjeras. Excepcionalmente se han admitido si se acompañaban de una resolución judicial confirmatoria³⁷.

2.º En segundo término, el encargado del Registro deberá asegurarse de la «inexistencia de impedimentos», de modo que debe proceder a las «audiencias legalmente exigidas» (art. 261 RRC).

18. Siendo este uno de los dos procedimientos positivizados en la práctica actual, la inscripción por la formación de expediente no fundamenta la inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero. La exigencia en el marco del art. 256.3 RRC de proceder a las «declaraciones complementarias oportunas» equivale de hecho a la formación del expediente, de modo que este segundo cauce ha derivado a un régimen análogo al expediente previo a la celebración del matrimonio³⁸.

19. En el momento actual acudir al expediente resulta perfectamente prescindible para la DGRN, como afirma en su doctrina:

«De estos hechos, es una deducción razonable y en modo alguno arbitraria entender que el matrimonio es nulo por simulación. Así lo ha estimado el encargado del Registro consular, quien por su inmediatez a los hechos es el que más fácilmente puede apreciarlos y formar su convicción respecto de ellos. *Esta conclusión*, obtenida en momentos cronológicamente más próximos a la celebración del matrimonio, *no quedaría desvirtuada por un expediente posterior, el del art. 257 del RRC, del cual debe prescindirse por razones de economía procesal (cfr. art. 354 RRC), si es que se estima que, además de la vía judicial, quedaría abierto este camino ante la denegación adoptada en la calificación efectuada por la vía del art. 256 del Reglamento*»³⁹.

20. Es el último eslabón en una evolución siempre orientada hacia un refuerzo de los controles⁴⁰. Pone de manifiesto una interpretación que contrasta con la sostenida en un pasado no tan lejano, cuando la DGRN se mostraba más flexible y se dejaba abierta la doble vía de inscripción sin o con expediente. Sirva como muestra una Resolución de 27 de octubre de 1992, en cuyo apartado III establecía:

«Cualquier español puede contraer matrimonio en el extranjero “con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración”, pero, aunque la forma sea

³⁷ STS Sala de lo Contencioso de 20 de julio de 2016, sobre reconocimiento de sentencia extranjera procedente de Islamabad. Aunque el problema se plantea en el marco de un procedimiento de reagrupación familiar, no era claro que el matrimonio estuviera inscrito, por lo que la autoridad consular exige homologación judicial de la inscripción registral aportada.

³⁸ Cfr. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, Universidad Complutense, Secc. Publicaciones, 1989, p. 76.

³⁹ Cfr. RDGRN (47.ª) de 4 de diciembre de 2015, idéntica a la 48.ª y 51.ª, del mismo día y 11 (1.ª) de diciembre de 2015, entre otras muchas.

⁴⁰ Originariamente la inscripción de las certificaciones expedidas por autoridades extranjeras se hacía por transcripción literal, sin calificación; el RRC en su reforma de 1986, introdujo el control de conformidad con la legalidad a través del cauce de las declaraciones complementarias (art. 256.3 RRC) o de la instrucción del expediente (art. 257 RRC).

válida, es necesario, para poder practicar la inscripción, comprobar que han concurrido los requisitos de fondo exigidos para la validez del enlace, *bien se haga esta comprobación mediante la calificación de la "certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración" (art. 256.3 RRC) y en las condiciones establecidas por este precepto reglamentario, bien se realice tal comprobación, en ausencia de título documental suficiente, a través del expediente previsto por el art. 257 RRC».*

21. La DGRN tal vez actúa condicionada por el temor al fraude. Por vía de consecuencia se cierra el paso a los interesados a una segunda oportunidad para subsanar errores o aportar nuevas pruebas documentales. Una interpretación desproporcionada en ciertos supuestos: por ejemplo, en los casos de matrimonios contraídos ante autoridad extranjera que exigen el certificado de capacidad matrimonial a los extranjeros, cuando la propia autoridad extranjera pasa por alto una exigencia de *su* ordenamiento. Queda expedita, eso sí, la vía judicial, seguramente impracticable en buen número de casos aunque solo sea por la lejanía con el ámbito de la Jurisdicción española.

2.4. Denegación de la inscripción

22. La denegación de la inscripción es recurrible ante la DGRN y en su caso en la vía judicial ordinaria⁴¹. En la práctica se está descartando que la denegación de la inscripción por el encargado del Registro consular —muy frecuente en los supuestos en que hay datos objetivos para calificar como simulado el matrimonio a inscribir— pueda intentarse ulteriormente ante la misma autoridad promoviendo la inscripción en virtud de expediente (art. 257 RRC). Esto es así, a menos que aparezcan *hechos nuevos* que justifiquen la reiteración por la vía del expediente⁴². No obstante, se ha admitido que el matrimonio de españoles que no haya podido ser debidamente inscrito por no haberse acreditado la libertad de los contrayentes o la inexistencia de impedimentos pueda ser objeto de anotación⁴³. En los supuestos de matrimonios simulados o de conveniencia, debe el encargado del Registro consular comunicar de forma directa e inmediata al Registro Civil Central⁴⁴.

⁴¹ Denegada la inscripción o si únicamente fue objeto de anotación marginal, los cónyuges pueden: a) intentar acción de nulidad del matrimonio —que también corresponde al fiscal— o b) intentar obtener una declaración sobre la existencia y validez de la relación matrimonial; si el juez declara la existencia, esa resolución será título bastante para instar de nuevo la inscripción (véase ESPINAR VICENTE, J. M., *op. cit.*, p. 172).

⁴² Cfr. RDGRN (20.^a) de 23 de diciembre de 2015, relativa a la denegación de inscripción por la vía del art. 256.3, en un supuesto de matrimonio por simulación sumamente complejo, procedente del Consulado de Nueva Delhi (India). La DGRN confirma la resolución denegatoria del cónsul estimando que la apreciación del encargado del Registro Consular «no quedaría desvirtuada por un expediente posterior del art. 257 RRC» pero deja abierta la puerta a una ulterior solicitud por la vía del art. 257 al afirmar que: «No obstante lo anterior *debe significarse que en los expedientes del registro civil no rige el principio de cosa juzgada*, de modo que es posible reiterar un expediente sobre cuestión decidida *si hay hechos nuevos* que no pudieron ser tenidos en cuenta al dictar la resolución. La vía adecuada para ello es la presentación de una nueva solicitud en el registro civil competente ante el que han de acreditarse esos hechos nuevos».

⁴³ Véase ADROHER BIOSCA, S., *op. cit.*, p. 357.

⁴⁴ Cfr. Orden Circular MAAEE núm. 435, de 1 de diciembre de 1998 (cfr. PARÍS ALONSO, J. A., *Manual de registro civil para los Registros civiles consulares*, Madrid, MAEC, 2008, p. 167).

3. PRÁCTICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

23. El dato más sorprendente que se deriva del examen de la práctica reciente es el elevado número de supuestos que llegan a la DGRN desde los Registros consulares así como la variedad en los sustratos fácticos. Se examinan todos los presupuestos de validez del matrimonio contraído ante autoridad extranjera: desde la validez del título a inscribir, la idoneidad de la autoridad interviniente o más ampliamente la capacidad y el consentimiento prestados por los contrayentes. El control es extremo y en la misma línea se inscribe la reforma a introducir por la LRC 2011 que, sin haber entrado en vigor, ya ha sido modificada sustancialmente en materia de inscripción del matrimonio por Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria⁴⁵. Llama la atención también una deriva «nacionalista» y «proteccionista» que ha tomado la práctica de la DGRN, a la que ya se ha hecho referencia, confirmando las decisiones denegatorias procedentes del Registro Central o de los Registros consulares, con acierto en unos casos y en otros con resultado ciertamente criticable, también por contraste con lo que ha sido una actitud de la DGRN más «abierta» hacia lo exterior que marcó otras épocas. A los fines expositivos el examen de la práctica se efectúa según que la decisión de las resoluciones retenidas se sustente sobre la forma o sobre el fondo de la celebración del matrimonio celebrado ante autoridad extranjera.

3.1. Control sobre la forma de celebración

24. El control sobre la forma de celebración del matrimonio en el extranjero tiene una trascendencia menor en cuanto al número de supuestos de denegación. La denegación se sustenta en la falta de idoneidad de los títulos presentados como medio de prueba así como en el rechazo de determinadas formas de celebración por el tipo de autoridad-no autoridad interviniente, en combinación con sospecha de fraude.

⁴⁵ Si bien tampoco se especifica qué tipo de documento —si acta de celebración o certificación expedida por la autoridad o certificación registral— (conforme al art. 59.2 LRC 2011 relativo a la inscripción del matrimonio «el matrimonio celebrado ante autoridad extranjera accederá al registro civil español mediante la inscripción de la certificación correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente ley»); no obstante, cabe detectar un refuerzo general del control de la legalidad en el art. 58.10 LRC 2011, de modo que si el matrimonio se hubiera celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente previo el legislador impone al encargado del Registro la obligación de tramitar el expediente para comprobar «si concurren los requisitos legales» para su validez. Así el art. 58.10 «antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo». Y el párr. 5 referido al expediente previo impone al encargado del Registro Civil, además de proceder a la audiencia por separado, la posibilidad de «solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes [...] para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio».

3.1.1. *Falta de idoneidad del título*

25. El sistema matrimonial español parte, como ya se ha indicado, de una presunción de validez del matrimonio celebrado en el extranjero. Esa apariencia debe sustentarse sobre un documento de prueba por el que pueda contrastarse la existencia de un matrimonio válido⁴⁶. El acceso al Registro Civil presupone que se acreditará debidamente la celebración en forma del matrimonio, bien sea por documento emitido por la autoridad extranjera de celebración, bien por certificación registral extranjera. Dicha exigencia excluye como es obvio los llamados matrimonios informales o solo *consensu*, así como aquellos supuestos en que la documentación aportada no sirva para acreditar la celebración.

26. Excepcionalmente, y en una práctica ya lejana en el tiempo, la DGRN se mostró favorable a la inscripción, revocando la calificación del Registro Civil Central, en un supuesto en que la inscripción se había denegado por falta de idoneidad del título. El Registro Central estimó que el documento que acompañaba a la solicitud no constituía un «certificado de matrimonio» sino un «acta notarial de manifestaciones». Pues bien, en una muestra de apertura la DGRN entendió que «si no hay propiamente autorizante del matrimonio por la ley china y si esta no exige la intervención de testigos, no hay motivo alguno para exigir el cumplimiento de requisitos no exigidos por la legislación competente y aplicar en este punto la ley española»⁴⁷. Esta solución hoy es casi impensable.

27. No sirven las certificaciones registrales expedidas por autoridades de la República Árabe Saharaui, al no ser considerados por la DGRN como registros auténticos⁴⁸. Se sigue la línea marcada las RRDGRN de 31 de marzo de 1989, 14 de diciembre de 1990, 21 de enero y 21 y 22 de marzo de 1991, en las que los interesados habían celebrado matrimonio en Marruecos y se denegaba la inscripción al no aportar certificaciones de registros regulares y auténticos (p. ej., procedentes del Tribunal del Cadi notario de Nador o testimonios notariales)⁴⁹. La inadmisión del documento extranjero provoca la denegación de las inscripciones en los supuestos que dan lugar a la RDGRN (7.^a) de 10 de julio de 2015, en el que los interesados español y mauritana, aportan un «juicio confirmatorio de matrimonio» declarado por un tribunal local; o en la (2.^a) de 30 de diciembre de 2015, en la que el promotor aporta «acta inextensa de matrimonio local», impidiéndose tanto la inscripción como la anotación preventiva⁵⁰.

28. Tampoco serán inscribibles, y con razón, al no considerarse suficientemente probada la celebración del acto, por documento marroquí en el que sim-

⁴⁶ Cfr. ARENAS GARCÍA, R., *op. cit.*, nota 4, p. 234.

⁴⁷ RDGRN (1.^a) de 2 de enero de 1998, *BIMJ*, 1998, núm. 1.826, p. 76.

⁴⁸ Véanse RRDGRN de 29 de marzo y 4 de junio de 2007; lo cual conecta con la falta de reconocimiento de la República Árabe Saharaui por parte del Estado español.

⁴⁹ Cfr. RODRÍGUEZ GAYÁN, E., *op. cit.*, nota 30, pp. 526-530.

⁵⁰ Debe destacarse que algunos de los supuestos emergen entreverados por la insuficiencia en la documentación presentada con el hecho de que en la audiencia separada el encargado del Registro Consular llega a la convicción de hallarse ante matrimonios simulados. Este segundo elemento tiene mucho más peso en la decisión de denegar la inscripción.

plemente consta que los contrayentes se casaron, pero sin concretar hora, lugar o autoridad⁵¹. Ni es título suficiente el «certificado local expedido por la alcaldesa de la comuna» respecto de un matrimonio celebrado en el Congo, supuesto este en el que sí se echa en falta la «certificación del Registro extranjero»⁵². O los «matrimonios por teléfono» pues falta la «fehaciencia del consentimiento expresado por vía telefónica [...] que no podrían inscribirse mediante transcripción literal de la certificación del registro civil paquistaní, requiriendo la tramitación del expediente del art. 257 RRC en el que deberá acreditarse la celebración del matrimonio»⁵³. También se deniega la inscripción —esta vez por el Registro Civil Central— del «papel blanco» —sin membrete ni distintivo en el que se acreditara la naturaleza de documento oficial— de un matrimonio celebrado a bordo de un velero australiano en el mar territorial de Chile⁵⁴.

3.1.2. *Matrimonios coránicos*

29. Los matrimonios coránicos o celebrados conforme al rito islámico plantean una cuestión que conecta la forma del matrimonio con los requisitos relativos a la capacidad. La ley local extranjera puede —y, por tanto, debe— exigir al contrayente extranjero la presentación de un «certificado de capacidad matrimonial» que no exige, sin embargo, la legislación española. Ello implica que el contrayente español, con carácter previo a la celebración, tiene que someterse al trámite de autorización o expediente previo al matrimonio (art. 252 RRC). Dicho expediente concluye, como es sabido, con la expedición de un certificado de capacidad matrimonial.

30. En algunos casos, si bien queda debidamente acreditada la validez formal del matrimonio por «acta local», la inscripción es impracticable al no haber sido posible acreditar la capacidad, con anterioridad a la celebración del matrimonio, a través del certificado de capacidad matrimonial. Exigido por las autoridades marroquíes a los extranjeros, hay supuestos en los que pese a no haber sido aportado oportunamente, el matrimonio se celebra pues los contrayentes intervienen bajo la apariencia de nacionalidad marroquí siendo uno doble nacional⁵⁵. Promovida la inscripción en Registro español, Central o Consular, queda probado que el certificado no se obtuvo con carácter previo a la celebración. Por lo que la DGRN se decanta por rechazar la inscripción, dado que «deberían haber acreditado previamente la capacidad matrimonial

⁵¹ RDGRN (2.^a) de 23 de septiembre de 2009 (citando otras cuatro resoluciones anteriores en el mismo sentido). Contrastan con otras en las que se planteaban problemas de forma análogos (p. ej., ausencia de datos como nombres y apellidos o la fecha o la hora, etc.) en las que la DGRN reprochaba el proceder del encargado considerándose que había que hacer una interpretación «flexible y generosa, siempre que quede clara la realidad del hecho y la identidad de los esposos», casi todas del año 1989 procedentes de Marruecos (pueden consultarse en ADROHER BIOSCA, S., *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Barcelona, Bosch, 1993, pp. 349 y ss.).

⁵² Cfr. RDGRN (5.^a) de 20 de abril de 2010.

⁵³ Cfr. RDGRN de 24 de septiembre de 2007 (cfr. PARÍS ALONSO, J. A., *op. cit.* nota 44, p. 169).

⁵⁴ RDGRN (5.^a) de 7 de diciembre de 2009.

⁵⁵ Un español originariamente marroquí, residente en España, será marroquí a los ojos de las autoridades de aquel país y español desde la perspectiva del ordenamiento español (*ex art. 9 CC*).

mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente»⁵⁶, «no cabe reconocer como título inscribible la mera certificación de matrimonio de la autoridad extranjera»⁵⁷.

31. Técnicamente al hilo de estos supuestos se ha destacado la existencia de una antinomia entre los arts. 256.3 y 257 RRC, dado que el acceso al Registro por el art. 256.3 RRC impide tramitar el expediente en el que deberían ser aceptados todos los medios de prueba, incluyendo los que habilite el ordenamiento extranjero conforme al que se celebró el matrimonio⁵⁸. La DGRN mantiene conducir estos supuestos por el cauce del art. 256.3 RRC, que debe completarse con la aportación de la certificación de capacidad a obtener con carácter previo a la celebración, conforme al art. 252 RRC —calificando dicha norma como material para los supuestos internacionales—⁵⁹. La no aportación en el momento de la celebración del matrimonio ha provocado la denegación. Bien es cierto que, por ejemplo, tanto en el caso que da lugar a la Resolución de 4 de enero de 2007 al igual que en otros, confluyen la ausencia de certificado de capacidad con la sospecha fundada en el encargado del Registro Civil Central de hallarse ante un matrimonio celebrado persiguiendo fines distintos de los propios de esta institución⁶⁰.

32. La denegación de la inscripción, a nuestro modo de ver, es tanto más injusta tratándose de contrayentes dobles nacionales españoles-marroquíes que afirman ignorar el carácter preceptivo del certificado de capacidad matrimonial en el Derecho español, cuya presentación tampoco les fue exigida por las autoridades marroquíes al celebrarse bajo la apariencia de nacionalidad común marroquí. Pero lo más destacable de esta orientación no es tanto la desactivación de la eficacia del documento extranjero como título válido para practicar la inscripción, pese a lo establecido por el art. 256.3 RRC, como un proceder que supone en cierto modo una injerencia en la actuación de la autoridad extranjera competente en la celebración del matrimonio⁶¹. Por no mencionar la situación de inseguridad o incertidumbre jurídica para los interesados acerca de la validez del matrimonio^{62, 63}. Una práctica, en suma,

⁵⁶ Cfr. RRDGRN (29.^a) de 10 de mayo de 2012 o (9.^a) de 19 de mayo de 2009, entre otras.

⁵⁷ Cfr. RRDGRN (1.^a) de 1 de julio de 2009, (2.^a) de 28 de abril de 2010, (2.^a) de 3 de julio de 2015, (61.^a) de 10 de julio de 2015, entre otras muchas recaídas desde el año 2009.

⁵⁸ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Inscripción de matrimonios coránicos celebrados en Marruecos, matrimonios coránicos consulares y matrimonios celebrados en el Sáhara occidental», *AEDIPr*, 2007, p. 1194 (citando a su vez a GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., *op. cit.*, nota 5, p. 188).

⁵⁹ Cfr. RDGRN de 4 de enero de 2007 (apdo. IV).

⁶⁰ Véanse RRDGRN de 4 de enero y 20 de marzo de 2007 o la (39.^a) de 11 de diciembre de 2015.

⁶¹ Técnicamente se justifica a través de una artificiosa caracterización del art. 252 RRC como «norma material de extensión inversa o *ad intra*», que aparece en otras Resoluciones.

⁶² Una solución paralela a la que ha dictado el TC acerca de los matrimonios contraídos en forma islámica, sin certificado de capacidad matrimonial y no inscritos, en su controvertida doctrina. En efecto, al afirmar en STC 194/2014, de 1 de diciembre, que «la certificación de la capacidad matrimonial sirve para acreditar la concurrencia de los requisitos de fondo de la validez del matrimonio, por lo que en ausencia de la misma *no puede hablarse de un matrimonio existente para la legislación del Estado*», está dejando en un limbo jurídico tales supuestos, por ejemplo, como era el caso, a efectos de pensión de viudedad.

(Véase nota 63 en página siguiente)

del todo ajena a la finalidad primordial del DIPr., orientado a asegurar la continuidad de las relaciones privadas de los particulares⁶⁴.

33. La evolución que ha experimentado el tratamiento de este tipo de matrimonial no puede ser más radical en un lapso de más de diez años. Comárese esta doctrina con la vertida en la RDGRN de 23 de febrero de 1989, en la que se afirmaba que

«un matrimonio coránico es inscribible por transcripción en un Registro Civil Consular o en el Registro Civil Central, con la simple certificación expedida por la autoridad religiosa (art. 256.3 RRC) y las declaraciones complementarias oportunas»⁶⁵.

34. El cambio es radical, al compás tal vez de las circunstancias derivadas de nuestra política inmigratoria.

3.1.3. *Matrimonios consuetudinarios*

35. Con esta denominación se comprenden prácticas diversas, generalmente procedentes de países africanos (Ghana o Guinea Ecuatorial). En realidad los llamados matrimonios consuetudinarios aunque la DGRN rechace la inscripción desde una caracterización que atiende más a la forma —«esa forma de matrimonio choca frontalmente con el sistema jurídico matrimonial instituido en nuestro país»—⁶⁶, realmente resultan inadmisibles por fallos en cuanto a los requisitos de fondo. En los casos procedentes de Guinea Ecuatorial, a través de la información facilitada por el Consulado General de España en Bata, se trata de instituciones matrimoniales que permiten la poligamia, la celebración por menores de doce años e incluso la entrega de una dote por la mujer. Al margen de que el promotor aporte certificado literal del acta de matrimonio consuetudinario donde se acredita que «el matrimonio existe», la inscripción resulta impracticable al apreciarse vulneración del orden público español por infracción de derechos fundamentales⁶⁷. En estos supuestos está justificada la denegación de la inscripción, al ser el modelo de matrimonio por el que se vinculan los contrayentes lo que justamente se estima contrario a los valores del ordenamiento español.

⁶³ A menos que se entienda que la ausencia de certificado de capacidad matrimonial no conlleva *per se* la nulidad del matrimonio sino que sería subsanable *ex art.* 65 CC y la declaración VI de la Instrucción DGRN de 10 de febrero de 1991 (véase en este sentido BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I., «Matrimonio celebrado por el rito islámico, certificado de capacidad matrimonial y Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre de 2015, pp. 382-399, esp. p. 392).

⁶⁴ Véase para un análisis crítico, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Matrimonio y parejas de hecho», en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2014, p. 11; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.* nota 58; *id.*, «Tratamiento registral de los matrimonios de complacencia. Lectura crítica de la Instrucción de 31 de enero de 2006», *La Ley*, núm. 4/2006, pp. 1547-1559.

⁶⁵ Véase PARÍS ALONSO, J. A., *op. cit.*, nota 44, p. 181.

⁶⁶ Cfr. RRDGRN (25.^a) de 23 de enero de 2015, (184.^a) de 28 de agosto de 2015.

⁶⁷ P. ej., RRDGRN (25.^a) de 23 de enero 2015, (184.^a) de 28 de agosto de 2015, (3.^a) de 1 de junio de 2015, entre otras.

3.1.4. *Matrimonio en forma canónica*

36. El control se proyecta incluso si la celebración por autoridad religiosa canónica ha sido acreditada mediante certificación expedida por la Iglesia Católica siendo uno de los contrayentes español⁶⁸. A los matrimonios contraídos en el extranjero en forma canónica se aplica en rigor el régimen general al estar comprendidos dentro del supuesto del art. 65 CC⁶⁹: el título para la inscripción se conforma con la certificación (eclesiástica) expedida por la autoridad extranjera y las «declaraciones complementarias» de los contrayentes, para contrastar que el matrimonio que se pretende inscribir reúne todos los requisitos legales. La *transcripción* de la inscripción en registro extranjero no exime al encargado del Registro de proceder a «las declaraciones complementarias oportunas», en cuya tramitación llega a la convicción de ausencia de consentimiento matrimonial⁷⁰.

3.2. Control sobre la capacidad nupcial

37. El control de los requisitos de fondo para determinar la validez del matrimonio pivota mayoritariamente en un rechazo de la ley personal del cónyuge extranjero en todos los supuestos en que conforme a Derecho español el matrimonio es potencialmente nulo (*ex* art. 73 CC). En particular, cuando esa hipotética ley no sanciona con nulidad el matrimonio contraído por españoles menores de edad, la subsistencia del vínculo matrimonial anterior o las múltiples formas de poligamia son supuestos habituales de no reconocimiento.

3.2.1. *Menor de edad*

38. Se deniega la inscripción cuando el matrimonio celebrado en el extranjero involucra a una menor de edad de nacionalidad española⁷¹. Aunque

⁶⁸ En contraste, los matrimonios celebrados en forma canónica en España, resultan inscribibles con la mera presentación del acta matrimonial extendida por la autoridad eclesiástica.

⁶⁹ Entre las primeras RRDGRN la de 19 de abril de 2008, (3.ª) de 10 de mayo de 2008, (2.ª) de 29 de septiembre de 2009, (1.ª) de 14 de octubre de 2009, o (5.ª) de 15 de diciembre de 2009. Más recientes, (14.ª) de 13 de marzo de 2012, (36.ª) de 22 de junio de 2012.

⁷⁰ El art. 63 CC se refiere a los matrimonios en forma religiosa celebrado en España, para los que basta la presentación de la certificación expedida por la autoridad eclesiástica; en una época se sostuvo que el reconocimiento del matrimonio contraído en forma canónica en el extranjero al ser idéntico al matrimonio en forma civil, dado que el Acuerdo con la Santa Sede no introdujo límite territorial y la presencia de la Iglesia católica es mundial (véase RDGRN de 2 de noviembre de 1981; criticada por GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., al entender que los Acuerdos solo regulan los efectos civiles de los matrimonios canónicos celebrados en España estando los celebrados en el extranjero comprendidos dentro del supuesto del art. 65 CC y por tanto sujetos al régimen general de reconocimiento y, en particular al art. 73 LRC que exige la formación de expediente (cfr. «Nota», *REDI*, núm. 2, 1982, p. 521). La inscripción de los matrimonios celebrados en el extranjero en las formas previstas por las confesiones religiosas con las que España tiene suscritos acuerdos por Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre (evangélica, israelita e islámica) no permite la equiparación dado que las autoridades intervinientes son las previstas por el Registro de Confesiones religiosas (cfr. ARENAS GARCÍA, R., *op. cit.*, nota 4, p. 228; *adde. supra* nota 35).

⁷¹ P. ej., RRDGRN (2.ª) de 25 de enero de 2003, (4.ª) de 21 de noviembre de 2008, (3.ª) de 3 de febrero de 2009.

se haya celebrado matrimonio válido conforme a la *lex loci*, con catorce años, dado que conforme a Derecho español no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados (art. 46 CC), el matrimonio se ha declarado en principio, nulo, y no inscribible en el Registro Civil español «a salvo la posibilidad de que la interesada solicite la dispensa ulterior de edad, que compete, en primera instancia, al juez encargado del Registro Civil del domicilio (arts. 48 y 365 RRC)»⁷².

3.2.2. *Subsistencia de vínculo matrimonial anterior*

39. Como es sabido el impedimento de ligamen determina la incapacidad para contraer matrimonio por persona casada so pena de nulidad (art. 46.2 CC). Explica que, aunque sean conformes a la ley local, no puedan acceder al Registro Civil español los matrimonios en los que subsiste vínculo matrimonial anterior y, con mayor razón, si el matrimonio anterior está inscrito en el Registro español. Tratándose de españoles, conforme a una práctica reiterada de la DGRN, lo correcto es solicitar el *exequátur* del divorcio y obtenido este, instar la inscripción del segundo matrimonio. El auto por el que se reconoce el divorcio permite la remoción del impedimento de ligamen⁷³.

40. En el caso que dio lugar a la RDGRN (20.^a) de 3 de julio de 2015, la interesada de nacionalidad española, solicitaba al Registro Civil Central la inscripción de su segundo matrimonio con norteamericano celebrado en Estados Unidos. Solicitud que fue denegada una vez comprobado que la interesada contrajo matrimonio en Estados Unidos en 2001 cuando aún estaba casada, dado que el divorcio de su primer matrimonio lo obtuvo con posterioridad a la celebración del segundo. El segundo matrimonio adolece pues de causa de nulidad. El sustrato fáctico es similar en otros casos, con la particularidad a veces, de que el matrimonio (segundo) que se pretende inscribir ha sido celebrado en forma coránica⁷⁴. La DGRN ya concretó que para valorar si el segundo matrimonio fue contraído subsistiendo el vínculo matrimonial anterior, debe tomarse en cuenta la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio o de disolución del vínculo y no la fecha posterior en la que obtuvo el *exequátur*⁷⁵. La solución puede ser adecuada por la necesidad de coherencia interna del Registro pero no satisfactoria para el promotor.

⁷² RDGRN (45.^a) de 23 de agosto de 2012.

⁷³ Véanse RRDGRN de 3 y 11 de junio de 1996 (siendo entonces todavía competente el TS). En Resolución (3.^a) de 1 de junio de 2009, se indica que es necesario el previo reconocimiento de la sentencia de divorcio, ante el Juzgado de Primera Instancia competente por razón del domicilio. En realidad tanto la Ley de Cooperación Jurídica internacional en Materia civil de 2015 (art. 59) como la LRC 2011, cuando esté en vigor (art. 96), permiten el llamado reconocimiento incidental de suerte que la modificación de los datos registrales mediante aportación de la sentencia extranjera puede activarse ante el propio encargado del Registro.

⁷⁴ Véase RDGRN (41.^a) de 11 de diciembre de 2015; igualmente procedente del Registro Consular de Gambia, Resolución (49.^a) de 4 de diciembre de 2015.

⁷⁵ RDGRN (4.^a) de 21 de mayo de 2003.

3.2.3. Poligamia

41. No siempre es la subsistencia de varios vínculos matrimoniales anteriores lo que impide la inscripción de matrimonios poligámicos en sus muy diversas manifestaciones. El mero hecho de la celebración de matrimonio bajo el rito islámico puede ser determinante del rechazo a la inscripción, sustentado sobre la base de la infracción del orden público español.

42. El examen de la práctica reciente revela, de nuevo, un incremento de solicitudes de inscripción planteadas por nacionales españoles nacionalizados pero originarios de países que admiten tales prácticas, incremento que se corresponde con una denegación casi sistemática de la práctica de la inscripción. En la documentación aportada queda acreditada «en el acta de matrimonio la opción por la poligamia»⁷⁶, o la «sumisión sin condición alguna a la Sharía implicando con ello un matrimonio poligámico»⁷⁷. En unos casos la solicitud se dirige al Registro Civil Central y en otros a los Registros Consulares. Es cierto que en algunos casos parece mediar una *opción expresa* por la poligamia⁷⁸. Pero en otros, la celebración del matrimonio conforme a lo que es el régimen legal en un determinado ordenamiento, no debería llevar a presuponer una voluntad —en todo caso implícita— de los contrayentes por la opción poligámica.

43. Debe recordarse que el orden público (*ex art. 12.3 CC*) ha de interpretarse restrictivamente y ser proyectado atendiendo a las circunstancias del caso concreto. Visto así, debe recordarse también, que una cosa es el matrimonio potencialmente poligámico —porque así se conciba en la legislación nacional del o de los contrayentes— y otra el que es realmente poligámico, porque el interesado no acredita la disolución del vínculo o vínculos anteriores.

44. En estos casos, no le falta razón a la DGRN para confirmar la denegación de la inscripción por infracción del orden público⁷⁹. En cuanto a los potencialmente poligámicos, no hace tanto tiempo que la DGRN admitía su validez siempre y cuando se tratara del primer vínculo conyugal de ambos contrayentes⁸⁰. Así, resulta sorprendente la RDRGN (202.^a) de 28 de agosto de 2015, en la que se afirma que «es indiferente que el contrayente esté divorciado de los matrimonios anteriores de manera definitiva de acuerdo con la legislación islámica», tratándose de la inscripción de una española naturalizada y originaria de Bangladesh, cuyo matrimonio se había celebrado bajo la legislación islámica⁸¹.

⁷⁶ P. ej., RRDGRN (3.^a y 1.^a) de 10 de julio de 2015 (Senegal).

⁷⁷ P. ej., RRDGRN (6.^a) de 10 de julio de 2015 (Gambia), (10.^a) de 31 de julio de 2015 (Gambia); igualmente procedente del Registro Consular de Gambia, Resolución (49.^a) de 4 de diciembre de 2015.

⁷⁸ Así en RDGRN (32.^a) de 11 de diciembre de 2015.

⁷⁹ Así, RRDGRN (61.^a) de 12 de mayo de 2014, o (31.^a) de 24 de abril de 2014.

⁸⁰ Así RDGRN de 23 de abril de 1998. En la doctrina se sostuvo que si se trata de un matrimonio potencialmente poligámico en el que el estatuto personal del marido lo es y el de la mujer no, el matrimonio se convierte en monógamo con la adquisición de la nacionalidad española (cfr. GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, nota 2, p. 280).

⁸¹ Véase *adde.* RDGRN de 20 de octubre de 1998, *BIMJ*, 1999, núm. 1.850, pp. 2406-2408.

45. Bien es cierto que la tipología de casos que arroja el matrimonio celebrado en Marruecos es muy variada⁸², dominando los problemas de prueba de la disolución de vínculos anteriores cada vez que uno de los contrayentes ha adquirido con posterioridad la nacionalidad española. Tampoco es fácil tomar en cuenta la especial posición de la mujer para superar el problema de la prueba del repudio en ciertos casos. Con todo, parece que presuponer la naturaleza poligámica del matrimonio celebrado en forma islámica va mucho más allá. Permitir hacer valer a los interesados algún otro medio de prueba o manifestación parece ineludible. La no inscripción puede ser un resultado excesivo en algunos supuestos y llegar a comportar una infracción del derecho fundamental al matrimonio, aunque ello no se traduzca en reclamaciones en vía judicial. Una posibilidad de flexibilización podría articularse dando a los contrayentes el derecho a revocar o renunciar a dicha práctica, por ejemplo, ante fedatario público o ante el encargado del Registro. Tampoco es un procedimiento ajeno a nuestro ordenamiento. Por razones similares se introdujo en materia de reconocimiento de la adopción constituida fuera, para los supuestos en que la ley local de constitución admitía las llamadas adopciones revocables⁸³.

3.3. Control sobre el consentimiento matrimonial

46. El consentimiento matrimonial es elemento clave para determinar la validez del matrimonio a inscribir. Es inmenso el número de Resoluciones que rechazan la práctica de la inscripción.

3.3.1. Matrimonios acordados

47. En la doctrina y en la práctica de algunos países, se diferencian estos de los matrimonios «pactados» o «convenidos» pues aunque la familia concierta el matrimonio, el consentimiento se presta de forma voluntaria, es decir, que la tipología es variada⁸⁴. En todo caso se ha afirmado con buen criterio, que no hay consentimiento libre en matrimonios acordados por españoles convertidos al Islam, «cuando se celebran por la voluntad del padre o tutor y sin consentimiento o contra la voluntad del hijo o hija, aun cuando ello sea conforme con costumbre inmemoriales», y en consecuencia debe denegarse su inscripción⁸⁵. Respecto de estos matrimonios al igual que en los supuestos de contrayentes de menor edad, creo que el dato determinante es la proximidad de las situaciones a reconocer con la esfera del ordenamiento español. La ma-

⁸² Un buen resumen hasta el año 2000 puede consultarse en GARCÍA RODRÍGUEZ, I., *op. cit.*, nota 2, pp. 284-294.

⁸³ Es una idea expresada por OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Nota» a la RDGRN (202.ª) de 28 de agosto de 2015, *AEDIPr*, 2016, p. 1324.

⁸⁴ Cfr. ELVIRA BENAYAS, M. J., «Matrimonios forzosos», *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 707-715.

⁸⁵ Circular MAEC núm. 218, de 27 de julio de 2005 (cfr. en PARÍS ALONSO, J. A., *Manual de registro civil... op. cit.*, nota 44, p. 170).

yor proximidad, determinada por la nacionalidad española de uno de los cónyuges es el criterio determinante en la decisión de impedir el reconocimiento.

3.3.2. *Matrimonios simulados*

48. El matrimonio simulado ha sido caracterizado por la ausencia de un verdadero *consentimiento matrimonial* siendo en la práctica de la DGRN los más numerosos y los que suscitan mayores problemas de prueba. El encargado del Registro debe actuar como en la instrucción del expediente previo⁸⁶. Le corresponde identificar esta situación y asociar las consecuencias pertinentes derivadas de la eventual nulidad, rechazando en su caso la inscripción en el Registro Civil⁸⁷. Es deber del encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio desde la perspectiva española. Las pruebas están basadas en presunciones, de modo que su admisión requiere: *a)* que los indicios estén demostrados; *b)* que se dé una relación causal entre hechos objetivos e indicios⁸⁸, y *c)* que si existen otras razones que expliquen los indicios, se analicen y expliquen las causas de un eventual rechazo de la inscripción⁸⁹.

49. Por otra parte, el principio de exactitud registral impone al encargado del Registro que podrá inscribir «siempre que no haya dudas acerca de la realidad del *hecho* y de su *legalidad* conforme a la Ley española»⁹⁰. Desde el momento en que exista duda, bien sobre la realidad del hecho, bien sobre la legalidad del matrimonio, cabe la denegación de la inscripción. La práctica se mueve entre dos polos: la denegación o la práctica de la inscripción en función del resultado de los mecanismos de control, en particular, la audiencia reservada con cada uno de los contrayentes. Recuérdese que la Instrucción de 2006 avala finalmente la aplicación de la ley española —en España incluso si ambos contrayentes son extranjeros—.

50. *La denegación de la inscripción* se sustenta en la certeza acerca de la ausencia de un verdadero consentimiento matrimonial conlleva la denegación de la inscripción en el Registro Civil Consular del que fue válidamente celebrado conforme a la ley local⁹¹. La argumentación —expresa aunque no siempre— se construye en torno a la idea de *infracción del orden público español* (*ex*

⁸⁶ Cfr. Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de complacencia.

⁸⁷ Conforme al art. 74 CC la acción no prescribe y la legitimación corresponde a cónyuges, Ministerio Fiscal y cualquier otra persona que tenga un interés directo y legítimo.

⁸⁸ P. ej., si se conocieron y trataron por vídeo, es un hecho que levanta sospecha [RDGRN (1.ª) de 18 de enero de 2005].

⁸⁹ El problema también se proyecta en fase de autorización del matrimonio. En general, se ha sostenido que aun existiendo fundadas sospechas, si los interesados se ratifican en su intención de contraer matrimonio, parece obligada su autorización (véase DOMÍNGUEZ LOZANO, P., «Instrucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero», *REDI*, 1995, núm. 1, pp. 317-318, esp. p. 318).

⁹⁰ Cfr. DÍAZ FRAILE, J. M., *op. cit.*, nota 19; LUCES GIL, F., *op. cit.*, nota 18, p. 36.

⁹¹ Véanse RRDGRN (6.ª) de 29 de mayo de 2006, (2.ª) de 2 de julio de 2009, (29.ª) de 10 de mayo de 2012, o (4.ª) de 24 de julio de 2015, entre otras muchas. A idéntica conclusión se llega cuando el matrimonio ha sido celebrado en España [cfr. RDGRN (29.ª) de 10 de mayo de 2012, entre otras muchas].

art. 12.3 CC): deducida la ausencia de consentimiento matrimonial, dado el carácter de requisito esencial del consentimiento para la validez del matrimonio en el extranjero «hay excepción de orden público respecto a ley extranjera que admite la validez del consentimiento matrimonial simulado»⁹². Pero en una gran mayoría de supuestos hay una *aplicación directa de la ley española*: a partir de unos hechos objetivos, el encargado hace una deducción razonable de que el matrimonio es nulo por simulación denegando la inscripción^{93,94}.

51. Cuando la denegación procede de Registros consulares hay un total desplazamiento a los encargados en el extranjero y es frecuente la fórmula por la que la DGRN entiende que «por su intermediación a los hechos más fácilmente puede apreciarlos y formar la convicción respecto de ellos»⁹⁵. Desplaza así sobre los funcionarios diplomáticos y consulares la responsabilidad inicial de decretar una nulidad administrativa del matrimonio que, como veremos, es cuestionable desde distintos ángulos, por más que tales funcionarios ostenten por el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares una función expresa como encargados del Registro Civil.

52. La tendencia señalada coexiste con otra en la que *se admite la inscripción*. En efecto, la tensión que provoca el hecho de estar en juego el derecho fundamental al matrimonio fundamenta otras Resoluciones en las que el control posterior y a pesar de la sospecha, se concluye que no hay datos determinantes para denegar la inscripción del matrimonio válidamente celebrado conforme a la ley local⁹⁶; o que siendo «posible la falta de intención de contraer matrimonio a los fines propios de dicha institución, lo cierto es que no existen elementos de juicio para afirmarlo con el suficiente grado de certeza», por lo que se ordena la práctica de la inscripción⁹⁷. Una solución justa aunque solo sea porque la DGRN, ante la duda, deja prevalecer el derecho fundamental al matrimonio.

⁹² P. ej., RDGRN (7.ª) de 24 de julio de 2015.

⁹³ P. ej., RRDGRN (4.ª) de 2 de enero de 1998, y de 8 de abril de 1998.

⁹⁴ Un aspecto que no podemos abordar con amplitud es el de la acción del orden público. En rigor en muchas de las resoluciones en las que se impide la inscripción por fallos en la capacidad o el consentimiento, no se suscita el problema de la aplicación de la ley extranjera, dado que los contrayentes no tienen que alegar el Derecho extranjero; luego no se activa la cláusula de orden público como mecanismo de evicción de la ley (personal) extranjera inicialmente competente. Hay simplemente una extensión de ciertas normas imperativas de nuestro sistema matrimonial a supuestos creados en el extranjero. Como hace años denunciara OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, nota 11, pp. 83-84, hay un uso indebido y excesivo del orden público: ni se alega ni se consulta la ley extranjera; en realidad lo que se suscita es un problema de prueba, dado que la autoridad registral se enfrenta a la cuestión de reconocer la disolución de un vínculo matrimonial anterior o de que se acredite la capacidad nupcial.

⁹⁵ Como ya se ha indicado, cada vez es más frecuente que la DGRN cierre el paso a la formación de un posible expediente para proceder a la inscripción (*ex art. 257 RRC*) «por razones de economía procesal», dejando abierta únicamente la vía judicial; véase entre otras, RDGRN (1.ª) de 5 de abril de 2010.

⁹⁶ A partir de la RDGRN (2.ª) de 9 de octubre de 1993, probablemente la primera en la que se revoca la actuación consular de Túnez; asimismo RRDGRN (2.ª) de 2 de enero de 1998, de 20 de marzo de 1999, (8.ª) de 20 de abril de 2010, (4.ª) de 2 de junio de 2009, (17.ª) de 10 de febrero de 2012, (33.ª) de 17 de febrero de 2012 y (22.ª) de 28 de junio de 2012, entre otras muchas.

⁹⁷ Cfr. RRDGRN (2.ª) de 1 de julio de 2009, (36.ª) de 22 de junio de 2012, entre otras muchas que cristalizan en idéntica argumentación y resultado.

3.3.3. *Celebración del matrimonio fuera y posterior nacionalización española de uno de los cónyuges*

53. Una aproximación flexible se percibe también en los supuestos en que el matrimonio fue celebrado entre extranjeros, en el extranjero, y ulteriormente uno de los contrayentes se nacionaliza español. Al promover la inscripción del matrimonio en el Registro Civil español deviene sobrevenida-mente competente. En un caso, pese a la sospecha de matrimonio simulado, afirma la encargada que como quiera que «no existen dudas de que el enlace ha cumplido los requisitos de fondo y forma exigidos por la ley extranjera aplicable [...] que habrían sido apreciados favorablemente por la autoridad extranjera competente» procede su inscripción⁹⁸. En cambio, en supuesto fáctico idéntico, del trámite de audiencia reservada se dedujo que «el matrimonio celebrado no ha perseguido los fines propios de la institución» por lo que se impide el reconocimiento y por tanto la inscripción⁹⁹.

54. Dentro de la inmensa variedad de casos en tiempos recientes emergen un número importante de Resoluciones que confirman la actuación del encargado del Registro consular denegando la inscripción de matrimonios válidamente celebrados conforme a la ley local. Una mayoría proceden de República Dominicana y Cuba, contraídos por contrayentes en los que uno es español, originariamente dominicano o cubano, habiendo adquirido la nacionalidad española bien por opción, bien por residencia en España por parte de uno de los contrayentes o incluso acogándose a la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, de Memoria histórica. Los hechos anteriores al nacionalizado interesan al Registro español. No es posible establecer la razón por la cual un número mayor de supuestos proceden de los Consulados en determinados países (República Dominicana y Cuba, en particular) y no de otros; dato que sin duda tenga que ver con una mayor diligencia de los funcionarios diplomáticos y consulares presentes en estos países.

55. En el trámite de las declaraciones complementarias, determinadas afirmaciones indican al encargado del Registro (consular) la ausencia de consentimiento matrimonial, y por consiguiente, la sospecha de fraude y de la eventual nulidad del matrimonio¹⁰⁰. Excepcionalmente la duda no es suficiente para denegar la inscripción¹⁰¹. En ciertos supuestos se cruzan la sospecha de simulación con matrimonio poligámico. Pero el argumento determinante es la certeza, a partir de los documentos aportados, de la subsistencia del vínculo matrimonial anterior, por quedar acreditada la separación y no el divorcio¹⁰².

56. Afirmar la (posible) nulidad del matrimonio por simulación del consentimiento es una cuestión compleja, ciertamente, pero criticable desde el

⁹⁸ RRDGRN (4.^a) de 2 de junio de 2004, (21.^a) de 10 de febrero de 2012.

⁹⁹ RDGRN (1.^a) de 27 de abril de 2012.

¹⁰⁰ Entre las 25 dictadas en julio de 2015, véanse RRDGRN (1.^a) de 1 de julio de 2015 (La Habana), (2.^a) de 1 de julio de 2014 (Rep. Dominicana), (2.^a) de 24 de julio de 2015 (Guayaquil).

¹⁰¹ P. ej., RDGRN (64.^a) de 12 de junio de 2015.

¹⁰² P. ej., RDGRN (3.^a) de 30 de julio de 2015.

análisis jurídico, que no podemos abordar en toda su amplitud. Utilizar las «declaraciones complementarias oportunas» (ex art. 256 RRC) como vehículo para establecer a partir de ciertos hechos la nulidad del consentimiento, no deja de ser un método desproporcionado de control en sede de reconocimiento¹⁰³. Supone de algún modo desactivar lo actuado por autoridad extranjera. El aspecto más controvertido tiene que ver con una cierta alteración de la función registral de calificación. La calificación registral es un control formal de apariencia de legalidad basada en hechos, no un control sustancial de legalidad basada en intenciones¹⁰⁴. La eventual simulación del consentimiento no aporta nada a la apariencia de legalidad¹⁰⁵. Lo que ocurre es que la Instrucción de 2006, convierte el consentimiento en un elemento objetivable, como la capacidad o la forma¹⁰⁶. No por preservar la legalidad de las situaciones que han de acceder al Registro sino en aras de un control administrativo orientado a impedir la inmigración. Por vía de consecuencia, el encargado del Registro establece la *nulidad administrativa* del matrimonio¹⁰⁷. Asume una función judicial que no tiene expresamente atribuida —menos aún los funcionarios diplomáticos y consulares— cual es, la de juzgar sobre la validez del matrimonio tratándose de una materia objeto de las llamadas acciones de Estado. La nulidad solo puede ser declarada judicialmente y únicamente es competente la jurisdicción civil en primera instancia¹⁰⁸. ¿Alternativas? Que ante la duda, el encargado del Registro consular diera traslado al juez civil competente correspondiente al domicilio en España de uno de los cónyuges. Se objetará, con acierto, que colapsaría juzgados¹⁰⁹.

¹⁰³ Dejamos a un lado una cuestión importante en clave de constitucionalidad que ya se ha denunciado y es la relativa a la entrevista reservada de cada uno de los contrayentes en la medida en que por el tipo de preguntas se pueda incurrir en infracción de derechos fundamentales cada vez que se formulen cuestiones sobre creencias religiosas o aspectos relativos a la intimidad de las personas (cfr. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *op. cit.*, p. 1160).

¹⁰⁴ Cfr. en este sentido SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, esp. p. 269.

¹⁰⁵ Con toda claridad el TS acaba de establecer, entre otros muchos elementos relativos a los matrimonios simulados, que «la finalidad de los contrayentes, las reservas mentales en el fuero interno [...] no son objeto, fueren o no las propias de asumir un proyecto de vida en común, circunstancia que se pruebe en la inscripción registral» [cfr. STS 1486/2017, de 6 de abril (Sala de lo Penal) FJ 6]. Se da en estos una discrepancia entre la voluntad declarada y la exigida para contraer matrimonio, sin duda; pero es cuando menos dudoso que el consentimiento matrimonial deba prestarse respecto de un contenido cuando a partir de la reforma del Código Civil de 2005, el matrimonio quedó desprovisto de un contenido en deberes al admitirse el divorcio por voluntad de una sola de las partes, sin causa alguna.

¹⁰⁶ Además en la doctrina civilista está establecido que el matrimonio civil requiere un consentimiento verdadero de querer contraer matrimonio, pero ello no prejuzga los móviles o la finalidad para la que este consentimiento se presta (cfr. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, IV, Madrid, 8.ª ed., 2001, p. 80).

¹⁰⁷ Expresión que utiliza SALVADOR GUTIÉRREZ, S., «Registro civil, inmigración y matrimonio», en GUTIÉRREZ SÁNCHEZ, J. V. (dir.), *Registro Civil: Incidencia del fenómeno de la inmigración. Cuadernos de Derecho Judicial IV*, 2004, p. 268.

¹⁰⁸ Así lo recuerda la STS 1486/2017 *cit.*, FJ 2.

¹⁰⁹ Cuando se solicite la inscripción registral del matrimonio (potencialmente nulo) corresponde al encargado del Registro dar traslado al Ministerio Fiscal actuar en consecuencia e instar la acción de nulidad (art. 74 CC). Hay pues, junto al control preventivo, un instrumento de persecución *ex post* consistente en instar la nulidad del matrimonio a instancia del Ministerio Fiscal (cfr. arts. 73.1 y 74 CC y 247 RRC 1986).

3.3.4. *Matrimonio por poder (art. 258 RRC)*

57. El matrimonio por poder es en rigor una forma de contraerlo. El encargado del Registro puede ser requerido para inscribir un matrimonio celebrado por poder conforme a la ley y autoridad local. Supuesto tipo sería aquel en que una extranjera contrae matrimonio por poder otorgado en el extranjero con un ciudadano español residente en España. O a la inversa, español que otorga poder para que el acto de celebración del matrimonio tenga lugar en el extranjero.

58. El control previo a la inscripción se proyecta sobre los matrimonios contraídos por poder y conforme a la ley local, con el consiguiente margen de apreciación para el encargado del Registro, con frecuencia el funcionario consular. La DGRN mostró sus dudas en algún caso en que ambos habían actuado a través de representante. Pero se accedió a la inscripción al ser una forma admitida por la ley local y el matrimonio quedo inscrito en el Consulado español en Montevideo¹¹⁰.

59. La inscripción se ha denegado cuando otorgado poder por español a otro español para que actuara en su representación en Cuba, resultaba que la otra parte era menor de quince años, lo que unido a otros hechos llevaba al cónsul a la convicción de estar ante matrimonio simulado¹¹¹. También cuando de la documentación aportada quedaba acreditada la presencia de ambos contrayentes en el acto de celebración, dato que inducía a la sospecha de fraude en la autoridad consular¹¹². En otros supuestos la denegación se basaba en que pese a haber sido válidamente contraído por poder conforme a la ley local, vistos los hechos y datos relevantes relativos a los contrayentes y a sus circunstancias personales y familiares cabía deducir la ausencia de consentimiento matrimonial. En los correspondientes recursos de las resoluciones consulares, la DGRN ha extendido el control vía audiencia reservada también a este tipo de matrimonios¹¹³.

4. CONCLUSIÓN

60. De la práctica examinada, junto a Resoluciones en las que tiene lugar un control de legalidad riguroso y proporcional a la finalidad del Registro Civil, otras Resoluciones son más cuestionables, bien porque denotan una resistencia a admitir instituciones matrimoniales no coincidentes con el modelo español, que se hace imperativo hacia lo exterior, bien porque parecen mediatizadas por el temor al fraude. Dos son los aspectos más negativos: por

¹¹⁰ RDGRN de 29 de mayo de 1993.

¹¹¹ RDGRN de 9 de enero de 1996.

¹¹² RDGRN de 2 de octubre de 2007.

¹¹³ Es una medida que «debe adoptarse cuando se trata de inscribir en el Registro Consular o en el Central un matrimonio ya celebrado en la forma extranjera permitida por la *lex loci*» [RRDGRN (2.ª) de 2 de enero de 2003, o (6.ª) de 29 de mayo de 2006].

una parte, el cierre de la vía a la inscripción por expediente en los supuestos en los que en la base hay un problema documental que en muchos supuestos tal vez podría solventarse si se da a los interesados una segunda oportunidad. Por otra, que ante matrimonios presuntamente simulados se anticipe y sus-traiga la declaración de nulidad del matrimonio a la vía judicial.

61. En suma, es frecuente y no siempre justificada la denegación de la inscripción. Lo cual conlleva por vía de consecuencia la frustración de los dos objetivos de la caracterización del matrimonio como derecho fundamental: la seguridad jurídica y la continuidad del estado civil. Llama la atención que este prestigioso órgano de la Administración de Justicia actúe subordinando el análisis jurídico a la política de extranjería, siempre coyuntural.

RESUMEN

MATRIMONIOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO E INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL: PRÁCTICA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

En una situación marcada por un incremento del número de recursos planteados ante la DGRN y por la diversificación de modelos familiares, el reconocimiento registral de matrimonios celebrados ante autoridad extranjera en el extranjero experimenta un proceso de restricción seguramente derivado de un temor al fraude.

Palabras clave: matrimonios celebrados ante autoridad extranjera, inscripción registral, reconocimiento y control de validez, tipología, tendencia restrictiva.

ABSTRACT

MARRIAGES CELEBRATED ABROAD AND REGISTRATION. THE PRACTICE OF THE DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO

In a context where the recognition of marriages celebrated abroad is increasing extremely as well as matrimonial unions, the DGRN is maximizing its mechanisms to control not only formal but also substantive marriage requirements in order to prevent the access to the Civil Status Register of the cases of fraud.

Keywords: marriages celebrated abroad, register inscription, recognition and validity control, taxonomy, restrictive tendency.

WIKILEAKS, ASSANGE Y EL FUTURO DEL ASILO DIPLOMÁTICO

Ricardo ARREDONDO *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DERECHO DE ASILO.—2.1. Terminología.—2.2. El marco jurídico vigente.—2.2.1. El Derecho internacional general.—2.2.2. El asilo en América Latina.—2.3. La práctica estatal.—3. EL CASO ASSANGE.—3.1. Antecedentes.—3.2. Los fundamentos de la concesión de asilo y sus respuestas.—3.3. La solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.—4. EL FUTURO DEL ASILO DIPLOMÁTICO.

1. INTRODUCCIÓN

1. El asilo diplomático es consecuencia de una práctica nacida en América Latina, a partir de la protección ejercida por el Estado acreditante respecto de una persona requerida por el Estado receptor, donde la inviolabilidad del local diplomático es la que impide su detención y, teóricamente, facilita la obtención del salvoconducto necesario para que el individuo pueda salir del país. Este no es el caso de Julian Assange, fundador de *WikiLeaks* y una de las personas más buscadas en Google, que se encuentra «alojado» en el departamento 3B, 3 Hans Crescent, Knightsbridge, London SW1X 0LS (la sede de la Embajada de Ecuador ante el Reino Unido). El objetivo de este artículo es considerar el marco jurídico y la práctica del asilo diplomático, para después referirnos en concreto a la situación de Julian Assange, la reciente solicitud de una opinión consultiva de Ecuador a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y concluir con algunas reflexiones acerca del futuro del asilo diplomático.

* Profesor de Derecho internacional público en la Universidad de Buenos Aires (ricardoarredondo@derecho.uba.ar).

2. EL DERECHO DE ASILO

2.1. Terminología

2. El *Institut de Droit International* ha definido el término *asilo* como la protección que un Estado concede dentro de su territorio u otro lugar bajo el control de alguno de sus órganos a una persona que ha venido a solicitarla¹. Esta definición incluye la distinción fundamental entre asilo *territorial* y asilo *diplomático*. Ambas figuras procuran un mismo fin, que es «la protección que dispensa un Estado a una persona no nacional que es objeto de persecución en virtud de motivos políticos o ideológicos por las autoridades de otro Estado»². El asilo territorial se refiere a la potestad de todo Estado, en el ejercicio de su soberanía, de admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por ello ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno y sin importar el modo en que la persona haya ingresado en su territorio. Consecuentemente, no existe una obligación de entregar a otro Estado o a expulsar de su territorio a personas perseguidas por motivos o delitos políticos y no procede la extradición. El asilo territorial, en ocasiones utilizado como sinónimo de refugio, no es objeto de análisis en este trabajo³.

3. En el informe del secretario general de las Naciones Unidas sobre *la cuestión del asilo diplomático*, «se entiende asilo diplomático en sentido amplio el asilo concedido por un Estado fuera de su territorio, especialmente en sus misiones diplomáticas (asilo diplomático en sentido estricto), en sus consulados, a bordo de sus naves situadas en las aguas territoriales de otro Estado (asilo naval), así como a bordo de sus aeronaves y sus instalaciones militares o para-militares situadas en territorio extranjero»⁴. El informe destaca asimismo que «la terminología en toda esta materia carece de uniformidad. En efecto, las expresiones “asilo interno”, “asilo externo” y “asilo político” designan para algunos el asilo diplomático y para otros el asilo territorial»⁵. El Estado en cuyo territorio se solicita el asilo diplomático se conoce como Estado *territorial* o *receptor*, si se utiliza la terminología de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 (CVRD)⁶. Al Estado que concede el asilo se lo designa como Estado *asilante* o *acreditante*.

4. El derecho de asilo se dirige al Estado y no al individuo, en virtud del ejercicio de la propia soberanía y con la única reserva de límites eventuales

¹ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, Reunión de Bath, 11 de septiembre de 1950, *Annuaire*, 1950, art. 1.

² PASTOR RIDRUEJO, A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 8.ª ed., Madrid, Tecnos, 2002, p. 237.

³ Sobre esta cuestión, entre otros puede verse GROS ESPIELL, H., «El derecho internacional americano sobre asilo territorial y extradición en sus relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados», en *Asilo y protección internacional de los refugiados en América Latina*, México, UNAM, 1982.

⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (AGNU), *Informe del Secretario General. Cuestión del asilo diplomático*, 22 de septiembre de 1975, Doc. A/10139 (parte II), p. 5.

⁵ *Ibid.*

⁶ La CVRD fue firmada en Viena el 18 de abril de 1961 y entró en vigor el 24 de abril de 1964.

que derivan de convenciones de las que el Estado forma parte⁷. Sin embargo, hay quienes entienden que el derecho de asilo se inscribe dentro del esquema de protección de los derechos humanos y que, por ende, no es solo una prerrogativa del Estado, sino un derecho humano, «como una garantía individual plenamente operativa que puede y debe ser complementado con otras formas de protección»⁸.

2.2. El marco jurídico vigente

5. El asilo diplomático, institución existente en la antigüedad y ligada a la figura de la inviolabilidad de la misión diplomática⁹, fue paulatinamente cayendo en *desuetudo*¹⁰ al irse abandonando la ficción de la extraterritorialidad de la misión. Sin embargo, en el marco interamericano, el derecho de asilo cobró forma a través de diversos instrumentos que fueron suscribiendo los países de la región desde finales del siglo XIX. Por ello, consideramos conveniente desdoblar el análisis del marco jurídico, analizando primeramente el Derecho internacional general, para luego repasar el latinoamericano.

2.2.1. El Derecho internacional general

6. A excepción de los acuerdos existentes en el plano latinoamericano, que serán analizados en el numeral siguiente, ningún tratado o convenio internacional regula directamente el derecho de asilo diplomático como obligación internacional de los Estados¹¹, aunque, veremos a continuación, ciertos regímenes internacionales, como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (CVRD) o el Derecho internacional de los derechos humanos, contienen normas que se relacionan con esta institución.

7. El derecho de asilo fue incluido en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*¹² (DUDH) y la *Declaración Americana de Derechos y De-*

⁷ IMAZ, C., «El asilo diplomático en la política exterior de México», 40-41 *Revista Mexicana de Política Exterior*, 1993, p. 54.

⁸ MONDELLI, J. I., *El asilo como derecho humano en el derecho argentino*, Buenos Aires, junio de 2008, disponible en <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/6418.pdf?view=1> (consultada el 19 de abril de 2017).

⁹ Véase ARREDONDO, R., *Derecho Diplomático y Consular*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2016, p. 126.

¹⁰ DE VISSCHER, C., *Théories et Réalités en droit international public*, 3.^a ed., París, Pedone, 1960, pp. 233-234.

¹¹ BEHRENS, P., «The Law of Diplomatic Asylum. A Contextual Approach», *Michigan Journal of International Law*, vol. 35, 2014, pp. 319-367, pp. 328-329.

¹² Véase el art. 14. Cuando se redactó la DUDH, Bolivia y Uruguay propusieron una enmienda a la disposición relativa al derecho de asilo (el art. 14 mencionado) en el sentido de que el derecho se extendería al asilo en embajadas y legaciones. Las enmiendas, sin embargo, no lograron consenso y debieron ser retiradas. Véanse en los trabajos preparatorios de la Declaración los documentos A/C.3/227, A/C.3/268 y A/C.3/SR.122.

beres del Hombre (DADDH)¹³, ambas de 1948. Estas convenciones recogen el asilo territorial y no así el diplomático y lo restringen a los delitos políticos. La *Convención Americana de Derechos Humanos* (CADH)¹⁴ se refiere únicamente al derecho de asilo territorial, en su art. 22.7¹⁵. Sin embargo, estas disposiciones no fueron recogidas en el sistema de Naciones Unidas, ni en el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos* ni en el de *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, ambos de 1966, como así tampoco en el régimen europeo, bajo la *Convención Europea de Derechos Humanos* (CEDH) (1950).

8. Cuando se encomendó a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (CDI) la formulación de las normas sobre privilegios e inmunidades diplomáticas, una de las cuestiones controvertidas fue la posibilidad de formular una norma sobre el asilo diplomático. Finalmente, se acordó que la cuestión del asilo diplomático debía dejarse de lado y el tema no fue expresamente considerado en el contexto de la labor de la CDI ni en la Conferencia subsiguiente que negoció la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.

9. La disposición establecida en el art. 41.3 CVRD establece que: «Los locales de la misión no deben ser utilizados de manera incompatible con las funciones de la misión tal como están enunciadas en la presente Convención, en otras normas del Derecho internacional general o en los acuerdos particulares que estén en vigor entre el Estado acreditante y el Estado receptor». Si existen acuerdos entre el Estado acreditante y el receptor, no habría inconveniente para el otorgamiento de asilo. Sin embargo, en ausencia de acuerdos especiales, la cuestión del asilo dependerá, por una parte, del deber de no interferir con los asuntos internos del Estado receptor y de no utilizar los locales diplomáticos y consulares de manera incompatible con las funciones diplomáticas establecidas; y, por otra parte, del principio de inviolabilidad de los locales diplomáticos.

10. Aunque el art. 41.3 CVDR establece la prohibición de abuso de los locales diplomáticos, no prevé que la inviolabilidad se pierda como consecuencia de dicho abuso. En respuesta al asilo concedido a Assange, los ministros de Relaciones Exteriores de la Organización de Estados Americanos (OEA) aprobaron una resolución en la que rechazaron «cualquier intento que ponga en riesgo la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas y reiterar la obligación que tienen todos los Estados de no invocar normas de Derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones inter-

¹³ Véase el art. XXVII.

¹⁴ La Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica) firmada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. Disponible en http://tratados.mrecic.gov.ar/tratado_archivo.php?tratados_id=3053&tipo=3&id=490&caso=pdf (consultada el 13 de abril de 2017).

¹⁵ RICART, L. T., «Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia», en ALONSO REGUEIRA, E. (coord.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 383.

nacionales, y en este contexto manifestar su solidaridad y respaldo al Gobierno de la República del Ecuador»¹⁶.

11. Si bien es cierto que el derecho de asilo y la inviolabilidad de los locales de la misión son instituciones diferentes, existen puntos concretos de conexión entre ambos institutos. Aunque en la CVRD no existan disposiciones que regulen expresamente el asilo diplomático, existen otras que son relevantes en esta materia. En primer lugar, el párr. 1 del art. 41 requiere que los diplomáticos y todas aquellas personas que gocen de privilegios e inmunidades respeten las leyes y reglamentos internos del Estado receptor. En segundo lugar, la CVRD busca asegurar la inviolabilidad de los locales, por un lado, mediante la prohibición impuesta al Estado receptor de penetrar en ellos sin el consentimiento del jefe de misión (art. 22.1), y por otro, por medio de una obligación especial de protección debiendo «adoptar todas las medidas adecuadas» para protegerlos de toda intrusión o daño (art. 22.2). Dado que el art. 22 CVRD no contiene excepciones al principio de inviolabilidad, ello significa que, aún si el asilo se concede sin permiso o derecho del Estado receptor, la entrega de un asilado no puede ser ejecutada mediante un ingreso forzado a una representación diplomática u otros locales de la misión, como la residencia del jefe de la misión o los medios de transporte de este, que también gozan de inviolabilidad.

12. Ronning afirma que la única generalización que parece aceptable es que la práctica de los Estados en este sentido no se basa en ningún derecho de asilo generalmente reconocido en el Derecho internacional general. En cambio, es el resultado *de facto* del hecho de que el Derecho internacional otorga a los funcionarios diplomáticos ciertas inmunidades respecto de la jurisdicción local, como la inmunidad de sus residencias oficiales y oficinas. Si bien pueden alegarse motivos humanitarios, políticos o de otra naturaleza para conceder asilo diplomático, una vez que el refugiado ingresa a la misión, el Estado receptor se enfrenta a un dilema insoluble. Suponiendo que el Estado asilante no entregue a la persona, el Estado receptor puede detenerlo solamente cometiendo una violación de la inmunidad de los locales diplomáticos o, posiblemente, por la ruptura de relaciones diplomáticas. El hecho es que tales medidas extremas se consideran un precio demasiado alto a pagar por la aprehensión del asilado¹⁷.

13. Pareciera haber consenso en que el Estado acreditante puede, cuando exista peligro inmediato para la vida o la seguridad de una persona o grupo de personas, otorgar una protección limitada y temporal en sus misiones diplomáticas sobre la base del Derecho internacional consuetudinario¹⁸. Pero aún en los casos en que por motivos humanitarios se admite esa protección,

¹⁶ OEA. Resolución de la 27.ª Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, aprobada durante la sesión plenaria celebrada el 24 de agosto de 2012, doc. RC.27/RES.1/12 rev. 3.

¹⁷ RONNING, C. N., *Diplomatic Asylum. Legal Norms and Political Reality in Latin American Relations*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1965, p. 22.

¹⁸ DENZA, E., *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 118.

se la considera «un derecho de refugio temporal»¹⁹ y no asilo diplomático. Consecuentemente, como toda medida cautelar, es de naturaleza provisoria y debe cesar en el momento en que desaparecen los motivos que la ocasionaron, es decir, cuando deje de existir el peligro o cuando exista la posibilidad de que la persona sea objeto de un juicio ordinario, imparcial y con las garantías del debido proceso²⁰. El mantenimiento, fuera de los límites de tiempo normales de una persona refugiada en los locales de una Embajada, se convierte en un abuso de los privilegios e inmunidades diplomáticas.

14. En 1974, la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) adoptó la Resolución 3321 (XXIX)²¹ por la que invitó a los Estados miembros a expresar su opinión sobre la materia y le solicitó al secretario general (SGNU) que elaborara un informe al respecto. Sobre la base de las opiniones vertidas por tan solo 25 Estados, el SGNU preparó un informe que elevó a la AGNU²². El informe proporcionó una reflexión detallada sobre el concepto de asilo diplomático y su evolución²³, a la vez que confirmó el carácter regional de la práctica del asilo diplomático²⁴. De los 25 Estados que dieron a conocer sus opiniones, solo siete se mostraron a favor de la elaboración de una convención internacional al respecto. Esto fue lo máximo que la organización pudo avanzar en su esfuerzo por desarrollar el tema. Consecuentemente, el examen ulterior del tema se pospuso indefinidamente, como quedó reflejado en la Resolución 3497 (XXX)²⁵, adoptada el 15 de diciembre de 1975.

15. Hasta la fecha, no se ha adoptado ninguna convención universal sobre el asilo diplomático, como así tampoco la CDI ha redactado un proyecto de artículos sobre esta cuestión. Se ha afirmado que «la gran mayoría de los Estados no aceptan el asilo diplomático ni tienen que soportar su invocación»²⁶ y existe consenso en que no hay una norma del Derecho internacional consuetudinario general que reconozca el derecho de los Estados a otorgar el asilo diplomático²⁷.

¹⁹ CAHIER, P., *Derecho diplomático contemporáneo*, Madrid, Rialp, 1965, p. 284.

²⁰ Esta es la solución que adoptan expresamente tanto las Convenciones Americanas sobre Asilo Diplomático (art. III), Asilo Territorial, como la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (cláusula 1F), que han incluido cláusulas de exclusión o cese que obligan a denegar una solicitud de asilo o de refugio, o a suspenderlo, cuando el solicitante ha cometido delitos comunes graves, o su conducta es contraria a los principios y propósitos establecidos en la Carta de las Naciones Unidas.

²¹ AGNU. Res. 3321 (XXIX). *Cuestión del asilo diplomático*, adoptada en la 2319.ª sesión plenaria, el 14 de diciembre de 1974.

²² AGNU. Informe del Secretario General. *Cuestión del asilo diplomático*, 22 de septiembre de 1975, Doc. A/10139 (parte I) y (parte I) /Add. I y A/10139 (parte II).

²³ CAHIER, P., *op. cit.*, nota 19, p. 283; BEHRENS, P., *op. cit.*, nota 11, p. 323.

²⁴ GOODWIN-GILL, G. S. y McADAM, J., *The Refugee in International Law*, 3.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 356.

²⁵ AGNU. Res. 3497 (XXX). *Cuestión del asilo diplomático*, adoptada en la 2440.ª sesión plenaria, el 15 de diciembre de 1975.

²⁶ MANGAS MARTÍN, A., «Una norma limitada», *El Mundo*, 18 de agosto de 2012; en el mismo sentido REMIRO BROTONS, A., «Siete claves para entender el asilo de Julian Assange», *Terra Noticias*, 17 de agosto de 2012; YÁÑEZ-BARNUEVO, J. A., «Assange: o diálogo o años en la embajada», *El País*, 7 de septiembre de 2012.

²⁷ VON GLAHN, G., *Law Among Nations. An Introduction to Public International Law*, Boston, 7.ª ed., Allyn and Bacon, 1996, p. 240; RONNING, *op. cit.*, nota 17, pp. 50-51; ROSSITTO, A. M., «Diplomatic Asy-

16. Como señala Den Heijer, de la inexistencia de una norma que fundamente el asilo diplomático no se deduce que todas las concesiones de asilo diplomático deben considerarse ilegítimas. La ausencia de un derecho de asilo diplomático simplemente implica que su concesión queda sometida a la soberanía territorial y, con ello, a la aprobación o aquiescencia del Estado receptor. Esto significa que si las autoridades territoriales no se oponen a su otorgamiento, este es perfectamente legal. Ello podría explicar también, por ejemplo, por qué algunos Estados europeos han concedido en ocasiones el asilo diplomático en los países latinoamericanos en circunstancias que se correspondían con el uso local y que tal vez podrían ser consideradas como que contaban con la aquiescencia o aceptación del Estado receptor²⁸.

2.2.2. *El asilo en América Latina*

17. El Congreso Sudamericano de Montevideo reconoció el derecho de asilo en Legaciones y buques de guerra²⁹. En ese marco, se adoptó el *Tratado de Derecho Penal Internacional* de 1889³⁰, que, contiene disposiciones que se refieren tanto al asilo territorial como al diplomático. En 1928, los países de la región adoptaron *Convención sobre Asilo*³¹ y cinco años después, la *Convención sobre Asilo Político*³². Posteriormente, en 1939, se adoptó el *Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos*³³. De estos tres tratados se desprende que el asilo diplomático solo puede concederse en situaciones urgentes y por el periodo indispensable para garantizar la seguridad de la persona que lo solicita; que los Estados solo pueden otorgar asilo diplomático a personas buscadas por razones políticas, en contraposición a los delincuentes comunes; y que el Estado territorial puede solicitar en todo momento que la persona que recibe el asilo sea retirada de su territorio. Sin embargo, de estos acuerdos no surge un derecho individual a recibir asilo y los Estados requeridos, por tanto, gozan de la potestad de conceder o denegar el asilo.

18. Las normas adoptadas posteriormente en el plano interamericano estuvieron fuertemente influenciadas por los casos sustanciados ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en materia de asilo diplomático: los asuntos relativos al *Derecho de asilo* (1950)³⁴, y la *Demanda de interpretación de*

lum in the United States and Latin America: A Comparative Analysis», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 13, 1987, núm. 1, pp. 111-135, p. 113; MORGENSTERN, F., «“Extra-Territorial” Asylum», *BYBIL*, vol. 25, 1948, pp. 236-261, pp. 242-243.

²⁸ DEN HEIJER, M., «Diplomatic Asylum and the Assange Case», *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, pp. 399-425, p. 409.

²⁹ ANTOKOLETZ, D., *Manual Diplomático y Consular*, Buenos Aires, Librería La Facultad, 1928, vol. I, p. 176.

³⁰ Firmado en Montevideo, el 23 de enero de 1889, entró en vigor el 11 de diciembre de 1894.

³¹ Firmada en La Habana, el 20 de febrero de 1928.

³² Firmada en Montevideo, Uruguay, el 26 de diciembre de 1933.

³³ Adoptado en Montevideo, Uruguay, el 4 de agosto de 1939.

³⁴ CIJ, «Derecho de asilo (*Colombia c. Perú*)» (1950), de 20 de noviembre de 1950.

la sentencia de 20 de noviembre de 1950 (1950)³⁵ y *Haya de la Torre* (1951)³⁶. El 3 de enero de 1949 el Jefe del Partido Aprista Peruano, Víctor Raúl Haya de la Torre, peruano requerido por las autoridades nacionales de su país acusado de haber instigado el golpe militar de 1948, fue asilado en la misión diplomática de Colombia. Haya de la Torre ingresó en la residencia del Embajador colombiano Echevarría Cortés aduciendo que su vida estaba en peligro por la persecución política del gobierno de su país e inmediatamente solicitó el asilo, el cual se le concedió. El Gobierno peruano reclamaba la entrega de Haya de la Torre, dado que lo consideraba «un criminal de delito común, y no de un refugiado político capacitado para acogerse al asilo». Colombia juzgaba que solo a ella le correspondía calificar el asilo y se negaba a entregar al político asilado. Fue el comienzo de una confrontación jurídica que duró cinco años y que mantuvo a Haya retenido en la Embajada de Colombia en Lima, ya que Perú no le concedió el salvoconducto. En el fallo de 20 de noviembre de 1950, la CIJ, rechazando la calificación de delito común, efectuada por el Gobierno peruano al afirmar que la rebelión militar no podía considerarse uno de ellos, concluyó que no se daban las condiciones necesarias para el asilo diplomático al no poderse oponer al proceso incoado ante las autoridades judiciales internas peruanas. En esta providencia, la CIJ expresó que:

«El asilo en la forma que es practicado en América Latina es una institución que, en gran medida, debe su desarrollo a factores extra-legales. Las relaciones de buena vecindad entre las repúblicas, los diferentes intereses políticos de los gobiernos, han favorecido el reconocimiento mutuo del asilo, más allá de cualquier sistema jurídico claramente definido. Aun si la Convención de La Habana, en particular, representara una reacción indiscutible contra ciertos abusos en la práctica, de ninguna manera tiende a limitar la práctica del asilo como puede derivarse de acuerdos entre gobiernos interesados inspirados por sentimientos mutuos de tolerancia y buena voluntad»³⁷.

19. En el fallo de 1951, mientras llegaba a la conclusión que el asilo debió haber cesado tras su pronunciamiento anterior, reconocía que Colombia no estaba obligada a entregar a Haya de la Torre, todo ello como consecuencia de que la entrega no representa, decía el tribunal, «el único modo de poner fin al asilo». Los fallos de la CIJ fueron duramente criticados y no contribuyeron a solucionar la controversia, que solo pudo resolverse en virtud de un acuerdo directo entre las partes.

20. La aprobación de la *Convención sobre Asilo Diplomático*³⁸, celebrada en el ámbito de la OEA en Caracas en 1954, tiene como precedente esos casos y procura delinear con mayor claridad la figura.

³⁵ CIJ, «Demanda de interpretación de la sentencia del 20 de noviembre de 1950 (*Colombia c. Perú*)» (1950), del 27 de noviembre de 1950.

³⁶ CIJ, «Haya de la Torre (*Colombia c. Perú*)» (1951), de 13 de noviembre de 1951.

³⁷ CIJ, «Derecho de asilo (*Colombia c. Perú*)» (1950), de 20 de noviembre de 1950, p. 24, *in fine*. Traducción del autor.

³⁸ Firmada en Caracas, el 28 de marzo de 1954.

2.3. La práctica estatal

21. De una revisión somera de la práctica estatal a nivel universal, se desprende que la mayoría de los países rechazan formalmente esta costumbre, o al menos cualquier noción de que representa una obligación legal, con excepción de los países latinoamericanos donde la práctica del asilo diplomático está sólidamente arraigada³⁹. En el resto del mundo, por lo general, únicamente se admite el asilo en casos de motivos políticos, razones humanitarias e impedimento de violaciones de derechos humanos. De no mediar un riesgo importante en este sentido, el Estado acreditante estaría actuando de manera ilícita al interferir en las atribuciones soberanas inherentes al Estado receptor.

22. La CIJ, en el asunto *Haya de la Torre* mencionado, puso de relieve que:

«Los hechos puestos en conocimiento del Tribunal revelan una tal incertidumbre y contradicción, tanta fluctuación y discrepancia en el ejercicio del asilo diplomático y en los criterios oficiales expuestos en diferentes ocasiones, se observa una tal falta de continuidad en la rápida sucesión de convenios sobre el asilo, ratificados por varios Estados y rechazados por otros, y la práctica ha sufrido en tal alto grado la influencia de consideraciones de oportunismo político en los varios casos que se han presentado, que *no es posible discernir en todo ello un uso uniforme y constante*»⁴⁰.

23. Estados Unidos y los países europeos, por lo general, no reconocen el derecho de asilo diplomático⁴¹. La negativa expresa de Checoslovaquia, Suiza y Luxemburgo puede verse en los trabajos preparatorios de la CDI⁴². Las normas europeas referidas a la acogida de los solicitantes de protección internacional expresamente excluyen de su ámbito de aplicación a los solicitantes de asilo diplomático⁴³. Una clara diferenciación entre el asilo territorial y el asilo diplomático, se desprende de la posición de Alemania y Estados Unidos, quienes se negaron a conceder asilo diplomático al grupo denominado «Durban Six» en Sudáfrica⁴⁴. Los Gobiernos francés y holandés se unieron a los de Estados Unidos y Alemania en su decisión de denegar la petición.

24. Numerosos otros países europeos también rechazan la doctrina del asilo diplomático. En octubre de 1996, el gobierno suizo informó a su parlamento que las misiones suizas no pueden conceder asilo diplomático y que

³⁹ MARTIN, D. et al., *Forced Migration: Law and Policy*, 2.^a ed., Minnesota, West Academic Publishing, 2013, p. 60.

⁴⁰ CIJ, «Derecho de asilo (*Colombia c. Perú*)» (1950), *op. cit.*, p. 276. Traducción de CASANOVAS LA ROSA, O., *Casos y textos de Derecho Internacional Público*, 5.^a ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 41.

⁴¹ KLEINER, J., *Diplomatic Practice: Between Tradition and Innovation*, Singapur, Imperial College Press, 2009, p. 167.

⁴² CDI, *op. cit.*, p. 2.

⁴³ A título de ejemplo puede verse la Directiva 2013/33/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (texto refundido).

⁴⁴ RIVELES, S., «Diplomatic Asylum as a Human Right: The Case of the Durban Six», *Human Rights Quarterly*, vol. 11, 1989, núm. 1, pp. 140-142; JEFFERY, A. J., «Diplomatic Asylum: Its Problems And Potential As A Means Of Protecting Human Rights», *South African Journal on Human Rights*, vol. 1, 1985, núm. 1, pp. 10-30.

«Suiza se opone también al otorgamiento de asilo por parte de las embajadas extranjeras acreditadas en Berna»⁴⁵. En 1993, Suecia y Finlandia se negaron a conceder asilo diplomático a siete timorenses que habían ingresado en sus embajadas en Yakarta, en medio de un operativo orquestado por el Gobierno indonesio⁴⁶. En su respuesta a la solicitud del SGNU, Suecia expresó que no reconoce el asilo diplomático «como una institución jurídica especial en sí misma», aunque «por razones humanitarias, debería considerarse legítimo que las misiones diplomáticas concedieran protección en sus locales en [...] situaciones de excepción»⁴⁷. Francia no reconoce el derecho a conceder asilo en sus embajadas, con la excepción de sus embajadas en América Latina⁴⁸.

25. La práctica española ha variado con el transcurso del tiempo y las circunstancias. Inicialmente, se admitió la existencia del derecho de asilo diplomático como institución reconocida en la comunidad hispánica de naciones⁴⁹, particularmente en el contexto de la guerra civil española⁵⁰. Posteriormente, esa práctica parece haber variado, al menos cuando debe ser aplicada fuera del marco hispanoamericano, como surge del caso del sargento Venancio Mikó⁵¹. España ratificó su posición en materia de asilo diplomático en una respuesta a una pregunta formulada por un parlamentario sobre el caso *Assange*. En esa oportunidad, expresó que:

«El Gobierno manifiesta que es necesario señalar que el “asilo diplomático”, que se le ha otorgado al fundador de *WikiLeaks*, puede definirse como la protección otorgada por el Estado a una persona que es objeto de persecución política o ideológica y que se refugia en los locales de la misión diplomática acreditada en otro Estado. Se trata de una institución de Derecho internacional iberoamericano que ha sido codificada en varios instrumentos convencionales, siendo el más importante la Convención de Caracas de 28 de marzo de 1954. Existe, además, una costumbre regional en dicha zona. Al no tratarse de una institución de Derecho internacional general, su ámbito de acción queda circunscrito a Iberoamérica. Además, España no reconoce el asilo diplomático como un derecho. Por el contrario, España “estima que la pretensión de ejercerlo lesiona la soberanía del Estado en cuya representación diplomática se pretende refugiar”»⁵².

⁴⁵ DEMBINSKI, L., *The Modern Law of Diplomacy. External missions of states and international organizations*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 249.

⁴⁶ ROBINSON, G., «Human Rights History from the Ground Up: The Case of East Timor», en STERN, S. J. y STRAUS, S., *The Human Rights Paradox: Universality and Its Discontents*, Madison, University of Wisconsin Press, 2014, pp. 31-60, p. 45.

⁴⁷ AGNU, *Informe del Secretario General. Cuestión del asilo diplomático*, op. cit., p. 28.

⁴⁸ Véase «France: Condition d'octroi de l'asile diplomatique (1er Septembre 1970)», *Revue Générale de Droit International Public*, 1971, pp. 849-850. Asimismo, puede verse DUPUY, P. M., «La position française en matière d'asile diplomatique», *Annuaire français de droit international*, vol. 22, 1976, pp. 743-755, p. 747.

⁴⁹ BARCIA TRELLES, C., Ponencia, *Actas del Primer Congreso del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, Madrid, 1951, t. I, pp. 207-314; citado por CAHIER, P., op. cit., nota 19, p. 285, nota 46-1.

⁵⁰ Véase FERNÁNDEZ LIESA, C. R., *La guerra civil española y el ordenamiento jurídico internacional*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2014.

⁵¹ PASTOR RIDRUEJO, A., op. cit., nota 2, p. 239.

⁵² BOCC, Congreso de los Diputados, serie D, núm. 178, de 15 de noviembre de 2012, p. 222.

26. La posición estadounidense, que no ha cambiado, puede extraerse de su respuesta al pedido del SGNU. Allí expresó: «1) que el asilo diplomático y el asilo territorial son dos nociones completamente diferentes; 2) que los principios que se afirman con la base del concepto de asilo diplomático son numerosos, no siempre están precisados en forma congruente por sus partidarios y, en aspectos fundamentales, no se ajustan a normas universalmente aceptadas de Derecho internacional, y 3) que la práctica digna de mención de asilo diplomático que ha existido en América Latina ha funcionado en gran medida no solamente mediante tratados, sino mediante acuerdos comunes no precisados»⁵³. Las embajadas de Estados Unidos están autorizadas a conceder refugio temporal por razones humanitarias en circunstancias extremas o excepcionales cuando la vida o seguridad de una persona se pone en peligro inmediato, como puede ser la persecución por una turba⁵⁴. Sin embargo, los Estados que ocasionalmente conceden refugio temporal en sus misiones diplomáticas no siguen una pauta única y uniforme, sino que adaptan sus acciones a cada situación. Ello impide que se genere una práctica estatal también en esta materia⁵⁵.

27. En determinadas ocasiones, la práctica estadounidense se ha alejado de esta política estatal y los diplomáticos estadounidenses concedieron asilo en sus representaciones diplomáticas en varias situaciones que no involucraban casos de violencia popular⁵⁶. Entre ellos, a título de ejemplo puede mencionarse los siguientes casos: el cardenal József Mindszenty se asiló en la Embajada estadounidense al fracasar la revolución húngara de 1956⁵⁷; los disidentes pentecostales rusos que ingresaron en la Embajada de los Estados Unidos en Moscú en 1978⁵⁸; el asilo a Fang Lizhi, a su esposa, Li Shuxian, y al hijo de ambos después de que el gobierno chino aplastara el movimiento prodemocrático en la Plaza de Tiananmen en junio de 1989⁵⁹. Más recientemente, en abril de 2012, el activista chino ciego Chen Guangcheng escapó de su arresto domiciliario y buscó refugio en la embajada de los Estados Unidos en Beijing⁶⁰.

28. Es en la historia política de América Latina donde el derecho de asilo diplomático ha sido ejercido y reconocido en innumerables oportunidades.

⁵³ AGNU, *Informe del Secretario General. Cuestión del asilo diplomático*, op. cit., Parte I, Add. 1, p. 2.

⁵⁴ NASH, M. L., «Contemporary Practice of the United States Relating to International Law. Diplomatic Asylum», *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, núm. 1, p. 142.

⁵⁵ KLEINER, op. cit., nota 41, p. 178.

⁵⁶ VON GLAHN, G. y TAULBEE, J. L., *Law Among Nations: An Introduction to Public International Law*, 10.^a ed., Nueva York, Routledge, 2016, p. 389.

⁵⁷ VIEIRA, M. A., *Derecho de Asilo Diplomático (Asilo Político)*, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Sección III-CXVIII, Montevideo, 1961.

⁵⁸ BURNS, J. F., «5 Pentecostals To Leave Soviet: 5 Spent 5 Years in U.S. Embassy», *The New York Times*, 27 de junio de 1983.

⁵⁹ RUBIN, A. P., «Diplomatic Asylum and Fang Lizhi», *Diplomacy & Statecraft*, vol. 1, 1990, núm. 1, pp. 84-89.

⁶⁰ JACOBS, A. y ANSFIELD, J., «Challenge for U.S. after Escape by China Activist», *New York Times*, 27 de abril de 2012.

Badeni recuerda que «a él acudieron muchos de los adversarios de Juan Manuel de Rosas, e incluso él mismo cuando, al ser depuesto el 3 de febrero de 1852, se asiló en la legación británica de Buenos Aires y fue permitido su traslado a un buque inglés que lo condujo a Inglaterra»⁶¹. Ya con anterioridad a casos suscitados ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ), puede recordarse la actuación del embajador argentino ante el Reino de España, Daniel García-Mansilla, quien en julio de 1936 puso en práctica en España el derecho de asilo⁶². Poco tiempo después de adoptarse la Convención de Caracas, Juan Domingo Perón buscó asilo en Paraguay luego de una cruenta asonada militar que lo sacó del poder en septiembre de 1955⁶³. El golpe de Estado, que provocó la caída del régimen del Presidente Allende en Chile en 1973, ocasionó que cientos de perseguidos políticos buscaran asilo en las diversas representaciones diplomáticas extranjeras⁶⁴. En 1976, con posterioridad al golpe de Estado del 24 de marzo, el ex Presidente argentino Héctor J. Cámpora y Juan Manuel Abal Medina, al igual que muchos otros ciudadanos argentinos, tuvieron que solicitar asilo en la Embajada de México en Buenos Aires⁶⁵.

29. Entre los casos más recientes de asilo diplomático pueden mencionarse el del presidente de la Confederación de Trabajadores de Venezuela, quien en marzo de 2003 se refugió en la embajada costarricense en Caracas⁶⁶. El Presidente ecuatoriano Lucio Gutiérrez solicitó el asilo diplomático al embajador brasileño en Quito en abril de 2005⁶⁷. En 2009, el destituido y expulsado Presidente de Honduras Manuel Zelaya, luego de reingresar a Honduras, solicitó y recibió asilo en la Embajada de Brasil en Tegucigalpa, motivando que el Gobierno hondureño demandara a Brasil ante la CIJ por violación del principio de no intervención para, posteriormente, desistirla⁶⁸. En junio de 2012, el Gobierno brasileño concedió asilo político al Senador opositor boliviano Roger Pinto.

30. El *Reglamento para las representaciones diplomáticas de la República Argentina* (RRDRA)⁶⁹ contiene un capítulo dedicado al derecho de asilo di-

⁶¹ BADENI, *op. cit.*

⁶² Al respecto, puede verse FIGALLO, B., *Diplomáticos y marinos argentinos durante la crisis española: los asilos de la guerra civil*, Buenos Aires, Librería Histórica, 2007, pp. 58 y ss.

⁶³ SÁNCHEZ BONIFATO, C. L., «Cuando a Perón no lo quería ni Stroessner», *La Nación*, 31 de octubre de 1999.

⁶⁴ CAMACHO, F., «Los asilados de las embajadas de Europa Occidental en Chile tras el golpe militar y sus consecuencias diplomáticas: El caso de Suecia», *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, vol. 81, 2006, pp. 21-41, 147-148, 150.

⁶⁵ LECTRA, M., *El asilo diplomático en el Cono Sur (1970-1980). Los casos de Héctor Cámpora y Juan Manuel Abal Medina*, Buenos Aires, UAI, marzo de 2013.

⁶⁶ «Recibe salvoconducto líder sindicalista venezolano», *El Universal*, México, 26 de marzo de 2003.

⁶⁷ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES DE BRASIL, *Ficha País. República del Ecuador*, disponible en <http://www.itamaraty.gov.br/es/ficha-pais/11276-republica-del-ecuador> (consultada el 14 de abril de 2017).

⁶⁸ ARREDONDO, R., «Corte Internacional de Justicia: Honduras v. Brasil y el “principio de no intervención”», *Agenda Internacional*, vol. 20, Buenos Aires, diciembre de 2009, pp. 60-75.

⁶⁹ Decreto núm. 7.743/63. *Reglamento para las representaciones diplomáticas de la República Argentina*. Aprobado el 17 de septiembre de 1963.

plomático (cap. XIII), cuyo conocimiento es relevante para conocer la *opinio juris* de la Argentina en materia de asilo. Allí, se le reconoce a este instituto un «carácter excepcional y restrictivo, pues importa una derogación al ejercicio normal de la soberanía del Estado receptor».

3. EL CASO ASSANGE

3.1. Antecedentes

31. Julian Assange, de nacionalidad australiana, se encuentra desde el 19 de junio de 2012 en la sede de la Embajada de Ecuador ante en el Reino Unido, oportunidad en la que solicitó asilo a ese país para evitar ser extraditado a Suecia⁷⁰. Antes de ser detenido trabajaba como editor y periodista, siendo muy respetado. En su posición como redactor jefe de *WikiLeaks*, Assange obtuvo un notable reconocimiento internacional por su papel en la difusión de información que no estaba disponible para el público masivo. Como resultado de sus esfuerzos para crear una mayor transparencia en los medios de comunicación y exponer numerosas transgresiones de derechos humanos, se convirtió en una suerte de celebridad internacional, aunque en circunstancias inusuales⁷¹.

32. El 20 de noviembre de 2010 se emitió una orden internacional de arresto sobre él⁷², a fin de ser interrogado en Suecia respecto de acusaciones de violación, abuso sexual y coerción ilegal que pesaban en su contra⁷³. Menos de tres semanas más tarde, el 8 de diciembre de 2010, Assange se entregó a la policía británica, lo que provocó una larga batalla legal ante los tribunales de ese país que duró dieciocho meses. El caso aparentemente había llegado a su conclusión en mayo de 2012, cuando la Corte Suprema del Reino Unido determinó que «la solicitud de extradición sueca había sido realizada conforme a derecho»⁷⁴. Después de que un último intento por reabrir el caso fuera desestimado, se les dio a los funcionarios británicos diez días para trasladar a Assange a Suecia⁷⁵. En lugar de agotar sus alternativas lega-

⁷⁰ Existe una abundante bibliografía sobre los antecedentes del caso, por lo que no abundaremos sobre ello en este trabajo. Al respecto, entre otros, pueden consultarse los trabajos de: LAVANDER, T., «Using the Julian Assange Dispute to Address International Laws Failure to Address the Right of Diplomatic Asylum», *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 39, 2014, núm. 1, pp. 443-486; ARBUET-VIGNALI, H., *El caso Assange en el derecho internacional público*, Consejo Uruguayo para las Relaciones Internacionales, Estudio núm. 5/12, 9 de agosto de 2012.

⁷¹ LAVANDER, T., *op. cit.*, nota 70.

⁷² A fin de ejecutar la orden de detención, la fiscal sueca dictó una orden de detención internacional y una orden de detención europea. Véase la Decisión Marco del Consejo 2002/584/JAI del Consejo de la Unión Europea.

⁷³ «Timeline: Sexual Allegations Against Assange in Sweden», *BBC News*, disponible en <http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-11949341> (consultada el 13 de abril de 2017).

⁷⁴ «Julian Assange Loses Extradition Appeal at Supreme Court», *BBC News*, disponible en <http://www.bbc.com/news/uk-18260914> (consultada el 13 de abril de 2017).

⁷⁵ Corte Suprema del Reino Unido. *Assange (Appellant) v The Swedish Prosecution* (2012), UKSC 22, 30 de mayo de 2012; «Supreme Court Dismisses Assange Appeal Bid», *BBC News*, disponible en <http://www.bbc.com/news/world-18446295> (consultada el 20 de abril de 2017).

les mediante una apelación ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁷⁶, Assange buscó asilo en la embajada ecuatoriana en Londres en junio de 2012⁷⁷. Alegando sus temores de persecución política y la posibilidad de la pena de muerte si fuera extraditado a los Estados Unidos, Ecuador concedió formalmente asilo a Assange el 16 de agosto de 2012⁷⁸. Suecia y el Reino Unido criticaron la decisión de Ecuador y se comprometieron a evitar que Assange saliera de Gran Bretaña.

3.2. Los fundamentos de la concesión de asilo y sus respuestas

33. El comunicado del Gobierno de Ecuador alega que el señor Assange tomó la decisión de solicitar el asilo y protección de Ecuador

«por las acusaciones que, según manifiesta, le han sido formuladas por supuesto “espionaje y traición”, con lo cual este ciudadano expone el temor que le infunde la posibilidad de ser entregado a las autoridades de los Estados Unidos de América por las autoridades británicas, suecas o australianas, pues aquel es un país, señala el señor Assange, que lo persigue debido a la desclasificación de información comprometedoras para el Gobierno estadounidense»⁷⁹.

34. A la luz de estos acontecimientos, el Gobierno de Ecuador, «acogiéndose a las normas sobre Asilo Diplomático vigentes», decidió conceder el asilo diplomático al encontrarse Assange sin la debida protección y auxilio que debía recibir de parte de Australia, ante la presunción de Gran Bretaña, Suecia y Estados Unidos de América no respetarían las convenciones y tratados internacionales y darían prioridad a sus leyes internas, «contraviniendo normas expresas de *aplicación universal*»⁸⁰; y, de esta manera, se iniciaría una cadena de sucesos que haría factible su extradición a Estados Unidos.

35. Adicionalmente, Ecuador fundamentó su decisión en su legislación interna (Constitución Nacional —art. 41— y la Ley Orgánica del Servicio Exterior ecuatoriano de 2006 —art. 4.7—) y en «el conjunto de principios,

⁷⁶ No se entiende bien por qué Assange siguió este camino. Una posibilidad es que tuviera información acerca de que cualquier queja o solicitud de medidas provisionales ante el TEDH habría sido considerada prematura por este Tribunal, ya que todavía tendría posibilidad de presentar esas solicitudes una vez que fuera extraditado a Suecia. También es factible que Assange considere que el TEDH sería igual de servil a los Estados Unidos como las cortes de Suecia, el Reino Unido y Australia. Cfr. DEN HEIJER, *op. cit.*, nota 28, pp. 418-19.

⁷⁷ MENA ERAZO, P., «Assange pide asilo político en la embajada de Ecuador de Londres», *El País*, 20 de junio de 2012.

⁷⁸ NEUMAN, W. y AYALA, M., «Ecuador Grants Asylum to Assange, Defying Britain», *New York Times*, 16 de agosto de 2012, disponible en <http://www.nytimes.com/2012/08/17/world/americas/ecuador-to-let-assange-stay-in-its-embassy.html> (consultada el 13 de abril de 2017); y «Ecuador otorga asilo político a Assange y abre un conflicto diplomático con Reino Unido», *RTVE.es*, 17 de agosto de 2012, <http://www.rtve.es/noticias/20120817/ecuador-otorgaasilo-assange-conflicto-reino-unido/557404.shtml> (consultada el 13 de abril de 2017).

⁷⁹ Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración del Ecuador, *Comunicado núm. 42, «Declaración del Gobierno de la República del Ecuador sobre la solicitud de asilo de Julian Assange»*, disponible en <http://www.ecuador.org/blog/?p=2117> (consultada el 13 de abril de 2017).

⁸⁰ Cursiva añadida.

normas, mecanismos y procedimientos previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos (sean de carácter regional o universal), que contemplan entre sus disposiciones el derecho de buscar, recibir y disfrutar del asilo por motivos políticos». Asimismo, Ecuador sostuvo la primacía de las normas internacionales sobre la legislación doméstica de cualquier Estado.

36. El Reino Unido rechazó las alegadas imputaciones de amenazas del Reino Unido a la Embajada de Ecuador en Londres y presentó la visión de su país respecto de los hechos vinculados a la detención y juzgamiento de Assange, manifestando que Gran Bretaña reconoce que Ecuador y muchos otros Estados miembros de la OEA son Partes de la Convención de Caracas de 1954 sobre Asilo diplomático y que esta Convención «establece el derecho entre sus Estados miembros a conceder asilo diplomático en determinadas circunstancias. Sin embargo, el Reino Unido no forma parte de esta Convención y no existe base legal por la que el Reino Unido deba satisfacer la petición del gobierno de Ecuador para permitir al Sr. Assange abandonar el Reino Unido con seguridad». Por otra parte, desestimó las preocupaciones respecto a la posible extradición de Assange a los Estados Unidos, reafirmó su convicción en la imparcialidad del sistema judicial sueco y la protección otorgada al australiano por la Convención Europea sobre Derechos Humanos, el Derecho internacional y de la Unión Europea y legislación interna de su país⁸¹. Pocos días después de la concesión de asilo a Assange, la cuestión fue abordada por el Consejo de Ministros y Ministras de Relaciones Exteriores de UNASUR, que manifestó su solidaridad y respaldó la decisión ecuatoriana de conceder asilo diplomático a Assange⁸².

37. Algunos autores arguyen que, a pesar de que Ecuador estaría posiblemente incumpliendo las disposiciones del art. 41.3 de la CVRD, que establece que «los locales de la misión no deben ser utilizados de manera incompatible con las funciones de la misión», la concesión de asilo no justificaría la entrada de la policía británica a los locales de la Embajada ecuatoriana⁸³. De todos modos, el Reino Unido sostiene que nunca amenazó con ingresar a esa representación, ya que está absolutamente comprometido con los principios de la CVRD y actúa de conformidad con ello⁸⁴.

38. En mayo de 2017, la Fiscalía de Suecia decidió archivar la causa por presunta violación contra Julian Assange⁸⁵. La decisión está fundada no en la

⁸¹ OEA, Doc. Ser.F/II.27 y RC.27/INF. 10/12.

⁸² Consejo de Ministros y Ministras de Relaciones Exteriores de UNASUR, «Declaración de Guayaquil en respaldo a la República del Ecuador», Guayaquil, 19 de agosto de 2012.

⁸³ DUXBURY, A., «Assange and the Law of Diplomatic Relations», *ASIL Insights*, núm. 32 (16), 11 de octubre de 2012.

⁸⁴ Véase la comunicación escrita del secretario de Asuntos Exteriores al Parlamento británico de 3 de septiembre de 2012 (Extradition Proceedings Against Julian Assange, Written Statement to UK Parliament by UK Foreign Secretary William Hague), 3 de septiembre de 2012.

⁸⁵ FISCALÍA DE SUECIA, «The investigation against Julian Assange is discontinued», 19 de mayo de 2017, disponible en <http://news.cision.com/aklagarmyndigheten/r/the-investigation-against-julian-assange-is-discontinued,c2269492> (consultada el 31 de mayo de 2017).

inocencia de Assange, sino a las dificultades que su asilo ha generado para el procedimiento. El fundador de *WikiLeaks* consideró esta medida como una «importante victoria, aunque la guerra no ha terminado»⁸⁶. En efecto, subsiste la posibilidad de que los Estados Unidos active una orden de detención, sobre la que el Reino Unido ha evitado pronunciarse⁸⁷. Por su parte, la Policía británica ha emitido un comunicado expresando que tiene previsto detener al australiano si sale de la Embajada de Ecuador, ya que existe una orden judicial de detención vigente por no haberse presentado ante la corte de Westminster cuando fue citado, el 29 de junio de 2012⁸⁸.

39. Al analizar el caso *Assange*, surgen tres cuestiones fundamentales: si Ecuador tiene derecho a conceder asilo, si el Reino Unido tiene derecho a terminar ese asilo y si Assange puede invocar un derecho a ser protegido contra alegadas injusticias en los Estados Unidos y otros países⁸⁹. La respuesta a estas cuestiones dependerá de la interpretación que se dé al marco jurídico y a la práctica estatal previamente descriptas. Sin embargo, como se señala en el punto 4 *infra*, es improbable que la solución a este intríngulis provenga de la mera exégesis y aplicación de las normas y prácticas vigentes.

40. En 2014, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (GTDA) recibió una presentación referida al fundador de *WikiLeaks*. Después de sustanciar el procedimiento correspondiente, el GTDA arribó a la conclusión de que «la privación de libertad de Julian Assange es arbitraria, porque contraviene los arts. 9 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los arts. 7, 9, párrs. 1, 3 y 4, 10 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y se inscribe en la categoría III»⁹⁰, esto es aquellos casos donde hay «inobservancia, total o parcial, de las normas internacionales relativas al derecho a un juicio imparcial, establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por los Estados interesados»⁹¹. En virtud de ello, el GTDA requirió a «los Gobiernos de Suecia y el Reino Unido que evalúen la situación del Sr. Assange, garanticen su seguridad y su integridad física, faciliten el ejercicio de su derecho a la libertad de circulación de manera oportuna y velen por que disfrute plenamente de los derechos que le garantizan las normas internacionales en materia de reclusión». Adicionalmente, consideró que en atención las circunstancias del

⁸⁶ ERLANGER, S. y ANDERSON, C., «Julian Assange Rape Inquiry Is Dropped but His Legal Problems Remain Daunting», *The New York Times*, 19 de mayo de 2017, disponible en <https://www.nytimes.com/2017/05/19/world/europe/julian-assange-sweden-rape.html> (consultada el 31 de mayo de 2017).

⁸⁷ Véase el *tweet* de *WikiLeaks*, disponible en <https://twitter.com/WikiLeaks/status/865497032722530304> (consultada el 31 de mayo de 2017).

⁸⁸ METROPOLITAN POLICE, «Statement on Julian Assange», 19 de mayo de 2017, disponible en <http://news.met.police.uk/news/statement-on-julian-assange-242877> (consultada el 31 de mayo de 2017).

⁸⁹ DEN HEIJER, *op. cit.*, nota 28, p. 400.

⁹⁰ Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. *Opinión núm. 54/2015 relativa a Julian Assange (Suecia y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte)*, 6 de abril de 2016, p. 18. Doc. A/HRC/WGAD/2015/54.

⁹¹ Consejo de Derechos Humanos. Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. *Folleto Informativo núm. 26*, pp. 5-6.

caso, se debería dar al fundador de *WikiLeaks* derecho efectivo a obtener reparación.

41. La decisión del GTDA fue recibida con sorna en el ámbito europeo, tanto por parte de especialistas como por los medios de prensa⁹². Las críticas a la opinión del GTDA toman como base el «Voto particular disconforme de Vladimir Tochilovsky», quien puso de manifiesto que Assange no es objeto de una privación arbitraria de la libertad, sino que voluntariamente se encuentra recluido en la Embajada de Ecuador en Londres, con el objeto de evitar la detención ordenada por la autoridad judicial sueca⁹³. Asimismo, los reparos se centraron en periodos de tiempo sobre cuya naturaleza jurídica existe discrepancia (*v. gr.* los días de detención previos a la libertad condicional, el periodo durante la libertad condicional y el tiempo en la Embajada de Ecuador) y sobre las condiciones de detención durante esos periodos. Por otra parte, se subrayó que en el mandato del Grupo de Trabajo no se encuentran incluidas las cuestiones relacionadas con el confinamiento *voluntario* de los prófugos, como el asilo y la extradición.

42. Concretamente, en lo que se refiere al asilo diplomático, el GTDA reprochó a las autoridades británicas y suecas que no hubiesen reconocido el asilo que Ecuador había concedido a Assange. El Reino Unido afirmó que el Gobierno de Ecuador concedió *asilo diplomático*, no asilo político, al fundador de *WikiLeaks* y lo hizo en virtud de la Convención sobre Asilo Diplomático de 1954. El Reino Unido entiende que de la decisión de Ecuador no se deriva ninguna obligación legal para el Reino Unido, ya que este país no es parte de esa Convención y no reconoce este tipo de asilo ni la costumbre existente ni su propia práctica (par. 41). Si los Estados estuvieran obligados a respetar las concesiones de asilo diplomático de otros Estados, se deduciría que la negativa a permitir que Assange dejara la Embajada sin molestias violaría su derecho a la libertad y la seguridad de la persona. Pero no existe tal obligación en virtud del Derecho internacional general y ni Suecia ni el Reino Unido son partes de la Convención sobre Asilo Diplomático⁹⁴. En septiembre de 2016, una Corte de Apelación sueca confirmó, por octava vez, la vigencia de la orden de detención emitida seis años antes contra Assange⁹⁵. El tribunal también sostuvo que la permanencia del australiano en la embajada ecuatoriana no puede ser considerada como una «privación ilegal de la libertad».

43. Lógicamente, los partidarios de Assange afirman que la opinión⁹⁶ del GTDA reivindica su posición y exigen que Suecia⁹⁷ y el Reino Unido⁹⁸ aban-

⁹² LAZARUS, L., «The United Nations Working Group on Arbitrary Detention decision on Assange: “ridiculous” or “justifiable”?», *EJIL Talk*, 9 de febrero de 2016; HAPPOLD, M., «Julian Assange and the UN Working Group on Arbitrary Detention Published», *EJIL Talk*, 5 de febrero de 2016.

⁹³ GTDA, *op. cit.*, *Voto particular disconforme de Vladimir Tochilovsky*, p. 19.

⁹⁴ HAPPOLD, M., «Julian Assange and Diplomatic Asylum», *EJIL Talk*, 24 de junio de 2012.

⁹⁵ EACHAMBADI, R., «Sweden court upholds arrest warrant for Julian Assange», *Paper Chase*, 16 de septiembre de 2016.

⁹⁶ Las *opiniones* del GTDA son consideradas como no vinculantes. Sin embargo, la gacetilla de prensa distribuida en ocasión de la opinión sobre Assange sostiene expresamente lo contrario: «*The*

(Véanse notas 97 y 98 en página siguiente)

donen los procedimientos en contra de Assange. Señalan que estos Estados, al negarse a seguir la opinión del Grupo de Trabajo, asumen una posición conflictiva ante el Derecho internacional. Sin embargo, tanto el Gobierno sueco como el Reino Unido han anunciado su desacuerdo con la opinión, subrayando que no tienen obligación legal de cumplirla.

3.3. La solicitud de opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos

44. El 18 de agosto de 2016, el Gobierno de Ecuador presentó en la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos una solicitud de opinión consultiva sobre «la institución del asilo en sus diversas formas y la legalidad de su reconocimiento como derecho humano de todas las personas conforme al principio de igualdad y no discriminación»⁹⁹.

45. La solicitud abre con una serie de «consideraciones» que desde el inicio exhiben uno de los argumentos de Ecuador, al señalar que, en el caso de los perseguidos políticos, «ha sido frecuente la presentación de acusaciones de delitos comunes», con la finalidad de impedir que se les otorgue el asilo o se ponga fin a este y «someter a estas personas a medidas de carácter punitivo bajo la apariencia de procesos judiciales» (párr. 1). El fundamento legal se presenta en una extensa sección que abarca cuestiones del Derecho internacional de los derechos humanos, del derecho de los refugiados, del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional general. Los argumentos de Ecuador y la formulación de las cuestiones sometidas a la Corte pueden resumirse de la manera siguiente: *a)* Ecuador sostiene que el asilo tiene larga raigambre, caracterizada como «tradición latinoamericana del asilo», párr. 4), y se ha «transformado en derecho humano tras su consagración en diversos instrumentos de derechos humanos» (párrs. 2, 11); *b)* consecuentemente, se afirma que el asilo diplomático, el asilo territorial y el refugio comparten un núcleo básico; *c)* ese núcleo contenido básico se articula en obligaciones concretas de derechos humanos tal como el principio de no devolución (véanse párrs. 16, 17, entre otros), obligaciones de debido proceso como el deber de procesar individualmente cada solicitud de asilo, *inter alia*; *d)* Ecuador afirma que el incumplimiento de estos deberes también

Opinions of the Working Group on Arbitrary Detention are legally binding to the extent that they are based on binding international human rights law, such as the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). [...] The binding nature of its opinions derives from the collaboration by States in the procedure, the adversarial nature of its findings and also by the authority given to the WGAD by the UN Human Rights Council», disponible en <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=17013&LangID=E> (consultada el 20 de abril de 2017).

⁹⁷ Véase <https://twitter.com/jamesrbuk/status/695533002697392128> (consultada el 20 de abril de 2017).

⁹⁸ FOREIGN & COMMONWEALTH OFFICE, «El Reino Unido disputa la opinión del Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre Julian Assange», *Gacetilla de prensa*, 5 de febrero de 2016.

⁹⁹ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y MOVILIDAD DE ECUADOR, nota núm. 4-3-21j2016, San José, 18 de agosto de 2016.

podría constituir una violación del derecho a la vida (párr. 36), la integridad personal (párr. 38) y la no discriminación (párr. 21), y *e*) en un intento por subrayar su carácter general, Ecuador señala que «el asilo otorgado por un Estado en el ejercicio de su soberanía, genera obligaciones internacionales no solo para el Estado asilante sino para la comunidad internacional, independientemente del derecho convencional que exista en esta materia» (párr. 14). Consecuentemente, define a estas obligaciones como *erga omnes* (párrs. 18, 28, 38, 49, 52) o como *jus cogens* (párrs. 22, 35, 38). Esta caracterización le permite a Ecuador expresar su verdadero argumento, que es doble naturaleza: i) que todos los Estados tienen un interés en esos compromisos y, por tanto, se encuentran obligados por ellos, y ii) que, por tanto, les está prohibido impedir que otro Estado cumpla con estas obligaciones como cuestión de Derecho internacional (párrs. 19, 20).

46. Ecuador afirma que el asilo es un acto de Estado. De ello, se desprende que goza del privilegio de inmunidad, «lo cual no permite a otro Estado cuestionar la conducta protectora del Estado asilante». Consecuentemente, «el Estado territorial debe respetar dicho acto de soberanía» (párr. 38), particularmente en lo que se refiere a la calificación de los delitos que se le imputan a la persona que solicita asilo, ya que «las denuncias contra quien solicita asilo o está en goce de este derecho, pueden ser desestimadas en el curso de la calificación respectiva si el Estado asilante considera que las eventuales acusaciones que tendría que enfrentar el asilado por la supuesta comisión de delitos comunes, tienen una intención política, ya que están vinculados al acto persecutorio» (párr. 40, *in fine*). De ello, se deriva el Derecho del Estado asilante a aplicar el principio de no devolución, ante las posibles consecuencias que el asilado pudiera sufrir en el caso de ser detenido (párrs. 44-46).

47. Asimismo, afirma que el asilo es un mecanismo de protección de los derechos humanos (párr. 50), que el «Estado ecuatoriano estima que los términos “medios de protección” reconocidos internacionalmente no hacen distinciones desfavorables entre las diversas modalidades que conciernen a la protección» (párr. 48) y, consiguientemente, tiene la obligación de adoptar las medidas apropiadas para la protección de esos derechos (párr. 51). De ello, sigue que, entre diversos regímenes jurídicos aplicables a una misma situación, debe elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos, es decir, «si a una situación son aplicables dos normas distintas, “debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”» (párr. 56).

48. A la luz de las consideraciones precedentes, Ecuador le solicita esencialmente a la Corte que se pronuncie acerca de si un Estado, particularmente uno «ajeno a determinada convención sobre asilo» o que «pertenezca a un régimen jurídico regional distinto» al que concedió el asilo, un grupo o individuo puede realizar actos o adoptar «una conducta que en la práctica signifique el desconocimiento de las disposiciones establecidas en los instrumentos de derechos humanos», «limite, disminuya o menoscabe cualquier forma de asilo», y cuáles deberían ser las consecuencias jurídicas de ello (párr. 58).

49. Al momento de finalizar la redacción de este artículo, la Corte IDH decidió prorrogar hasta el 4 de mayo de 2017 el plazo límite establecido para la presentación de las observaciones escritas a la presentación realizada por Ecuador.

50. En su presentación, Ecuador busca fundamentar, desde el punto de vista jurídico, el derecho de asilo diplomático en normas del Derecho internacional de los derechos humanos, del derecho de los refugiados, del Derecho internacional humanitario y del Derecho internacional general. En ese intento, erróneamente a mi juicio, trata las instituciones del asilo diplomático y territorial como si fueran análogas. En efecto, contrariamente a lo que ocurre con el asilo territorial, el asilo diplomático no es considerado como un acto que se ajusta a una norma de Derecho internacional consuetudinario y ello se justifica por la diferencia fundamental que existe entre ambas figuras. Un Estado que concede asilo en su propio territorio ejerce uno de sus derechos soberanos en la esfera de competencia que le reconoce el Derecho internacional. En cambio, en el caso del asilo diplomático, quien busca protección se encuentra en el territorio del Estado que lo reclama.

51. Recurrir a la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 tiene como inconveniente el hecho de que el art. 1F(b) de dicha convención expresamente dispone la exclusión de la condición de refugiado para aquellas personas que hayan cometido un «grave delito común» fuera del país de refugio antes de haber sido admitidos a él como refugiados¹⁰⁰. Cabe recordar que Assange está acusado de violación, abuso sexual y coerción ilegal, lo que haría inaplicable la figura del refugiado, aunque Ecuador mantiene que esas causas han sido «armadas» para poder detener a Assange y, por tanto, no las toma en consideración. Por otra parte, las disposiciones de este acuerdo se aplican por lo general a personas que huyen de su propio país, a menos que la persona «se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o [...] no quiera acogerse a la protección de tal país»¹⁰¹. En este sentido, es cuestionable porque Assange no buscó la protección del país de su nacionalidad sino la de un tercer Estado. Pero aun admitiendo que Assange tuviera el carácter de refugiado, es dudoso que esté amparado por el derecho fundamental de la Convención, esto es, el derecho de ser protegido contra una expulsión o devolución a un territorio donde su vida o su libertad peligre¹⁰², como alega Ecuador insistentemente a lo largo de su solicitud de opinión, ya que difícilmente se pueda interpretar al acto de retirar a alguien de una embajada como una expulsión o devolución¹⁰³.

52. Recurrir a las normas del Derecho internacional de los derechos humanos parecería ser una opción más plausible para Ecuador que invocar el

¹⁰⁰ ACNUR, *Documento sobre la aplicación de las cláusulas de exclusión: El artículo 1F de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados*, Ginebra, 4 de septiembre de 2003, p. 21.

¹⁰¹ Cfr. el art. 1.A.2 de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

¹⁰² Art. 33.1 de la Convención.

¹⁰³ Al respecto puede verse NOLL, G., «Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?», *International Journal of Refugee Law*, vol. 15, 2005, pp. 542-557.

derecho de asilo diplomático. En efecto, los tratados generales de derechos humanos presuponen que toda persona —incluidos los terroristas u otras personas acusadas de delitos graves— merecen protección y deberían poder invocar los derechos humanos¹⁰⁴. Si bien en el marco de los tratados de derechos humanos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los deberes del Estado hacia personas que se encuentran fuera de su territorio no está del todo clara¹⁰⁵, una de las pocas categorías sobre la que no existe controversia es la referida a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos por parte de los funcionarios diplomáticos y consulares¹⁰⁶. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en la CEDH, se ha reconocido que el jefe de misión de un Estado Parte de dicha Convención también debe tener presente que existe la obligación para su Estado de no entregar a un refugiado a las autoridades locales en caso de que se considere que pueden llegar a infligirle tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Esta obligación se aplica a la conducta de los funcionarios diplomáticos o consulares del Estado acreditante, ya que ellos están bajo la jurisdicción y el control de dicho Estado¹⁰⁷.

53. El Comité de Derechos Humanos (CDH) también ha aceptado que los actos de los funcionarios consulares pueden estar comprendidos en el ámbito del Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁸. Por su parte, cabe recordar que, en su opinión consultiva sobre las *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, la CIJ consideró «que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos es aplicable con respecto a los actos de un Estado en el ejercicio de su jurisdicción fuera de su propio territorio»¹⁰⁹.

54. La opción de foro realizada por Ecuador no parece que vaya a tener efectos prácticos para la solución del caso. Quizás, como manifestara en su momento el Presidente Correa¹¹⁰, hubiese sido conveniente recurrir a la CIJ. Sin embargo, se trata de una alternativa menos amigable para Ecuador y cuya decisión resulta mucho más difícil de predecir. Si bien las opiniones consultivas de la Corte IDH gozan de alto prestigio, constituyen un referente normativo y han suscitado e impulsado cambios significativos tanto dentro

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, *Saadi v. Italy* (GS), núm. 37201/06, TEDH 2008.

¹⁰⁵ MILANOVIC, M., *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Oxford, University Press, 2011.

¹⁰⁶ *Al-Skeini y otros c. Reino Unido* (GS), núm. 55721/07, párr. 134, TEDH 2011.

¹⁰⁷ Véase el asunto *B v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* (2004) EWCA 1344, Case Núm: C4/2004/0814 PTA, 18 de octubre de 2004, párr. 79.

¹⁰⁸ Véase *Vidal Martins v. Uruguay*, núm. 57/1979, Doc. CCPR/C/15/D/57/1979 (1982), párr. 157; *Lichtenstein v. Uruguay*, núm. 77/1980, Doc. CCPR/C/OP/2 (1990), párr. 102; *Montero v. Uruguay*, núm. 106/1981, UN Doc. CCPR/C/OP/2 (1990), párr. 136; *Núñez v. Uruguay*, núm. 108/1981, Doc. CCPR/C/OP/2 (1990), párr. 143.

¹⁰⁹ CIJ, opinión consultiva en el asunto *Consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 9 de julio de 2004, párr. 111. Asimismo, puede verse LANGFORD, M. *et al.*, *Global justice, state duties: the extraterritorial scope of economic, social and cultural rights in international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; DA COSTA, K., *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

¹¹⁰ «An Ecuadorean History of the World», *The Economist*, 25 de agosto de 2012.

del sistema como fuera de él, la indeterminación de sus efectos así como su carácter no vinculante le restan fuerza normativa, más aún para aquellos sujetos que se encuentran fuera del sistema y no están obligados por sus normas¹¹¹.

55. Las preocupaciones de Assange se refieren principalmente a su temor de ser extraditado por Suecia a los Estados Unidos por cargos de espionaje en relación con su papel, como fundador de *WikiLeaks*, en la divulgación al público de materiales confidenciales del gobierno estadounidense. Esa inquietud cobra mayor relevancia a tenor de las recientes declaraciones del Fiscal General de los Estados Unidos, Jeff Sessions, quien manifestó que el arresto de Julian Assange es una prioridad para su Gobierno y que el Departamento de Justicia va a intensificar sus esfuerzos para procesar al fundador de *WikiLeaks*¹¹². Casi cinco años después de la concesión de asilo diplomático, las partes involucradas no han logrado encontrar una solución efectiva al caso, por lo que Assange continúa asilado en la Embajada ecuatoriana en Londres.

4. EL FUTURO DEL ASILO DIPLOMÁTICO

56. Las personas que sufren persecución han buscado refugio en las misiones diplomáticas durante siglos, pero esta práctica ha sido siempre y continúa siendo controversial. Al proporcionar protección de las autoridades del Estado territorial (receptor), el Estado asilante (acreditante) se involucra en cierta medida en asuntos internos de ese otro Estado. Ello produce un conflicto entre soberanos, entre sus opiniones y posiciones. A pesar de ello, por lo general, los Estados continúan brindando protección por razones humanitarias cuando creen que un individuo o un grupo de ellos es perseguido por razones políticas o enfrenta una amenaza inminente a su vida y/o su seguridad¹¹³.

57. El derecho a conceder asilo en las misiones diplomáticas a quienes son perseguidos por razones políticas por las autoridades del Estado receptor ha sido reivindicado con frecuencia, aunque no siempre ha sido aceptado y

¹¹¹ No es este el espacio para profundizar en este tema, sobre el que existe abundante bibliografía. Al respecto pueden verse, entre otros, HITTERS, J. C., «¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, vol. 10, 2008, pp. 131-156; SALVIOLI, F., «La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial», en VVAA, *Homenaje y Reconocimiento a Antônio Cançado Trindade*, Brasilia, Ed. Sergio Fabris, 2004, t. III, pp. 417-472; WOLFRUM, R., «Las opiniones consultivas como un mecanismo para solucionar controversias internacionales», *ESIL Newsletter*, vol. 1, febrero de 2011, disponible en español en <https://aquiescencia.net/2011/03/16/las-opiniones-consultivas-como-un-mecanismo-para-solucionar-controversias-internacionales-por-rudiger-wolfrum/> (consultada el 30 de abril de 2017).

¹¹² SMITH, D., «Arresting Julian Assange is a priority, says US attorney general Jeff Sessions», *The Guardian*, 20 de abril de 2017.

¹¹³ VÄRK, R., «Diplomatic asylum: Theory, Practice and the Case of Julian Assange», 11 *Sisekait-seakadeemia Toimetised*, 2012, pp. 240-257, p. 240.

aún no existe un acuerdo universal entre los Estados sobre las circunstancias en que puede ejercerse el derecho.

58. Si bien todos los Estados respetan la inviolabilidad de los locales de las misiones diplomáticas, ciertamente no existe una norma internacional que reconozca expresamente el asilo diplomático y que obligue a un Estado territorial a otorgar un salvoconducto a los asilados¹¹⁴. Entre los Estados latinoamericanos se ha aceptado un derecho de asilo diplomático, habiéndose celebrado acuerdos internacionales entre estos países que establecen reglas para el ejercicio del derecho.

59. De conformidad con el Derecho internacional general vigente, el asilo diplomático es una cuestión de práctica humanitaria más que un derecho, por lo que se acepta que puede concederse únicamente con el fin de salvar vidas o prevenir daños ante una amenaza inmediata al asilado. Aún en este supuesto, se sostiene que, en ausencia de una costumbre o uso local reconocido, la protección debería concederse solo de manera temporal y el fugitivo debería ser entregado ante una demanda de las autoridades locales, a menos que se acuerde un salvoconducto para asegurar su salida del Estado receptor¹¹⁵.

60. Como lo expresara la CIJ en el asunto *Haya de la Torre*:

«La decisión de conceder asilo diplomático supone una derogación de la soberanía del Estado; sustrae al delincuente de la justicia del último y constituye una intervención en ámbito que depende exclusivamente de la competencia del Estado territorial. Dicha excepción a la soberanía territorial no puede reconocerse a menos que se establezca su base jurídica en cada caso particular»¹¹⁶.

61. Los intentos internacionales recientes para lograr una aceptación formal universal del derecho de asilo diplomático, como los cumplidos por el Instituto de Derecho Internacional en 1950 y en la Asamblea General de las Naciones Unidas, no han tenido éxito.

62. El derecho de asilo diplomático es una institución que ha vivido y vive entre dos fuerzas que en ocasiones actúan en una dirección convergente y, por lo general, en un sentido discordante. De un lado, aparece el principio de la soberanía estatal y del otro, el derecho humano a buscar protección por parte de quien es perseguido por motivos políticos. Hasta el momento, los Estados en ejercicio de su soberanía, con excepción de los latinoamericanos, han impedido o no han podido consensuar un instrumento internacional, que establezca el derecho de asilo diplomático de quienes huyen de la persecución política.

63. El sentido de los conceptos e instituciones jurídicas internacionales depende del contexto en el que se invocan, a menudo en yuxtaposición polémica a posiciones o puntos de vista contrastantes. Para comprender cabalmente su significado, debemos saber qué política se pretende apoyar, o contra quién o qué tipo de preferencia se espera que funcione. Los concep-

¹¹⁴ BEDERMAN, D. J., *The Spirit of International Law*, Georgia, University of Georgia Press, 2002, p. 73.

¹¹⁵ ROBERTS, I., *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, 6.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, párr. 8.24, p. 110.

¹¹⁶ CIJ, «Derecho de asilo (*Colombia c. Perú*)» (1950), del 20 de noviembre de 1950, pp. 274-275.

tos e instituciones jurídicas internacionales son en este sentido intensamente contextuales¹¹⁷. Por ello, el asilo diplomático no puede concebirse exclusivamente como un problema de naturaleza inequívocamente jurídica, sino que es a la vez un problema político. Consecuentemente, al considerar el caso de Assange, el análisis no puede centrarse exclusivamente en el marco jurídico sino en su intersección entre la soberanía del Estado, la política exterior, la diplomacia y las exigencias que plantean las relaciones internacionales contemporáneas, lo que excede largamente el objetivo de este trabajo.

64. Si bien el asilo diplomático puede ser percibido como una práctica que, en términos estrictamente legales, no responde a una norma de Derecho internacional; sus ramificaciones pueden ser de tal importancia que es una institución que continúa siendo utilizada incluso por aquellos países que más lo desapruaban. En el caso *Assange* se enfrentan no solo los Estados directamente involucrados, es decir, Ecuador de una parte y el Reino Unido, Suecia y Estados Unidos por otra, sino que se produce un conflicto de regímenes jurídicos entre quienes reconocen el derecho al asilo diplomático (América Latina) y los que no lo hacen. El Derecho internacional, y el diplomático en particular, no tienen una solución clara para este tipo de situaciones, lo que genera una indeterminación normativa y factual. Aún en el ámbito latinoamericano, el contenido del derecho de asilo no es lo suficientemente claro, donde se mezcla la institución del asilo político, el diplomático y la del refugio, como se desprende la solicitud de opinión consultiva de Ecuador a la Corte IDH. Ciertamente la opinión de este tribunal contribuirá a aportar cierta claridad, al menos en el plano regional. Sin embargo, cualquiera que sea la opinión de la Corte IDH, se enfrentará con la abierta oposición de quienes desconocen la institución del asilo diplomático.

65. A mi juicio, resulta dudoso que Assange estuviera realmente en una situación tan aguda de angustia que justificara el otorgamiento de asilo diplomático, aún con los requisitos y condiciones con que es aceptado en América Latina y tal como fue interpretado por la CIJ en el caso *Haya de la Torre*. Una medida extrema para terminar con el asilo diplomático sería la decisión del Estado receptor de considerar que el asilo constituye un abuso de los privilegios e inmunidades que goza el Estado acreditante y poner fin a las relaciones diplomáticas entre los dos Estados, instruyendo el cierre de la misión del Estado acreditante. El Reino Unido no parece dispuesto a llegar a este extremo en el caso *Assange*. Tampoco pareciera estar dispuesto a ingresar a la Embajada ecuatoriana en Londres para detener a Assange, aun cuando en el plano interno la *Diplomatic and Consular Premises Act* de 1987 lo habilitaría a ello.

66. La opción de foro realizada por Ecuador procura que el derecho de asilo diplomático salga reforzado. Ello no obstante, desde un punto de vista práctico, carecerá de efectos para solucionar una situación en la que los regímenes jurídicos latinoamericano y europeo aparecen enfrentados. Aunque

¹¹⁷ CRAWFORD, J. y KOSKENNIEMI, M. (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 4.

en el Derecho internacional general o en el Derecho internacional de los derechos humanos no parece existir una regla que permita fundamentar que Ecuador conceda asilo a Assange, el Reino Unido también carece de herramientas jurídicas que le permitan poner fin al asilo. El destino de Assange se asemeja al de una larga serie de precedentes históricos, como el caso *Haya de la Torre*, en los que el asilo diplomático se transformó en estancias prolongadas. Aunque el resultado es insatisfactorio desde la perspectiva del Derecho internacional, el arduo equilibrio entre los principios de soberanía territorial e inviolabilidad diplomática genera incentivos para resolver las disputas por vía diplomática¹¹⁸. En este sentido, es de esperar que el asilo de Julian Assange en la Embajada de Ecuador, que ya lleva cinco años de duración, tiempo similar al que permaneciera Haya de la Torre en la Embajada de Colombia en Perú, pueda resolverse a través de una solución diplomática, que permita el otorgamiento de un salvoconducto para que Assange pueda salir del Reino Unido, como en el caso *Haya de la Torre*.

67. Finalmente, dado que la concesión del asilo diplomático representa una intervención considerable en los asuntos internos de un Estado, sería deseable que esta medida fuera objeto de algún tipo de regulación, inclusive aún para aquellos que se oponen al derecho de asilo diplomático, que buscan evitar abusos y consideran que debería otorgarse únicamente por razones humanitarias. Para ello podrían retomarse los antecedentes de 1975 y lo ocurrido desde entonces en materia de derechos humanos y de los refugiados. Una vía alternativa para sustentar la legalidad del asilo diplomático podría ser adaptar el principio de no intervención a las obligaciones específicas en materia de derechos humanos¹¹⁹. Como lo señaló la jurisprudencia británica, el Estado acreditante podría llegar a violar esas obligaciones en el caso de que un individuo le solicite protección en el Estado receptor¹²⁰. En teoría, las obligaciones de los derechos humanos del Estado acreditante se podrían complementar con las obligaciones que debe al Estado receptor¹²¹.

68. Sin embargo, un proceso de codificación del asilo diplomático no está a la vista. Quizás, el caso *Assange* contribuya a que los Estados se sienten nuevamente a discutir esta acuciante cuestión.

RESUMEN

WIKILEAKS, ASSANGE Y EL FUTURO DEL ASILO DIPLOMÁTICO

Este artículo considera la terminología, el marco jurídico y la práctica del asilo diplomático, para después referirnos en concreto a la situación de Julian Assange, incluyendo la

¹¹⁸ En el mismo sentido, ROLDÁN BARBERO, J., «Assange, entre la política y el derecho», *El País*, 22 de agosto de 2012.

¹¹⁹ ARREDONDO, R., *Intervención humanitaria y responsabilidad de proteger: ¿hacia un nuevo paradigma de protección de los derechos humanos?*, Buenos Aires, Catálogos, 2012.

¹²⁰ Véase punto 2.4 *supra*.

¹²¹ DEN HEIJER, *op. cit.*, nota 28, pp. 411-412.

reciente solicitud de una opinión consultiva de Ecuador a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Concluye con algunas reflexiones acerca del futuro del asilo diplomático.

Palabras clave: asilo diplomático, derechos humanos, refugiados, derecho diplomático y consular, inviolabilidad, Assange, América Latina, CDH, Corte IDH, TEDH.

ABSTRACT

WIKILEAKS, ASSANGE AND THE FUTURE OF DIPLOMATIC ASYLUM

The article first studies the terminology and forms of asylum, then examines the legality of diplomatic asylum under international law and state practice of providing diplomatic asylum and analyses the case of Julian Assange, including the request of an advisory opinion made by Ecuador to the Inter-American Court of Human Rights. Finally, some conclusions are drawn on the future of the practice of diplomatic asylum.

Keywords: diplomatic asylum, human rights, refugees, diplomatic and consular law, inviolability, Assange, Latin America, HRC, ICHR, ECHR.

NUEVAS DINÁMICAS EN LAS RELACIONES ENTRE CRIMEN ORGANIZADO Y GRUPOS TERRORISTAS

Inmaculada MARRERO ROCHA *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE GRUPOS DE CRIMINALES ORGANIZADOS Y GRUPOS TERRORISTAS.—3. FACTORES DE LA COOPERACIÓN ENTRE GRUPOS DE CRIMINALES ORGANIZADOS Y GRUPOS TERRORISTAS.—3.1. La financiación de los grupos terroristas.—3.2. La descentralización de las organizaciones terroristas y los grupos de criminales organizados.—3.3. Estados frágiles y cambios en la conflictividad armada.—4. MODELOS DE COOPERACIÓN ENTRE CRIMEN ORGANIZADO Y GRUPOS TERRORISTAS.—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Los cambios experimentados por la sociedad internacional, especialmente debido al proceso de globalización, han potenciado la participación de actores no estatales violentos (ANEV) en las relaciones internacionales, como son los grupos terroristas y las organizaciones criminales¹. Los ANEV

* Este trabajo ha sido financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad Español y por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (MINECO/FEDER) en el marco del Proyecto de Investigación con Referencia DER2015-63857-R y por el Proyecto Europeo TAKEDOWN (700688-H2020 FCT-16-2015). Inmaculada Marrero Rocha es profesora titular de Relaciones Internacionales en la Universidad de Granada (marrero@ugr.es). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 2 de junio de 2017.

¹ Los ANEV son, según Ulrich Schneckener, aquellos que están dispuestos a utilizar la violencia para conseguir sus objetivos, sin ser parte de las instituciones del Estado, como guerrillas o grupos rebeldes, milicias, clanes armados, señores de la guerra, mercenarios y empresas militares o de seguridad privada. Los grupos rebeldes y las guerrillas persiguen la liberación de una clase social o de una «nación», por lo que cuentan con una agenda política revolucionaria o nacionalista-étnica, y se reconocen a sí mismos como el futuro ejército de la población a la que pretenden liberar. Las milicias o paramilitares son grupos de combatientes irregulares que normalmente son tolerados por los gobiernos y, en ocasiones, auspiciados por las autoridades, porque luchan contra las fuerzas rebeldes o los opositores. Los clanes y sus jefes son grupos tribales, grupos étnicos o comunidades religiosas que gobiernan, conforme a sus leyes y tradiciones, en la parte del territorio en la que se han establecido con un reconocimiento formal o informal del gobierno, y cuentan con miembros armados de su grupo para defenderles. Los señores de la guerra son potentados locales que controlan parte del territorio durante y después del conflicto armado. Su poder se basa en el control de los recursos naturales y en la creación de un ejército privado que defienda sus intereses (SCHNECKENER, U., «Fragile Statehood,

también establecen sus propias relaciones de cooperación, que no se sustentan en los principios y las normas de Derecho internacional, sino que, por el contrario, se sitúan en un plano de ilegalidad e inmoralidad².

2. El objeto de este estudio es analizar las circunstancias y factores que facilitan la cooperación entre grupos terroristas y grupos de criminales organizados, especialmente en contextos de fragilidad estatal, donde la intensidad y modalidades de relaciones presentan una serie de particularidades. Los análisis sobre la cooperación entre terroristas y criminales organizados no se justifican por su novedad, ya que en décadas anteriores esas relaciones fueron constatadas a partir de estudios de casos. Pero sí que reviste interés la evolución de su naturaleza e intensidad como consecuencia de los cambios que ha sufrido el sistema internacional³. Además, cada vez son más las instituciones y organismos nacionales e internacionales que relacionan las actividades del crimen organizado con las de los grupos terroristas internacionales, proponiendo estrategias integradas para hacerles frente⁴.

3. A lo largo de estas páginas se analizarán las similitudes y diferencias entre el crimen organizado y los grupos terroristas como condicionantes de las relaciones que puedan establecerse entre ambos. Igualmente, se examinarán los factores que han contribuido a transformar la naturaleza y el alcance de sus procesos de cooperación, tales como la lucha contra la financiación del

Armed Non-State Actors and Security Governance», *Private Actors and Security Governance*, vol. 4, 2006, pp. 23-40, pp. 25-28).

² El Consejo de Seguridad señaló en la Resolución 2196(2014) su preocupación por los atentados perpetrados contra el personal de Naciones Unidas, incluidos aquellos de los que se beneficia la delincuencia transnacional organizada [S/RES/2196(2014), p. 3]. Esta interrelación entre crimen y terrorismo la pusieron de manifiesto, en 2011, más de 250 representantes de 90 países que se reunieron en Viena los días 16 y 17 de marzo en un simposio organizado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (<https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/>).

³ SCHMID, A., «The Links Between Transnational Organized Crime and Terrorist Crimes», *Transnational Organized Crime*, vol. 2, 1996, pp. 40-82; DE BOER, J. y BOSETTI, L., «The Crime-Conflict “Nexus”: State of the Evidence», *UNU-CPR Occasional Paper*, vol. 5, 2015 (http://collections.unu.edu/eserv/UNU:3134/unu_cpr_crime_conflict_nexus.pdf), y KESSELS, E. y HENNESSY, O., «Examining the Nexus between Terrorism and Organized Crime: Linkages, Enablers and Policy Implications», en GLASER, H. (ed.), *Talking to the Enemy: Deradicalization and Disengagement of Terrorists*, Berlín, Nomos Verlag, 2017, pp. 233-254.

⁴ Un ejemplo de ello es el Southeastern European Cooperative Initiative (SECI), organización multilateral con sede en Bucarest, que cuenta con una unidad especializada en las conexiones entre crimen organizado y terrorismo, especialmente en la zona de la antigua Yugoslavia. La Oficina Europea de Policía (EUROPOL), en su último informe SOFTA, «EU Serious and Organised Threat Assessment of 2017» alertó sobre las relaciones entre organizaciones criminales europeas y grupos terroristas (<https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/european-union-serious-and-organised-crime-threat-assessment-2017>, pp. 55 y ss.). Recientemente, la Unión Europea ha alertado sobre los nuevos vínculos entre terrorismo y criminalidad organizada en su Directiva (UE) 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI, del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI, del Consejo (DO L 88/6, de 31 de marzo de 2017, considerando 21). En el caso español, en 2014, el Ministerio del Interior creó el Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO) en la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, mediante la integración del Centro Nacional de Coordinación Antiterrorista (CNCA) y del Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO), lo que pone de manifiesto la necesidad de empezar a tratar las relaciones entre crimen organizado y terrorismo como una amenaza.

terrorismo, el impacto de las diferentes dinámicas del proceso de globalización o los contextos de Estados frágiles o fallidos. Finalmente, se abordará el estudio de la tipología de relaciones de cooperación que desarrollan ambos actores en la actualidad.

4. El estudio se enmarca en la disciplina de las Relaciones Internacionales y para su desarrollo se hará una revisión de los análisis doctrinales que, de manera directa o tangencial, han identificado relaciones entre crimen organizado y grupos terroristas. Al mismo tiempo, examinaremos algunas de las reacciones de organizaciones y organismos internacionales que alertan sobre los peligros que representan los lazos entre crimen organizado y terrorismo, y proponen cambios en las estrategias para prevenirlos. Por último, para valorar la incidencia de las relaciones entre estos dos ANEV en espacios geográficos concretos, acudiremos a los resultados obtenidos en investigaciones con métodos cualitativos, que recogen datos de conexiones entre crimen organizado y grupos terroristas, especialmente en el contexto libio y la zona transahariana.

2. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE GRUPOS DE CRIMINALES ORGANIZADOS Y GRUPOS TERRORISTAS

5. Los grupos terroristas y los criminales organizados han aprovechado mejor los contextos de la violencia armada actual para desarrollar mayores capacidades y movilizar recursos e ideas a nivel internacional que el resto de los ANEV⁵. Supuestamente, uno de los escollos para analizar la evolución de la naturaleza de las relaciones de cooperación entre grupos de criminales y grupos terroristas es la falta de consenso a la hora de definir terrorismo y criminalidad organizada, la naturaleza de sus objetivos y actividades, y determinar cuándo adquieren una dimensión internacional, especialmente porque son dos fenómenos en constante evolución, que se presentan de manera multiforme⁶. Pero aproximaciones más prácticas a ambos fenómenos ponen el foco en las características de las organizaciones que desarrollan este tipo de actividades, lo cual resulta útil a la hora de identificar similitudes y diferencias entre los dos tipos de ANEV.

⁵ LINARES HAMANN, J. E., «Redes criminales transnacionales: Principal amenaza para la seguridad internacional en la posguerra fría», *Revista Criminalidad*, vol. 50, 2008, núm. 1, pp. 7-9.

⁶ En la práctica, la definición de terrorismo puede ser extraída de fuentes distintas como la doctrina, los tratados existentes sobre distintos aspectos del terrorismo, decisiones judiciales y derecho derivado de organizaciones internacionales. El diccionario de Oxford registra una definición de terrorismo como el «uso de la violencia no oficial y no autorizado para la consecución de objetivos políticos» [STEVENSON, A. (ed.), *Oxford dictionary of English*, Oxford, Oxford University Press, 2010]. Véanse los siguientes trabajos doctrinales dedicados a la definición de terrorismo: COOPER, H., «Terrorism: The Problem of Definition Revisited», *American Behavioral Scientist*, 2001, núm. 44, pp. 881-893; GIBBS, J., «Conceptualization of Terrorism», *American Sociological Review*, 1989, núm. 54, pp. 329-340; HOFFMAN, B., *Inside Terrorism*, Nueva York, Columbia University Press, 1998, y RUBY, Ch., «The definition of Terrorism», *Analyses of Social Issues and Public Policy*, 2002, núm. 2, pp. 9-14.

6. En el caso del terrorismo, la mayor parte de los estudios se han caracterizado por adoptar como ejes centrales de sus análisis la necesidad de desarrollar un significado comúnmente aceptado del vocablo «terrorismo», concibiéndolo como un objetivo en sí mismo asociado con actores no estatales, y no como una estrategia o una práctica, descartando así que pueda ser parte de las agendas de seguridad de los gobiernos⁷. A partir de estas premisas, los dos grandes pilares de los programas de investigación consisten en identificar las causas del terrorismo y hallar las mejores estrategias y procedimientos para luchar contra él⁸.

7. El interés por definir el concepto de terrorismo se ha incrementado después de los atentados del 11 de septiembre, debido al nacimiento de grupos derivados, escindidos o auspiciados por la organización Al Qaeda, el auge del autodenominado Estado Islámico de Iraq y el Levante (EIIL) y la proliferación de grupos e individuos simpatizantes de este último, que afirman seguir su ideario y estar dispuestos a cometer actos de terrorismo en su nombre en distintas zonas geográficas. También se han multiplicado los recursos y esfuerzos para llevar a cabo análisis que expliquen este fenómeno, denominado terrorismo global, y así emprender el diseño de nuevas políticas anti-terroristas⁹. Este terrorismo global y, en concreto, el que desarrolla el EIIL, como señala Andrea Martini, desafía las fronteras establecidas por las potencias occidentales, pretende reconfigurar las relaciones hegemónicas a nivel mundial y desarrollar su proyecto político en los Estados en los que ha conseguido establecerse. Además, la doctrina subraya el carácter bárbaro y criminal del terrorismo global, acusándolo de irracional y enajenado y, en consecuencia, despolitizándolo, a pesar del desafío que representa para el sistema internacional y, también, para su tratamiento científico¹⁰. De ahí que, últimamente, los factores psicosociales que llevan al fanatismo y a la radicalización religiosa hayan presidido los análisis sobre el terrorismo yihadista, también denominado terrorismo global¹¹. Por ello, las relaciones entre los

⁷ STOHL, M., «Old Myths, New Fantasies and the Enduring Realities of Terrorism», *Critical Studies on Terrorism*, vol. 1, 2008, núm. 1, pp. 146-148, y CHOMSKY, N., «International terrorism: Image and reality», *Crime and Social Justice*, 1987, núms. 27/28, pp. 172-200.

⁸ MEISELS, T., «The Trouble with Terror: The Apologetics of Terrorism. A Refutation», *Terrorism and Political Violence*, vol. 18, 2006, núm. 3, pp. 465-483.

⁹ Según el *Global Terrorism Index* de 2016, los grupos que se engloban en ese concepto de terrorismo global y que han sido los responsables del 74 por 100 de las muertes a causa de actos terroristas en 2015 son Al Qaeda, Boko Haram, los Talibanes y el Estado Islámico (*Global Terrorism Index*, Institute for Economic and Peace, 2016, pp. 49-60).

¹⁰ MARTINI, A., «El terrorismo global como amenaza al orden internacional. El caso del Estado Islámico», *Relaciones Internacionales*, núm. 32, 2016, pp. 79-95 (<http://www.relacionesinternacionales.info/ojs/article/view/708.html>). En este sentido se pronuncian autores como ROUGIER, B., «Le jihad en Afghanistan et l'émergence du salafisme-jihadisme», en ROUGIER, B. (dir.), *Qu'est-ce que le salafisme?*, París, Puf, 2008, pp. 65-86, y PAZ, R., «Debates Within the Family: Jihadi-Salafi Debates on Strategy, Takfir, Extremism, Suicide Bombing, and the Sence of the Apocalypse», *Salafism, Global. Islam's New Religious Movement*, Nueva York, Columbia University Press, 2009, pp. 267-300.

¹¹ MOYANO, M. y TRUJILLO, H., *Radicalización islamista y terrorismo, Claves psicosociales*, Granada, Universidad de Granada, 2013, y DE LA CORTE, L., KRUGLANSKI, A., DE MIGUEL, J., SABUCEDO, J. M. y DIAZ, D., «Siete principios psicosociales para explicar el terrorismo», *Psicothema*, vol. 19, 2007, pp. 367-374.

grupos de terroristas que practican este terrorismo global con el crimen organizado son el objeto principal de este estudio.

8. Entre los estudiosos pertenecientes a las escuelas mayoritarias, algunas de las corrientes realistas abogan por un tratamiento militar de esta amenaza¹², mientras que los institucionalistas liberales se inclinan por un tratamiento centrado en la cooperación y el Derecho internacional¹³, pero ambas escuelas otorgan al terrorismo una existencia objetiva sin dejar espacio para reflexionar sobre la evolución histórica de este fenómeno o el proceso social mediante el cual se ha construido su identidad y comportamiento, además de la amenaza que representa¹⁴. Sin embargo, el interés académico por desarrollar una definición de terrorismo no ha sido correspondido por los Estados, que sí han adoptado tratados para prohibir determinadas prácticas de terrorismo y luchar contra su financiación, pero sin llegar a una definición consensuada¹⁵. Incluso el calificativo de internacional también ha estado sujeto a diversas opiniones, aunque en la gran mayoría de los casos hace alusión a los objetivos y estrategias que diseñan los grupos terroristas con vocación internacional, y el carácter geográfico extensivo de sus estructuras organizativas y las distintas redes que desarrollan los actos de violencia bajo esa unidad jerárquica¹⁶.

9. El desacuerdo sobre qué tipo de violencia política puede llegar a denominarse terrorismo ha propiciado un programa de investigación específico dentro de los estudios críticos de seguridad, denominado estudios críticos sobre terrorismo, que contrarresta la visión de la corriente mayoritaria y ortodoxa de los estudios sobre terrorismo¹⁷. Según los estudios críticos sobre

¹² ART, R. J. y RICHARDSON, L., *Democracy and Counterterrorism: Lessons from the Past*, Washington, US Institute of Peace, 2007; GILPIN, R., «War Is Too Important to Be Left to Ideological Amateurs», *International Relations*, vol. 19, 2005, núm. 1, pp. 5-18; WALT, S., «Beyond Bin Laden: Reshaping US Foreign Policy», *International Security*, vol. 26, 2001-2002, pp. 56-78; STERN, J., «Obama and Terrorism», *Foreign Affairs*, vol. 94, 2015, núm. 5, pp. 62-78; GRAY, C. S., «Thinking Asymmetrically in times of terror», *Parameters*, vol. 32, 2002, núm. 1, pp. 5-14.

¹³ NYE, J., «Get Smart: Combining Hard and Soft Power», *Foreign Affairs*, vol. 88, 2009, núm. 4, pp. 160-163, y «US Power and Strategy After Iraq», *Foreign Affairs*, vol. 82, 2003, núm. 4, pp. 60-66.

¹⁴ DHANAPALA, J., «The United Nations' Response to 9/11», *Terrorism and Political Violence*, vol. 17, 2005, núms. 1/5, pp. 17-23, y PARKER, T., «Fighting an Antaeus Enemy: How Democratic States Unintentionally Sustain the Terrorist Movement They Oppose», *Terrorism and Political Violence*, vol. 19, 2007, núm. 2, pp. 155-179.

¹⁵ Desde 1963, la comunidad internacional ha creado 19 instrumentos jurídicos internacionales para prevenir los actos terroristas, pueden consultarse en: <http://www.un.org/esa/counterterrorism/legal-instruments.html>.

¹⁶ MALIK, O., *Enough of the Definition of Terrorism*, Londres, The Royal Institute of International Affairs, 2000; KENNEDY, R., «Is One Person's Terrorist Another's Freedom Fighter? Western and Islamic Approaches to "Just War"», *Terrorism and Political Violence*, vol. 11, 1999, núm. 1, pp. 1-21; y SOREL, J. M., «Some Questions about the Definition of Terrorism and the Fight against Its Financing», *European Journal of International Law*, vol. 14, 2003, núm. 2, pp. 365-378.

¹⁷ El hecho de que los mismos grupos armados hayan sido denominados como revolucionarios, liberadores o terroristas, como son los casos de Hamas (Gaza), Hezbollah (Líbano), Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Partido de los Trabajadores Kurdos (Turquía) y los Tigres Tamiles (Sri Lanka) ha sido puesto de manifiesto por los estudios críticos de terrorismo. Ello obedece a que los análisis se han centrado en quienes protagonizan el terrorismo, los actores, pero sin tener en cuenta lo que se denomina el «comportamiento terrorista». Esta última perspectiva es mucho más aséptica y no entra a valorar la naturaleza y las convicciones de quienes comenten estos actos (LIZARDO, O., «Defin-

terrorismo, si se obvía que el terrorismo se enmarca en un cálculo racional de ganancias-beneficios derivado de una elección política, difícilmente puede afrontarse el análisis de las acciones terroristas que estratégicamente desarrollan los grupos de criminales organizados o los procesos de cooperación que acuerdan ambos ANEV¹⁸.

10. Por lo que respecta al crimen organizado, el acotamiento de este concepto y de otros como organización criminal, criminalidad organizada, delincuencia organizada o asociación ilícita no es tarea fácil y, tampoco, propensa a obtener un consenso internacional dada la versatilidad, heterogeneidad de los componentes de estos grupos y la pluralidad de sus actuaciones¹⁹. Por ello, la Convención de Palermo sobre Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 solo pretendió definir el crimen organizado a través de parámetros identificadores, capaces de conseguir estándares legislativos entre los Estados firmantes, con la finalidad de reforzar la cooperación en la lucha contra este fenómeno²⁰. Los Estados han tenido en cuenta estos criterios en sus legislaciones penales para poder castigar a estos grupos²¹. Casi siempre

ing and Theorizing Terrorism: A Global Actor-Centered Approach», *Journal of World-Systems Research*, vol. 14, 2015, núm. 2, pp. 91-118).

¹⁸ FREDDMAN, L., «Terrorism as a Strategy», *Government and Opposition*, vol. 43, 2007, núm. 3, pp. 314-339; BURKE, A., «The End of Terrorism Studies», *Critical Studies on Terrorism*, vol. 1, 2008, núm. 1, pp. 37-49; BOOTH, K., «Critical Explorations», en BOOTH, K. (ed.), *Critical Security Studies and World Politics*, Londres, Lynne Rienner, 2005, pp. 1-18; GUNNING, J., «A Case for Critical Terrorism Studies?», *Government and Opposition*, vol. 42, 2007, núm. 3, pp. 363-393, y JACKSON, R., «“Constructing Enemies”: Islamic Terrorism in Political and Academic Discourse», *Government and Opposition*, vol. 42, 2007, núm. 3, pp. 394-426.

¹⁹ Por lo que respecta al concepto «crimen organizado», que proviene de la traducción literal de «*organized crime*», lo cierto es que sería más adecuado denominar a este fenómeno como «delincuencia organizada» siguiendo la versión al castellano de la Convención de Palermo y de otros actos existentes en la materia. Sin embargo, la denominación «crimen organizado» se ha extendido no solo en los medios de comunicación, también en el mundo académico y, además, las propias estructuras creadas por el Gobierno de España para la lucha contra este fenómeno también lo han acuñado, como son los casos del antiguo Centro de Inteligencia contra el Crimen Organizado (CICO) o el actual Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO). Véase WOODIWISS, M., «Transnational Organized Crime: The Strange Career of an American Concept», en BEARE, M. (ed.), *Transnational Organized Crime*, Londres, Ashgate Publishers, 2013; RUIZ DÍAZ, L., *La lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Tesis doctoral, Universidad de Granada, septiembre de 2015, p. 21 y pp. 22-57.

²⁰ «Grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves» [La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, de 15 de noviembre de 2000, presentado como anexo a la Resolución de la Asamblea General 55/25 de la misma fecha (<https://www.unodc.org/pdf/cld/TOCbook-s.pdf>)]. Esta definición fue también adoptada por la Decisión marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, DO L 300/42, de 11 de noviembre de 2008. EUROPOL calcula que al menos 5.000 organizaciones criminales están siendo investigadas en Europa, y ha establecido 11 criterios para poder identificar este tipo de organizaciones, que necesariamente tienen que cumplir los núms. 1, 3, 5 y 11: 1. Colaboración entre más de dos personas; 2. Distribución de tareas; 3. Actuación continuada o por tiempo prolongado; 4. Utilización de formas de disciplina y control interno; 5. Sospecha de comisión de delitos graves; 6. Operatividad en el ámbito internacional; 7. Empleo de violencia u otras formas de intimidación; 8. Uso de estructuras de negocio o comerciales; 9. Actividades de blanqueo de capitales; 10. Ejercicio de influencia, y 11. Búsqueda de beneficio o poder (Doc. 6204/1/1997, ENFOPOL 35 rev DG).

²¹ En el caso español, el art. 570 bis del Código Penal aporta una definición penal de organización delictiva como la formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que

se trata de actos criminales de una naturaleza violenta grave, que se cometen para obtener un beneficio económico, sin mayores aspiraciones políticas, aunque necesiten corromper a funcionarios y a la clase política para que estos les faciliten la consecución de sus objetivos. Sus actividades las desarrollan individuos que obedecen las órdenes de una organización jerárquica cuya membresía, debido a la ilegalidad de las actividades que desarrolla, es restringida y fundamentalmente basada en la confianza étnica, familiar o geográfica²². Desde los años ochenta se ha identificado un nuevo tipo de criminalidad organizada, denominada transnacional, que explota las oportunidades que le ofrece la liberalización de los mercados y obtiene ventajas de las dificultades que existen para controlar las transacciones financieras en las que participa. Una criminalidad capaz de superar las restricciones geográficas y desarrollar lazos extra-nacionales con grupos similares, gracias a los avances en las tecnologías de la comunicación y la información. Además, han realizado cambios sus estructuras orgánicas, internacionalizándolas e incrementando su tamaño y el volumen de sus negocios, a través de nuevas rutas. En consecuencia, tienen mayores capacidades para retar a los Estados y operar a escala, y no necesitan grandes acumulaciones de poder y recursos ligados a un territorio, aunque sean capaces de emplazar a sus miembros en distintos territorios, aprovechando los flujos migratorios²³.

11. Independientemente de las disensiones a la hora de definir terrorismo y crimen organizado, si tomamos como parámetro el comportamiento terrorista y el criminal podemos identificar los elementos que estos grupos tienen en común, y que han facilitado sus relaciones de cooperación a lo largo de la historia; relaciones que se han ido adaptando y transformando de acuerdo con la evolución del sistema internacional y los cambios en la naturaleza de sus actores. En los dos casos, nos encontramos con actores racionales capaces de identificar las ventajas de la cooperación para la comisión de actos criminales, que causan impacto tanto en las sociedades nacionales que las sufren, como en la sociedad internacional en su conjunto. No siguen indicaciones de ningún gobierno, ni actúan en beneficio de ellos, por lo que

de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, pp. 166-167. Última modificación: 28 de abril de 2015). Véase AUDA, G., «Le crime organisé, une perception variable, un concept polémique», *Cahiers de la Sécurité*, 2009, núm. 7, y LÓPEZ MUÑOZ, J.: «El orden público bajo la amenaza de la criminalidad organizada», *Revista de Derecho de la UNED*, 2013, núm. 13, pp. 233-260.

²² FELSEN, D. y KALAITZIDIS, A., «A Historical Overview of Transnational Crime», en REICHEL, P. (ed.), *Handbook of Transnational Crime and Justice*, Thousand Oaks, SAGE Publications, 2005, pp. 3-19, y BASIOUNI, C. y VETERE, E. (eds.), *Organized Crime. A Compilation of U.N. Documents, 1975-1998*, Nueva York, Transnational Publishers, Inc., 1998

²³ ANDREAS, P. «Transnational Crime and Economic Globalization», en BERDAL, M. R. y SERRANO M. (eds.), *Transnational Organized Crime and International Security: Business as Usual*, Boulder, Lynne Rienner, 2002, pp. 37-52; COCKAYNE, J., *Transnational Organized Crime: Multilateral Responses to a Rising Threat*, International Peace Academy Publications, 2007; RUGGIERO, V., «Transnational Crime: Official and Alternative Fears», *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 28, 2000, núm. 3, pp. 187-199, y «Criminals and Service Providers: Cross-National Dirty Economies», *Crime, Law and Social Change*, vol. 28, 1997, núm. 1, pp. 27-38.

la autonomía e independencia se convierten en sus atributos aunque, en ocasiones, hayan obtenido patrocinio de los Estados. Además, su uso de la violencia física o psicológica los sitúa al margen de los códigos éticos y legales, lo que condiciona sus relaciones con otros actores estatales y no estatales que actúan dentro de la legalidad²⁴. Por ello muchos Estados han tipificado como delito tanto las actividades que desarrollan como la membresía en ambos grupos. Igualmente han sido objeto de tratados internacionales que combaten sus prácticas y también de decisiones de órganos de organizaciones internacionales que, en el caso del terrorismo, han llegado a identificar a grupos y a decretar sanciones contra sus miembros²⁵. De cualquier manera, ambos grupos se adaptan bien a las nuevas circunstancias, tienen capacidad de innovación y representan una amenaza asimétrica compleja para los Estados. En ausencia de las autoridades del Estado pueden ofrecer servicios sociales a la población de los espacios geográficos en los que operan.

12. Thomas Sanderson identifica otro grupo de características de tipo operativo que también contribuyen a la cooperación de ambos ANEV. En primer lugar, necesitan una serie de recursos comunes, como identificaciones falsas, documentos de viajes, redes de transporte, capacidad de reacción y planes de supervivencia²⁶. En segundo lugar, usan la violencia extrema o la amenaza de respuesta violenta, y las actividades criminales que más comparten son los secuestros, los asesinatos y la extorsión²⁷. Por último, los miembros no suelen dejar estas organizaciones, y si lo hacen sufren represalias violentas, aunque, en los últimos estudios de casos, se ha demostrado el traspaso de individuos que actuaban en redes criminales pequeñas a grupos terroristas de ideario islamista y el incremento de la actividad criminal de los miembros de grupos relacionados con Al Qaeda en la zona del Sahel o el EIIL en Siria e Iraq²⁸.

13. También existen diferencias entre ambos ANEV, lo que justifica que tanto Estados como organizaciones internacionales tradicionalmente los traten como amenazas separadas. Según Liz Campbell, el crimen organizado se analiza de manera estructural o sustantiva, al estar motivado por la acumulación de riqueza²⁹. Estas organizaciones se comportan como empresas ilegales y aprovechan las rutas, contactos, recursos humanos e infraestructuras con las que cuentan para incrementar y diversificar el catálogo de productos con los que trafican y su cartera de clientes³⁰. Sus relaciones con las auto-

²⁴ SANDERSON, T. M., «Transnational Terror and Organized Crime: Blurring the Lines», *SAIS Review*, vol. 24, 2004, núm. 1, pp. 53-54.

²⁵ Entre otras, consúltense las Resoluciones 1267 (1999), 1989 (2011), 2161 (2014), 2170 (2014) y 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

²⁶ SANDERSON, T. M., *op. cit.*, nota 24, pp. 52-54.

²⁷ *Ibid.*, pp. 49-61.

²⁸ DISHMAN, Ch., «The Leaderless Nexus: When Crime and Terror Converge», *Studies in Conflict and Terrorism*, 2005, núm. 28, pp. 239 y ss.

²⁹ CAMPBELL, L., *Organized Crime and Law*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

³⁰ WILLIAMS, Ph. y VLASSIS, D. (eds.), *Combating Transnational Crime: Networks, Markets and Hierarchies*, en WILLIAMS, Ph. y VLASSIS, D. (eds.), *Combating Transnational Crime: Concepts, Activities and Responses*, Londres, Frank Cass, 2001, pp. 58 y ss.

ridades se basan en evadirse de su control o controlarlas, y la corrupción de los funcionarios puede favorecer sus actividades criminales, pero ello no significa que intenten manejar el poder con una finalidad política³¹. Por el contrario, los grupos terroristas llevan a cabo actividades violentas por motivaciones ideológicas, políticas o religiosas, que pretenden generar miedo entre la población y causar daños, con el fin de cambiar las decisiones y acciones de los gobiernos³². Llegados a este punto, apoyándonos en los elementos comunes que presentan ambos fenómenos cabría preguntarse cuáles han sido los factores que están contribuyendo a activar procesos de colaboración entre grupos criminales y terroristas, y si estos factores han sufrido cambios en periodos recientes del sistema internacional, afectando a los modelos tradicionales de cooperación.

3. FACTORES DE LA COOPERACIÓN ENTRE GRUPOS DE CRIMINALES ORGANIZADOS Y GRUPOS TERRORISTAS

14. A través de los estudios de caso, la doctrina ha constatado que las relaciones entre grupos terroristas y criminales organizados han experimentado un salto en cuanto a su naturaleza e intensidad con respecto a épocas anteriores, cuando las características que ambos actores compartían ya propiciaban procesos de cooperación. En concreto, una vez revisada la doctrina más relevante sobre esta materia, podríamos identificar tres factores como los más determinantes a la hora de propiciar procesos de cooperación entre el crimen organizado y grupos terroristas: la financiación de los grupos terroristas en la actualidad, la dinámica de descentralización que presentan ambos actores y, por último, los contextos estatales de fragilidad en los que pueden actuar.

3.1. La financiación de los grupos terroristas

15. Aunque la necesidad de los grupos terroristas de financiarse siempre ha existido, en los últimos quince años se han producido una serie de circunstancias que han dificultado que tengan acceso al mismo volumen de recursos. Muchos estudios doctrinales coinciden en señalar la disminución del interés de los Estados por patrocinar a grupos terroristas desde el final de la Guerra Fría, lo que se ha traducido en un avance de la cooperación internacional en contra de la financiación del terrorismo³³. Desde los atentados del 11 de

³¹ CAMPBELL, L., «Organized Crime and National Security: A Dubious Connection?», *New Criminal Law Review*, vol. 17, 2014, núm. 2, pp. 220-251, p. 230.

³² Según Sergei Boeke, Al Qaeda en el Magreb, para conseguir la fundación de un califato en Mali, actuó en colaboración con los narcotraficantes de la región (BOEKE, S., «Al Qaeda in the Islamic Magreb: Terrorism, Insurgency, or Organized Crime?», *Small Wars and Insurgency*, vol. 27, 2016, núm. 5, pp. 914-936).

³³ HINOJOSA MARTÍNEZ, L. M., *La financiación del terrorismo y las Naciones Unidas*, Madrid, Tecnos, 2008; ELDOR, R. y MELNICK, R., «Financial Markets and Terrorism», *European Journal of Political*

septiembre de 2001, contabilizamos más de dieciséis años de aplicación de medidas decretadas en resoluciones del Consejo de Seguridad, nuevos estándares contra la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales a través de las legislaciones nacionales, y medidas adoptadas por organizaciones de carácter privado para contribuir al cumplimiento de las sanciones internacionales y legislaciones nacionales³⁴. La cooperación internacional para frenar a los grupos terroristas de ideología islamista ha golpeado fuerte a las organizaciones no gubernamentales que pudieran compartir el mismo ideario y servir como intermediarios para alimentar su lucha, dificultando las donaciones privadas que nutren a los grupos terroristas, y controlando el origen y los destinatarios del Zakat, el 2,5 por 100 de los ingresos que los musulmanes deben dedicar a la beneficencia. También se han investigado las empresas tapadera utilizadas para blanquear el dinero de origen ilegal y las empresas que utilizan sus beneficios legales para financiar actos de terrorismo. De manera que la auto-financiación se ha convertido necesariamente en la alternativa para estos grupos³⁵.

16. Estas circunstancias han llevado a muchos individuos afiliados a organizaciones terroristas a utilizar su propio patrimonio, recursos financieros, salarios, prestaciones sociales o, incluso, créditos para financiar las actividades de las células a las que pertenecen. Los últimos estudios de casos publicados sobre la financiación de pequeñas células yihadistas establecidas en Europa, que planeaban cometer ataques a pequeña escala, ponen de manifiesto que sus recursos eran escasos y fundamentalmente procedentes de ahorros y salarios de sus miembros, además de lo obtenido en actividades delictivas. El chantaje, la delincuencia común, el fraude de tarjetas de crédito o las pequeñas transacciones de estupefacientes ahora constituyen métodos de financiación de las de pequeñas células terroristas. Sin ir más lejos, el tráfico de drogas fue el principal mecanismo para conseguir los explosivos

Economy, vol. 20, 2004, núm. 2, pp. 367-386; y MASCIANDARO, D. (ed.), *Global Financial Crime: Terrorism, Money Laundering, and Off Shore Centres*, Londres, Ashgate Publishing, 2004.

³⁴ Véase la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad adoptada diecisiete días después de los atentados del 11 de septiembre, el 28 de septiembre de 2001, S/RES/1373(2001) y Financial Action Task Force (FATF), *Terrorist Financing*, 29 de febrero de 2008 (<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/FATF%20Terrorist%20Financing%20Typologies%20Report.pdf>), FATF, *Global Money Laundering and Terrorist Financing Threat Assessment*, julio de 2010 (<http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/globalmoneylaunderingterroristfinancingthreatassessment.html>) y el FATF, *Financing The Terrorist Organization Islamic State in Iraq and The Levant*, 17 febrero de 2015 (<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Financing-of-the-terrorist-organisation-ISIL.pdf>). El 10 de abril de 2002 entró en vigor el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución A/RES/54/109, de 9 de diciembre de 1999, y abierto a la firma el 10 de enero de 2000.

³⁵ El FATF, en octubre de 2005, publicó un informe donde se exploraron los mecanismos de financiación de 22 células terroristas y las actividades financieras de los individuos que formaban parte de las mismas. El estudio puso de manifiesto que la lucha internacional y estatal contra la financiación del terrorismo había llegado a afectar tanto a grupos pequeños/células como a la cúpula de las organizaciones, por lo que la autofinanciación se había convertido en una alternativa por la que los miembros suman pequeños recursos financieros, de manera legal o ilegal, para mantener a la organización (FATF, *Emerging Terrorist Financing Risk*, Paris, FATF, 2015, <http://www.fatf-gafi.org/publications/methodsandtrends/documents/emerging-terrorist-financing-risk.html>).

en los atentados del 11 de marzo en Madrid, y la mayoría de los ataques cometidos en Europa no superaron los 10.000 euros de coste total³⁶. Pero ese tipo de delitos no siempre son suficientes para financiar grandes actividades, ni para mantener una estructura organizativa, por lo que las grandes fuentes de financiación privadas de los grupos terroristas provienen de actividades delictivas de carácter criminal, que pueden desarrollarse en colaboración con criminales organizados.

17. Por tanto, uno de los principales condicionantes de las relaciones entre grupos terroristas y criminales organizados es sin duda la necesidad de financiación de los primeros y las posibilidades que les ofrecen los segundos para obtenerla a cambio de otros beneficios, como son valerse de los conocimientos en estrategias de terrorismo y de la influencia de grupos terroristas sobre la población y facciones políticas y armadas para proteger sus negocios y aumentar sus beneficios. La cooperación entre ambos actores tiene algunos ejemplos a lo largo de la historia, como los documentados lazos entre ETA o el IRA con guerrillas de países de América Latina involucradas en el narcotráfico, como las FARC. En este caso, un grupo insurgente dedicado al narcotráfico cambió recursos financieros por los conocimientos en la lucha armada de un grupo terrorista³⁷.

18. En el caso del llamado terrorismo global, los objetivos políticos-ideológicos afectan a nivel local, regional e internacional, y eso es lo que marca diferencias con respecto a esquemas de cooperación anteriores³⁸. Hoy, organizaciones terroristas con una estricta jerarquía del poder concentrada en una cúpula responsable de los mecanismos de reclutamiento, entrenamiento y objetivos necesitarían encontrar mecanismos de financiación más sofisticados³⁹. Pero las organizaciones terroristas derivadas, afiliadas o dependientes de una organización mayor pueden acceder más fácilmente a fuentes de financiación, legales o no legales, dependiendo de su estructura, objetivos y actividades y, sobre todo, del contexto en el que actúan⁴⁰. Así, el núcleo duro de la organización solo sigue ejerciendo el control ideológico, mientras las

³⁶ Emilie Oftedal llevó a cabo una minuciosa investigación para la que utilizó los datos de las investigaciones de las células yihadistas desmanteladas en Europa para identificar el origen de sus recursos financieros y los costes de sus actividades (OFTEDAL, E., *The Financing of Jihadist Terrorist Cells in Europe*, Forsvarets Forskningsinstitut, Norwegian Defence Establishment, FFI-rapport 2014/02234, 6 de enero de 2015, <http://www.ffi.no/no/Rapporter/14-02234.pdf>).

³⁷ La inteligencia británica afirmó que las FARC habían pagado al IRA más de dos millones de dólares en concepto de entrenamiento militar, manejo de armas y explosivos y técnicas de combate. Otras informaciones de las autoridades italianas apuntan a lazos entre ETA y la Camorra. Esta última surtía de armas pesadas a la organización terrorista a cambio de cocaína y hachís, que previamente la organización había podido conseguir moviendo armas ilegales en América Latina (CURTIS, G. E. y KARACAN, T., *The Nexus Among Terrorists, Narcotics Traffickers, Weapons Proliferators, and Organized Crime Networks in Western Europe*, Federal Research Division, Library of Congress, 2002, https://www.loc.gov/rr/frd/pdf-files/WestEurope_NEXUS.pdf).

³⁸ BYRNE, E., «Nexus of Terror», *Intersec*, vol. 10, 2009, núm. 4, pp. 10-12.

³⁹ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., «Las finanzas del terrorismo de al-Qaida: una lucha desenfocada», *Athena Intelligence Journal*, vol. 2, 2007, núm. 22, pp. 195-212.

⁴⁰ DISHMAN, Ch., *op. cit.*, nota 28, pp. 243-246.

células locales deciden sobre su propia logística y actos y, además, se responsabilizan de su propia financiación⁴¹.

19. Los casos de colaboración criminal más importantes ocurren cuando los grupos terroristas deciden garantizar sus objetivos políticos a través de la ampliación de sus recursos y participan en actividades criminales a gran escala como la red de narcotráfico de derivados del opio en el caso de los Talibanes, el tráfico de combustible por el EIIL o el tráfico de tabaco o los secuestros por parte de Al Qaeda en el Magreb Islámico (AQMI) como se examinará más adelante⁴². A cambio los criminales obtienen seguridad durante el traslado de los bienes con los que trafican y el acceso a las rutas controladas por grupos terroristas y facciones afines. En ese sentido, Chris Dishman ha desarrollado un estudio en el que pone de manifiesto el desarrollo de la red de Hezbollah, que combina una estructura rígida y jerárquica, para evitar infiltraciones de enemigos, con la flexibilidad adecuada para captar el máximo número de miembros, simpatizantes y financiación en los Estados en los que posee presencia⁴³.

20. En definitiva, ante la pérdida del apoyo económico público y el avance del Derecho internacional y las legislaciones nacionales para hacer frente al terrorismo y su financiación, las organizaciones terroristas han buscado financiación de carácter privado, mayormente procedente de actos delictivos. La privatización de los recursos de los grupos terroristas necesita de una dinámica descentralizadora, determinante para la intensificación y transformación de la cooperación con la criminalidad organizada.

3.2. La descentralización de las organizaciones terroristas y los grupos de criminales organizados

21. Los cambios en la naturaleza y en el alcance de los dos procesos básicos que tienen lugar en el sistema internacional, la cooperación y el conflicto, han sido determinantes para la evolución de la funcionalidad, autonomía, objetivos y recursos de los actores de las relaciones internacionales, incluidos los ANEV. Las actividades de los grupos terroristas y grupos de criminales organizados, hasta la década de los ochenta, tenían unos efectos transfronterizos limitados, pero han podido intensificarse gracias a la liberalización del comercio, el libre movimiento de capitales, los avances tecnológicos en materia de comunicación y transmisión de la información, los desplazamientos masivos de poblaciones y el incremento de las desigualdades, como también ha ocurrido con las actividades de otros actores, legales, ya sean públicos o privados⁴⁴.

⁴¹ GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., *op. cit.*, nota 39, p. 196.

⁴² DOWARD, J., «How Cigarettes Smuggling fuels Africa's Islamic Violence», *The Guardian*, 27 de enero de 2013, y WANNENBURG, G., «Links Between Organized Crime and Al Qaeda», *South African Journal of International Affairs*, vol. 10, 2003, núm. 2, pp. 77-90.

⁴³ DISHMAN, Ch., *op. cit.*, nota 28, pp. 237-252.

⁴⁴ JAIME-JIMÉNEZ, O. y CASTRO MORAL, L., «La criminalidad organizada en la Unión Europea», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2010, núm. 91, pp. 173-194, pp. 174-175.

Un ejemplo de ello es el incremento de la actividad criminal en Europa del este desde el final de la Guerra Fría. Gracias a la desregulación de los mercados y los procesos de privatización que han experimentado los Estados de esa región, las redes de criminales han adquirido nuevas oportunidades para expandirse y comercializar con sus «productos» en un mayor número de regiones del planeta⁴⁵. Para Sansó-Rubert, la globalización en su vertiente económica, junto con el vacío represivo de algunos contextos estatales representa una variable trascendental para explicar la proliferación de las organizaciones de criminales⁴⁶.

22. El proceso de globalización ha difuminado las distancias geográficas, y permitido que las organizaciones criminales y terroristas tengan mayores oportunidades para poder acceder e intercambiar información, mejorar sus comunicaciones y movilizar sus recursos⁴⁷. En consecuencia, han podido abandonar las estructuras jerárquicas rígidas que caracterizaban a muchas organizaciones, procediendo a una descentralización a través de redes y de nodos, coloquialmente calificados como «franquicias», que facilitan el contacto con otros actores⁴⁸. Los grupos terroristas han desarrollado la misma lógica que las empresas multinacionales, transformando sus estructuras jerárquicas en redes, dotando a la organización de mayor flexibilidad y capacidad de adaptación a los espacios locales, a pesar de que se mantenga un control fundamentalmente ideológico por parte de la cúpula. Esta circunstancia ha sido beneficiosa para los grupos criminales, que extraen ventajas de las actividades de los grupos terroristas a la hora de desestabilizar las estructuras políticas de los distintos Estados en los que operan, minando las capacidades de sus fuerzas de seguridad⁴⁹. Por tanto, las estructuras terroristas basadas en el centralismo autoritario han dado paso a la creación de células más o menos coordinadas alrededor de las cuales se establecen una serie de lazos débiles con la estructura central⁵⁰. Las actividades de las dis-

⁴⁵ CARTER, D. L., «International Organized Crime. Emerging Trends in Entrepreneurial Crime», en RYAN, P. J. y RUSH, G. (eds.), *Understanding Organized Crime in Global Perspective: a Reader*, Thousand Oaks, Sage Publications, 1995, pp. 135 y ss.

⁴⁶ SANSÓ-RUBERT PASCUAL, D., «Criminalidad organizada y tráfico ilícito de armas ligeras. Repercusiones en el ámbito de la seguridad internacional», *Cuadernos de Estrategia*, 2011, núm. 152, pp. 182-183.

⁴⁷ Según Manuel Castells: «La globalización no es fenómeno de internacionalización. En sentido estricto es el proceso resultante de la capacidad de ciertas actividades de funcionar como unidad en tiempo real a escala planetaria. Es un fenómeno nuevo porque solo en las dos últimas décadas del siglo XX se ha constituido un sistema tecnológico de sistemas de información, telecomunicación y transporte, que ha articulado todo el planeta en una red de flujos, en las que confluyen las funciones y unidades estratégicamente dominantes de todos los ámbitos de la actividad humana» (CASTELLS, M., «Globalización, Estado y sociedad civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos», *ISEGORIA*, 2000, núm. 22, pp. 6-7).

⁴⁸ CASTELLS, M. (ed.), *La sociedad red: una visión global*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

⁴⁹ JAMIESON, A., «Transnational Organized Crime: A European Perspective», *Studies in Conflict and Terrorism*, vol. 24, 2001, núm. 5, pp. 377-387, p. 394; EVANS, R., «Organized Crime and Terrorist Financing in Northern Ireland», *Jane's Intelligence Review*, 2002, y «Basque Fatherland and Liberty, Euskadi Ta Askatasuna (ETA)», *FA Intelligence Resource Program*, 2002 (<http://www.cfr.org/separatist-terrorism/basque-fatherland-liberty-eta-spain-separatists-euskadi-ta-askatasuna/p9271>).

⁵⁰ REINARES, F., *Terrorismo Global*, Madrid, Taurus, 2003, pp. 90 y ss., y MARTINI, A., *op. cit.*, nota 10, pp. 79-95.

tintas células se reconocen porque se establecen dentro de una misma lógica y programa ideológico que les otorga una identidad propia⁵¹. De hecho, los ataques perpetrados por pequeños grupos parecen obedecer a la estrategia de la organización, a pesar de que se traten de actos aislados desarrollados, incluso, por individuos solitarios⁵².

23. Las características clásicas del crimen organizado han sido la especialización, la jerarquía y los negocios ilegales⁵³. Pero, en los últimos tiempos, han proliferado los pequeños negocios, el llamado «crimen desorganizado», producto de acuerdos breves y esporádicos entre pequeños grupos o alianzas efímeras derivadas de la pérdida de jerarquía. Estas estructuras descentralizadas, con múltiples líderes, toman decisiones y desarrollan operaciones con mayor autonomía; pero siguen conviviendo con organizaciones tradicionales de grandes dimensiones y conexiones internacionales (Camorra o la mafia siciliana) u organizaciones formadas por individuos vinculados por su origen nacional (mafias china, albanesa, rumana, etc.)⁵⁴. En las estructuras horizontales de criminales, los líderes no tienen autoridad sobre el conjunto de la organización, pero sí son capaces de establecer lazos a nivel internacional, cooperando o haciendo alianzas con otros actores violentos que se encuentran en distintas regiones del planeta, adquiriendo la denominación de crimen global o de la globalización del crimen organizado⁵⁵.

24. Los criminales organizados, independientemente de su estructura, llevan a cabo actividades ilegales como el robo, fraude, asesinatos contratados, el tráfico de armas, drogas, productos de lujo o seres humanos, pero no buscan apoderarse del Estado, declarar la guerra al Estado o derrocar al gobierno⁵⁶. Sin embargo, para mantener sus actividades y mejorar sus beneficios, normalmente intentan influenciar a las instituciones de gobierno, y para ello las alianzas con grupos terroristas resultan más fáciles y ventajosas. En

⁵¹ McDONALD, K., *Our Violent World. Terrorism in Society*, Londres, Palgrave Macmillan, 2013, pp. 168-180.

⁵² WEIMANN, G., «Lone Wolves in Cyberspace», *Journal of Terrorism Research*, vol. 3, 2012, núm. 2, pp. 91-100, y PANTUCCI, R., *A Typology of Lone Wolves: Preliminary Analysis of Lone Islamist Terrorists*, Londres, International Centre for the Study of Radicalisation and Political Violence, 2011.

⁵³ VARESE, F., *Organized Crime: Critical Concepts in Criminology*, Londres, Routledge, 2010.

⁵⁴ Alison Jamieson analiza la cooperación entre distintos grupos de criminales organizados a nivel mundial, identificando una clara evolución en estas relaciones, especialmente a medida que estos grupos se insertan en la dinámica de la globalización. En su análisis identifica colaboraciones entre grupos de criminales que pertenecen a la misma etnia pero que operan en países distintos, como las comunidades chinas de los cinco continentes. Otro modelo más avanzado es el modelo de grupo étnico comprador y grupo étnico vendedor como son las relaciones entre los cárteles de Colombia o México con asociaciones mafiosas de los países en los que se vende la droga. Estos acuerdos pueden ser puntuales o permanentes (JAMIESON, A., *Cooperation Between Organized Crime Groups Around the World*, Viena, Jahrbuch für internationale Sicherheitspolitik, Bureau for Military Scientific Studies, Federal Ministry of Defense, 1998).

⁵⁵ LINARES HAMANN, J. E., «Redes criminales transnacionales: Principal amenaza para la seguridad internacional en la posguerra fría», *Revista Criminalidad*, vol. 50, 2008, núm. 1, pp. 1-9.

⁵⁶ Es cierto que en el contexto concreto de los narco-Estados de América Latina, como Colombia o Guatemala, los criminales organizados en determinados momentos han llegado a declarar la guerra al Estado para poder conseguir sus objetivos, forzando a las autoridades a adoptar decisiones que les dotaban de mayor impunidad.

definitiva, la descentralización les ha proporcionado mayor flexibilidad a la hora de buscar sus aliados y diseñar sus relaciones de cooperación, pudiendo así abarcar mayor número de espacios y conseguir más beneficios. La descentralización no impide que sus actividades ilegales y violentas sigan teniendo un impacto global, a la vez que reduce los costes y los riesgos que conllevan las actuaciones por parte de estructuras organizativas grandes, que suelen atraer la atención internacional y ser objeto de medidas sancionadoras.

3.3. Estados frágiles y cambios en la conflictividad armada

25. Los cambios en la dinámica global de conflictos, consecuencia de la reducción drástica de las guerras interestatales y el incremento paralelo de los conflictos armados internos ha dejado a los Estados sin el monopolio del uso masivo de la violencia⁵⁷. Este vacío ha propiciado la participación de nuevos actores, incluidos los ANEV⁵⁸. Especialmente, son las organizaciones de criminales y los grupos terroristas los que han ganado mayores espacios en contextos de desigualdades socio-económicas y políticas, gestionados por gobiernos incapaces de garantizar derechos, servicios públicos y seguridad⁵⁹.

26. En efecto, Estados frágiles que presentan serios déficit en materia de gobernanza, legitimidad y control de sus fronteras constituyen un espacio privilegiado para el desarrollo de las relaciones entre ANEV⁶⁰. Los niveles de fragilidad de los Estados pueden variar. Podemos encontrarnos con situaciones de debilidad de las instituciones, pero que todavía son capaces de desarrollar las funciones de seguridad del Estado, aunque no proveen de los servicios necesarios a la población, lo que desemboca en una crisis de legitimidad. En este caso, el crimen organizado suele llegar a tener acceso a una economía legítima, incluso al aparato político, generando una situación de simbiosis, especialmente en contextos de desregulación económica, donde las élites políticas y económicas empiezan a actuar de manera ilegal y los grupos disidentes llegan a utilizar la violencia cometiendo actos de terrorismo

⁵⁷ TREVERTON, G. F., MATTHIES, C., CUNNINGHAM, K. J., GOULKA, J., RIDGEWAY, G. y WONG, A., *Film Piracy, Organized Crime and Terrorism*, Santa Mónica, RAND Cooperation, 2009.

⁵⁸ Josep Ibáñez y Constanza Sánchez han desarrollado un profundo análisis sobre la transformación de los patrones de conflictividad armada y la expansión de la criminalidad transnacional organizada, en el que también se señala a la globalización como factor explicativo de auge de este actor no estatal violento, y propone una serie de categorías que explican el grado de relación e influencia mutua entre conflictividad armada y crimen organizado, que después se ilustran con estudios de caso [IBÁÑEZ MUÑOZ, J. y SÁNCHEZ AVILÉS, C. (dirs.), *Mercados ilegales y violencia armada*, Madrid, Tecnos, 2015].

⁵⁹ FERREIRA, O. R., «Violent Mexico: Participatory and Multipolar Violence Associated with Organized Crime», *International Journal of Conflict and Violence*, vol. 10, 2016, núm. 1, pp. 40-60; MAZZITELLI, A. L., «Transnational Organized Crime in West Africa: The Additional Challenge», *International Affairs*, vol. 83, 2007, núm. 6, pp. 1071-1090, y WANG, P., «The Rise of the Red Mafia in China: A case Study of Organized Crime and Corruption in Chongqing», *Trends in Organized Crime*, vol. 16, 2013, núm. 1, pp. 49-73.

⁶⁰ BUZAN, B., *People, States and Fear*, Boulder, Lynne Rienner, 2008, pp. 83-89, y CASANOVA, O., «Los Estados fracasados», en GARCÍA SEGURA, C. y RODRIGO, A. (eds.), *La seguridad compartida. Nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados*, Madrid, Tecnos, 2008, pp. 83-89.

reivindicando un determinado cambio en el modelo de Estado y de gobierno⁶¹. Pero, podemos encontrarnos con Estados frágiles incapaces de garantizar la seguridad de la población, desprovistos del monopolio de la fuerza y el control de los recursos, al menos en parte del territorio, por lo que otros actores asumen esas funciones, especialmente ANEV. Las situaciones más extremas son las que padecen los Estados completamente fallidos o en descomposición, en los que el gobierno carece de recursos, capacidades, poder y ha dejado de ejercer sus competencias soberanas sobre población y territorio⁶².

27. En los Estados fallidos, en los últimos años, se han detectado mayor intensidad y variedad de relaciones entre grupos de criminales organizados y grupos de terroristas, especialmente después de luchas internas sangrientas e invasiones sucedidas de actores insurgentes que utilizan estrategias terroristas⁶³. En estos contextos, los grupos terroristas intentan convertirse en fuerzas integradas de las nuevas estructuras de gobierno, y la criminalidad organizada desea que las estructuras de gobierno que se diseñen les permitan mantener y mejorar sus actividades⁶⁴.

28. Por tanto, nos encontramos en una nueva etapa de cooperación, especialmente ligada a las situaciones de conflicto interno y de post-conflicto en Estados frágiles, en los que grupos terroristas y criminales no tienen estrategias a gran escala ni a largo plazo, pero sí necesitan la continuidad de la fragilidad del Estado y la prolongación de la violencia para garantizar su cooperación y perseguir beneficios mutuos en un contexto de impunidad. Desde ese momento, desorden y violencia dentro de las fronteras son sus mejores aliados⁶⁵. Las actividades de grupos criminales proveen a los terroristas de armas y dinero para pagar a sus combatientes⁶⁶. Mientras que los grupos terroristas de ideología islamista violenta pretenden cambios en el *statu quo* de la organización política y en las normas que organizan la vida social, económica, cultural y familiar de la población, la criminalidad organizada, en

⁶¹ En el caso de la violencia política, entendida por Cesare Beccaria y Jeremy Bentham como una fractura en el contrato social que une a los ciudadanos y a las autoridades, normalmente el surgimiento está relacionado con Estados en los que han existido fuertes dosis de violencia institucional (tortura, penas de muertes, asesinatos y otras formas de desarrollo de la violencia), como ocurría en el régimen de Gadafi, normalmente provoca violencia política por parte de actores no estatales (BECCARIA, C., *Dei delitti e delle pene*, Turín, UTET, 1965, y BENTHAM, J. A., *Fragment of Government. With an Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Basil, Blackwell, 1967).

⁶² DI JOHN, J., «Conceptualizing the Causes and Consequences of Failed States: A Critical Review of the Literature», *Revista de Estudios Sociales*, 2010, núm. 37, pp. 46-86.

⁶³ Por ejemplo, se calcula que un tercio de los miembros del EIIL pertenecían a la inteligencia y a los servicios secretos de Sadam Husein y han respondido de esa manera a la invasión de su país. De hecho, el EIIL ha promovido docenas de motines carcelarios y liberado a miles de veteranos de guerras y militares que se han unido a sus filas (LYNCH, M., *The New Arab Wars: Uprising and Anarchy in the Middle East*, Nueva York, Public Affairs, 2015, y GERGES, F. A., *ISIS: A History*, Princenton, Princenton University Press, 2015).

⁶⁴ SCHNEKENER, U., *op. cit.*, nota 1, pp. 29-37.

⁶⁵ SHELLEY, L., «The Unholy Trinity: Transnational Crime, Corruption, and Terrorism», *The Brown Journal of World Affairs*, vol. 11, 2005, núm. 2, pp. 101-111.

⁶⁶ También la mafia italiana y la japonesa se beneficiaron enormemente de las situaciones de post-conflictos en sus respectivos países después de la Segunda Guerra Mundial (*ibid.*, p. 104).

principio, no tiene aspiraciones territoriales ni de gobierno, y sí pretende defender sus propios intereses e instigar a las autoridades para que mantengan la situación que asegure y consolide su posición.

29. Otros casos bien distintos, como los que señala Esteban Arratia, son los de algunos Estados de Latinoamérica, donde los criminales organizados han pasado de ser empresarios violentos concentrados en la competencia por mercados ilícitos a una especie de «insurgencia criminal», cuyo principal objetivo consiste en ganar autonomía mediante el ahuecamiento o vaciamiento del Estado y la creación de enclaves criminales para asegurar amplios márgenes de maniobra en el desarrollo de sus actividades ilícitas, y no necesitan alianzas con grupos terroristas porque ellos mismos son capaces de desarrollar estrategias de terror⁶⁷. Además, están dispuestos a enfrentarse con los gobiernos si resulta necesario y han desarrollado verdaderos ejércitos capaces de hacer frente a las fuerzas militares gubernamentales. Llegan a moldear una nueva relación con la ciudadanía, derivada de una disminución de la legitimidad, funcionalidad y credibilidad del gobierno. En algunos casos, la insurgencia criminal es capaz de proveer a los ciudadanos de los servicios y la seguridad que no les proporcionaba el Estado, estableciendo un «Estado embrión del terror», con una nueva estructura económica en torno al conflicto y una relación con la población basada en el miedo y el agradecimiento, lo que le permite llevar a cabo sus actividades delictivas con un menor rechazo⁶⁸. Así, estos grupos acumulan un importante capital político que les brinda la oportunidad de competir con la autoridad estatal⁶⁹.

30. En definitiva, frente a la lucha emprendida por Estados y organizaciones internacionales contra el terrorismo y el crimen organizado, la globalización económica y tecnológica ofrece a estos grupos oportunidades para obtener alternativas de financiación, transformar sus estructuras jerárquicas en fórmulas más descentralizadas y flexibles, que les permitan abarcar mayores espacios, incrementar sus actividades y capacidades de alcanzar sus objetivos. Ello, unido a las posibilidades que les brindan los llamados Estados frágiles o fallidos, les permite ocupar espacios de poder sobre el territorio y la población donde los gobiernos y sus instituciones han dejado de ejercerlos o, incluso, han desaparecido. También propician un nuevo contexto para el nacimiento de un entramado de relaciones que profundizan en las que hasta la fecha han sido estudiadas. Por tanto, los Estados con una situación de fra-

⁶⁷ ARRATIA SANDOVAL, E., «¿Insurgencia criminal? La cambiante naturaleza del crimen organizado transnacional en México y Centroamérica», *Estudios de Seguridad y Defensa*, 2015, núm. 5, pp. 39-76, p. 42.

⁶⁸ Sobre el nacimiento del «Estado embrión del terror» en contexto de guerra y violencia estructural, véase NAPOLÉONI, L., «El nacimiento del Estado embrión del terror», en *Yihad. Cómo se financia el terrorismo en la nueva economía*, Barcelona, Tendencias, 2004, pp. 129-152. Este ha sido el caso de los cárteles en algunas zonas de México, véase BUNKER, R., «Introduction: The Mexican Cartels-Organized Crime vs. Criminal Insurgency», *Trends in Organized Crime*, vol. 16, 2013, núm. 2, pp. 131 y ss.

⁶⁹ Así lo ponía de manifiesto el secretario general de Naciones Unidas en su *Informe sobre la Misión de Apoyo a las Naciones Unidas en Libia* de 16 de mayo de 2016, cuando se refería a los reglamentos, el pago de impuestos y el programa educativo religioso en las zonas de Sirte y Sabri (S/2016/452, pp. 5-9).

gilidad, ya sean Estados inestables, débiles, fallidos o en descomposición, no solo suponen un peligro para su gobernanza interna, también lo son para la gobernanza regional y global⁷⁰.

4. MODELOS DE COOPERACIÓN ENTRE CRIMEN ORGANIZADO Y GRUPOS TERRORISTAS

31. El terrorismo y la delincuencia organizada transnacional, según puso de manifiesto el secretario general de Naciones Unidas, son fenómenos distintos en cuanto a su forma de actuar y objetivos pero, en los últimos quince años, se vienen detectando cada vez más interacciones entre ambos que afectan a la paz y a la seguridad internacionales⁷¹. La obtención de información sobre la cooperación entre el crimen organizado y grupos terroristas es difícil, y son escasos los ejemplos que pueden documentarla. Además, no en todos los contextos geográficos se constatan relaciones entre grupos terroristas y organizaciones de criminales organizados, bien porque alguno o ninguno de estos dos fenómenos tiene una incidencia significativa o porque, simplemente, alguno de estos grupos no actúa con alcance internacional, y por tanto, no pueden identificarse modelos de relación claros.

32. El concepto de conexión (nexus) entre terrorismo y crimen organizado recobra fuerza a principios de los años noventa, después de la desmembración de la Unión Soviética, la entrada de China en la economía de mercado y la multiplicación de Estados frágiles y los ANEV adaptasen su *modus operandi* al nuevo contexto geopolítico. Los primeros tipos de colaboración documentados tenían una naturaleza logística y consistían en intercambios puntuales de bienes, como drogas, dinero, armas, explosivos o instrucción según las necesidades de ambas organizaciones. Pero, la posguerra fría ha llevado a los grupos criminales y terroristas a cambiar muchos de sus enfoques operativos y, en ocasiones, más que una cooperación se han identificado actuaciones de imitación y convergencia por razones tácticas. Organizaciones criminales han utilizado técnicas de insurgencia/terrorista como herramienta operativa mientras que los terroristas/insurgentes llevaban a cabo actuaciones criminales para financiar su causa. Un ejemplo de ello es el de los criminales que intimidan a las sociedades y a los ciudadanos a través del terror para conseguir fines políticos, como el asesinato del Juez Giovanni Falcone por la mafia italiana en los noventa, o los actos de terrorismo cometidos por narcotraficantes colombianos, como los del grupo dirigido por Pablo Escobar⁷². En la región de los Balcanes, los grupos criminales se hicieron fuertes a raíz de las relaciones que entablaron con las facciones durante el conflicto armado, generando una economía de guerra que continuó después

⁷⁰ SCHNECKENER, U., *op. cit.*, nota 1, p. 23.

⁷¹ Informe del Secretario General sobre la amenaza de los terroristas que se benefician de la delincuencia organizada transnacional, de 21 de mayo de 2015 (S/2915/336), p. 1.

⁷² SANDERSON, Th., *op. cit.*, nota 26, pp. 49-61.

del proceso de paz⁷³. Los esfuerzos por terminar con esas relaciones dieron lugar a ataques terroristas contra las instituciones y sus representantes, como el atentado contra el antiguo Primer Ministro serbio Zoran Djindjic⁷⁴.

33. Ahora bien, algunos grupos terroristas han comenzado colaborando con organizaciones criminales por razones logísticas y, posteriormente, han intercambiado sus tácticas por necesidades financieras o afán de lucro, escondidas entre objetivos y retórica política, permitiéndoles así desarrollar actividades delictivas sin perder el apoyo de simpatizantes y seguidores. Y, en situaciones de conflicto prolongado, abandonan su agenda política para convertirse en criminales de manera más constante y recurrente, reemplazando su motivación político-religiosa por una motivación económica. El líder de AQMI, Mokhtar Bellmokhtar, se ha ganado el apodo «el Marlboro» por su intensa participación en el tráfico de cigarrillos en la región. Al-Nusra, en Siria, ha focalizado buena parte de sus energías en actividades delictivas, a costa del capital político acumulado en la defensa de su causa. Y el grupo yihadista filipino Abu Sayyaf, fiel al EIIL, ha pasado fundamentalmente a lucrarse de actividades criminales⁷⁵. De la misma manera, los grupos de criminales organizados, por razones logísticas acuerdan intercambiar bienes o servicios con grupos de terroristas y, también, han utilizado tácticas de terrorismo cuando han querido intimidar al gobierno o la población para seguir manteniendo sus beneficios.

34. La evolución del crimen organizado y la insurgencia terrorista ha intensificado los tipos de relaciones que puede llegar a establecerse entre ambos grupos, a pesar de que la insurgencia terrorista tenga un programa político y carezca de objetivos lucrativos, y solo participe en actividades criminales por necesidades logísticas a diferencia de los criminales organizados⁷⁶. Tamara Makarenko ha identificado siete tipos de relaciones que denomina el *continuum crimen-terror* y pone de manifiesto que el crimen organizado puede necesitar desarrollar alianzas con grupos terroristas, o incluso utilizar tácticas terroristas con fines operacionales. Igualmente, los grupos terroristas pueden desarrollar alianzas ocasionales con grupos criminales y/o llevar a cabo actividades criminales con fines operativos. Por razones de carácter logístico, Al Qaeda buscó la colaboración de grupos de criminales kosovares o mafias rusas, y los traficantes de cocaína del Sahel pagan a grupos terroristas para atravesar sus territorios y obtener protección. También se dan los casos

⁷³ DJURDJEVIC-LUKIC, S. y DIMITRIJEVIC, V., «Human Security and Peace-Building in the Western Balkans», en BENEDEK, W., DAASE, Ch., DIMITRIJEVIC, V. y VAN DUYN, P. (eds.), *Transnational Terrorism, Organized Crime and Peace-Building*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010, pp. 17-37.

⁷⁴ BENEDEK, W., «The Human Security Approach to Terrorism and Organized Crime in Post-Conflict Situations», en BENEDEK, W., DAASE, Ch., DIMITRIJEVIC, V. y VAN DUYN, P. (eds.), *Transnational Terrorism, Organized Crime and Peace-Building*, op. cit., pp. 3-16.

⁷⁵ DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., «¿Hasta qué punto convergen el terrorismo global y la criminalizada organizada?: Parámetros generales y escenarios críticos», *Revista Electrónica del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013, pp. 4-5 (<http://revista.ieee.es/index.php/ieee/article/view/41>).

⁷⁶ MAKARENKO, T., «The Crime-Terror Continuum: Tracing the Interplay between Transnational Organized Crime and Terrorism», *Global Crime*, vol. 6, 2004, núm. 1, pp. 129-145.

de la contratación de servicios criminales por parte de grupos terroristas para perpetrar secuestros⁷⁷.

35. Sin embargo, en ese *continuum* también se dan otros escenarios en los que la relación se hace más fuerte. Se trata de situaciones en las que los grupos terroristas cometen delitos con fines políticos o llevan a cabo una especie de terrorismo comercial. Este escenario es una especie de agujero negro en el que la naturaleza de ambos actores se diluye⁷⁸. Cuando las células de grupos terroristas empiezan a desarrollar y a perseguir sus propias agendas, las necesidades de cooperación con el crimen organizado aumentan y pueden conducir a una hibridación de naturaleza difícil de identificar debido a la autonomía de objetivos, financiación y actuación de estas células. Por tanto, la falta de jerarquía favorece la hibridación entre perfiles medio-bajo de criminales y terroristas que pueden tener lazos familiares, de amistad o, incluso, religiosos o culturales.

36. En este sentido resulta difícil diferenciar los fines políticos o criminales en algunos casos, como los casos del EIIL en Siria, los Talibanes en Afganistán y Al Shabbaab en Somalia⁷⁹. En la misma línea, Matthew Levitt señala que Hezbolá es hoy en día uno de los mayores exportadores de drogas desde América Latina a Europa, así como una de las mayores organizaciones de lavado de dinero del mundo⁸⁰. Este modelo de hibridación necesita un contexto determinado para poder hacerse más intenso, y si los Estados frágiles han alcanzado la consideración de fallidos parece ser el más adecuado. La falta de instituciones que controlen el territorio y la población hacen que los grupos criminales se apoderen del funcionamiento económico del Estado y las organizaciones terroristas ofrezcan alternativas de gobierno sobre la base de los principios fundamentales en los que se sustenta el ideario político-religioso que promueven. Esta es una relación simbiótica hasta que los modos de actuación y los objetivos generales de ambos grupos se fusionan y se hibridan⁸¹.

37. Louise Shelley y John Picarelli también creen que las relaciones entre ambos tipos de organizaciones se están volviendo cada vez más complejas y que las líneas que diferencian a un tipo de organizaciones de las de otro tipo son cada vez más difusas, porque tanto criminales como terroristas están co-

⁷⁷ Así lo señala el Informe del secretario general sobre la amenaza de los terroristas que se benefician de la delincuencia organizada transnacional, *doc. cit.*, nota 71, pp. 4-5.

⁷⁸ MAKARENKO, T., *op cit.*, nota 76, p. 138.

⁷⁹ La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) calcula que, a nivel mundial, circulan entre 460-480 toneladas de heroína, de las cuales 380 se producen a través del opio afgano y que, en 2009, los talibanes afganos ganaron unos 155 millones de dólares gracias al comercio de opiáceos (Informe del secretario general sobre la amenaza de los terroristas, *doc. cit.*, nota 71, pp. 6-9).

⁸⁰ LEVITT, M., «Hezbollah: Financing Terror through Criminal and Enterprise», *Testimony before the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs*, US Senate, vol. 25, 2005.

⁸¹ Peter Lupsha identifica modelos de crimen organizado predatorio protagonizados por bandas que quieren ampliar su territorio y negocios en Estados que mantienen el monopolio de la fuerza. Un modelo de carácter parasitario en el que el crimen organizado corrompe a algunos sectores y personas del Estado, y este se pone al servicio de la delincuencia como es el caso de los narcoestados (LUPSHA, P. A., «Transnational Organized Crime versus the Nation-State», *Transnational Organized Crime*, vol. 2, 1996, núm. 1, pp. 21-48).

menzado a trabajar juntos hacia sistemas híbridos debido a la convergencia organizativa en modelos más descentralizados⁸². De hecho, la dinámica de cambio y transformación de ambos actores y de sus relaciones debería ser objeto principal de atención, sobre todo teniendo en cuenta que ambos comparten información y tácticas operativas⁸³.

38. Un ejemplo muy significativo de esa tipología de cooperación es el de la región del Trans-Sahara, donde el contrabando siempre ha sido una actividad muy amplia desarrollada por las comunidades libias fronterizas bajo el consentimiento y control informal del gobierno de Gadafi. Sin embargo, desde la caída del régimen, el volumen de contrabando de cigarrillos, drogas, armas y personas migrantes han incrementado de manera exponencial. Como señala *The Global Initiative Against Transnational Organized Crime*, en su informe sobre el crecimiento de la economía criminal y la financiación del terrorismo en la región del Sahara, el incremento del flujo de dinero en la región se debe al contrabando que pasa por el Sahel hasta el norte de África⁸⁴. Gracias a la protección de los grupos terroristas que controlan zonas de Libia y del Sahel y se lucran con su participación en el negocio, como son Ansar-Eddine, Boko Haram y Ansar-al Sharia, las organizaciones criminales se han hecho con las actividades ilícitas en Mali, Nigeria y Libia, colaborando con milicias tribales o clanes.

39. El informe del *United States Institute of Peace*, sobre la base de la información recogida de 200 entrevistas desarrolladas a través de un trabajo de campo por todo el territorio libio, también pone de manifiesto una situación de cooperación entre grupos terroristas y criminales organizados para el desarrollo de un tráfico interconectado de inmigrantes, armas, drogas y otros objetos susceptibles de contrabando⁸⁵. Esta cooperación ha creado una especie de industria de «protección criminal» por parte de grupos armados, en su mayor parte calificados como terroristas, que ha sacado el mejor partido a la situación de transición que vive Libia, instaurando un modelo de gobernanza gracias a la colaboración con los criminales organizados y otros actores armados a lo largo de toda la zona trans-sahariana, que logran hacer llegar los productos y las personas con las que trafican a la costa libia y a las zonas fronterizas⁸⁶.

⁸² Estas conclusiones han sido obtenidas de la investigación realizada por ambos autores sobre la triple frontera entre Paraguay, Brasil y Argentina y la convergencia entre grupos terroristas y criminales en Oriente Medio que comparten el interés por atacar objetivos israelíes (SHELLEY, L. I. y PICARELLI, J. T., «Methods and Motives: Exploring Links between Transnational Organized Crime and International Terrorism», *Trends in Organized Crime*, vol. 9, 2005, núm. 2, pp. 52-67).

⁸³ STOHL, M., «Networks, Terrorists and Criminal: The Implications for Community Policing», *Crime Law Soc. Change*, vol. 50, 2008, núms. 1-2, pp. 59-72.

⁸⁴ *Libya: A Growing Hub for Criminal Economies and Terrorist Financing in The Trans-Sahara, Policy Brief*, The Global Initiative Against Transnational Organized Crime, 11 de mayo de 2015 (<http://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2015/05/2015-1.pdf>).

⁸⁵ SHAW, M. y MANGAN, F., *Illicit Trafficking and Libya's Transition. Profits and Losses*, Peaceworks, United States Institute of Peace, 2014 (<https://www.usip.org/sites/default/files/PW96-Illicit-Trafficking-and-Libya-Transition.pdf>).

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 4-14.

40. El negocio no solo incluye drogas y el armamento que poseía el régimen de Gadafi, cuya venta ha generado grandes beneficios y ha alimentado conflictos en Estados vecinos, la actividad más lucrativa es el tráfico de personas migrantes a lo largo de la costa del norte de África, que alcanza un valor de entre 255 a 323 millones de dólares anuales solo para Libia, del total del negocio «trans-sahariano». La agencia europea FRONTEX calcula que un 60 por 100 de los emigrantes que cruzan ilegalmente el Mediterráneo lo hacen a través de Libia⁸⁷. De hecho, muchas tribus nómadas, como los Tuareg o los Tebu, colaboran con el crimen organizado en el tráfico ilegal de emigrantes africanos hasta llegar a territorio tunecino o libio y, en esas rutas, los grupos terroristas siguen teniendo un gran control y participan de los beneficios. AQMI controla buena parte de las actividades ilícitas en el Sahel, pero el grupo libio Al-Mourabitun, liderado por Mokhatr Belmokhtar, controla buena parte del tráfico de cigarrillos de África y ahora, también, el de cocaína. En los últimos años la ruta de la cocaína procedente de Colombia ha cambiado y se introduce a través de Guinea-Bisau al resto de África y a Europa, y se calcula que genera unos beneficios de entre 10 y 20 millones de dólares anuales solo para los grupos que participan en la zona del Sahel, Argelia y Libia⁸⁸.

41. Es evidente que este tipo de colaboración es la más cercana al modelo de hibridación comentado anteriormente, ya que independientemente de los objetivos que criminales organizados o grupos terroristas esgriman para justificar su existencia e identidad, los criminales logran incrementar sus actividades gracias al control que los terroristas ejercen sobre la población y el territorio a través del terror. Y los grupos terroristas garantizan su existencia, su actividades e, incluso, la aceptación de la población, utilizando los beneficios obtenidos de la actividad criminal. Además, los perfiles de los individuos que componen ambos grupos son muy similares, incluso los grupos criminales reclutan a individuos que pasan a formar parte de las filas de grupos terroristas y, a su vez, estos participan en la protección y de las actividades criminales. En este sentido, las características de la membresía ayudan aún más a que se produzca el modelo de hibridación.

42. El análisis realizado, en 2016, por el *International Centre for The Study of Radicalization and Political Violence* pone de manifiesto que la convergencia entre estas organizaciones no es la única, los individuos cada vez tienen un perfil más híbrido y pueden ser miembros de ambos tipos de organizaciones. En concreto, el estudio se basa en el análisis de los antecedentes penales como criminales comunes que poseen la mayor parte de los yihadistas europeos. De los 79 perfiles de individuos estudiados, 45 ya habían sido encarcelados por delitos comunes, que no superaban los diez años de prisión, antes de haber sufrido un proceso de radicalización y entrar en una organi-

⁸⁷ European Border and Coast Board, Risk Analysis 2017 (http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf).

⁸⁸ En el marco del *Instrumento de Estabilidad y el Plan de Acción Global de la UE en la Lucha contra el tráfico de la ruta de la cocaína* se han identificado nuevos mercados, rutas y alianzas entre los grupos del crimen organizado de América, Europa y África (<https://cocaineroute.eu/>).

zación terrorista⁸⁹. El fenómeno de criminales que se convierten en terroristas no es actual, pero sí parece haberse incrementado, porque la narrativa yihadista ofrece a los delincuentes la posibilidad de redención, al tiempo que pueden seguir desarrollando actividades criminales bajo una legitimación religiosa. Los criminales que pasan a las filas de grupos terroristas ofrecen conocimientos sobre el acceso a armas, capacidades logísticas y operativas y familiaridad con el uso de la violencia, lo que redundará en mayores posibilidades de conseguir fondos para la financiación de la organización terrorista⁹⁰.

43. Independientemente de cuál sea la tipología de relación que pueda establecerse entre ambos ANEV, lo cierto es que el origen de estas relaciones consiste en que el terrorismo es capaz de asumir la necesidad de perpetrar actividades de carácter delictivo y eso facilita el que puedan desarrollar una colaboración, a pesar de que se asuma que la diferencia entre ambos actores consiste en la naturaleza económica de los objetivos del crimen organizado y en la naturaleza político-religiosa de los objetivos de los grupos terroristas⁹¹.

5. CONCLUSIONES

44. La evolución del sistema internacional ha facilitado la participación de actores no estatales en los distintos ámbitos de las relaciones internacionales, incluidos los ANEV. Los grupos de terroristas y criminales organizados también han conseguido espacios en los procesos de cooperación y conflicto. Análisis doctrinales, estudios de casos y manifestaciones de distintas organizaciones y agencias internacionales y nacionales alertan sobre un cambio en la naturaleza de las relaciones de cooperación entre grupos terroristas y criminales organizados, que potencian los peligros que de por sí ambos fenómenos suponen para la seguridad estatal, regional e internacional.

45. La falta de consenso a la hora de definir el terrorismo o la criminalidad organizada no supone un obstáculo para analizar la evolución de los modelos organizativos y de cooperación de estos grupos, si nos centramos en sus estrategias y acciones. A pesar de las diferencias que presentan en cuanto a los objetivos que persiguen en el plano internacional, comparten una serie de características, especialmente en los ámbitos orgánico y funcional, que potencian la profundización de sus relaciones, máxime si intervienen una serie de condicionantes que se han presentado en los últimos lustros.

46. El éxito de la lucha contra la financiación del terrorismo ha llevado a los grupos terroristas a buscar fuentes alternativas de financiación, y las alianzas con grupos de criminales organizados resultan muy ventajosas a la hora de conseguir recursos de actividades delictivas. Esta vía de financiación ha sido

⁸⁹ BASRA, R., NEUMANN, P. y BRUNNER, C., *Criminal Pasts, Terrorist Futures: European Jihadists and the New Crime-Terror Nexus*, Londres, ICSR King's College, 2016 (<http://www.icsr.info>), pp. 3-7.

⁹⁰ *Ibid.*, pp. 23-33.

⁹¹ MAKARENKO, T., *op. cit.*, nota 76, pp. 140 y ss., y VON LAMPE, T., *Organized Crime. Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures and Extra-Legal Governance*, Thousand Oaks, Sage, 2016, p. 203.

especialmente utilizada por los grupos pequeños o células dependientes de organizaciones mayores que participan en el denominado terrorismo global.

47. La mundialización de las comunicaciones y el intercambio de información facilitan los procesos de descentralización que han experimentado ambos actores violentos. Los grupos pequeños poseen mayores facilidades para establecer contactos horizontales y mayor flexibilidad para emprender procesos de cooperación, escapando de las estrictas jerarquías a las que estaban sometidos en la década de los noventa.

48. Por último, el aumento de la fragilidad de algunos Estados e, incluso, la descomposición de otros han dejado espacios de poder en el ámbito económico-social y en el monopolio de la fuerza que han acaparado grupos terroristas y criminales organizados. En estos contextos, la cooperación por motivos tácticos y logísticos existente se ha visto superada por otras modalidades de cooperación, llegando a modelos de hibridación, en los que resulta complejo distinguir la actuación criminal que persigue el lucro de la actividad terrorista, como uso de la violencia con fines políticos-religiosos. Los modelos de hibridación, como la expresión más avanzada de cooperación entre ambos actores, desdibujan las diferencias entre los objetivos y las actividades que normalmente les otorgan identidad propia.

49. Los modelos de hibridación también se potencian a medida que la membresía de ambos grupos pueda ser intercambiable, de manera que criminales se convierten en terroristas y los miembros de organizaciones terroristas asimilan una conducta predominantemente criminal, y en algunos casos permanentemente. El reclutamiento de delincuentes por células terroristas de Occidente es uno de los casos, pero también lo es la asistencia conjunta para el reclutamiento de miembros por grupos terroristas o criminales en el caso libio.

RESUMEN

NUEVAS DINÁMICAS EN LAS RELACIONES ENTRE CRIMEN ORGANIZADO Y GRUPOS TERRORISTAS

Independientemente de las disensiones a la hora de definir terrorismo y crimen organizado, los grupos que se identifican con estas prácticas tienen elementos en común que han facilitado sus relaciones de cooperación. Estas relaciones que se han ido adaptando y variando como resultado de la evolución del sistema internacional y los cambios en las características de sus actores. Factores como las consecuencias de la lucha contra la financiación del terrorismo, las posibilidades que ofrece la sociedad de la información y la comunicación en la descentralización de las organizaciones delictivas y terroristas o el incremento de los Estados frágiles han contribuido a intensificar y a transformar el carácter de las conexiones entre estos dos actores no estatales violentos. Este estudio aborda los cambios en la naturaleza y el alcance de los procesos de cooperación entre grupos terroristas y criminales organizados y los tipos de relaciones que pueden identificarse en la actualidad.

Palabras claves: actores no estatales violentos, crimen organizado, terrorismo, financiación, descentralización, Estados frágiles, cooperación, hibridación.

ABSTRACT**NEW DYNAMICS IN THE RELATIONSHIPS BETWEEN ORGANIZED CRIME
AND TERRORIST GROUPS**

Regardless of the dissent in defining terrorism and organized crime, groups that identify with these practices have elements in common that have facilitated their cooperative relationships. These relations have been adapting and varying as a result of the evolution of the international system and changes in the characteristics of its actors. Factors such as the consequences of combating the financing of terrorism, the possibilities offered by the information and communication society in the decentralization of criminal and terrorist organizations, or the increase in fragile states have contributed to intensify and transform the dimension of connections between these two violent non-state actors. This study addresses changes in the nature and scope of cooperation processes between organized terrorist groups and criminals as well as the types of relationships that can be identified today.

Keywords: violent non-state actors, organized crime, financing, decentralization, fragile States, cooperation, hybridization.

EN LA FRONTERA DEL DEBATE GLOBAL-LOCAL: LA PROVISIÓN DE BIENES PÚBLICOS DESDE LA GOBERNANZA ESCALAR

Marcela LÓPEZ-VALLEJO *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL DEBATE AGENCIA-ESTRUCTURA EN LA GOBERNANZA GLOBAL-LOCAL: ¿QUIÉN PROVEE BIENES PÚBLICOS?—2.1. La discusión entre jerarquía y heterarquía en la gobernanza.—3. TRASCENDIENDO EL DEBATE GLOBAL-LOCAL EN LA GOBERNANZA: HACIA LA REUBICACIÓN DE LO PÚBLICO.—4. GOBERNANZA ESCALAR EN ACCIÓN: GOBIERNOS TRANSNACIONALIZADOS EN AMÉRICA LATINA.—4.1. Gobierno de Medellín, Colombia.—4.1.1. ¿Heterarquía o jerarquía en la provisión de bienes públicos?—4.1.2. Arquitectura de la gobernanza escalar y la provisión de lo público.—4.2. Gobierno de Jalisco, México.—4.2.1. Arquitectura de la gobernanza escalar y la provisión de lo público.—4.2.2. ¿Heterarquía o jerarquía en la provisión de bienes públicos?—5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Los conceptos de agencia y estructura son relativos. Se construyen dependiendo de las teorías utilizadas, que sitúan una u otra en diferentes espacios. El Realismo Estructural, el Liberalismo clásico, la Interdependencia y otras teorías sistémicas, como la Dependencia o el Post-Colonialismo, sitúan a la estructura en el sistema internacional. Generalmente, la estructura es definida como esquemas y recursos que empoderan o restringen la acción social y tienden a ser reproducidos por esta misma acción social¹. Estas estructuras son las detentoras del poder que se expresa a través de la anarquía, del mercado o de las instituciones, según sea el caso. Hay otros enfoques que le dan peso a la agencia en un intento por empoderar a los propios agentes²,

* Marcela López-Vallejo es Profesora-Investigadora Titular de la División de Estudios Internacionales del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) en México. Investigadora Nacional SNI 1 (marcela.lopezvallejo@cide.edu).

¹ SEWELL, J., «A Theory of Structure: Duality, Agency, and Transformation», *American Journal of Sociology*, vol. 98, 1992, pp. 1-29. Véase WALTZ, K. N., *Theory of International Politics*, Nueva York, Random House, 1979.

² ARCHER, M. S., *Structure, Agency and the Internal Conversation*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2003. Véase HELD, D., *Cosmopolitanism: Ideas and Realities*, Cambridge, UK, Polity Press,

que en algunos casos son representados por los Estados³. La agencia denota la habilidad de escoger entre diferentes opciones para la acción, así como de crear nuevas, es decir, tener una capacidad transformadora⁴.

2. Un segundo grupo de teorías sitúan a la estructura y a la agencia influyendo una sobre la otra, pero existiendo separadamente⁵. Por su parte, un tercer grupo de teorías y enfoques ubica a la estructura traslapada con la agencia, siendo esta la única solución para romper la relación dicotómica de poder⁶. En un extremo del espectro todavía está un cuarto grupo de enfoques en donde la agencia y la estructura no llegan a concebirse como conceptos, siendo esta división irrelevante y borrando completamente esta frontera⁷.

3. Tradicionalmente, la gobernanza ha sido parte del segundo grupo en donde la estructura es definida por la gobernanza global mediante instituciones internacionales y la agencia se ha ubicado en «lo local» con los gobiernos nacionales como intermediarios. El estudio sobre cómo lo local y sus agentes (por ejemplo, los gobiernos locales) se ha relacionado con lo global tuvo su auge en la década de los ochenta y los noventa en países con alto nivel de desarrollo y en donde el federalismo y la democracia favorecían cierta autonomía. Textos clásicos sobre paradiplomacia, diplomacia constituyente, soberanía perforada, federalismo y relaciones internacionales fueron la guía

2010. Véase también MORGENTHAU, H. J., *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Nueva York, A. A. Knopf, 1948.

³ Cabe destacar que dentro del debate agencia y estructura se encuentra una diferenciación útil para definir a los agentes, su diferencia con los actores. Un actor generalmente busca «logros personales y beneficios sociales como ocurre con los beneficiarios de un proyecto, el agente del desarrollo va más allá y examina los logros y oportunidades en función de otros objetivos, valores y metas que privilegian el bienestar colectivo». Véase CASTRILLÓN, S., ECHAVARRÍA, M. V., GALLEGOS, M. E. y WOLFF, M., «Relaciones donante-receptor en la gestión de la cooperación internacional en Medellín», *Revista Administrar*, Universidad EAFIT, 2011, núm. 19, pp. 46-65.

⁴ COHEN, J., «Structuration theory and social praxis», en GIDDENS, A. y TURNER, J. H. (eds.), *Social Theory Today*, Stanford, Stanford University Press, 1987. Véase GIDDENS, A., *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*, Cambridge, Polity Press, 1984. Véase también WENDT, A., «The agent-structure problem in international relations theory», *International Organization*, vol. 41, 1987, núm. 3, pp. 335-370.

⁵ WIGHT, C., *Agents, Structures and International Relations: Politics as Ontology*, Cambridge, UK, Cambridge University Press, 2006. Véase GIDDENS, A., *op. cit.*, nota 4, pp. 1-40. Véase también DOTY, R. L., «Aporia: A Critical Exploration of the Agent-structure Problematic in International Relations Theory», *European Journal of International Relations*, vol. 3, 1997, núm. 3, pp. 365-392. Véase también DESSLER, R., «What's at stake in the agent-structure debate», *International Organization*, vol. 43, 1989, núm. 3, pp. 441-473.

⁶ GARUD, R., HARDY, C. y MAGUIRE, S., «Institutional Entrepreneurship as Embedded Agency: An Introduction to the Special Issue», *Organization Studies*, vol. 27, 2007, núm. 7, pp. 957-969. Véase WALBY, S., *Theorizing Patriarchy*, Oxford, Blackwell, 1990. Véase también ENLOE, C., *Bananas, Beaches & Bases: Making Feminist Sense of International Politics*, Berkeley, The University of California Press, 1989.

⁷ Existen diversos trabajos sobre este enfoque: LATOUR, B., «Agency at the Time of the Anthropocene», *New Literary History*, vol. 45, 2014, núm. 1, pp. 1-18; BRAIDOTTI, R., *The Posthuman*, Cambridge, Polity Press, 2013; HARAWAY, D., *Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature*, Nueva York, Routledge, 2013; MARSTON, S. A., JONES III, J. P. y WOODWARD, K., «Human geography without scale», *Transactions*, vol. 30, 2005, núm. 4, pp. 416-432; DELEUZE, G. y GAUZZI, F., *El Anti Edipo: Capitalismo y esquizofrenia*, Minneapolis, Athlone Press, University of Minnesota, 1984.

de este nuevo campo de estudio. En un contexto en donde los procesos de globalización parecían irreversibles, la interpretación de «lo global» parecía evidente; las instituciones internacionales liberales de tipo gubernamental que habían tomado preeminencia en los noventa con el fin de la Guerra Fría ejercían el liderazgo⁸. La redefinición de «estructura» en estos términos se consolidaba. En cambio, la definición de «lo local», y por tanto, de agencia, no fue consistente. ¿Quién representaba lo local? ¿Eran los Estados y sus gobiernos centrales, eran otros órdenes de gobierno, o la diversidad de actores no gubernamentales que participaban de las relaciones internacionales? En otras palabras, cuando parecía claro que la estructura recaía en las instituciones liberales globales, seguía siendo confuso en quién recaería la agencia y, por tanto, la capacidad transformativa. Esta discusión se complicó aún más debido a sucesos en donde la gobernanza global no pudo proveer bienes públicos como seguridad, prosperidad, bienestar o derechos humanos. Casos como el genocidio en Ruanda y la guerra de los Balcanes, ambos en la década de los noventa, o los atentados del 9/11 en Estados Unidos ya en el siglo XXI denotaron fallas en la operatividad de la gobernanza global en donde espacios locales fueron afectados. El análisis estructural no estaba dando respuestas, siendo una diversidad de agentes (además de los Estados) los que tomaban las riendas de la política internacional y de la provisión de bienes o «males» públicos.

4. En un contexto donde la responsabilidad de la provisión de bienes públicos es incierta, ¿hay nuevos enfoques que propongan algún tipo de solución? ¿Hay posibilidad de evitar la dicotomía agencia-estructura global-local? El objetivo de este artículo es presentar nuevas propuestas de gobernanza que tratan de dispersar esta frontera para explicar «lo público» de manera integral. Estos enfoques de gobernanza generalmente se sitúan en la frontera entre el segundo y tercer grupos de teorías mencionadas anteriormente. El argumento que guía este artículo establece que es necesario trascender la relación dicotómica global-local para proveer bienes públicos, a través de redefinir a uno de los agentes de la gobernanza, los gobiernos locales, como gobiernos transnacionalizados. Un segundo argumento es que los gobiernos transnacionalizados pueden articular diferentes procesos de gobernanza para territorializar la provisión de bienes públicos en escalas «glocales». La gobernanza escalar es útil para el análisis que conjunta redes socio-productivas, arquitecturas institucionales (marcos regulatorios e instituciones) y espacios territoriales.

5. Este artículo está dividido en cuatro secciones. La primera sección discute la relación entre agencia y estructura en la provisión de bienes públicos dentro del marco de la gobernanza. La segunda sección presenta algunos marcos conceptuales que tratan de solucionar la dicotomía agencia-estructura, lo cual implica reubicar «lo público» en tanto la autoridad también se relocaliza.

⁸ BARNETT, M. N., «Bringing in the New World Order: Liberalism, Legitimacy, and the United Nations», *World Politics*, vol. 49, 1997, núm. 4, pp. 526-551.

Esta discusión nos lleva a la tercera sección, en donde se explora el papel de los gobiernos transnacionalizados que tratan de articular diferentes procesos de gobernanza para provisión de bienes públicos. Los casos de Medellín, Colombia y el de Jalisco, México, evidencian el traslape de diferentes procesos de gobernanza para articular lo público con un enfoque glocal. La cuarta sección presenta conclusiones y propone limitaciones al enfoque de gobernanza escalar.

2. EL DEBATE AGENCIA-ESTRUCTURA EN LA GOBERNANZA GLOBAL-LOCAL: ¿QUIÉN PROVEE BIENES PÚBLICOS?

6. Afirmar que la definición de «gobernanza» no ha encontrado consensos es un lugar común. La gobernanza global ha sido definida por sinfín de académicos e instituciones. A la fecha, existe gran diversidad de tipos y modos de gobernanza⁹. A pesar de sus diferentes aproximaciones, hay elementos constantes en las definiciones que tratan de abordar el problema de la implementación de bienes públicos. El primero es la relocalización de la autoridad. Los diferentes actores de la gobernanza tienen que construir nuevas esferas de autoridad, en donde sean reconocidos con derecho de gobernar¹⁰. En segundo lugar, el objetivo fundamental de la gobernanza es proveer bienes públicos y solucionar conflictos comunes. Esta discusión asume que el Estado Westfaliano ha fallado y se ha visto rebasado ante procesos de globalización contemporáneos; ante ello, es necesario repensar la composición y el papel de los Estados (gobiernos y sociedades) en la provisión de bienes públicos. La definición clásica de bienes públicos establece que tienen dos características, no rivalidad (una persona no compite con otra por la obtención del bien) y no exclusividad, en donde nadie puede ser excluido del uso del bien público una vez provisto¹¹. En este sentido, lo público hace referencia a los bienes provistos por los gobiernos para el bien común; la colectividad es la que se

⁹ HÉRITIER, A. y LEHMKUHL, D., «The Shadow of Hierarchy and New Modes of Governance», *Journal of Public Policy*, vol. 28, 2008, núm. 1, pp. 1-17. Véase TREIB, O., BÄHR, H. y FALKNER, G., «Modes of governance: towards a conceptual clarification», *Journal of European Public Policy*, vol. 14, 2007, núm. 1, pp. 1-20.

¹⁰ ROSENAU, J. N., «Governance, Order, and Change in World Politics», en ROSENAU, J. N. y CZEMPIEL, E.-O., *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992, pp. 1-29. Véase ROSENAU, J. N., «Governance in a New Global Order», en *Governing Globalization: Power, Authority, and Global Governance*, Cambridge, Polity Press, 2002, pp. 70-86. Véase LÓPEZ-VALLEJO, M., «¿Qué es la gobernanza global?», en LÓPEZ-VALLEJO, M., ANA BARBARA MUNGARAY, A. B., QUINTANA, F. y VELÁZQUEZ, R. (eds.), *Gobernanza global en un mundo interconectado*, Ciudad de México, Asociación Mexicana de Estudios Internacionales, Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Universidad Autónoma de Baja California, 2013, pp. 21-28. Véase también LEGLER, T., «Gobernanza Global», en LEGLER, T., SANTA CRUZ, S. y ZAMUDIO, L. (eds.), *Introducción a las Relaciones internacionales: América Latina y la Política Global*, Ciudad de México, Oxford University Press, 2014, pp. 253-266.

¹¹ KAUL, I., CONCEIÇÃO, P., LE GOULVEN, K. y MENDOZA R. (eds.), *Providing Global Public Goods: Managing Globalization*, Nueva York, Oxford University Press, 2003. Véase HANLEY, N., SHOGREN, J. y WHITE, B., *Environmental Economics in Theory and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1997. Véase también SAMULESON, P., «The Pure Theory of Public Expenditure», *The Review of Economics and Statistics*, vol. 36, 1954, núm. 4, pp. 387-389.

beneficia de sus decisiones. Sin embargo, si pensamos que la gobernanza privilegia la relocalización de la autoridad, la separación tajante entre qué es un bien público y qué es uno privado se difumina, en tanto el Estado contemporáneo puede entrar a competir con empresas productivas por la provisión de bienes públicos, pues estas tienen responsabilidades sociales¹². Esta agencia mixta de los gobiernos lleva a la provisión híbrida de bienes públicos. Por ejemplo, el cuidado al medio ambiente casi siempre cae en esta hibridación, pues los problemas que causan su degradación son privados en origen (siempre hay un responsable), pero públicos en sus impactos¹³. En otras palabras, «los bienes públicos son los bienes para el público»¹⁴ y sus orígenes e impactos pueden provenir de cualquiera de los agentes de la gobernanza.

7. En tercer lugar, la gobernanza genera arquitecturas específicas edificadas por normas e instituciones de diversos tipos (formales, informales, públicas, privadas, legales, ilegales, híbridas)¹⁵. La constante ampliación de actores en procesos de gobernanza hace que estas arquitecturas tengan que ser dinámicas. Así, la provisión de bienes públicos globales es acumulativa mediante bloques de construcción (*building blocks*), en donde es necesario fragmentar el problema global y solucionar diferentes partes, para luego reintegrarlas¹⁶. Uno de los estratos en los que recayó esta fragmentación fue lo local. Los actores locales aparecen como sujetos de la gobernanza (agentes) y no solamente como receptores de la misma. En otras palabras, así como la separación entre lo público y lo privado es difusa, también la agencia de los actores locales, en tanto pueden proveer bienes públicos locales y globales simultáneamente. Los gobiernos locales pueden ser concebidos como la última frontera con capacidades para implementar regulaciones, reforzar políticas públicas que responden a presiones globales y corregir fallas de mercado privadas o resultado de la hibridación público-privada¹⁷. Marcos de referencia como la paradiplomacia y sus diversas acepciones¹⁸ —diplomacia local,

¹² KOBRIN, S. J., «Globalization, Transnational Corporations and the Future of Global Governance», en SCHERER, A. G. y PALAZZO, G. (eds.), *Handbook of Research on Global Corporate Citizenship*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2008, pp. 249-272.

¹³ LÓPEZ-VALLEJO, M., *Reconfiguring Global Climate Governance in North America: A Transregional Approach*, Surrey, Ashgate Publishing, 2014, pp. 27-48.

¹⁴ KAUL, I., CONCEIÇÃO, P., LE GOULVEN, K. y MENDOZA R. (eds.), *op. cit.*, nota 11, p. 14.

¹⁵ Diversos autores han abordado estos tipos de gobernanza, entre ellos están ANDERSON, R. J., «Theoretical approaches to global regulation of transnational corporations», en DE JONG, A. y TOMASIC, R. (eds.), *Research Handbook of Transnational Corporations*, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 2017, pp. 39-81; KEOHANE, R. O., «Power and Governance in a Partially Globalized World Presidential Address, American Political Science Association 2000», *American Political Science Review*, vol. 95, 2001, núm. 1, pp. 1-13; HALL, T., «Geographies of the illicit: Globalization and organized crime», *Progress in Human Geography*, vol. 37, 2012, núm. 3, pp. 366-385; ROSENAU, J. N., *op. cit.*, nota 10, pp. 1-29.

¹⁶ RUGGIE, J. G., «Global Governance and “New Governance Theory”: Lessons from Business and Human Rights», *Global Governance*, vol. 20, 2014, pp. 5-17.

¹⁷ LÓPEZ-VALLEJO, M., *op. cit.*, nota 13, p. 7. Véase HOCKING, B., «Patrolling the “Frontier”: Globalization, Localization and the “Actorness” of Non-central Governments», en ALDECOA, F. y KEATING, M. (eds.), *Paradiplomacy in Action: The Foreign Relations of Subnational Governments*, Londres, Frank Cass Publishers, 1999, pp. 17-39.

¹⁸ Algunos autores, entre muchos otros también importantes, han abordado este tema acuñando diversos conceptos ahora clásicos. Entre ellos están SOLDATOS, P. y MICHELMANN, H., *Federalism and In-*

protodiplomacia, relaciones exteriores de gobiernos subnacionales, entre otras—, la diplomacia de doble nivel¹⁹, el enfoque interméstico²⁰, el policentrismo²¹, el efecto *boomerang*²², o la gobernanza multinivel²³, toman fuerza como opciones para la territorialización local de los bienes públicos globales más allá del supranacionalismo tipo europeo o del intergubernamentalismo²⁴. Es en esta narrativa que la gobernanza local encuentra sustento como contraparte idónea de la gobernanza global.

8. La gobernanza global toma fuerza en 1995 con el reporte «Our Global Neighborhood» diseñado por la Comisión para Gobernanza Global de Naciones Unidas²⁵. Se refería a mecanismos para resolver el conflicto y cooperar a través de instituciones, tanto formales (tratados o convenios) como informales (prácticas). Es decir, la gobernanza global institucionalizaría la agenda internacional a través del sistema de Naciones Unidas (y otras instituciones), de las corporaciones privadas internacionales, de los Estados y de las organizaciones no gubernamentales²⁶. En este contexto, el principal objetivo de esta forma de relación internacional era la provisión de bienes públicos globales como derechos humanos, seguridad, un medio ambiente sano, entre otros, ya fuera para complementar esfuerzos de los Estados o para sustituirlos cuando sus capacidades se vieran rebasadas. Esta visión basada en la colaboración chocó pronto con la realidad ante situaciones en donde la gobernanza global no respondía como se esperaba (por ejemplo, ante el genocidio en Ruanda, la guerra en los Balcanes o los atentados del 9

ternational Relations: The Role of Subnational Units, Oxford, UK, Clarendon Press, 1990; CORNAGO, N., «Diplomacy and Paradiplomacy in the Redefinition of International Security: Dimensions of Conflict and Cooperation», en ALDECOA, F. y KEATING, M. (eds.), *Paradiplomacy in Action: The Foreign Relations of Subnational Governments*, Londres, Frank Cass Publishers, 1999, pp. 40-57; AGUIRRE, I., «Making Sense of Paradiplomacy? An Intertextual Inquiry about a Concept in Search of a Definition», en ALDECOA, F. y KEATING, M. (eds.), *Paradiplomacy in Action: The Foreign Relations of Subnational Governments*, Londres, Frank Cass Publishers, 1999, pp. 185-209; KINCAID, J., «The International Competence of US States and Their Local Governments», *Journal of Regional and Federal Studies*, vol. 9, 1998, núm. 1, pp. 111-130.

¹⁹ PUTNAM, R., «Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two-Level Games», en EVANS, P. B., JACOBS, H. K. y PUTNAM, R. D. (eds.), *Double-Edge Diplomacy: International Bargaining and Domestic Politics*, Los Angeles, University of California Press, 1993, pp. 431-467.

²⁰ LOWENTHAL, A., «The intermestic hemisphere», *New Perspective Quarterly*, vol. 9, 1992, núm. 3, pp. 3-40.

²¹ OSTROM, E., «Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems», *American Economic Review*, vol. 100, 2010, pp. 1-33.

²² SIKKINK, K., «La dimensión transnacional de los movimientos sociales», en JELIN, E. (coord.), *Más allá de la nación: las escalas múltiples de los movimientos sociales*, Buenos Aires, Libros del Zorzal, 2003, pp. 301-335.

²³ MARKS, G., «Structural policy and multi-level governance in the EC», en CAFRUNY, A. W. y ROSENTHAL, G. G. (eds.), *The State of the European Community: The Maastricht Debates and Beyond*, Boulder, CO, Lynne Rienner, 1993, pp. 391-410.

²⁴ ZÜRN, M., WÄLTI, S. y ENDERLEIN, H., «Introduction», en ZÜRN, M., WÄLTI, S. y ENDERLEIN, H. (eds.), *Handbook on Multi-Level Governance*, Cheltenham, Edward Elgar Publishers, 2010, pp. 1-5.

²⁵ CNUGG, *Our Global Neighborhood*, Oxford, Oxford University Press y Comisión de Naciones Unidas para la Gobernanza Global, 1995.

²⁶ MINGST, K., *International Organizations: the Politics and Processes of Global Governance*, Boulder, Lynne Rienner Publishers, Inc., 2004, pp. 3-34. Véase BARNETT, M. N., *op. cit.*, nota 8, pp. 526-551.

de septiembre). Uno de los retos más importantes de la gobernanza global fue la redefinición de «lo público» para abarcar temas y problemas globales que pudieran ser implementables en localidades, hibridizando su provisión e impactos.

9. La gobernanza climática es un claro ejemplo en donde existen tantos actores y procesos relacionados que las soluciones son fragmentadas y a veces pareciera que van en sentidos opuestos. Cuando las soluciones son estructurales y provienen de instituciones internacionales globales (p. ej., el Protocolo de Kioto) aparecen actores *free-riders* que se benefician de los resultados sin sufrir costos. Cuando las soluciones provienen de agentes locales, por ejemplo, desde las ciudades, los resultados pueden ser exitosos, pero no generan gran impacto globalmente. La gobernanza climática global, además, se enfrenta a la gobernanza energética global (en su tipo fósil), definida por asociaciones de Estados y empresas transnacionales. Otros casos también ejemplifican la problemática entre la gobernanza global y la local. Los derechos humanos encuentran límites en sociedades con prácticas culturales adversas a ellos, en sociedades con acceso limitado a la globalización o sufriendo externalidades de la misma. El libre comercio es otro ejemplo concebido como un bien público global; diversas sociedades se benefician, pero otras se convierten en perdedoras. Para impulsar la conectividad, el desarrollo tecnológico de las computadoras ha sido rápido, sólido y con costos decrecientes; cada vez tienen mayor capacidad y alcance en tanto mucha gente dependemos de diversos dispositivos tecnológicos. La contraparte son las sociedades encadenadas a la producción de estos mismos dispositivos, ya sea en términos de ensamblaje (maquiladoras) o en términos de extractivismo (explotación laboral y externalidades ambientales). También la minería o la producción de petróleo, combustibles que literalmente mueven la globalización, han dejado desastres naturales y contaminación en diversas partes del mundo. En estos casos, las instituciones internacionales de la gobernanza global no han podido cumplir sus promesas de paz y prosperidad²⁷ y los Estados y sus gobiernos centrales han tenido que lidiar con procesos de perforación de soberanía que minan su capacidad de gobierno. En una era de conectividad y globalización, la diferenciación global-local parece ya no tener sentido para proveer bienes públicos.

2.1. La discusión entre jerarquía y heterarquía en la gobernanza

10. Ante el desorden creativo que ha resultado en diversidad de concepciones y de categorizaciones de la gobernanza²⁸, la contribución de este artículo es presentar una categorización poco frecuente, pero útil en cuanto a la discusión entre agencia y estructura: la diferenciación entre jerarquía y

²⁷ MEARSHEIMER, J. J., «The False Promise of International Institutions», *International Security*, vol. 19, 1994, núm. 3 (invierno), pp. 5-49.

²⁸ KOOIMAN, J., *Governing as Governance*, Londres, Sage, 2003.

heterarquía²⁹. La jerarquía en la gobernanza implica una relación vertical de poder, que pretende dar solución a problemas comunes mediante el desarrollo de agendas globales de política pública desde Organismos Internacionales. Se asume que para problemas globales deberá haber soluciones globales, dándole preeminencia al sistema de organizaciones internacionales de tipo liberal surgido desde Bretton Woods³⁰. John G. Ruggie propone un ejemplo de este enfoque de gobernanza (llamándola «vieja» gobernanza): la idea de negociar un tratado entre Estados de forma comprensiva, universal y obligatoriamente vinculante como el Protocolo de Kioto, antes mencionado³¹.

11. Una visión contraria de la gobernanza jerárquica se basa en la idea de heterarquía, en donde las soluciones pueden provenir desde distintos agentes y esferas de autoridad y no necesariamente desde un enfoque vertical de arriba hacia abajo (*top-down*). Dentro de esta discusión se incluyen análisis de redes con participación de gobiernos centrales o sin ella, explicaciones sobre la relación de los diversos órdenes de gobierno con otros actores en procesos de gobernanza (*bottom-up* y transversalidad), administración de problemas públicos domésticos y su implementación mediante instrumentos de política pública difundidos desde lo global³². En términos prácticos, según Lester M. Salamon³³, cuando los tomadores de decisiones escogen tal o cual instrumento de gobernanza, *de facto* están estructurando la red de actores que hará posible su implementación. En este tipo de gobernanza (en red), agencia y estructura están intrínsecamente ligadas por los instrumentos concretos de implementación de lo público. La implementación de lo público desde un enfoque de gobernanza heterárquica promueve las relaciones público-privadas³⁴. En esta aproximación se asume que elementos cruciales de lo público son compartidos con actores no gubernamentales en sistemas colaborativos

²⁹ RUGGIE, J. G., *op. cit.*, nota 16, pp. 5-17. Véase LAKE, D., *Hierarchy in International Relations*, Nueva York, Cornell University Press, 2011. Véase también LÓPEZ-VALLEJO, M., *op. cit.*, nota 13, p. 21.

³⁰ Algunos de los autores e instituciones que discuten este argumento son WEISS, T., «Governance, Good Governance and Global Governance: Conceptual and Actual Challenges», *Third World Quarterly*, vol. 21, 2000, núm. 5, pp. 795-814; KRAHMANN, E., «National, Regional & Global Governance», *Global Governance*, vol. 9, 2003, núm. 3, pp. 323-346; CNUGG, *op. cit.*, nota 25, pp. 1-25; KEOHANE, R. O., *op. cit.*, nota 15, pp. 1-13; BARNETT, M. N., *op. cit.*, nota 8, pp. 526-551.

³¹ RUGGIE, J. G., *op. cit.*, nota 16, p. 8.

³² DOORNBOS, M., «Good Governance: The Pliability of a Political Concept», *TRAMES, A Journal of the Humanities and Social Sciences*, vol. 8, 2004, núm. 4, pp. 372-387. Véase MINGST, K., *op. cit.*, nota 26, pp. 3-34. Véase KOOIMAN, J., *op. cit.*, nota 28, pp. 1-15. Véase también MARSH, D. y SMITH, M., «Understanding Policy Networks: Towards a Dialectical Approach», *Political Studies*, vol. 48, 2000, núm. 1, pp. 4-21. Véase WEISS, Th., *op. cit.*, 2000, pp. 795-814. Véase también RHODES, R. A. W., «The New Governance: Governing without Government», *Political Studies*, vol. 44, 1996, pp. 652-667.

³³ SALAMON, L. M., «The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction», *Fordham Urban Law Journal*, vol. 28, 2000, núm. 5, pp. 1611-1674.

³⁴ Entre los autores que sustentan este argumento están RUGGIE, J. G., *op. cit.*, nota 16, pp. 5-17; VAN DER HEIJDEN, J., «Looking Forward and Sideways: Trajectories of New Governance Theory», *Research Paper No. 2013-04*, Ámsterdam, Amsterdam Law School of Legal Studies, 2013, pp. 1-30; TORRANCE, M. I., «Forging Glocal Governance? Urban Infrastructures as Networked Financial Products», *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 32.1, 2008, pp. 1-21; DINGWERTH, K. y PATTERBERG, P., «Global Governance as a Perspective on World Politics», *Global Governance*, vol. 12 (abril-junio), 2006, núm. 2, pp. 185-203; OSTROM, E., *op. cit.*, nota 21, pp. 3-5.

complejos, especialmente con fines de implementación y manejo de los asuntos públicos³⁵.

12. Estudiosos que apoyan la gobernanza heterárquica afirman que el Estado se ve beneficiado por la colaboración con otros actores. Por ejemplo, en el caso de las políticas ambientales, compartir la autoridad y los fondos con ciertas ONG ha resultado en el fortalecimiento de los Estados y sus gobiernos, al proveerlos con información, crítica, seguimiento, capacidad de negociación, recursos y hasta legitimidad³⁶. Existe una difusión entre lo público y lo privado, en donde la colaboración reemplaza la competencia, lo cual es fundamental para resolver problemas públicos³⁷. Sin embargo, Kenneth W. Abbott y Duncan Snidal³⁸ afirman que el resultado de una gobernanza de este tipo es una serie de esquemas sin coordinación que compiten continuamente por recursos, legitimidad, notoriedad pública y hasta por seguidores. Por su parte, Robert O. Keohane y David G. Victor³⁹ insisten en que falta una estructura (jerárquica) que integre los elementos fragmentados. La fragmentación heterárquica conlleva a la dispersión de la autoridad y pone obstáculos para garantizar la rendición de cuentas, transparencia y representatividad⁴⁰. El Estado gana aliados importantes, pero pierde control sobre la implementación de sus propias políticas; la responsabilidad sobre lo público se dispersa⁴¹.

3. TRASCENDIENDO EL DEBATE GLOBAL-LOCAL EN LA GOBERNANZA: HACIA LA REUBICACIÓN DE LO PÚBLICO

13. Las secciones anteriores muestran algunas ideas fundamentales: 1) la gobernanza como marco analítico no ha encontrado consenso; 2) dependiendo de cómo se defina la gobernanza, las relaciones entre actores pueden ser jerárquicas o heterárquicas; 3) el pertenecer a esquemas jerárquicos o heterárquicos determina la relación entre agencia y estructura y, por tanto, la localización de la responsabilidad sobre lo público y de la autoridad, y 4) hay innumerables críticas al concepto y a su aplicabilidad para proveer bienes públicos.

³⁵ SALAMON, L. M., *op. cit.*, nota 33, p. 1613.

³⁶ RAUSTIALA, K., «States, NGOs, and International Environmental Institutions», *International Studies Quarterly*, vol. 41, 1997, pp. 719-740.

³⁷ JORDAN, A., WURZEL, R. K. y ZITO, A., «The Rise of "New" Policy Instruments in Comparative Perspective: Has Governance Eclipsed Government?», *Political Studies*, vol. 53, 2005, núm. 10, pp. 477-496.

³⁸ ABBOTT, K. W. y SNIDAL, D., «Taking Responsive Regulation Transnational: Strategies for International Organizations», *Regulation and Governance*, vol. 7, 2013, núm. 1, pp. 95-113.

³⁹ KEOHANE, R. O. y VICTOR, D. G., «The Regime Complex for Climate Change», *Perspectives on Politics*, vol. 9, 2011, núm. 1, pp. 7-23.

⁴⁰ LYNN, L. E., «The Persistence of Hierarchy», en BEVIR, M. (ed.), *The SAGE Handbook of Governance*, Londres, SAGE, 2011, pp. 218-236.

⁴¹ SALAMON, L. M., *op. cit.*, nota 33, pp. 1611-1674.

14. En este contexto que pareciera adverso, nuevas ideas llevan el análisis de la gobernanza a la frontera del conocimiento. La discusión se ha sofisticado de tal manera que se han incluido nuevos factores geográfico-espaciales, flujos y redes, escalas socio-políticas que llevan a la articulación de otros modos de gobernanza. Elementos presentes en todas estas nuevas formas de mirar la gobernanza son la trans-nacionalidad de los procesos y la difuminación de la línea entre agencia y estructura. Siguiendo el argumento de Raghu Garud, Cynthia Hardy y Steve Maguire⁴², la agencia está distribuida dentro de las estructuras de gobernanza que los mismos agentes han creado. Ello hace que la gobernanza se convierta en una plataforma para la agencia. El enfoque de gobernanza «glocal» evidencia estos argumentos.

15. La *gobernanza glocal* implica reconciliar la homogeneidad con la heterogeneidad y la agencia con la estructura⁴³. Un argumento común en autores de la glocalización es la hibridación entre uno y otro, es decir, se asume que existe una esfera glocal *per se* que fusiona lo global y lo local (agencia y estructura) resultando en diferentes tipos de globalización y relaciones sociales. La glocalización ha tenido varias vertientes. Una de ellas es el enfoque de redes y flujos. La diversa literatura sobre las ciudades generalmente se basa en esta idea general. Por ejemplo, se habla de la necesidad de trascender fronteras políticas hacia redes locales para que los ciudadanos puedan participar en la toma de decisiones globales a través de instituciones locales en las ciudades⁴⁴. Asociaciones de ciudades, como el C40, el Proyecto Allas, CGLU⁴⁵ (entre muchas otras) muestran que los gobiernos de las localidades participantes están transnacionalizados. Aunque algunos de ellos todavía utilizan instrumentos de cooperación internacional (que generalmente es de carácter técnico), otros han podido crear vínculos transnacionales para consolidar redes que han articulado a las sociedades, por ejemplo, los clústeres⁴⁶.

⁴² GARUD, R., HARDY, C. y MAGUIRE, S., «Institutional Entrepreneurship as Embedded Agency: An Introduction to the Special Issue», *Organization Studies*, vol. 27, 2007, núm. 7, pp. 957-969.

⁴³ Diversos análisis han sustentado esta hipótesis, entre los cuales se encuentran KOON-HONG CHAN, D., «City diplomacy and “glocal” governance: revitalizing Cosmopolitan democracy», *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, vol. 29, 2016, núm. 2, pp. 134-160; BECHTEL, M. M. y URPELAINEN, J., «All Policies Are Glocal: International Environmental Policy Making with Strategic Subnational Governments», *British Journal of Political Science*, vol. 45, 2005, pp. 559-582; HELD, D., MCGREW, A., GOLDBLATT, D. y PERRATON, J., *Global Transformations: Politics, Economics and Culture*, Cambridge, Polity Press, 1999; ROBERTSON, R., «Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity», en FEATHERSTONE, M., LASH, S. y ROBERTSON, R. (eds.), *Global Modernities*, Londres, SAGE, 1995, pp. 25-44.

⁴⁴ KOON-HONG CHAN, D., *op. cit.*, nota 42, pp. 134-160.

⁴⁵ Existe gran diversidad de asociaciones internacionales y regionales que conjuntan a gobiernos locales. C40 es una asociación que integra mega-ciudades mundialmente para abordar el cambio climático, en tanto el CGLU es una red mundial de ciudades y gobiernos locales y regionales con base en Barcelona que promueve la cooperación entre ellos. El Proyecto ALLAS representa la alianza euro-latinoamericana de cooperación entre ciudades para impulsar la cooperación internacional desde lo local.

⁴⁶ PORTER, M. y STERN, S., «The Impact of Location on Global Innovation: Findings from the National Innovative Capacity», en CORNELIUS, P. K. (ed.), *The Global Competitiveness Report 2002-2003*, Ginebra, Suiza, Foro Económico Mundial, 2003, pp. 227-252.

16. Estas vertientes evidencian relaciones, flujos y espacios interconectados en redes por donde fluye información, productos, servicios, personas y capitales vinculados con procesos de la globalización, ya sea para profundizarlos o para resistir a ellos⁴⁷. Como sugiere Erik Swyngedouw, estos procesos conllevan tensiones, conflictos y asimetrías de poder o exclusión⁴⁸. En otras palabras, la sombra de la jerarquía siempre está presente en las relaciones sociales y en sus expresiones geográficas.

17. La última vertiente de la glocalización, la gobernanza escalar, vincula la gobernanza de redes y flujos con otros factores. Tradicionalmente, las *escalas* son concebidas como órdenes regulatorios (jerárquicos) en tensión con redes (heterárquicas), resultado de la dinámica socio-especial⁴⁹. Este artículo argumenta que las escalas deben ser consideradas como la articulación de tres elementos —arquitecturas institucionales (regulación e instituciones), redes socio-productivas y espacios geográficos determinados—, no como elementos separados dicotómicamente o como relaciones bidireccionales entre regulación y redes. En estas articulaciones tripartitas es en donde se regulan y organizan las relaciones sociales de poder mediante arquitecturas dinámicas de gobernanza que incluyen diversas redes de agentes, estructuras de mercado, procesos transnacionales y en donde convive la heterarquía y la jerarquía⁵⁰. Las relaciones jerárquicas están también presentes en estas arquitecturas en mayor o menor intensidad, pues como se mencionó anteriormente la configuración escalar cambia en cuanto se relocaliza el poder. El cambio de poder se puede dar en la red, en el marco regulatorio, en las instituciones formales e informales, entre los individuos o entre todos estos elementos de la escala.

18. La gobernanza escalar, definida de esta manera, va un paso más allá en el debate agencia-estructura y en la ubicación de la responsabilidad de la provisión de bienes públicos. Siguiendo el argumento de Deborah D. Avant, Martha Finnemore y Susan K. Sell⁵¹, son los agentes los que se apropian de las escalas para buscar la provisión de lo público. Este artículo argumenta que los actores que pueden aglutinar los sistemas regulatorios y las instituciones con las redes productivas en espacios geográficos determinados, son

⁴⁷ BODIN, Ö., y CRONA, B. I., «The role of social networks in natural resource governance. What relational patterns make a difference?», *Global Environmental Change*, vol. 19, 2009, pp. 366-374. Véanse BORJA, J. y CASTELLS, M., *Local & Global: Management of Cities in the Information Age*, United Nations Centre for Human Settlements (Habitat), Londres, Earthscan, 1996. Véase también LATOUR, B., «Agency at the Time of the Anthropocene», *New Literary History*, vol. 45, 2014, núm. 1 (invierno), pp. 1-18.

⁴⁸ SWYNGEDOUW, E., «Globalisation or "Glocalisation"? Networks, Territories and Rescaling», *Cambridge Review of International Affairs*, vol. 17, 2004, núm. 1 (abril), pp. 25-48.

⁴⁹ *Ibid.*, nota 48, p. 33. Véase también TOLY, N., «Cities, the Environment, and Global Governance: A Political Ecological Perspective», en AMEN, M., TOLY, N. J., MCCARTNEY, P. L. y SEGBERS, K. (eds.), *Cities and Global Governance: New Sites for International Relations*, Farnham, UK, Ashgate, 2011, pp. 137-150.

⁵⁰ CERNY, P., «Paradoxes of the Competition State: The Dynamics of Political Globalization», *Government and Opposition*, vol. 32, 1997, Issue 2 (abril), pp. 256-274. Véase también SWYNGEDOUW, E., *op. cit.*, nota 48, pp. 25-48.

⁵¹ AVANT, D. D., FINNEMORE, M. y SELL, S. K., «Who Governs the Globe?», en AVANT, D. D., FINNEMORE, M. y SELL, S. K., *Who Governs the Globe?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 1-34.

los gobiernos transnacionalizados. Así, un gobierno transnacionalizado es aquel que trabaja articulando escalas locales⁵². Tradicionalmente, los gobiernos locales han sido considerados como proveedores de bienes públicos (tanto globales como de otro tipo)⁵³. Los gobiernos locales han pasado por la misma situación que los gobiernos nacionales: al ser parte de la gobernanza, pareciera que su autoridad se ha dispersado ante actores no gubernamentales y privados. Sin embargo, participar de la gobernanza ha redefinido su papel en asuntos públicos.

19. Esta redefinición también conlleva a reformular el papel que tienen con respecto a sus gobiernos nacionales y con sus sociedades inmediatas. Sin embargo, los gobiernos que han logrado transnacionalizarse han enfrentado diversos problemas. Generalmente se argumenta que es en la esfera local en donde la democratización, la representatividad y la eficiencia en proveer bienes públicos toman forma⁵⁴; participar en la gobernanza es una herramienta que facilita la consecución de bienes públicos. Sin embargo, ni en sociedades democráticas⁵⁵ y menos en sociedades con gobiernos frágiles (nacionales y locales) y sin consolidación democrática ha sido fácil⁵⁶. Por ejemplo, en América Latina los gobiernos locales generalmente trasladan los males de los gobiernos centrales a su esfera de autoridad, reproduciendo la falta de representatividad democrática, la impunidad y la corrupción. Al mismo tiempo, estos gobiernos locales se relacionan con sus gobiernos centrales en esquemas intergubernamentales tradicionales (a veces sostenidos por un federalismo autoritario o poco permisivo), así como en esquemas de gobernanza. En otras palabras, son los gobiernos locales los que mayor carga reciben de la gobernanza, pues además de enfrentar políticas de comando-y-control de sus gobiernos nacionales, están insertos en prácticas de gobernanza de diversos tipos y modos que generalmente llegan a través de la difusión de normas globales⁵⁷. En estos contextos, la estructura determina y constriñe a los gobiernos locales. Sin embargo, con el objetivo de hacer frente a estos problemas, algunos gobiernos locales se transnacionalizan participando de la gobernanza escalar.

⁵² En este artículo, los gobiernos transnacionalizados serán todo orden de gobierno que tradicionalmente está subordinado a un gobierno nacional y con territorialidad propia, como gobiernos de municipios, alcaldías, provincias, cantones, barrios, comunidades, departamentos, entidades federativas, entre otros. Generalmente a este tipo de gobierno se le llama «gobierno local». En este artículo no nos referiremos a los gobiernos nacionales ni a los esquemas supranacionales como parte de este concepto.

⁵³ LÓPEZ-VALLEJO, M., *op. cit.*, nota 13, p. 7. Véase también VAN DER HEIJDEN, J., *op. cit.*, nota 34, pp. 1-30.

⁵⁴ KARCH, A., *Democratic Laboratories: Policy Diffusion among the American States*, Michigan, University of Michigan Press, 2007. Véase BEETHAM, D., «Theorising Democracy and Local Government», en KING, D. y STOKER, G. (eds.), *Rethinking Local Democracy*, Houndmills, Macmillan Press, 1996, pp. 28-49.

⁵⁵ DENTERS, B., «Local Governance», en BEVIR, M. (ed.), *The SAGE Handbook of Governance*, Londres, SAGE, 2011, pp. 313-329.

⁵⁶ O'DONNELL, G., «Delegative Democracy?», *Working Paper No. 192*, Notre Dame, IN, Kellogg Institute for International Studies, 1993, pp. 1-17.

⁵⁷ KARCH, A., *op. cit.*, nota 54, pp. 28-49. Véase SIMMONS, B. A., DOBBIN, F. y GARRET, G., «Introduction: The International Diffusion of Liberalism», *International Organization*, vol. 60, 2006, núm. 4, pp. 781-810.

20. Como establece Morag I. Torrance⁵⁸, la glocalización es evidente cuando algunos bienes públicos que solían ser manejados directamente por los gobiernos (como la infraestructura de caminos), han tenido que proveerse en coproducción con compañías privadas, configurando nuevas redes productivo-geográficas. Estos nuevos espacios glocales, conectan a sus pobladores material y virtualmente con redes socioeconómicas, regulaciones e instituciones políticas y prácticas sociales⁵⁹, como en el caso de la migración, las remesas, el endurecimiento de las fronteras o prácticas religiosas transnacionales. En términos prácticos, los procesos de la globalización han cambiado los espacios territoriales, impactando la vida diaria de las personas. En ciudades latinoamericanas el panorama se complica en tanto las tensiones que surgen de estas relaciones no se resuelven en marcos completamente democráticos.

21. En la siguiente sección se analizarán algunas estrategias de gobiernos locales para transnacionalizarse y dotar de bienes públicos a la ciudadanía. Se partirá de las articulaciones entre los órdenes regulatorios e institucionales y las redes de producción glocales que los gobiernos transnacionalizados ejercen en dos espacios geográficos, la ciudad de Medellín en Colombia y el Estado de Jalisco en México.

4. GOBERNANZA ESCALAR EN ACCIÓN: GOBIERNOS TRANSNACIONALIZADOS EN AMÉRICA LATINA

22. Los gobiernos locales en América Latina son agentes que combinan simultáneamente prácticas de innovación en la provisión de bienes públicos con prácticas de corrupción y falta de transparencia. Por ello, parece importante resaltar algunos ejemplos de cómo la transnacionalización fue útil para tratar de evitar estas prácticas y centrarse en su objetivo primario: la dotación de bienes públicos. La glocalización de la producción no puede estar separada de la glocalización de los gobiernos y sus regulaciones⁶⁰, en tanto los gobiernos operan en red, vinculando espacios y flujos⁶¹. La siguiente sección explica algunas estrategias de gobernanza escalar en Medellín y en Jalisco.

4.1. Gobierno de Medellín, Colombia

23. El caso Medellín evidencia no solo la articulación entre redes productivas y marcos regulatorios, sino estrategias de gobernanza escalar que

⁵⁸ TORRANCE, M. I., «Forging Glocal Governance? Urban Infrastructures as Networked Financial Products», *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 32.1, 2008, pp. 1-21.

⁵⁹ SMITH, M. P., *Transnational urbanism. Locating globalization*, Oxford, Blackwell Publishing, 2001, p. 6.

⁶⁰ SWYNGEDOUW, E., *op. cit.*, nota 48, pp. 25-48.

⁶¹ BORJA, J. y CASTELLS, M., *op. cit.*, nota 47, pp. 1-5.

han ayudado a contrarrestar a las redes ilícitas del crimen organizado. A través de la frase «Medellín sin Fronteras,» establecido en el art. 19, Cuarto Tema del Plan de Desarrollo 2001-2003⁶², fue que esta localidad comenzó a vincularse con el exterior de manera institucionalizada. A partir de entonces, los gobiernos de Medellín comenzaron a transnacionalizarse mediante instituciones locales, como la Agencia de Cooperación de Medellín, creada en ese mismo año y dirigida por una Junta integrada por multiplicidad de actores sociales. Esta agencia fue fundada por cuatro entidades públicas, la Alcaldía de Medellín, Empresas Públicas de Medellín, el Área Metropolitana del Valle de Aburrá y Empresas Varias de Medellín. Durante los siguientes años, el gobierno de Medellín buscó asesoría de la Organización de Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) para consolidarse. El impulso a la Agencia de Cooperación como articuladora glocal se da en 2004 mediante el Plan de Desarrollo Medellín en donde se establece una estrategia llamada «Medellín integrada con la región y con el mundo»⁶³. Como resultado, en 2007 la otrora agencia de cooperación fue renombrada Agencia de Cooperación e Inversión de Medellín y el Área Metropolitana, coloquialmente referida como ACI⁶⁴ (Gobierno de Medellín, 2016).

4.1.1. *¿Heterarquía o jerarquía en la provisión de bienes públicos?*

24. La provisión de diversos bienes públicos desde el gobierno transnacionalizado de Medellín ha fluctuado entre procesos jerárquicos y heterárquicos. Dentro de los vínculos que los gobiernos de Medellín han forjado con el sistema de Naciones Unidas destacan las relaciones con la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito y las diversas agencias de la Organización de Naciones Unidas (ONU) que trabajan el tema de derechos humanos. Aunque la iniciativa provino directamente del gobierno de Medellín, visos de jerarquía existen en esta relación, en tanto ambas oficinas apoyan a los gobiernos locales en temas de seguridad, convivencia y lucha contra la trata de personas dotando de financiamiento y capacidades.

25. La relación heterárquica complementa el proceso jerárquico con instituciones internacionales. Medellín es pionero de relaciones intergubernamentales con otras regiones y con el gobierno del Departamento de Antioquia. Esta sinergia se lleva a cabo mediante la Red Antioqueña de Cooperación Internacional, fundada en el año 2000. Su objetivo ha sido la glocalización del desarrollo regional mediante la participación de diversas

⁶² GOBIERNO DE MEDELLÍN, *Plan de Desarrollo 2001-2003 Medellín Competitiva*, Medellín, Gobierno de Medellín, 2001, [http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/pd-medell%C3%ADn-antioquia-2001-2003-\(170%20p%C3%A1g%20-%20892%20kb\).pdf](http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/pd-medell%C3%ADn-antioquia-2001-2003-(170%20p%C3%A1g%20-%20892%20kb).pdf) (consultada el 18 de marzo de 2017).

⁶³ ZAMORA, E., «Bogotá, Cali y Medellín en el escenario internacional (2001-2012)», *Revista Desafíos*, vol. 28, 2016, núm. I, pp. 247-293.

⁶⁴ GOBIERNO DE MEDELLÍN, *Cooperación*, Medellín, Gobierno de Medellín-Agencia de Cooperación e Inversión de Medellín y el Área Metropolitana, 2016, <http://www.acimedellin.org/acerca-de-aci/informacion-institucional> (consultada el 18 de noviembre de 2016).

instituciones con enfoque social, como las cajas de compensaciones⁶⁵. Las relaciones de gobernanza escalar de este tipo tienden a distribuir el poder y la autoridad entre los agentes, como en el caso del gobierno de Medellín y su participación en una red de 60 instituciones aliadas, entre las cuales hay universidades en distintos países del mundo (por ejemplo, la Universidad de Duke o el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey, México), diversos gobiernos locales (por ejemplo, el Municipio de Murcia), empresas internacionales como Korea Land & Housing Corporation, fundaciones (por ejemplo, Salvi o la Fundación Bill Gates), organizaciones no gubernamentales, como HANDICAP Internacional y asociaciones de gobiernos locales con diferentes objetivos, como ICLEI, CGLU, ALLAS⁶⁶. El gobierno de Medellín también articula las redes transnacionales con redes locales como la «Alianza por la Equidad», la «Red Juntos», el proyecto «Sembrando Futuro» y «Medellín Solidaria»⁶⁷.

26. Así, la transnacionalización del gobierno ha implicado continuidad en los esfuerzos de glocalización de la zona en contextos nacionales adversos de violencia. La integración de la escala glocal también tiene sustento en una alianza público-privada para alinear programas internacionales con desarrollo local⁶⁸. En este sentido, se puede argumentar que el gobierno de Medellín combina relaciones de jerarquía con heterarquía para difuminar el poder y la condicionalidad típicamente proveniente de instituciones internacionales o de gobiernos nacionales. Con ello, logra trascender la marcada frontera entre agencia y estructura y dándole sustancia a la gobernanza escalar en tanto la escala está integrada de procesos jerárquicos y heterárquicos. En este caso es claro que la estrategia tiene que ver con proveer bienes públicos como la seguridad y la contención de la violencia.

4.1.2. *Arquitectura de la gobernanza escalar y la provisión de lo público*

27. El caso de Medellín presenta cómo los gobiernos transnacionalizados han podido crear escalas de gobernanza eficientes. La gobernanza escalar se ha ido construyendo con un fundamento transnacional en el que participan agentes relacionados heterárquicamente con agentes relacionados jerárquicamente. Esta gobernanza escalar ha tenido diversos resultados. Uno de ellos ha sido la apropiación de lo público por la sociedad, en tanto del 2012 al 2016, la ACI ha captado 31 millones de dólares en recursos de

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ MALÉ, J. P., CORS, C. y SANZ, V., *Internacionalización del gobierno local: Una política pública en construcción*, Ciudad de México, Gobierno del Distrito Federal y Proyecto ALLAS, 2014. Véase CASTRILLÓN, S., *op. cit.*, nota 3, pp. 46-65. Véase también GOBIERNO DE MEDELLÍN, *op. cit.*, nota 64, p. [...].

⁶⁷ CASTRILLÓN, S., *op. cit.*, nota 3, pp. 46-65.

⁶⁸ PARRA, L., GUTIÉRREZ, J. y LONGHURST, L., *Estrategias participativas para internacionalizar el territorio: Miradas desde América Latina y Europa*, Ciudad de México, Gobierno del Distrito Federal y Proyecto ALLAS, 2014, p. 71.

cooperación y 821 millones de dólares de inversión extranjera directa⁶⁹. Para fomentar la apropiación, el gobierno de Medellín impulsó el presupuesto participativo para que los ciudadanos definieran sus prioridades sobre la provisión de lo público en términos de gasto. Entre 2004 y 2011, las comunidades dentro de la ciudad decidieron sobre un 5 por 100 del presupuesto, lo que representó inversiones de 350 millones de dólares⁷⁰. Así se crearon centros comunitarios, centros de salud y centros para la juventud. Los bienes públicos se materializaron en los barrios, articulando territorios con alta criminalidad. Como establece Julio D. Dávila⁷¹, desde 1980 hasta el 2000, los habitantes de Medellín padecían desempleo, pobreza y violencia por disputas territoriales de los grupos de tráfico de droga y crimen organizado en un contexto de falta de oportunidades a la juventud. En términos territoriales, la ciudad estaba fragmentada en barrios cerrados donde vivían las clases medias y altas; en zonas del centro se encontraba el comercio informal, las pandillas armadas y las personas sin hogar fijo. Este escenario se complicaba cuando los paramilitares de derecha peleaban por el control de territorios en la ciudad con las milicias de izquierda en el contexto de producción y tráfico de drogas ilícitas.

28. A finales de la década de los noventa, la idea de recuperar espacios públicos parecía la única salida ante la violencia. Uno de las primeras acciones fue recuperar espacios para la movilidad de la ciudadanía. En esa misma década, la construcción del sistema del Metro representó la noción de «uniformidad» en el sentido de igualdad⁷². Para la década del 2000, el gobierno de la ciudad trabajó en la expansión y mejoramiento del servicio de transporte público sostenible integrado en la ciudad, con un nuevo tranvía y la expansión del Metro Cable. Ambos proyectos son resultado de la alianza entre la Agencia Francesa de Desarrollo, la Agencia de Cooperación e Inversión de Medellín y el Gobierno de Colombia. Estos servicios de transporte dan acceso a poblaciones en zonas relegadas y marginadas. Se espera que nuevas instituciones, como el Banco Interamericano de Desarrollo apoyen otros proyectos de este tipo⁷³.

29. A partir de la década del 2000, el gobierno se hizo presente como proveedor de lo público construyendo espacios públicos, bibliotecas públicas, escuelas, vivienda social o dando apoyo a micro-empresas y a proyectos

⁶⁹ GÓMEZ, C. M., «ACI captó US\$821 millones de inversión para Medellín en 4 años», *El Colombiano*, Medellín, 26 de enero de 2016, <http://www.elcolombiano.com/antioquia/medellin-capto-821-millones-de-dolares-en-inversion-en-4-anos-ML3490086> (consultada el 14 de abril de 2017).

⁷⁰ COUPÉ, F., BRAND, P. y DÁVILA, J. D., «Medellin: Institutional context and urban paradigm change», en DÁVILA, J. D. (ed.), *Urban Mobility and Poverty: Lessons from Medellin and Soacha, Colombia*, Londres, DPU-UCL y Universidad Nacional de Colombia, 2013, pp. 47-58.

⁷¹ DÁVILA, J. D., «Urban Fragmentation, “Good Governance” and the Emergence of the Competitive City», en PARNELL, S. y OLDFIELD, S. (eds.), *The Routledge Handbook on Cities of the Global South*, Abingdon, Routledge, 2014, pp. 474-486.

⁷² *Ibid.* Véase STEINEN, A., «Urban technology, conflict education, and disputed space», *Journal of Urban Technology*, vol. 16, 2009, núms. 2-3, pp. 109-142.

⁷³ GOBIERNO DE MEDELLIN, *op. cit.*, nota 64. Véase MALÉ, J. P., CORS, C. y SANZ, V., *op. cit.*, nota 66, pp. 54-55.

culturales⁷⁴. Esta recuperación de lo público fue trans-nacional, alcanzando también a los medellinenses en otros países. El programa «Sos Paisa» ha sido pionero en la región, pues trata a los migrantes en forma diferente a lo que normalmente se da en otros países latinoamericanos. Este programa representa a la Red de Antioqueños y Antioqueñas en el Exterior de la Alcaldía de Medellín y «es una iniciativa que busca unir a todos los paisas que viven en el exterior con su ciudad, convertirlos en buenos embajadores y propiciar su participación en nuestras propuestas de desarrollo»⁷⁵.

30. El caso de Medellín es emblemático en el contexto del proceso de paz en el país. Los gobiernos locales están tan transnacionalizados, que participar de la glocalización parece cotidiano. A fines del 2016, la Alcaldía de Medellín se reunía con representantes de la Misión de Naciones Unidas para Colombia y con el Gobierno Colombiano para la adecuación de cinco zonas de concentración para el desarme por parte de las FARC, abanderando la petición de información pública sobre este proceso⁷⁶.

4.2. Gobierno de Jalisco, México

31. El gobierno del Estado de Jalisco es pionero en el camino hacia la gobernanza escalar en México. Fue el primero en institucionalizar la capacidad local de firmar acuerdos internacionales, garantizada por la enmienda a la Ley de Celebración de Tratados de 1992, que incluye la figura de «acuerdo interinstitucional». Este tipo de figura legal otorga la capacidad a agencias y órdenes de gobierno en México para firmar acuerdos con contrapartes fuera del país, sin necesidad de ser ratificados por el Senado (como sí lo son los acuerdos y tratados internacionales firmados por el ejecutivo federal)⁷⁷.

32. Como resultado de la alternancia política en 1995 —la primera vez que un gobierno diferente al Partido Revolucionario Institucional (PRI) ganaba en Jalisco, tanto en la gubernatura como en la gran mayoría de cargos de elección popular— Jalisco cambia de enfoque con relación a sus vínculos con el exterior. Esta alternancia fijó el objetivo de transnacionalizar al gobierno, participar de la globalización, facilitando la apertura de participación democrática e impulsando la salida de la crisis económica del Estado (y del país). El nuevo gobierno se alineó al recién firmado Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en vigor desde 1994) para posicionar a Jalisco en el mundo, atrayendo inversión extranjera y promocionando al Estado⁷⁸. Como

⁷⁴ DÁVILA, J. D., *op. cit.*, nota 71, p. 478.

⁷⁵ GOBIERNO DE MEDELLÍN, *Sos Paisa*, Medellín, Alcaldía de Medellín, 2017, <http://www.sospaisa.com> (consultada el 28 de marzo de 2017).

⁷⁶ LAFM, «50 Representantes de la ONU están en Medellín para acompañar desarme de las Farc», LAFM, Medellín, 9 de diciembre de 2016, <http://www.lafm.com.co/nacional/50-representantes-la-onu-estan-medellin-acompanar-desarme-las-farc/> (consultada el 10 de marzo de 2017).

⁷⁷ Ley de Celebración de Tratados, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2 de enero de 1992.

⁷⁸ MORENO, R., «La vinculación internacional de Jalisco», en DÁVILA, C., SCHIAVON, J. A. y VELÁZQUEZ, R. (coords), *Diplomacia local. Las relaciones internacionales de las entidades federativas mexicanas*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, pp. 205-246.

resultado de esta estrategia, en 1997 se estableció en Jalisco la primera institución gubernamental de asuntos internacionales del país, la Dirección de Asuntos Internacionales (DAI), dependiendo directamente del Despacho del Gobernador.

4.2.1. *Arquitectura de la gobernanza escalar y la provisión de lo público*

33. En sus inicios, el gobierno de Jalisco ejercía la cooperación descentralizada a través de instrumentos como acuerdos de hermanamiento y acuerdos interinstitucionales de cooperación técnica. Sin embargo, a partir del 2001, el gobierno de Jalisco transita hacia esquemas de gobernanza escalar conformando espacios de interacción glocal. Esta transición se fundamentó en los tres pilares institucionales que ya funcionaban anteriormente con el objetivo de hacer de Jalisco una entidad competitiva mediante promoción en el extranjero: la Cadena Productiva de la Electrónica (CADELEC); el Centro Jalisciense de Diseño (dedicado a manufactura de innovación) y el Instituto de Fomento al Comercio Exterior del Estado de Jalisco (JALTRADE)⁷⁹. Sin embargo, la gobernanza escalar no ha podido consolidarse como en Medellín, debido a problemas de coordinación. La DAI, institución que pretendía jerarquizar la gobernanza, cedió su paso a diversas áreas gubernamentales con diferentes intensidades de transnacionalización.

34. Por ejemplo, para el tema de migrantes mexicanos a Estados Unidos hay diversas agencias gubernamentales involucradas. Por un lado, está la Coordinación de Atención a Jaliscienses en el Exterior (bajo la DAI), que atiende necesidades generales de los connacionales en Estados Unidos, principalmente. En segundo lugar, Jalisco cuenta con la Dirección de Proyectos de Emigrantes (bajo la Secretaría de Promoción Económica). Esta dirección tiene el objetivo de promover el buen uso de las remesas para proyectos productivos en las localidades de origen. Es en esta área en la que se administra el programa intergubernamental «3 x 1», que opera en el Estado desde el año 2000. Este programa, a cargo de la Secretaría Federal de Desarrollo Social, crea una bolsa común de recursos con participación de los migrantes (remesas), el gobierno federal, estatal y municipal. El objetivo es desarrollar proyectos productivos, de infraestructura social, o de servicios comunitarios en las comunidades de origen de los migrantes⁸⁰. En tercer lugar, está la Dirección de Relaciones Internacionales de la Secretaría de Educación Pública, encargada del Programa Binacional de Educación Migrante México-Estados Unidos (PROBEM JAL). Así también, hay más de 160 clubes de migrantes en Estados Unidos atendidos por diversas áreas del gobierno de Jalisco⁸¹.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 211.

⁸⁰ SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL, *Conoce más el 3 x 1 para migrantes*, Ciudad de México, 2016, <http://www.3x1.sedesol.gob.mx/conoce.php?secc=0> (consultada el 2 de diciembre de 2016).

⁸¹ MORENO, R., *op. cit.*, nota 78, p. 221.

35. Como propone Daniel Villarruel⁸², cuando se revisan los más de 120 acuerdos interinstitucionales y de hermanamiento de Jalisco, disponibles en el Registro de Acuerdos Institucionales de la Secretaría de Relaciones Exteriores, otras áreas del gobierno del Estado también participan de la glocalización. Las Secretarías de Salud y de Cultura, la de Turismo y la de Desarrollo Rural cuentan con vínculos internacionales. Es sintomático que la DAI no es la oficina que se relaciona con la Secretaría de Relaciones Exteriores federal, quien coordina la actividad internacional de gobiernos locales en México. Esta intensa relación se ha desarrollado mediante la Dirección General de Desarrollo Municipal de Jalisco. Así también, la promoción hacia la glocalización municipal ha venido por parte del gobierno del Estado. Esta promoción es visible en los Planes Estatales de Desarrollo de 2001-2007 y de 2007-2013, en donde se establece la necesidad de crear redes interurbanas locales mediante ONU Hábitat, URBAL, METROPOLIS y otras asociaciones internacionales de municipios⁸³.

36. Esta fragmentación todavía sitúa a Jalisco en un Estado de gobernanza escalar incipiente. Sin embargo, el Estado cuenta con algunas iniciativas que lo impulsan a transitar hacia marcos más integrales de gobernanza. Los temas que se articulan naturalmente en estos nuevos esquemas son los bienes públicos prioritarios para el gobierno estatal en tanto son los que aportan al Producto Interno Bruto del Estado: inversión y remesas.

4.2.2. *¿Heterarquía o jerarquía en la provisión de bienes públicos?*

37. Los obstáculos de fragmentación y falta de coordinación del gobierno de Jalisco hablan de relaciones jerárquicas que rigen los procesos de gobernanza del Estado. En un intento por salir de esta jerarquía y compensarla con relaciones heterárquicas, el gobierno de Jalisco ha dado algunos pasos importantes. Un primer paso se da mediante la transversalidad institucional para atender la migración mediante la articulación entre Casa Jalisco JALTRADE (especialmente mediante su oficina en Chicago), la Coordinación de Promoción Externa e Inversión (parte de la Secretaría de Promoción Económica), la Dirección de Proyectos Emigrantes (programa 3 x 1) y el área de Atención a Jaliscienses en el Exterior (bajo la DAI), que fungen como una red de gobernanza glocal para articular el tema con la inversión social y productiva. Esta oficina, que originalmente tenía el objetivo de atracción de inversión, ahora crea redes de negocios con empresas, con migrantes y con estudiantes en Estados Unidos⁸⁴. Adicionalmente, en

⁸² VILLARRUEL, D., *Paradiplomacia: la actividad internacional del Gobierno del Estado de Jalisco*, Guadalajara, Universidad de Guadalajara, 2010.

⁸³ Véanse ambos planes estatales de desarrollo en GOBIERNO DE JALISCO, *Plan Estatal de Desarrollo 2001-2007*, Guadalajara, 2001. GOBIERNO DE JALISCO, *Plan Estatal de Desarrollo 2007-2013*, Guadalajara, 2007.

⁸⁴ GOBIERNO DE JALISCO, *Casa Jalisco en los Estados Unidos-Matriz Chicago, Illinois, Guadalajara*, Gobierno de Jalisco, 2012, <http://transparencia.info.jalisco.gob.mx/sites/default/files/Casa%20Jalisco%20en%20Estados%20Unidos%202011%20y%202012.pdf> (consultada el 16 de abril de 2017).

2016 Jalisco se incorpora a la Red Global MX, «que sirve como puente para el desarrollo económico y social a nivel estatal mediante la vinculación de mexicanos altamente calificados que viven en el exterior con el ecosistema de emprendimiento y promoción de la ciencia y la tecnología»⁸⁵, articulando el tema migratorio con el educativo. Todas estas instancias relacionan las redes sociales de migrantes y producción, tratando de borrar la brecha entre lo local y lo global, así como fortalecer lazos intergubernamentales (con el gobierno federal y con los municipales). Jalisco ha aprovechado el contexto político en Estados Unidos a partir de la elección presidencial de 2016. Mediante giras de negocios, el gobierno invita a empresas tecnológicas a situarse en el Estado, garantizando conectividad y fuerza laboral altamente calificada.

38. Un segundo paso son las redes que el gobierno de Jalisco ha formado con la Unión Europea, especialmente en comercio, negocios e inversión, así como sobre temas de democratización y derechos humanos. Desde 2002, el Estado crea el Centro de Información y Difusión de la Unión Europea (CI-DUE) y la Oficina Comercial SEPROE-Jalisco en Madrid⁸⁶ para diversificar sus relaciones económicas y aprovechar el Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea de 1999 (parte del Acuerdo Global con la Unión Europea), así como participar en su renegociación (llevada a cabo en 2016 y 2017). Tradicionalmente, los gobiernos locales en México no participan de las negociaciones de los tratados de libre comercio que firma el gobierno federal. Sin embargo, sí participan en su implementación y aprovechamiento de los mismos. Es irónico que la petición de la Unión Europea para incluir a los gobiernos locales en México en la renegociación (situación que se percibe como jerárquica) pueda resultar en dotarle a agentes como el gobierno de Jalisco con la autoridad y legitimidad suficientes para consolidar relaciones heterárquicas con otros actores institucionales dentro de la misma administración del gobierno o con redes socio-productivas fuera.

39. Tres obstáculos siguen sin salvarse en el camino de Jalisco hacia la gobernanza escalar. A pesar del alto nivel de transnacionalización del gobierno de Jalisco, existe el problema de la fragmentación de la provisión de bienes públicos. El segundo obstáculo que está siendo estratégicamente abordado es que la relación glocal de Jalisco se ha dirigido hacia socios locales, estatales y privados, pero ha participado poco con instituciones internacionales del sistema de Naciones Unidas. Recientemente el gobierno de Jalisco ha trabajado con la Organización de Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), ONU Hábitat, así como con la Organización de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF). Jalisco es el primer Estado en México que firma un convenio con la Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos, que fiscalizará las adquisiciones para proyectos

⁸⁵ INSTITUTO DE MEXICANOS EN EL EXTERIOR, *La SRE, el Gobierno del Estado de Jalisco y el IME Inauguran NODO*, Ciudad de México, 2016, <https://www.gob.mx/ime/prensa/la-sre-el-gobierno-del-estado-de-jalisco-y-el-ime-inauguran-nodo> (consultada el 2 de abril de 2017).

⁸⁶ MORENO, R., *op. cit.*, nota 78, pp. 205-246.

de transporte público (por ejemplo, el nuevo Tren Ligero)⁸⁷. Este es un buen incentivo para que la sociedad encuentre transparencia en el gasto público, siendo que el problema de la corrupción en el país abrumba a todos los órdenes de gobierno. El tercer obstáculo tiene que ver con el enfoque para la provisión de bienes públicos: solo se utiliza la gobernanza escalar para los temas que representan fondos públicos para el gobierno del Estado (inversión y migración), pero no para problemas como el narcotráfico, la inseguridad y violencia. De esta manera, la gobernanza escalar se fragmenta, creando *building blocks* poco eficientes y desvinculados con otros problemas sociales importantes para el Estado.

5. CONCLUSIONES

40. La gobernanza escalar necesita gobiernos transnacionalizados. Por su parte, Medellín es un ejemplo a seguir de gobernanza escalar. Las alianzas integradas por redes articuladas que incluyen a poblaciones vulnerables han resultado exitosas. La apropiación de lo público ha ido más allá de atraer inversión; ha implicado la fiscalización y participación de dicha inversión en proyectos sociales. Aunado a esto, Medellín ha utilizado la glocalización para hacer frente al crimen organizado y a la violencia derivada del tráfico de drogas ilegales. Ante la transnacionalización consolidada de esta ciudad, el reto será utilizar la glocalización para integrar a nuevas poblaciones vulnerables resultado de la pacificación del país.

41. En países como México, solo algunos gobiernos están transnacionalizados. El caso de Jalisco es *sui generis* en tanto su internacionalización comienza con la alternancia política en un contexto de apertura comercial nacional y de lenta democratización. El gobierno de Jalisco ha visto las relaciones formales con socios internacionales como una herramienta de la glocalización, no como una estrategia integral en sí misma⁸⁸. Evidencia de ello ha sido la fragmentación de lo público hacia los dos temas prioritarios del Estado, migración e inversión extranjera directa (siendo los rubros que mayores ingresos dan al gobierno). La transnacionalización del gobierno de Jalisco ha sido intensa, pero falta consolidar la gobernanza escalar para conectar las redes sociales y de producción con marcos regulatorios. Hay visos de esta tendencia representados por las Casas Jalisco JALTRADE, que vinculan ambos temas en localidades estadounidenses. La transnacionalización del gobierno de Jalisco está en vías de consolidarse en tanto el gobierno de esa entidad está articulando las redes que formó anteriormente con sus objetivos regulatorios establecidos en los planes de desarrollo. Sin embargo, Jalisco todavía no ha tomado la experiencia de Medellín para utilizar la glocalización como estrategia para garantizar prosperidad y sobre todo abordar el tema del crimen

⁸⁷ GOBIERNO DE JALISCO, *UNOP-ONU fiscaliza su primera licitación pública en México*, Guadalajara, 2016, <http://www.jalisco.gob.mx/prensa/noticias/22578> (consultada el 16 de abril de 2017).

⁸⁸ VILLARRUEL, D., *op. cit.*, nota 82, p. 68.

organizado y la violencia que los carteles de la droga generan en la entidad mexicana⁸⁹.

42. Hay algunas similitudes en ambos casos, pues tanto Medellín como Jalisco han tenido continuidad en su estrategia de glocalización⁹⁰, han intensificado su participación en redes, han consolidado marcos regulatorios y han tratado de buscar esquemas más amplios e integrales de gobernanza escalar. La atracción de inversión en ambos casos también se ve como un bien público, en tanto ha consolidado nichos de negocios, ha dado empleo y en algunos casos está vinculado con desarrollo de sociedades vulnerables.

43. Una diferencia sustancial entre ambos casos es el contexto institucional nacional. Las actividades internacionales y glocales de los gobiernos locales en México están sustentadas en un marco jurídico que las impulsa, tanto por el federalismo como por instrumentos específicos (figura de acuerdos interinstitucionales). Solo algunos gobiernos locales se han transnacionalizado tanto desde inicios del siglo XXI, que han trascendido las actividades meramente de cooperación técnica hacia la articulación de intereses sociales. Esta situación, además de los limitados recursos con que cuenta el área de Coordinación Política de la Secretaría de Relaciones Exteriores en México, ha hecho difícil darle seguimiento y controlar las iniciativas de este tipo. El caso colombiano es diferente, pues la descentralización de poderes y fiscal, en un Estado unitario, fue impulsada por una coalición de gobiernos locales a principios de la década de los noventa⁹¹. La territorialización de ambos casos también es diferente, en tanto un gobierno representa a una ciudad y otro a un Estado federado. Sin embargo, ambos esquemas logran distribuir recursos de redes de producción hacia grupos vulnerables, en el caso de Jalisco estos grupos principalmente son transnacionales.

44. En este punto es necesario presentar los límites de la gobernanza escalar para evitar romantizar el papel de los gobiernos locales en la provisión de lo público. En primer lugar, la «sobre-articulación» de procesos pueden llevar al traslape o a la contraposición de marcos regulatorios. Esto fuerza a los gobiernos locales a escoger portafolios de instrumentos públicos *ad hoc*. En segundo lugar, la articulación de la gobernanza lícita con gobernanza ilícita es otra de las alertas. Más allá de la corrupción, la provisión de males públicos (por ejemplo, tráfico de drogas o de personas) puede integrarse en las escalas de gobernanza, legitimando las actividades ilícitas y creando mercados híbridos⁹².

⁸⁹ MAZZITELLI, A. L., *¿Mafias en México?*, Ciudad de México, Oficina de la Organización de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2016, pp. 29-51, http://www.casade.org/PublicacionesCasade/Atlas2016/Antonio_Mazzitelli.pdf (consultada el 16 de abril de 2017).

⁹⁰ ZAMORA, E., *op. cit.*, nota 63, pp. 247-293.

⁹¹ FALLETTI, T. G., *Decentralization and Subnational Politics in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, p. 140.

⁹² HALL, T., *op. cit.*, nota 15, pp. 366-385. Véase BACH, D., «New Regionalism as an alias: Regionalization through Trans-state Networks», en GRANT, A. y SÖDERBAUM, F. (eds.), *The new regionalism in Africa*, Surrey, Ashgate Publishing, 2003, pp. 21-30.

45. El concepto de escalas ha sido también debatido, en tanto es complejo ubicar a las redes (generalmente heterárquicas) con marcos regulatorios (generalmente jerárquicos). Sin embargo, este artículo recupera ambas concepciones para, dentro del marco de la gobernanza, pensar las escalas como un espacio en donde ambos convergen, pero sosteniendo que la jerarquía siempre estará presente, ya sea en los marcos regulatorios o en las redes mismas. Asumir la existencia de jerarquías implica reconocer fenómenos como desigualdad y exclusión. Sin embargo, incorporar una lógica de articulación reticular con marcos regulatorios, también implica buscar la provisión de bienes públicos para resolver estas tensiones. El análisis y la práctica de la creación de escalas glocales por parte de gobiernos transnacionalizados parece lograr este cometido en tanto traslapa la agencia con la estructura. Este traslape ocurre a diferentes ritmos, tiempos e intensidades con diferentes agentes. La articulación de estas escalas puede alinear la definición y provisión de lo público en beneficio de las sociedades, así como trascender la frontera entre agencia y estructura.

RESUMEN

EN LA FRONTERA DEL DEBATE GLOBAL-LOCAL: LA PROVISIÓN DE BIENES PÚBLICOS DESDE LA GOBERNANZA ESCALAR

La gobernanza local marca una frontera clara entre la agencia y la estructura, es decir, entre lo global y lo local. En esta división, ¿dónde situar la consecución del bien público? ¿La provisión de bienes públicos será responsabilidad de la gobernanza global o de la local? Ante esta dicotomía, nuevos enfoques de gobernanza tratan de dispersar esta frontera para explicar «lo público» de manera integral. En este artículo se argumenta que es necesario situar a los gobiernos locales en escalas de gobernanza transnacionales que articulan órdenes regulatorios con redes socio-productivas en espacios geográficos determinados. En este escenario, la gobernanza escalar no puede funcionar sin traslapar la agencia y la estructura para la provisión de bienes públicos. Esto supone que la dicotomía global-local no es viable y es sustituida por procesos glocales. Este artículo presenta los casos de los gobiernos de Medellín, Colombia y de Jalisco, México, para evidenciar cómo estos gobiernos: 1) pretenden transnacionalizarse para diseñar arquitecturas de gobernanza escalar, y 2) proveen bienes públicos mediante la combinación de relaciones jerárquicas y heterárquicas con distintos agentes.

Palabras clave: gobernanza local, gobernanza escalar, agencia-estructura, bien público, glocalización, Medellín, Jalisco.

ABSTRACT

IN THE FRONTIER OF THE GLOBAL-LOCAL DEBATE: PROVISION OF PUBLIC GOODS FROM SCALAR GOVERNANCE

Local governance sets a clear border between agency-structure and between global-local. Where to situate public goods in this division? The provision of public goods is under global or local governance? Facing this dichotomy, new governance approaches try to diffuse this border to comprehensively explain what is meant by «public goods.» This article argues that it is necessary to situate local governments within transnational scales of gover-

nance which articulate regulatory settings with socio-productive networks in specific geographical spaces. In this scenario, scale governance cannot work without overlapping the agency and the structure to provide public goods. This assumes that the dichotomy global-local is not useful anymore but it is substituted with glocal processes. This article presents the cases of the governments of Medellín, Colombia and Jalisco, Mexico to evidence how they: 1) pretend to become transnationalized to design scale governance architectures and 2) provide public goods through the combination of hierarchical and heterarchical relations with a diversity of agents.

Keywords: local governance, scale governance, agency-structure, public good, Medellín, glocalization, Jalisco.

LA CIBERSEGURIDAD Y EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC) POR EL TERRORISMO

Sagrario MORÁN BLANCO *

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS.—2. EL ESPACIO CONFIGURADOR DE LA CIBERSEGURIDAD: EL CIBERESPACIO.—2.1. Las oportunidades y beneficios de las TIC en la Sociedad Internacional a la luz de eventuales actos terroristas.—2.2. Protección de las infraestructuras críticas y las dificultades del terrorismo para realizar ciberataques.—3. USO DE LAS TIC POR LOS ACTORES NO ESTATALES VIOLENTOS: CIBERTERRORISMO.—3.1. Ciberterrorismo y la complejidad de su definición.—3.2. Los fines de las TIC por parte de los Grupos Terroristas Yihadistas.—4. RESPUESTA POLÍTICO-JURÍDICA AL DESAFÍO DEL CIBERTERRORISMO.—4.1. Principales instrumentos y políticas contra el ciberterrorismo.—4.2. La incompleta acción judicial de carácter estatal contra el ciberterrorismo.—4.3. Regulación de los cibercafés y otros lugares: carencias y obstáculos.—4.4. Regulación del delito de incitación a cometer actos de terrorismo a través de las TIC.—4.5. La insuficiencia de instrumentos jurídicos de carácter internacional y regional para combatir el uso de las TIC por el terrorismo.—5. CONCLUSIONES.

1. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. Por los progresos tecnológicos y científicos descubiertos y aplicados en la realidad cotidiana internacional, asistimos, desde finales del pasado siglo, a una revalorización de nuevas dimensiones de la seguridad que permiten que se hable, en la actualidad, de su carácter multidimensional¹. Una

* El presente trabajo se realizó en el marco del Proyecto de Investigación I+D DER 2014-55848-P, titulado «Actores Económicos Internacionales y Derechos Humanos», así como dentro del proyecto de Investigación Red de excelencia Nuevos Desafíos del Derecho Internacional (DER 2015-69273-REDT). Sagrario Morán Blanco es Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Correo electrónico: mariasagrario.moran@urjc.es. Todas las páginas *web* han sido consultadas por última vez el 13 de junio de 2017.

¹ Entre otros, BUZAN, B., «New Pattern of Global Security in the Twenty-First Century», *International Affairs*, vol. 67, 1991, núm. 3, p. 433; GREBOSZ ANDREJHAZZ, M., «Mutidimensional Character of Globalization», *Zeszyty Naukowe Politechniki Łódzkiej, Organizacja I Zarządzanie*, vol. 59, 2015, núm. 1.196, p. 14; ZIETEK, A. W., «Cultural Security: How to analyze it?», Paper to be presented at the 8th Pan-European Conference on International Relations: *One International Relations or Many? Multiple Worlds, Multiple Crisis*, University of Warsaw, 2013.

de las últimas dimensiones de la seguridad es la conocida como «ciberseguridad», es decir, la seguridad del ciberespacio, el «nuevo» espacio surgido a partir de la aparición de esas herramientas que se han convertido en indispensables para el funcionamiento de las sociedades actuales, además de factores estratégicos de primer orden: las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC). Hoy todos los sectores sociales y económicos dependen de la infraestructura de la información y de las telecomunicaciones².

2. Las amenazas presentes desde tiempos «inmemoriales» en la sociedad internacional también han penetrado en el ciberespacio, consiguiendo poner en peligro los sistemas informáticos de las empresas e instituciones públicas y, por extensión, a los propios Estados. Las TIC se han convertido, así, en uno de los grandes desafíos de la seguridad por el uso que el terrorismo o la delincuencia hacen de estas para el logro de sus objetivos. El ciberespacio es el «nuevo» terreno donde se desarrollan las «guerras» financieras, energéticas, empresariales, mediáticas, porque esta dimensión espacial se ha convertido en una parte esencial de nuestras sociedades, además de ser un factor determinante en la evolución de las culturas e, incluso, de su convergencia futura³. En pocas palabras, se ha fomentado, en la actualidad, la aparición de un nuevo espacio relacional generador de oportunidades y riesgos⁴.

3. El objetivo de este trabajo es, precisamente, analizar los beneficios y las ventajas de las TIC en la sociedad internacional y, sobre todo, el uso que los diferentes grupos terroristas hacen de ellas, con el fin de promover y favorecer sus objetivos, generando, a su vez, la aparición de nuevos riesgos, retos y amenazas como el «ciberterrorismo». Por esto, se examinan los marcos e instrumentos político-jurídicos y la práctica de los Estados, también la adoptada en el seno de los organismos internacionales; para hacer frente a este reto de carácter transnacional.

2. EL ESPACIO CONFIGURADOR DE LA CIBERSEGURIDAD: EL CIBERESPACIO

4. El espacio donde se desenvuelve esta nueva dimensión de la seguridad, que es la ciberseguridad, se denomina, como ya hemos dicho, ciberespacio, «nombre por el que se designa al dominio global y dinámico compuesto por las infraestructuras de tecnología de la información —incluida Internet—, las

² SUÁREZ-MIRA, C., «Internet y derecho penal: viejos y nuevos delitos», en FERNÁNDEZ, J. y SANSÓ-RUBERT, D. (eds.), *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela-CESEDEN, 2010, pp. 103-124.

³ Véanse AZNAR, F., *Entender la guerra en el siglo XXI*, Madrid, Editorial Complutense, 2011; y BECK, U., *Sobre el terrorismo y la guerra*, Madrid, Paidós, 2003.

⁴ Véase JOYANES AGUILAR, L. (coord.), «Ciberseguridad, Retos y amenazas a la Seguridad Nacional en el Ciberespacio», *Cuadernos de Estrategia*, 2010, núm. 149, *passim*; y «Conectividad, Convergencia, Seguridad e Integración: Un marco para la evolución de las TIC», *Cuadernos OPTI*, 2005, p. 56.

redes y los sistemas de información y de telecomunicaciones»⁵. El ciberespacio, que no entiende de fronteras, difumina las que existen en los espacios terrestre, marítimo o aéreo, permitiendo a sus usuarios participar en una globalización total que comporta numerosos beneficios pero, también, relevantes amenazas y riesgos.

5. El ciberespacio se puede definir como una realidad espacio-virtual, que no tiene una localización física y que abarca los sistemas de información y comunicación contenidos en la Red. De esta nueva dimensión del espacio dependen, también, nuestros servicios básicos, infraestructuras críticas, economía y progreso como sociedad. Por tanto, «la tecnología es el elemento físico básico, configurador del ciberespacio»⁶ o, dicho de otra forma, las TIC se configuran como el elemento físico que hace posible el ciberespacio y, desde finales de los años ochenta, este nuevo espacio ha demostrado ser un medio de comunicación dinámico y con capacidad para llegar a todos los rincones del planeta⁷. Ahora bien, el ciberespacio tiene una serie de características y, entre ellas, están la ausencia del espacio físico y del tiempo, «la deslocalización, la transnacionalidad, la neutralidad y la descentralización»⁸.

6. Aunque los beneficios de las TIC son numerosos, sin embargo, rápidamente hemos sido conscientes de que la misma tecnología que facilita la comunicación puede explotarse con fines terroristas y delincuenciales. En efecto, las TIC se han convertido en un instrumento del que se sirven los radicales para conseguir sus objetivos. Este nuevo escenario, que facilita el intercambio de información y de la comunicación entre ciudadanos, empresas e instituciones públicas, y que alberga información valiosa y sustenta servicios estratégicos; conlleva, al mismo tiempo, serios riesgos y amenazas que pueden afectar a la seguridad nacional e internacional. Esto nos revela que hay vulnerabilidades a la privacidad y seguridad de las personas. Por ello, hay que unir todos los esfuerzos posibles para desmantelar el riesgo que se puede dar si los «ciberterroristas» y «ciberdelincuentes» hacen realidad sus planes y objetivos.

7. En esta línea, se ha dicho que el ciberespacio «capacita a muchos sujetos —y no solo a los Estados— para acceder a un arma cibernética con capacidad de realizar acciones susceptibles de ser calificadas como ataques,

⁵ El término se usó por primera vez por William Gibson en 1984 en *Neuromante*. Véase el documento «Estrategia de Ciberseguridad Nacional, 2013», Capítulo I, p. 9, en <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/20131332estrategiadeciberseguridadx.pdf>.

⁶ *El uso de Internet con fines terroristas*, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Naciones Unidas, 2013, p. 3.

⁷ MOLINA MATEOS, J. M., «Globalización, Ciberespacio y estrategia. Especial consideración a la estrategia de la información», *Documento Opinión*, núm. 100/2014, de 12 de septiembre, p. 20. Véase COULDRY, N. y CURRAN, J., *Contesting Media Power. Alternative Media in a Networked World*, Nueva York, Rowman Littlefield Publishers, 2003.

⁸ BLASCO, A. J., *¿Qué es Internet? En principios de derecho de Internet*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 30-98. En RAMOS ALONSO, I., «Terrorismo Yihadista y Nuevas Tecnologías», *Documento del Centro Criminal para el estudio y prevención de la delincuencia de la Universidad Miguel Hernández*, 2016, p. 3.

agresiones o usos de la fuerza armada en el contexto internacional»⁹. Mas, en particular, como señala Ángel Gómez de Ágreda, el ciberespacio «vive en un estado permanente de agresión en el que todos los usuarios, sea cual sea su nivel, son susceptibles de recibir ataques con relativa independencia de su grado de protección»¹⁰. Por todo, queda claro que el reto que tenemos por delante es conformar un ciberespacio seguro, libre y pacífico.

8. Ahora bien, definir el ciberespacio obliga, también, a catalogar otros conceptos como es el de «ciberarma», puesto que en esta nueva dimensión del espacio se producen ataques. Margarita Robles Carrillo señala, a estos efectos, que el «Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que es el máximo responsable en materia de mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, no ha querido o no ha tenido ocasión de pronunciarse calificando una acción cibernética como un uso de la fuerza, una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión»¹¹. De tal forma que procede afirmar que las obligaciones adquiridas por los Estados en el marco de Naciones Unidas (Capítulo VII) se extienden al ciberespacio¹².

9. Nuestra asignatura aún pendiente es definir el concepto de «arma cibernética», esto es, cómo se califica jurídicamente una acción cibernética capaz de constituir un uso de la fuerza prohibido por las normas del Derecho internacional (DI)¹³. En este sentido, es fundamental tener en cuenta que en el entorno virtual todo es más ambiguo, porque una misma acción puede cumplir diferentes funciones. Una acción en Internet puede ser un acto de guerra o un acto de espionaje, indistintamente. Aunque «su calificación dependerá de la intención del autor», no debemos perder de vista que, «los efectos de la acción cibernética se manifiestan también como un elemento clave para determinar su naturaleza como acción armada»¹⁴.

10. En resumen, el examen de la práctica internacional nos revela que «no hay un concepto de ciberarma definida jurídicamente, aceptado institucionalmente o compartido doctrinalmente». Una acción cibernética puede ser calificada como cibercriminalidad, ciberespionaje, ciberterrorismo, etc. Con ello, se aprecia que no es fácil definir y catalogar todo aquello que sucede en el ciberespacio y que, en consecuencia, esto permanece como tarea pendiente si se quieren combatir, con eficacia, los actos terroristas que se producen en ese espacio.

⁹ ROBLES CARRILLO, M., «El concepto de arma cibernética en el marco internacional: una aproximación funcional», *Documento de Opinión 101/2016 del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2016, p. 13.

¹⁰ GÓMEZ DE ÁGREDA, A., «El ciberespacio como escenario de conflictos. Identificación de las amenazas», en *El ciberespacio. Nuevo escenario de confrontación*, Madrid, Monografías del CESEDEN, 2012, p. 180.

¹¹ ROBLES CARRILLO, M., *op. cit.*, nota 9, pp. 6-7.

¹² En la Cumbre del G-7 celebrada en Ise-Shima, Japón, en mayo de 2016, se adoptaba una declaración conjunta sobre los principios y acciones en el ciberespacio. En *ibid.*, p. 7.

¹³ *Ibid.*, pp. 9-12. Véase también SILVER, D. N., «Computer Network Attack as a use of Force under Article 2(4) of the United Nations Charter», *International Law Studies*, vol. 76, 2002, p. 74.

¹⁴ ROBLES CARRILLO, M., *op. cit.*, nota 9, p. 17.

2.1. Las oportunidades y beneficios de las TIC en la Sociedad Internacional a la luz de eventuales actos terroristas

11. desarrollo de las TIC ha generado un nuevo espacio de relación que brinda evidentes beneficios y ventajas, también en el plano internacional. Entre ellas se pueden destacar, al menos, las siguientes:

12. Primera, la rapidez y facilidad de los intercambios de información y comunicaciones. Las noticias de un atentado las podemos tener actualizadas al segundo en las páginas de cualquier periódico o canal de televisión o radio y, del mismo modo, los terroristas pueden comprobar, en tiempo real y casi al instante, las reacciones que provocan sus acciones en la comunidad internacional.

13. Segunda, la ubicuidad y el bajo coste es otro de los principales factores de las ventajas de las TIC. La tecnología de Internet hace que resulte fácil para una persona comunicarse con relativo anonimato. Precisamente por ello, los terroristas y delincuentes no dudan en trasladar sus acciones al ciberespacio, explotando las posibilidades de anonimato que este ofrece. Hay que destacar, también, que muchas de las herramientas utilizadas por los terroristas y delincuentes pueden obtenerse de forma gratuita o a un coste muy reducido. Políticos y responsables policiales reconocen «que usando fuentes abiertas y sin actuar ilegalmente es posible obtener hasta el 80% de la información necesaria sobre el enemigo»¹⁵. El uso de tecnologías de cifrado de datos (encriptado), por parte de los terroristas, para ocultar sus comunicaciones en Internet dificulta, asimismo, su identificación y detención. Todo parece indicar que la aplicación de mensajería gratuita, *Telegram*, habría sido una de las herramientas utilizadas por los terroristas que planificaron el atentado contra la revista satírica *Charlie Hebdo* (París), en enero de 2015¹⁶. Pero, también, en el atentado de Londres, en marzo de 2017, se comprobó como el terrorista que lo llevó a cabo utilizó *WhatsApp*, justo antes del ataque.

14. Por último, la efectividad y el impacto son notas características de las TIC. Los terroristas y delincuentes han comprobado que sus acciones criminales consiguen un gran impacto en la comunidad internacional gracias a su difusión a través de las TIC. El principal objetivo del terrorismo, que no es otro que aterrorizar a la población a través de sus atentados, es más «sencillo» que nunca gracias al efecto multiplicador del miedo que los atentados tienen gracias a las TIC. Recordemos el sentimiento de terror que generó la visualización, a través de las redes sociales, del degollamiento del periodista norteamericano, James Foley, en agosto de 2014, por un terrorista del *Estado Islámico de Iraq y el Levante* (ISIS).

¹⁵ GUTIÉRREZ, A., «¿Cómo el terrorismo islamista usa Internet?», en *file://Dialnet-Como ElTerrorismoIslamistaUsaInternet-4111887.pdf*.

¹⁶ Para las consecuencias de este atentado, en perspectiva jurídica: DÍAZ GALÁN, E. C., «Bombardeos en Siria e Iraq: la aparición de nuevos componentes normativos para la licitud o ilicitud del uso de la fuerza en el orden internacional», *REDI*, vol. 68, 2016, núm. 1, pp. 231-235.

2.2. Protección de las infraestructuras críticas y las dificultades del terrorismo para realizar ciberataques

15. El objetivo dirigido a atacar, desde el ciberespacio, los lugares más sensibles de un Estado, es decir, todo aquello que compromete a sus sectores estratégicos, no parece posible para los terroristas y delincuentes, a día de hoy. En concreto, las actividades realizadas por este medio resultan más fáciles de detectar por las agencias de Seguridad o de la Policía, mediante el rastreo de las tarjetas de crédito, cuentas bancarias, teléfonos móviles, etc. En realidad, la posibilidad del uso del ciberespacio por organizaciones terroristas para llevar a cabo ataques contra sistemas informáticos, cuya hipótesis más peligrosa sería un ataque contra alguna infraestructura crítica, parece difícil. De hecho, podemos constatar que, hasta la fecha, no se ha materializado¹⁷.

16. No olvidemos, a estos efectos, que los grupos terroristas no gozan de personal altamente cualificado en las nuevas tecnologías. A ello se suma el factor, quizá más notable, que consiste en que «la mayoría de los sistemas informáticos sensibles, como por ejemplo los del Ministerio de Defensa de Estados Unidos o de los servicios de inteligencia, no están conectados a Internet. Son lo que se denomina *air-gapped systems*, por lo que no pueden sufrir un ataque dirigido desde la Red»¹⁸. Estos sistemas manejan lo que se conoce como infraestructuras críticas (servicios de emergencia, financieros, de materiales peligrosos, etc.). En suma, no se aprecia peligro real tanto por la formación y preparación de los terroristas como por la protección de la que gozan los sistemas sensibles.

17. No obstante, estas observaciones no eliminan por completo la amenaza porque el ciberterrorismo no descarta la posibilidad de utilizar el ciberespacio como un objetivo en sí mismo para la perpetración de ataques contra servicios esenciales o infraestructuras críticas. Está claro que el fin de los Estados es hacer un uso seguro de los Sistemas de Información y Telecomunicaciones, fortaleciendo las capacidades de prevención, defensa, detección y respuesta a los ciberataques, por lo que es necesario que los Sistemas TIC de las Administraciones públicas y de las empresas e infraestructuras críticas posean el adecuado nivel de ciberseguridad.

¹⁷ El Plan Nacional de Protección de Infraestructuras Críticas (PNPIC) 2007 las define como: «Aquellas instalaciones, redes, servicios y equipos físicos y de tecnología de la información cuya interrupción o destrucción tendría un impacto mayor en la salud, la seguridad o el bienestar económico de los ciudadanos o en el eficaz funcionamiento de las instituciones del Estado y de las Administraciones Públicas». Este Plan fue revisado a través de la Instrucción 01/2016, de 10 de febrero. Actualmente el PNPIC aprobado el año pasado es fruto del Sistema de Protección de Infraestructuras Críticas «emanado de la Ley 8/2011, PIC».

Para conocer qué es una infraestructura crítica europea (ICE) véase la Directiva europea 2008/114/CE, de 8 de diciembre, sobre «Identificación y designación de infraestructuras críticas europeas y evaluación de la necesidad de mejorar su protección», https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/crisis-and-terrorism/critical-infrastructure_en.

¹⁸ SANSÓ-RUBERT, D., «Yihadismo e internet, un nuevo espacio para la acción terrorista», en FERNÁNDEZ, J. y SANSÓ-RUBERT, D. (eds.), *op. cit.*, nota 2, p. 72. Véase WALDEN, I., *Computer Crimes and Digital Investigations*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

18. Una de las principales amenazas a la seguridad de las TIC son los ciberataques, entendidos como «cualquier tipo de maniobra ofensiva hecha por individuos u organizaciones que atacan a sistemas de información como lo son infraestructuras, redes computacionales, bases de datos que están albergadas en servidores remotos, por medio de actos maliciosos usualmente originados de fuentes anónimas que también roban, alteran o destruyen un blanco específico mediante *hackeo* de un sistema vulnerable»¹⁹. En otros términos, un ciberataque se refiere a la explotación deliberada de redes informáticas como medio de lanzar un ataque a un objetivo determinado, con capacidad para poner en riesgo la seguridad nacional de los Estados. Estos ataques suelen buscar el crear disfunciones en los sistemas de ordenadores, mediante el uso de técnicas de piratería informática, virus informáticos, etcétera.

19. Los conflictos del mundo físico o real tienen su continuación en el mundo virtual del ciberespacio. Unos ataques que, en ocasiones, son realizados por los propios Estados, por ser estos quienes disponen de capacidades y conocimientos de inteligencia para realizarlos. Pero, asimismo, los Estados pueden ser objetivo de ciberataques que pueden complicar el funcionamiento de sus sociedades. La práctica nos revela que, en los últimos años, se han detectado ciberataques contra las infraestructuras críticas de Estados o contra objetivos muy concretos, pero igualmente estratégicos. Los delitos informáticos y los ciberatacantes han experimentado, sin duda, una tendencia creciente y han evolucionado en sus objetivos, organización, sofisticación, complejidad y coordinación²⁰. Un caso especialmente conocido, que cabe recordar, fue el ataque a parte del ciberespacio de Estonia, en 2007, que supuso la inutilización temporal de muchas de las infraestructuras críticas del país báltico. Pero, la mayor parte de los incidentes de seguridad han tenido y tienen como consecuencia el robo de datos de usuarios, a pesar de las medidas de protección adoptadas por los sistemas.

20. Todo ello ha generado un incremento en la regulación civil y penal sobre los delitos en la Red, además de que se establezcan estándares y normativas de seguridad. Más allá, la guerra puede desarrollarse también hoy en parte en esta nueva dimensión espacial que es el ciberespacio. Hablaríamos entonces de la ciberguerra, un aspecto de la guerra que implica, entre otras cosas, «el sabotaje y bloqueo de sistemas, el robo de propiedad intelectual y las actividades de inteligencia sobre personas y proyectos»²¹. En la práctica, estaríamos ante un tipo de guerra con características nuevas y muy diferentes a la convencional, al desarrollarse también en lo que se considera el quinto terreno (el cibernético, junto a los ya tradicionales tierra, mar, aire y espacio)²².

¹⁹ Véase http://tvpacifico.mx/portal/noticias_display/168117/estas-companias-fueron-afectadas-por-el-ciberataque.

²⁰ *Estudio sobre la Cibercriminalidad en España*, Madrid, Ministerio del Interior, 2015, p. 42.

²¹ «Cyber War: Definitions, Deterrence, and Foreign Policy», *Hearing Before The Committee On Foreign Affairs House of Representatives. First Session, September 30, 2015*, p. 12.

²² Alejandro Suárez Sánchez-Ocaña llama al ciberespacio «el quinto elemento». En SUÁREZ SÁNCHEZ-OCAÑA, A., *El quinto elemento: Espionaje, ciberguerra y terrorismo. Una amenaza real e inminente*,

Incluso, en ocasiones, podemos ver cómo una agresión militar convencional podría venir acompañada —en el antes o el después— de un ciberataque. En esta línea, el *Informe sobre Cibercriminalidad* de 2015 afirma que, durante ese año y 2014, el sector energético fue el más atacado por los ciberdelincuentes²³.

3. USO DE LAS TIC POR LOS ACTORES NO ESTATALES VIOLENTOS: CIBERTERRORISMO

21. Las TIC constituyen un medio, un fin o una combinación de ambos, utilizadas tanto por las organizaciones terroristas como por las delictivas para lograr sus objetivos. Las características de deslocalización, transnacionalidad, neutralidad y descentralización del ciberespacio favorecen al terrorismo que se adapta a dicha estructura, complicando la labor policial para combatirlo. De hecho, tanto los grupos terroristas como delincuenciales han reconocido la importancia estratégica y táctica del ciberespacio para sus intereses y, en los últimos años, se han incrementado los delitos informáticos ejecutados por ambos grupos²⁴.

3.1. Ciberterrorismo y la complejidad de su definición

22. Está claro que las organizaciones terroristas son actores de carácter no estatal que aprovechan y se benefician de las vulnerabilidades tecnológicas, convirtiendo al ciberespacio en un nuevo campo de acción²⁵. Eso explica que se acuñaran, coincidiendo con la aparición de Internet en los años ochenta, los términos de «ciberterrorismo» y «ciberdelincuencia». Ambas realidades son, hoy, verdaderas amenazas que conllevan la utilización de las TIC como herramientas clave para la realización de actividades de propaganda, comunicaciones internas, formación y adoctrinamiento, financiación, radicalización, reclutamiento y obtención de información, principalmente, por parte de los grupos terroristas delincuenciales.

Barcelona, Planeta, 2015. MOLINA, L., «Conflictos bélicos e internet», en FERNÁNDEZ, J. y SANSÓ-RUBERT, D. (eds.), *op. cit.*, nota 2, pp. 27-42; COLE, R. *et al.*, «Social engineering: the human element in information warfare CS4235a», *Information Warfare Group*; y HARTWING, R. P., *Cyber Risks. The Growing Threat*, Insurance Information Institute, 2013.

²³ *Estudio sobre la Cibercriminalidad...*, *op. cit.*, nota 20, p. 66. Mención especial merece el conocido como «Manual de Tallín», elaborado por un grupo de expertos independientes en el 2013, donde explican cómo aplicar las normas del Derecho internacional a las ya entonces llamadas guerras cibernéticas, *Tallin Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, 2.^a ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2017. Otro estudio de gran relevancia es BOOTHBY, S. H., «Methods and Means of Cyber Warfare», *International Law Studies*, núm. 89.

En <https://www.usnwc.edu/getattachment/e14a7a47-a925-445c-8015-9a4ce67cce34/methods-and-means-of-cyber-warfare.aspx>.

²⁴ Se aprecia un «proceso progresivo de cambio de la ciberdelincuencia individual a la estructurada y organizada por grupos criminales»: véase *Estudio sobre la Cibercriminalidad...*, *op. cit.*, nota 20.

²⁵ Véase por su interés con el tema que se aborda TORRES SORIANO, M. R., «Cómo contener a un Califato virtual», *Cuadernos de Estrategia*, 2016, núm. 180, pp. 167-194.

23. No existe, sin embargo, una definición universalmente aceptada del «ciberterrorismo» ni, tan siquiera, una aproximación conceptual que haya conseguido el suficiente consenso en la comunidad internacional, aunque desde los años ochenta se han formulado varias definiciones doctrinales e institucionales de esta realidad. En particular, tras los atentados terroristas del 11-S, la Unión Europea (UE) definió el ciberterrorismo como «el empleo de las TIC, por parte de grupos terroristas, para la consecución de sus objetivos; utilizando Internet como instrumento de comisión del delito o como acción del delito»²⁶. Esto implica el uso de las TIC como instrumento de apoyo a los objetivos terroristas, así como herramienta de ataque directo a infraestructuras críticas. En verdad, las TIC no se presentan como un método de ataque sino, en concreto, como un arma para magnificar los atentados terroristas, difundir el terror entre la comunidad internacional, reclutar e incluso formar y financiar²⁷.

24. Desde la perspectiva doctrinal, merece la pena reseñar que, algunos autores han señalado que el ciberterrorismo es «la convergencia entre el terrorismo y el ciberespacio: una conjunción de fuerzas que, utilizando las ventajas y capacidades del terrorismo físico, ahora basado en fallas y vulnerabilidades tecnológicas, logra intimidar o presionar a un Estado y sus ciudadanos»²⁸. En otras palabras, el ciberterrorismo es una actividad terrorista que se ejecuta en el mundo virtual, en el ciberespacio. Pero, aunque no se haya alcanzado una definición aceptada en la práctica internacional, sí podemos determinar el contenido de lo que se entiende por ciberterrorismo en el orden internacional. Así, podemos comprobar cómo, en los últimos tiempos, se procede a la detención de presuntos miembros de ISIS por realizar labores íntegramente en el ciberespacio, alentando el reclutamiento de nuevos miembros entre sus contactos y seguidores, así como incitando a la comisión de actos terroristas de cualquier índole en nombre de ISIS²⁹.

25. Conscientes de esta realidad, los terroristas prestan cada vez más atención a la seguridad y utilizan medios más complejos. El dominio informático es clave para estos grupos, ya que pueden actuar desde cualquier punto del planeta y establecer una red terrorista «virtual»³⁰. En ocasiones, su

²⁶ Propuesta de Decisión Marco del Consejo, relativa a los ataques de los que son objeto los sistemas de información, de 19 de abril de 2002 [COM (2002) 173 final].

²⁷ Véase DOGRUL, M., ASLAN, A. y CELIK, E., «Developing an International Cooperation on Cyber Defense and Deterrence against Cyber Terrorism», en *3rd International Conference on Cyber Conflict*, 2011, p. 32.

²⁸ DENNIS, D. E., *Information Warfare and Security*, Addison Wesley, 1998; y CAVALLER, V., CANO, J. y SABILLON, R., «Cibercrimen y ciberterrorismo: dos amenazas emergentes en un contexto global», en VELASCO, F., NAVARRO, D. y ARCOS, R. (eds.), *La Inteligencia como disciplina científica*, Madrid, Plaza y Valdés, 2010, p. 505.

²⁹ En 2015, el Gobierno español elevó a cuatro el nivel de alerta antiterrorista. El Ministerio del Interior puso en marcha la iniciativa *Stop Radicalismos*, a través de la cual los ciudadanos pueden proporcionar de forma confidencial y segura información sobre casos de radicalización en su entorno. En http://politica.elpais.com/politica/2017/02/07/actualidad/1486454847_476862.html.

³⁰ HEISBOURG, F., *Hiperterrorismo, la nueva guerra*, Colombia, Espasa, 2003, p. 135. Véase por su interés científico el artículo del Prof. JIMÉNEZ GARCÍA, F., titulado «Combatientes terroristas extranjeros

preocupación por la seguridad queda patente por el uso de numerosas líneas telefónicas utilizando identidades falsas. No obstante, el uso de los servicios de indización, como los buscadores de Internet, también hace que sea más fácil descubrir y obtener contenido relacionado con el terrorismo³¹. Por tanto, para los diferentes grupos terroristas que actúan en la sociedad internacional, Internet y en definitiva las TIC, se han convertido en un «arma» esencial para el desarrollo de su estrategia terrorista.

26. Con ello, el terrorista dirige su mirada, en la actualidad, al ciberespacio al que ha convertido en un nuevo campo de acción. Sabedor de los daños enormes que puede causar, utiliza las TIC, no tanto para perpetrar delitos graves, como ya hemos dicho, sino para llevar a cabo actividades de apoyo como, por ejemplo, expandir su mensaje, multiplicar el terror psicológico, captar a jóvenes interesados en adherirse a su causa y formar a individuos que se encuentran en diferentes lugares para que se conviertan en combatientes de la *yihad global*. El ciberterrorismo persigue crear terror en el ciberespacio para luego plasmar sus objetivos en el mundo real.

27. El uso del ciberespacio brinda numerosos beneficios a las organizaciones terroristas³², aunque también recibe muchas críticas. Así, Daniel Sansó-Rubert considera como «manifestaciones exageradas» las amenazas sobre el ciberterrorismo y afirma que expandir el miedo sobre el ciberterrorismo «es una forma de ganar apoyo político para la sanción de leyes, que otorguen mayor discrecionalidad a los organismos de seguridad al amparo de la lucha antiterrorista»³³. Queda claro, entonces, que detrás de esto hay intereses de sectores tanto públicos como privados. A pesar de todo, no se puede obviar que el ciberterrorismo es una amenaza y que no todo es producto de estrategias e intereses.

3.2. Los fines de las TIC por parte de los Grupos Terroristas Yihadistas

28. El examen del uso específico que las diferentes organizaciones terroristas hacen de las TIC, nos permite perfilar los fines que estas organizaciones persiguen con el empleo de las TIC. Sobre esta base podemos subrayar lo siguiente.

29. En primer lugar, uno de los principales usos de las TIC por las organizaciones terroristas es la difusión de propaganda. Esta puede incluir contenidos como comunicaciones de audio e imágenes de vídeo de actos de violencia, presentaciones en las que los terroristas imparten instrucción ideo-

y conflictos armados: utilitarismo inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas», *REDI*, vol. 68, 2016, núm. 2, pp. 277-301.

³¹ «IOCTA 2015, Internet Organized Crime Threat Assessment», European Police Office, 2015.

³² HEISBOURG, F., *op. cit.*, nota 30, p. 134.

³³ SANSÓ-RUBERT, D., *op. cit.*, nota 18, pp. 73-74.

lógica, explican, justifican, muestran su estilo de vida, proyectando siempre una imagen idealizada y atractiva; y alientan al usuario a unirse a su causa. Como señala Javier Jordán, «la propaganda que se distribuye a través de esas comunidades virtuales transmite elementos racionales, emocionales y cognitivo-normativos y dicha comunicación pública refuerza los valores y convicciones del imaginario yihadista y justifica las conductas transgresoras, permitiendo que los procesos de radicalización sean en algunos casos de carácter autodidacta»³⁴.

30. Todos los contenidos expuestos y reflejados pueden distribuirse usando una «amplia gama de herramientas, tales como sitios *web* protegidos por contraseña, salas de charlas y foros de acceso restringido, revistas en línea»³⁵. En particular, *Twitter* se presenta como la gran protagonista y un canal privilegiado³⁶. Como menciona Carlos Suárez-Mira Rodríguez, el terrorismo ha encontrado en la Red «un prodigioso instrumento de propagación y ejecución»³⁷. Más aún, de tal modo es así que se ha podido decir que hasta el 60 por 100 de los terroristas detenidos en 2004 y 2010 manifestaron haber utilizado Internet y las redes sociales en su proceso de radicalización. Es probable que esta cifra haya aumentado desde entonces.

31. Por ello, conviene distinguir entre la mera propaganda y el material destinado a incitar a otros a cometer actos de terrorismo. En los Estados occidentales se considera que el uso de propaganda con el fin de incitar a otros a cometer actos de terrorismo es punible y perseguible³⁸. Más allá, los contraargumentos y otras comunicaciones estratégicas pueden ser un medio eficaz de desbaratar el proceso de radicalización e inculcación de ideales extremistas, que a su vez pueden manifestarse en actos de terrorismo. Por ello, desde distintos ámbitos se aboga por el uso de estrategias que contrarresten la propaganda terrorista vía *online* a través de programas dirigidos a prevenir la radicalización. En esta dirección, podemos mencionar, en la práctica española, el *Plan Estratégico Nacional de Lucha contra la Radicalización Violenta*, elaborado por el Ministerio del Interior Español.

32. En segundo lugar, el terrorismo yihadista utiliza el ciberespacio como su campo de acción o plataforma para el reclutamiento. A través de la

³⁴ JORDÁN, J., «Proceso de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles», *Revista de Psicología Social*, vol. 24, 2009, núm. 2, pp. 197-216.

³⁵ WEIMANN, G., *Terror on the Internet: The new challenges*, Washington D. C., Instituto de la Paz de los Estados Unidos, 2006, pp. 37-38; y BARRANCO, D., «Los *Community manager* del terror: La propaganda *online* de ISIS y su ofensiva sobre Iraq», *Instituto de Estudios Estratégicos*, 2014.

³⁶ BERGER, J. M., «The ISIS Twitter census defining and describing the population of ISIS supporters on Twitter», Brookings, 2015.

³⁷ SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C., «Internet y el Derecho Penal: Viejos y nuevos delitos», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J. J. (dir.), *Internet, un nuevo horizonte para la Seguridad y la Defensa*, Santiago de Compostela, Servicio de Publicaciones de Intercambio Científico de la Universidad de Santiago de Compostela, 2010, p. 122.

³⁸ Según un estudio realizado por Oliver Roy, «la mayor parte de los sitios *webs* de contenido pro-selitista vinculado a organizaciones terroristas yihadistas no provienen del mundo musulmán, sino que están alojados en países anglosajones»: véase SANSÓ-RUBERT, D., *op. cit.*, nota 18, p. 63.

Red los terroristas pueden reclutar y entrenar a nuevos miembros, comunicarse entre ellos, transmitir información sobre planes de actos terroristas, investigar o reconocer blancos potenciales. Todo ello a un coste mínimo, y valiéndose de las características propias que ofrece Internet: inmediatez, accesibilidad global y anonimato³⁹. Las redes sociales son fundamentales para grupos como ISIS y, en concreto, los ciberforos de acceso restringido ofrecen a los potenciales reclutas «un lugar para enterarse de la existencia de organizaciones terroristas y prestarles apoyo, así como para participar en acciones directas en pos de objetivos terroristas»⁴⁰. Así lo ha expresado Naciones Unidas en diferentes informes y resoluciones, desde principios del siglo XXI, en los que señala expresamente la importancia de la lucha contra el uso terrorista de Internet como elemento clave de una amplia estrategia contra el terrorismo⁴¹. En esta línea, algunas resoluciones del Consejo de Seguridad (CS), inciden en esta cuestión, entre las que destaca la Resolución 1963 (2010)⁴².

33. En tercer lugar, las organizaciones terroristas como *Al Qaeda* o *ISIS* utilizan, cada vez más, a las TIC como campamentos de entrenamiento virtuales y adiestramiento. Se ha dicho, con razón, que «hay una gama cada vez mayor de medios de comunicación que proporcionan plataformas para la difusión de guías prácticas en forma de manuales en línea, ficheros de audio y vídeo, materiales de información y asesoramiento»⁴³. Estas páginas *webs* ofrecen, también, conocimientos e instrucciones sobre temas como la forma de «fabricar explosivos, cómo realizar secuestros, utilizar armas de fuego, métodos para no ser detenidos, cómo planear y ejecutar ataques terroristas». Recordemos que *Inspire*, como ejemplo destacado, fue una revista en línea supuestamente publicada por *Al-Qaeda en la Península Arábiga*, con el objetivo declarado de permitir a los musulmanes entrenarse para la *yihad* en su casa⁴⁴.

34. Por último, según Naciones Unidas, otra de las funciones que cumple la Red para los grupos terroristas y las nuevas tecnologías es la relativa a la financiación. Por ejemplo, ISIS utiliza Internet para financiar actos de te-

³⁹ Véase GERWEHR, S. y DALY, S., «Al Qaida: terrorist selection and recruitment», en KAMIEN, D. (ed.), *The McGraw-Hill Homeland Security Handbook*, Nueva York, McGraw Hill, 2006, p. 83; Grupo de Expertos en materia de radicalización violenta de la Comisión Europea, «Radicalization processes leading to acts of terrorism», 2008; y en www.clingendael.nl/publications/2008/20080500_cscp_report_vries.pdf.

⁴⁰ KOHLMAN, E. F., «The real online terrorist threat», *Foreign Affairs*, vol. 85, 2006; KOHLMAN, E. F., «Al Qaida's My Space Terrorist recruitment on the Internet», *CTC Sentinel*, vol. 1, 2008, pp. 8-9; y GÖHEL, S. M., «The Internet and its role in terrorist recruitment and operational planning», *CTC Sentinel*, vol. 2, 2009, pp. 12-15.

⁴¹ Resolución 60/825 de la Asamblea General, «Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo», Informe del Secretario General, de 27 de abril de 2006, párr. 38.

⁴² S/RES/1963 (2010).

⁴³ *The use of the Internet for terrorist purposes*, Nueva York, Publicaciones de las Naciones Unidas, 2012, p. 8.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 8. Véase CONWAY, M., «Terrorist "use" of the Internet and fighting back», *Information & Security*, vol. 19, 2006, pp. 12-14.

rorismo. La recaudación de fondos y recursos «puede clasificarse en cuatro categorías: la recaudación directa, el comercio electrónico, el empleo de los servicios de pago en línea y las contribuciones a organizaciones benéficas»⁴⁵. La recaudación directa se lleva a cabo utilizando métodos como el «*crowdfunding*» y a través de salas de charla, páginas *web* y redes sociales o mensajes dirigidos a simpatizantes solicitando donaciones. El comprador puede realizar el pago a través de transferencia bancaria electrónica, una vía que permiten algunas plataformas de comunicación y páginas *web*, o a través de tarjeta de crédito u otro tipo de procedimientos de pago ofrecidos por *Skype* o *Pay Pal*⁴⁶.

35. En suma, la práctica internacional nos revela la trascendencia de las TIC como vehículo, al menos, de proselitismo, información, reclutamiento y financiación por parte de los terroristas. Para contrarrestarlo se precisa de la acción coordinada y conjunta de toda la comunidad internacional, respetando, eso sí, los derechos humanos, y siempre en consonancia con las obligaciones contraídas en virtud del DI⁴⁷. Pero, los grupos terroristas saben que el ciberespacio les puede pasar factura ya que sus mensajes, publicados a través de las TIC, pueden ser rastreados por los servicios de inteligencia y de la policía, y facilitar su detención⁴⁸.

4. RESPUESTA POLÍTICO-JURÍDICA AL DESAFÍO DEL CIBERTERRORISMO

36. Los Estados están obligados a articular un sistema nacional de «ciberseguridad» que gestione, con eficacia, los riesgos que amenazan el ciberespacio. El fortalecimiento de la «ciberseguridad» proporciona a las Administraciones públicas, al tejido industrial y empresarial, a la comunidad científica y a los ciudadanos en general, una mayor confianza en el uso de las TIC. Por ello, los organismos públicos responsables reconocen la importancia que tiene trabajar en coordinación con el sector privado y con los propios ciudadanos, para garantizar la seguridad y la confiabilidad de los sistemas que sustentan la llamada Sociedad de la Información. Ahora bien, el logro de un ciberespacio más seguro y fiable solamente es posible mediante el refuerzo de la colaboración y la cooperación internacionales, creando relaciones de confianza, sobre todo entre los Estados, para el intercambio de información y de los datos esenciales en materia de «ciberseguridad».

⁴⁵ *The use of the Internet...*, *op. cit.*, nota 43, p. 7.

⁴⁶ Véase Informe del Secretario General sobre «la amenaza que plantea ISIS para la paz y la seguridad internacionales y las actividades que realizan las Naciones Unidas en apoyo de los Estados para combatir la amenaza», S/2016/92.

⁴⁷ MARTÍN MARTÍNEZ, M., «Terrorismo y Derechos Humanos en la UE y en el Consejo de Europa: ¿Marco de Referencia Mundial?», en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Bilbao, Publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2009, *passim*.

⁴⁸ «Investigations Involving the Internet and Computer Network», Instituto Nacional de Justicia, p. 10.

37. Por ello, se han adoptado instrumentos de carácter internacional en la lucha contra el terrorismo en los que, en algunos casos, se contienen mecanismos amplios para la cooperación internacional en los procesos penales relacionados con el terrorismo. Estos instrumentos prevén figuras como la extradición, la asistencia judicial recíproca, la ejecución recíproca de sentencias, la remisión de actuaciones penales y el traslado de las personas condenadas o el intercambio de información entre los organismos encargados de hacer cumplir la ley⁴⁹. Pero junto a estos avances, en el ámbito normativo, Naciones Unidas desempeña un papel fundamental impulsando el intercambio de información y las buenas prácticas entre los Estados e intentando, al mismo tiempo, tejer un consenso sobre enfoques comunes para combatir el uso de las TIC por el terrorismo⁵⁰. Con este objetivo, precisamente, se elaboró la *Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el terrorismo*, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 60/288, en 2006⁵¹.

4.1. Principales instrumentos y políticas contra el ciberterrorismo

38. En la lucha contra el ciberterrorismo los Estados aplican políticas antiterroristas de «infiltración y monitorización», dirigidas por los centros de inteligencia y agencias policiales, con el fin de prevenir posibles atentados terroristas y obtener pruebas que ayuden en la instrucción judicial; y, también, llevan a cabo las políticas contraterroristas dirigidas a la creación de cuerpos e instituciones especializadas. En este sentido, en España destaca el *Mando Conjunto de Ciberdefensa* (MCCD) o la *Oficina de Coordinación Cibernética* (OCC), creada en 2014, que es el órgano técnico de coordinación del Ministerio del Interior en materia de ciberseguridad. Podemos recordar, también, que en los Estados Unidos se han creado varios centros como el *US Cyber Threat Intelligence Integration Center* (CTIIC).

39. En el marco de la UE se puso en marcha, el 11 de enero de 2013, el *Centro Europeo sobre la Cibercriminalidad* (EC3). Este Centro representa a la comunidad policial de la UE en áreas de interés común: requerimientos, gobernanza de Internet y desarrollos legislativos; y está ubicado en las dependencias de Europol. En particular, el EC3 orienta su trabajo contra la criminalidad cometida por grupos organizados, en especial aquellos que generan importantes beneficios procedentes de actividades ilícitas, como el fraude *online*⁵². Además,

⁴⁹ *International Cooperation in criminal matters: Counter-terrorism*, United Nations Office on Drugs and Crime, 2013, *passim*.

⁵⁰ En <http://www.unodc.org/documents/terrorism/Publications/FAQ/Spanish.pdf>.

⁵¹ A/RES/60/288. El Quinto Examen de la Estrategia Global de las Naciones Unidas contra el terrorismo se realizó el 1 de julio de 2016.

⁵² Ya en 2004, la UE creó la Agencia Europea de Seguridad de las Redes y de la Información (ENISA): véase DO L núm. 77, de 13 de marzo de 2004. En 2013 se aprobó el Reglamento (UE) núm. 526/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, relativo a la Agencia de Seguridad de las Redes de la Información de la Unión Europea (ENISA) y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 460/2004 (DO L núm. 165, de 18 de junio de 2013).

se ha aprobado la *Agenda Europea de Seguridad (2015-2020)*, un instrumento que establece las bases para la cooperación y acción conjunta de la Unión Europea en relación con la seguridad⁵³. Esta Agenda establece prioridades como la lucha contra el terrorismo y prevenir la radicalización. En clara relación con estos objetivos, se enmarcan el *Programa Europeo de protección de Infraestructuras Críticas* y el *Programa de protección de Infraestructuras TIC*⁵⁴. El examen de estos programas nos revela que se contemplan acciones que están básicamente destinadas hacia la prevención de la amenaza. Entre estas acciones, destacan «los ciber ejercicios de adiestramiento que realiza la UE, tanto a nivel continental como con EEUU»⁵⁵.

40. Además de estos instrumentos, políticas e iniciativas, debemos destacar cómo algunos Estados, entre ellos Francia, Reino Unido, Alemania, España, los Estados Unidos, Israel, Corea del Sur; y organismos internacionales como la OTAN, ONU y la UE, han aprobado sus propias estrategias nacionales o específicas de ciberseguridad, es decir, han adoptado «marcos normativos, planes y estrategias concretas para la defensa del ciberespacio». El objetivo central de estos instrumentos no es otro que dar respuesta al reto de preservar el ciberespacio y, con ello, expresar de forma objetiva la voluntad política de los Gobiernos y de los organismos internacionales más comprometidos con la ciberseguridad.

41. En España se aprobó la *Estrategia de Ciberseguridad Nacional* de 2013⁵⁶, cuyo objetivo es lograr que se haga un uso seguro de los Sistemas de Información y Telecomunicaciones, fortaleciendo las «capacidades de prevención, detección, reacción, defensa, detección, análisis, investigación, recuperación y respuesta a los ciberataques»⁵⁷ porque, precisamente, a este fin debe servir la Política de Ciberseguridad Nacional. Además, el documento nos ofrece un marco normativo que regula el ciberespacio y su seguridad.

42. También la UE elaboró la *Estrategia de Ciberseguridad*, en 2008, donde se establecen los activos que hay que proteger, haciendo hincapié en la protección de los derechos fundamentales, la libertad de expresión, los datos personales y la intimidad. Desde la óptica de la UE en la lucha contra el terrorismo, el respeto por los derechos humanos y el Estado de Derecho son parte integrante, puesto que el Estado de Derecho debe protegernos pero, también, debe estar sometido a controles para evitar abusos de poder. En este sentido, el desarrollo y la aplicación de leyes que penalizan la incitación a cometer actos de terrorismo, sin dejar por ello de proteger derechos humanos como

⁵³ *Estudio sobre la Cibercriminalidad...*, op. cit., nota 20, p. 22.

⁵⁴ Véase en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3A133260>.

⁵⁵ OLVERA GORTS, M., «Ciberterrorismo: la respuesta de la Unión Europea en el ámbito de las infraestructuras críticas», *Red SAFE WORLD*, 2011, en <http://www.belt.es/imagenes/ciberterrorismo-monica-olvera.pdf>.

⁵⁶ En http://www.lamoncloa.gob.es/documents/seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblebpdf.pdf. CARO BEJARANO, M. J., «Estrategia de Ciberseguridad Nacional», *Documento de Análisis del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013, núm. 65.

⁵⁷ DE SALVADOR CARRASCO, L., «Los problemas estructurales en el planteamiento de la Ciberseguridad», *Documento Marco del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2014, núm. 9, p. 7.

es la libertad de expresión, entre otros, presentan un reto constante para los encargados de formular políticas, los juristas, y en general los responsables de hacer cumplir la ley⁵⁸.

43. En relación con la UE, conviene destacar, asimismo, la aprobación de varias Comunicaciones presentadas a principios del segundo decenio del siglo XXI. Entre ellas, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 22 de noviembre de 2010, en la que se proponen cinco objetivos estratégicos a lograr entre 2011 y 2014, con sus correspondientes líneas de acción, siendo los más destacables: prevenir el terrorismo y abordar su captación. También, recordemos la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, de 30 de marzo de 2009, sobre protección de infraestructuras críticas de información, titulada: «Proteger Europa de ciberataques e interrupciones a gran escala: aumentar la preparación, seguridad y resistencia». Y, por último, la Comunicación, de 31 de marzo de 2011, sobre la protección de infraestructuras críticas de información, titulada: «Logros y próximas etapas: hacia la ciberseguridad global», en la que se nos ofrece y facilita una clasificación de la amenaza cibernética así como los logros conseguidos en este campo⁵⁹. Por tanto, la UE ha hecho notables esfuerzos en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia informática que se traducen, en esencia, en la definición de una terminología común al respecto, creando un marco de referencia compartido que facilita la defensa ante el ciberterrorismo y la persecución de los delitos de ciberdelincuencia. Sin embargo, no existe una estrategia integral europea específica en materia de «ciberseguridad».

44. En relación con la OTAN, esta organización lleva organizando congresos de ciberseguridad desde comienzos del siglo XXI y en la Cumbre de Praga, en 2002, decidió aplicar un programa global de coordinación de la ciberdefensa y diseñar un sistema de protección defensivo contra ataques informáticos. No obstante, la OTAN se enfrentó con el problema de manera evidente en la Cumbre de Bucarest de 2008 en la que declara que: «Se mantiene comprometida con el fortalecimiento de los sistemas de información crítica de la Alianza contra ciberataques». Ese mismo año el Consejo del Atlántico Norte firma la «Política de Ciberdefensa de la OTAN», con el objetivo de mejorar su sistema defensivo contra ciberataques. Por entonces, ya había tenido lugar el ataque informático contra Estonia, verdadero hecho impulsor en la decisión de la OTAN de definir un nuevo concepto estratégico de política de ciberdefensa. El último impulso en este ámbito se producía en la Cumbre de Varsovia de diciembre de 2016, en la que la Alianza reconocía al ciberespacio como el quinto dominio de las operaciones militares⁶⁰.

⁵⁸ En la *Estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo*, A/RES/60/288, se afirma que las «medidas eficaces contra el terrorismo y la protección de los derechos humanos no son objetivos contrapuestos, sino que se complementan y refuerzan mutuamente».

⁵⁹ OLVERA GORTS, M., *op. cit.*, nota 55. Véase «Código de Derecho de la Ciberseguridad», Instituto Nacional de Seguridad, 2016, *passim*.

⁶⁰ Véase al respecto, http://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_133169.htm. GANUZA ARTILES, N., «La situación de la ciberseguridad en el ámbito internacional y en la OTAN», en *Ciberseguridad*:

4.2. La incompleta acción judicial de carácter estatal contra el ciberterrorismo

45. En el ciberespacio resulta clave detectar, investigar y perseguir las actividades terroristas y delictivas que tienen lugar, sobre la base de un marco jurídico y operativo eficaz. El uso de las TIC por estos grupos criminales es un problema transnacional que requiere una respuesta integrada a través de las fronteras y, por ello, exige una plena cooperación entre los distintos sistemas nacionales de justicia penal. Ahora bien, la particularidad del medio donde llevan a cabo sus actividades los ciberterroristas, «rompe los esquemas de investigación y enjuiciamiento conocidos, ya que el cibercrimen no tiene fronteras, por lo que el principio de territorialidad del Derecho pierde parte de su significado»⁶¹. Desde el punto de vista jurídico, las TIC han dado lugar a la aparición de nuevas formas de comisión delictiva.

46. Naciones Unidas ha dejado claro, en los instrumentos político-jurídicos que ha adoptado, que una respuesta eficaz de la justicia penal a las amenazas que plantea el uso de las tecnologías de la información y de la comunicación por los diferentes grupos terroristas precisa que los Estados establezcan políticas y leyes nacionales objetivas dirigidas, fundamentalmente, al logro de los siguientes objetivos: «a) la penalización de los actos ilícitos cometidos por terroristas a través de Internet o servicios conexos; b) el otorgamiento de facultades especiales de investigación a los organismos de seguridad encargados de las investigaciones relacionadas con el terrorismo; c) la regulación de los servicios relacionados con Internet [...] y el control del contenido; d) la facilitación de la cooperación internacional; e) el desarrollo de procedimientos especializados judiciales o probatorios, y f) la observancia de las normas internacionales de derechos humanos»⁶². Sin embargo, hasta principios del siglo XXI, no existía una legislación específica sobre esta cuestión y las normas que se habían adoptado por ciertos países, sobre todo europeos, se caracterizaban por su fragmentación y dispersión, por su amplitud a la hora de interpretarlas y siempre con el objetivo expreso de no perjudicar otros derechos fundamentales como la libertad de expresión. No obstante, los Estados se han visto en la obligación de adoptar normas específicas sobre esta materia.

47. En relación con la elaboración de legislación antiterrorista específicamente destinada a combatir el uso de Internet por los terroristas, tan solo un número limitado de Estados se han ocupado de esta cuestión, y, además, no existe ningún instrumento de alcance universal contra el terrorismo que imponga a los Estados la obligación de promulgar leyes dirigidas contra la

Retos y Amenazas a la Seguridad Nacional en el Ciberespacio, Cuadernos de Estrategia, 2010, núm. 149, pp. 167-214; y MOLINER GONZÁLEZ, J., «La Cumbre de la OTAN en Varsovia», *Documento de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2016, núm. 79 bis.

⁶¹ A/RES/69/28.

⁶² *Ibid.*, p. 29.

utilización de Internet por parte de los terroristas⁶³. Por ello, es conveniente que los Estados elaboren una legislación, lo más completa posible, que ofrezca a las autoridades la base jurídica suficiente para hacer efectiva la cooperación internacional con otros Estados, sobre todo en las investigaciones relacionadas con el terrorismo transnacional, y que se adopten normas internas con las figuras delictivas necesarias para satisfacer los requisitos de la doble incriminación.

48. Son algunos Estados europeos los que han sufrido directamente la lacra terrorista y, por tanto, los que más se han preocupado por adoptar normas de este tipo. Así, por ejemplo, el Reino Unido aprobó, en el último decenio, diversas normas destinadas a combatir el uso de Internet con fines terroristas. En concreto, después de los atentados de 2005 en Londres, el Gobierno británico aprobó la *Ley de Terrorismo* de 2006, que contiene disposiciones que tratan específicamente de la actividad basada en Internet que puede alentar o facilitar la comisión de actos de terrorismo. Esta ley complementa la *Ley de uso indebido de computadoras* de 1990 que trata, en particular, de delitos cometidos a través de la Red y de la «ciberdelincuencia» en general. Cabe destacar, también, que el art. 59 de la *Ley de Terrorismo* de 2000 tipifica «el acto de incitar a otra persona a cometer un acto de terrorismo, en todo o en parte, fuera del Reino Unido»⁶⁴, lo que nos remite a situaciones que quedan cubiertas en los supuestos de delitos cometidos en el ciberespacio.

49. Por lo que se refiere a España destacan, sin duda, las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, que regulan nuevos tipos penales en el ámbito de la cibercriminalidad, como son, en particular, los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, de daños informáticos, de pornografía infantil, los delitos contra la propiedad intelectual, de terrorismo y los delitos de odio. Este avance legislativo, con el objeto de dar respuesta a la nueva fenomenología criminal, viene dado, entre otras cosas, por la adopción de la Directiva Europea 2013/40/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los ataques contra los sistemas de información, y por la que se sustituyó la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo. Por tanto, la legislación española, con base en parte, también, en la normativa de la UE, nos aporta un marco, aunque quizá insuficiente, para combatir la cibercriminalidad⁶⁵. En resumen, no es fácil encontrar, en la práctica de los Estados, un marco jurídico completo que permita una acción judicial eficaz.

⁶³ Véase CONWAY, M., «Terrorism and Internet governance: core issues», *Disarmament Forum*, vol. 3, 2007, p. 27.

⁶⁴ RENIERIS, E. M., «Combating incitement to terrorism on the Internet», *op. cit.*, pp. 682-683.

⁶⁵ Ahora bien, junto a estas modificaciones del Código Penal sobre la cibercriminalidad, hay que señalar, también, que nuestro país ha ratificado el Protocolo Adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, adoptado en Estrasburgo en 2003, y que entró en vigor en España el abril de 2015: véase *Estudio sobre la Cibercriminalidad en España...*, *op. cit.*, nota 20, p. 4.

4.3. Regulación de los cibercafés y otros lugares: carencias y obstáculos

50. Los terroristas se han servido de cibercafés, en algunos casos, para llevar a cabo actos relacionados con el terrorismo. No hay datos precisos sobre la proporción de este tipo de actividad en relación con las actividades realizadas legítimamente y las que no lo son a través de estos servicios de Internet. Precisamente por ello, «la investigación de los casos de terrorismo con uso de Internet u otros servicios conexos por presuntos terroristas suele exigir la realización de actividades intrusivas o coercitivas de registro, vigilancia o monitorización por los servicios de inteligencia o los organismos encargados de hacer cumplir la ley»⁶⁶.

51. No obstante, para que las autoridades emprendan ese tipo de actividades necesitan de la cooperación de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones o servicios conexos. Por ello, los Estados deben ofrecer una base jurídica que incida de forma evidente sobre las obligaciones de las partes del sector privado⁶⁷, en la que se indique cuál es el plazo aplicable, si lo hubiere, durante el cual los proveedores deben retener los datos en su poder. Además, sería conveniente que las autoridades se pusieran en contacto con sus homólogos del país en el que se encuentran los datos y adoptasen las medidas (tanto oficiales como oficiosas) necesarias para garantizar la conservación de los datos para su posible entrega⁶⁸.

52. El problema, en la actualidad, tiene que ver con que muchos Estados no han legislado sobre esta cuestión, con lo que no existen normas ni se han establecido obligaciones aceptadas universalmente para los proveedores de servicios de Internet y para otros proveedores de comunicaciones, en relación con la retención de datos de Internet, claves en las investigaciones penales. La infraestructura de las redes de servicios de Internet suele ser propiedad, en su totalidad o en parte, de entidades privadas, y, asimismo, son empresas privadas generalmente los propietarios de las plataformas de medios sociales, quienes facilitan la difusión de contenidos generados por los usuarios a un público más amplio, así como los «populares» buscadores de Internet que seleccionan el contenido en función de los criterios proporcionados por el usuario⁶⁹.

53. En el plano internacional existen distintos enfoques. En algunos Estados, como Egipto, India, Jordania y Pakistán, los Gobiernos aplican medi-

⁶⁶ *The use of the Internet...*, *op. cit.*, nota 43, p. 44.

⁶⁷ A nivel internacional, y en clara relación con lo mencionado, destaca la iniciativa contra el ciberterrorismo denominada *Alianza Internacional Multilateral contra el Ciberterrorismo* (IMPACT por sus siglas en inglés <http://www.impact-alliance.org/>), integrada por empresas y Gobiernos de varias regiones del planeta y cuyo objetivo no solo es combatir el ciberterrorismo sino también los delitos y amenazas que se dan en el ciberespacio.

⁶⁸ Véase <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52007DC0649>.

⁶⁹ Los tres métodos principales para limitar el impacto de tales comunicaciones consisten en controlar el acceso a la infraestructura de la red, censurar el contenido de Internet o una combinación de ambos. CONWAY, M., *op. cit.*, nota 63, p. 26.

das legislativas o reglamentarias concretas que obligan a los operadores de cibercafés a obtener, retener y, previa solicitud, entregar una identificación de los clientes a los organismos encargados de hacer cumplir la ley⁷⁰. Por tanto, algunos Gobiernos han impuesto obligaciones específicas a los operadores de los cibercafés, obligando a los proveedores de servicios de Internet a retener, por ley, ciertos tipos de datos relacionados con comunicaciones durante un plazo determinado; con el fin de poder obtener, conservar y, previa solicitud, presentar a la Policía identificación fotográfica, domicilio y datos de uso, y conexión de los clientes. La utilidad de esas medidas es cuestionable y no suele ser tan eficaz por diversas razones. Entre ellas, por el largo tiempo que precisan los procedimientos tradicionales de asistencia judicial recíproca en casos transnacionales y, sobre todo, porque hay otros servicios de Internet a disposición del público, por ejemplo, los ordenadores de las bibliotecas públicas o locales públicos con conexión inalámbrica a Internet (WiFi), que ofrecen oportunidades similares para el uso anónimo de Internet por terroristas.

54. Podemos recordar, que, en 2007, los Emiratos Árabes Unidos aprobaron leyes cibernéticas federales que, además de penalizar la piratería y otras actividades relacionadas con Internet, penalizaron, también, la creación de sitios *web* o la publicación de información para grupos terroristas con nombres falsos con la intención de facilitar la comunicación entre ellos y sus dirigentes, difundir sus ideologías, financiar sus actividades o informar sobre cómo fabricar explosivos. Tan solo un año después, el Gobierno de Arabia Saudí, en la misma línea, promulgó una ley que tipifica como delito poseer un sitio *web* que promueva o apoye el terrorismo⁷¹.

55. En el ámbito de la UE, sí ha habido intentos por parte de algunos Estados de adoptar una legislación precisa por la que se exija a los proveedores de servicios de telecomunicaciones que capturen y archiven de forma automática los datos de las comunicaciones de sus usuarios. Así, el Gobierno de Italia impuso, en 2005, obligaciones reglamentarias a los operadores de los cibercafés respecto de la identificación de los clientes; sin embargo, esta reglamentación fue derogada a finales de 2010, en parte, para evitar críticas de los usuarios. También, en 2006, Francia adoptó varias normas contra el terrorismo que facilitan, a los efectos de las investigaciones, el control de las comunicaciones y el acceso de las fuerzas policiales a los datos de comunicaciones de los cibercafés, proveedores de servicios en Red y compañías telefónicas⁷².

56. Pero resulta de mayor interés anotar que, ese mismo año, impulsada en parte por los ataques terroristas que se habían producido en Madrid y en

⁷⁰ MANTEL, B., «Terrorism and the Internet: should web sites that promote terrorism be shut down?», *CQ Global Researcher*, vol. 3, 2009, núm. 11; y THEOHARY, C. A. y ROLLINS, J., «Terrorist use of the Internet: information operations in cyberspace», *Congressional Research Service report*, 2011, p. 8.

⁷¹ El delito puede ser castigado con multa y hasta diez años de prisión: véase WESTLEY, D., «Saudi tightens grip on Internet use», *Arabian Business*, 2008.

⁷² FERNÁNDEZ PINÓS, J. E., «Cuestiones procesales relativas a la investigación y persecución de conductas delictivas en Internet», en <http://www.uoc.edu/in3/dt/20063/index.html>.

Londres⁷³, la UE adoptó una Directiva sobre la retención obligatoria de los datos de tráfico de las comunicaciones. En particular, se trataba de la Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones⁷⁴. Esta Directiva obligaba a los Estados miembros a adoptar una legislación que exija a los proveedores de telecomunicaciones retener determinados datos de tráfico, relativos a las comunicaciones electrónicas durante un periodo de entre seis meses y dos años, debiéndose poner estos datos «a disposición policial»⁷⁵.

57. Por tanto, la Directiva 2006/24/CE tenía por objeto principal armonizar las obligaciones mínimas de retención de datos. Sin embargo, esta Directiva, que reconocía explícitamente las dificultades que producen las diferencias legales y técnicas entre las disposiciones nacionales relativas a los tipos de datos que deben retenerse, así como en cuanto a las condiciones y los periodos de retención de los datos, quedó anulada por la Sentencia dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el 8 de abril de 2014⁷⁶. Como señala Francisco Jiménez García, esta sentencia «reitera que la normativa sobre conservación de datos debe establecer reglas claras y precisas que regulen el alcance y la aplicación de las medidas en cuestión y establezcan unas exigencias mínimas de modo que las personas cuyos datos se hayan conservado dispongan de garantías suficientes que permitan proteger de manera eficaz sus datos de carácter personal»⁷⁷. En la actualidad existen diferencias, en el ámbito europeo, en cuanto al tiempo durante el cual, los proveedores de servicios de Internet que operan en el espacio europeo, retienen los datos.

58. Conviene añadir dos reflexiones más: por un lado, en el plano internacional, los logros son menores y, de hecho, no existe ningún acuerdo internacional sobre el tipo de datos que deben retener los proveedores de servicios de Internet ni sobre el plazo de retención; y por otro lado, en relación con la regulación de los contenidos relacionados con el terrorismo, los enfoques varían de unos Estados a otros. En suma, la comunidad internacional carece de una normativa específica y completa que regule una de las cuestiones que presentan un mayor interés en la lucha contra el terrorismo en el ciberespa-

⁷³ Comisión Europea, «Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Informe de evaluación sobre la Directiva de conservación de datos (Directiva 2006/24/CE), COM (2011) 225, de 18 de abril de 2011, sección 3.2».

⁷⁴ DO L núm. 105, de 13 de abril de 2006.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ El TJUE declaró nula la Directiva en base a lo establecido en el art. 7 de la *Carta de los Derechos Fundamentales del 2000* que dice textualmente «toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones», y en el art. 8, que indica «toda persona tiene el derecho a la protección de datos personales que le conciernen»: véase Sentencia *Digital Rights Ireland Ltd*, C-293/12, ECLI:EU:C:2014:238, apartados 38-54.

⁷⁷ JIMÉNEZ GARCÍA, F., *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción*, Granada, Comares, 2015, pp. 217-218.

cio, con independencia de que se hayan llevado a cabo regulaciones parciales y sectoriales en esta materia.

4.4. Regulación del delito de incitación a cometer actos de terrorismo a través de las TIC

59. La comunidad internacional ha avanzado significativamente en la regulación del delito de incitación a la comisión de actos de terrorismo⁷⁸. En 2005, como respuesta a la creciente amenaza terrorista, se adoptó en Varsovia el *Convenio núm. 196 para la Prevención del Terrorismo*, en el marco del Consejo de Europa, que impone, con rotundidad, a los Estados miembros la obligación de tipificar «la incitación pública a cometer un delito de terrorismo», así como el reclutamiento y adiestramiento de terroristas. Ahora bien, la aplicación de este Convenio, que se basa en parte en el art. 3 del Protocolo adicional al Convenio sobre la Ciberdelincuencia relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de las TIC, busca un equilibrio dentro de ese conflicto permanente entre la aplicación de la ley y la protección de las libertades y los derechos humanos⁷⁹.

60. También, el CS de Naciones Unidas ha adoptado la Resolución 1624 (2005) en la que exhorta a los Estados a que lleven a cabo medidas a fin de prohibir por ley la incitación a cometer actos terroristas y prevenir las conductas de esa índole⁸⁰, sin descuidar sus obligaciones internacionales en virtud de la normativa sobre derechos humanos. El informe del Secretario General titulado «Unidos contra el terrorismo: recomendaciones para una estrategia mundial de lucha contra el terrorismo» interpreta y califica esta Resolución como «la base para tipificar la inducción a la comisión de atentados y a la captación de terroristas, incluso a través de Internet». Tomando en consideración esta Resolución, el Consejo de la UE modificó, en 2008, la Decisión Marco 2002/475/JAI⁸¹ con la finalidad de incluir específicamente

⁷⁸ En España, los arts. 18 y 579 del Código Penal español hacen de la incitación pública a cometer un delito de terrorismo un acto preparatorio del delito de provocación. El art. 57 castiga el delito de enaltecimiento del terrorismo, delito que se incorporó en el Código Penal por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre.

⁷⁹ APARICIO DÍAZ, L., «Una primera aproximación a la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de noviembre, que modifica la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo», *Athena Intelligence Journal*, vol. 4, 2009, núm. 1, pp. 88-117.

⁸⁰ Dicha Resolución dice expresamente: «Condenando también en los términos más enérgicos la incitación a la comisión de actos de terrorismo [...] de justificación o glorificación (apología) de actos de terrorismo que puedan incitar a la comisión de nuevos actos de terrorismo», «Profundamente preocupado por el hecho de que la incitación a la comisión de actos de terrorismo por motivos de extremismo e intolerancia constituye un peligro grave y creciente para el goce de los derechos humanos y una amenaza para el desarrollo social y económico de todos los Estados, socava la estabilidad y prosperidad mundiales, y debe ser afrontada por las Naciones Unidas y todos los Estados con urgencia y de manera activa, y subrayando la necesidad de adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas de conformidad con el Derecho internacional, en los planos nacional e internacional, para proteger el derecho a la vida». S/RES/1624 (2005), en http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/2015/N1514132_ES.pdf.

⁸¹ «El Consejo de la Unión Europea adoptó la Decisión marco 2002/475/JAI, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo, que armoniza la definición de los delitos de terrorismo en todos los Esta-

las disposiciones sobre incitación pública a cometer un delito de terrorismo, el reclutamiento y el adiestramiento de terroristas.

61. En esta línea, la Decisión Marco 2008/919/JAI proporciona, también, una base para perseguir la difusión de propaganda terrorista y la transmisión de conocimientos para la fabricación de bombas a través de Internet, en la medida en que dicha difusión se haga intencionalmente y cumpla los requisitos de los delitos mencionados⁸². Con ello, se incorporan nuevos delitos referentes a la conducta que puede llevar a cometer actos de terrorismo, independientemente de los medios o instrumentos tecnológicos mediante los cuales se cometan esos delitos. En otros términos, las disposiciones de esta Decisión Marco no se refieren específicamente a Internet, si bien cubren las actividades llevadas a cabo por este medio.

62. Desde esta perspectiva, tanto el art. 3 de la Decisión Marco de 2008 como el art. 5 del Convenio Europeo para la Prevención del Terrorismo, del Consejo de Europa, obligan a los Estados parte a penalizar los actos o las declaraciones que constituyen incitación a cometer actos de terrorismo. Todo ello ha provocado que, en Europa, comiencen a someterse a los tribunales con éxito actos de incitación al terrorismo. Podemos recordar, como supuesto significativo, que, en Alemania, en 2008, Ibrahim Rashid, inmigrante kurdo iraquí, fue declarado culpable de incitación. Tras ser acusado de librar una «yihad virtual» en Internet, los fiscales alegaron que, al publicar propaganda de *Al Qaeda* en las salas de charla de Internet, «Rashid estaba tratando de conseguir reclutas para unirse al grupo terrorista y participar en la yihad»⁸³, lo que nos revela los avances que se vienen produciendo en esta materia.

4.5. La insuficiencia de instrumentos jurídicos de carácter internacional y regional para combatir el uso de las TIC por el terrorismo

63. La comunidad internacional no ha afrontado con intensidad la adopción de normas destinadas a combatir el uso de las TIC por el terrorismo. No obstante, debemos subrayar, al menos, algunos de los tímidos avances que se han producido.

64. Primero, no existe ningún instrumento de alcance universal que se refiera a este aspecto de la actividad terrorista: combatir el uso de Internet por los terroristas. No contamos con un Convenio universal que trate específicamente la prevención y represión del uso de Internet por terroristas. En cualquier caso, conviene preguntarse si es precisa o no la elaboración de normas

dos miembros de la Unión Europea, mediante la introducción de una definición específica y común del concepto de "terrorismo", establece normas de competencia para garantizar que los delitos terroristas sean perseguidos de manera eficaz, y esboza medidas concretas con respecto a las víctimas de los delitos de terrorismo», en OLVERA GORTS, M., *op. cit.*, nota 55.

⁸² DO L núm. 330, de 10 de diciembre de 2013.

⁸³ *The Use of Internet...*, *op. cit.*, nota 48, p. 42.

específicas destinadas a combatir el terrorismo en el ciberespacio o, si por el contrario, serían suficientes las normas que se han adoptado en la lucha contra el terrorismo en general. En realidad, se revela la necesidad de contar con normas que se ocupen, específicamente, de los componentes que definen estas manifestaciones del terrorismo a través de las «nuevas» tecnologías.

65. Segundo, se han producido algunos avances en el ámbito de una organización regional, como el Consejo de Europa, y dentro del contexto internacional que se generó tras los atentados del 11-S (2001). En este caso, se adoptó, en Budapest, el 23 de noviembre de 2001, el Convenio sobre la Ciberdelincuencia que se constituye en el único instrumento multilateral de carácter vinculante que trata de la actividad delictiva realizada en Internet. Este Convenio tiene por objeto principal armonizar las legislaciones nacionales relativas al delito cibernético, mejorar los procedimientos internos para detectar, investigar y perseguir esos delitos, y proporcionar arreglos de cooperación internacional rápida y fiable sobre estas cuestiones⁸⁴. En él se establece una norma mínima común respecto de los delitos internos cometidos con ordenadores y, asimismo, se prevé la penalización de nueve delitos, incluidos los delitos relacionados con el acceso no autorizado a sistemas, programas o datos informáticos, y la manipulación ilícita de estos; el fraude y la falsificación informáticos; y la tentativa de cometer tales actos o complicidad en su comisión⁸⁵. Nos interesa resaltar que se obliga a los Estados parte a elaborar y adoptar normas que exijan a los proveedores de servicios de Internet conservar los datos especificados almacenados en sus servidores durante un plazo máximo de noventa días (renovable), si así lo requieren los servicios policiales en el curso de una investigación o procedimiento penal, hasta que se puedan adoptar las medidas jurídicas apropiadas para exigir la divulgación de esos datos⁸⁶. En todo caso, los resultados alcanzados, en el ámbito regional europeo, a la hora de combatir el uso de la TIC por el terrorismo, resultan insuficientes desde una óptica completa de la lucha contra el ciberterrorismo.

66. Por último, algunos instrumentos regionales y subregionales⁸⁷ contienen normas de fondo y de procedimiento para penalizar los actos de te-

⁸⁴ Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 185.

⁸⁵ Informe explicativo del Convenio sobre el delito cibernético del Consejo de Europa, párr. 33: véase http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS%20185%20Explanatory%20report_Spanish.pdf.

⁸⁶ Es precisa la lectura de los arts. 1 y 19, en particular. Documento Cibercriminalidad, Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, en <http://www.interior.gob.es/documents/10180/1207668/Avance+datos+cibercriminalidad+2013.pdf/5de24ec6-b1cc-4451-bd06-50d93c006815>. También, conviene mencionar que el Consejo de Europa ha elaborado un *Protocolo adicional al Convenio sobre el delito cibernético relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba* que puede facilitar el enjuiciamiento de los actos de terrorismo cometidos por Internet con la intención de incitar a la violencia por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, o religión, *BOE* núm. 26, de 30 de enero de 2015, Sec. I, pp. 7215-7224.

⁸⁷ Junto a los instrumentos jurídicos vinculantes hay otros que pueden contener disposiciones relativas a la lucha contra el uso de Internet con fines terroristas. Entre ellos el Convenio de la Asociación de Naciones de Asia Sudoriental contra el terrorismo (2007). Directiva sobre la lucha contra la ciberdelincuencia (2009), de la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental, etcétera.

rorismo que pueden cometerse por medio de las TIC. En este sentido, cabe resaltar que la UE ha puesto en marcha distintas acciones como consecuencia de los ataques realizados por organizaciones delincuenciales contra los sistemas de información y por la amenaza, cada vez mayor, de que se produzcan ataques terroristas contra sistemas de información que forman parte de infraestructuras vitales de los Estados miembros. Entre estas medidas destaca la adopción de la Decisión Marco del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información. Esta Decisión Marco dispone que cada Estado miembro debe adoptar «las medidas necesarias para que el acceso intencionado y sin autorización al conjunto o a una parte de un sistema de información, la intromisión no autorizada e intencionada en los sistemas de información interrumpiendo de forma significativa su funcionamiento y el acto intencionado y no autorizado de intromisión ilegal en los datos de un sistema informático, sean considerados infracciones penales»⁸⁸. Pero, también, como se dice, «se alcanza consenso en las sanciones relativas a estas infracciones»⁸⁹.

67. En definitiva, la comunidad internacional no ha elaborado relevantes instrumentos que, de manera específica, estén destinados a atajar la comisión de actos terroristas en el ciberespacio y, desde el plano internacional, se ha dedicado muy poca atención normativa a la comisión de delitos de este tipo que se realizan a través de Internet. La carencia de legislación internacional en esta materia puede encontrar su explicación en que los Estados consideran suficientes los diversos instrumentos adoptados en la lucha contra el terrorismo. Sin embargo, la singularidad y peculiaridades de la comisión de actos terroristas en el ciberespacio aconsejan, a mi juicio, una labor normativa más intensa por parte de la comunidad internacional.

5. CONCLUSIONES

68. Es difícil la lucha contra el terrorismo que se ejerce en el ciberespacio y se revela, además, la necesidad de que se adopten medidas político-jurídicas que combatan esta manifestación del terrorismo. Desde principios del siglo XXI se viene admitiendo la existencia de una amenaza visible, como es el ciberterrorismo, que entraña numerosos riesgos para la seguridad nacional e internacional, y que es fruto del uso de las TIC por los grupos terroristas para favorecer el logro de sus intereses. El empleo de las TIC, como instrumento de apoyo a los objetivos terroristas, es una realidad, si bien también parece evidente que no lo es como herramienta de ataque directo a infraestructuras críticas de los Estados u organismos e instituciones. En esencia, las TIC son una vía que sirve al terrorismo para alcanzar su fin: aterrorizar a la pobla-

⁸⁸ Decisión Marco 2005/222/JAI, del Consejo, de 24 de febrero, relativa a los ataques contra los sistemas de información (DO L núm. 69, de 16 de marzo de 2005). OLVERA GORTS, M., *op. cit.*, nota 55.

⁸⁹ En dicho documento se definen los conceptos de «sistema informático», «datos informáticos», «persona jurídica» y «sin autorización». *Ibid.*

ción, cuanto más mejor, además de reclutar miembros; difundir propaganda e incluso «instruir sobre cómo cometer atentados», pero que no sirve, a día de hoy, como método de ataque⁹⁰.

69. El uso de las TIC con fines terroristas y delincuenciales es un fenómeno que se ha extendido con especial rapidez desde principios del siglo XXI y que explica la expansión y emergencia de nuevos grupos criminales. Esto obliga a los Estados a actuar de una forma coordinada; sin embargo, la comunidad internacional no ha sido capaz de adoptar una definición consensuada sobre qué se entiende por terrorismo, ni tampoco del ciberterrorismo. Por extensión, no ha sido capaz de adoptar un instrumento jurídico, de alcance universal, que trate específicamente las materias cibernéticas y la cooperación internacional en asuntos penales (incluido terrorismo) relacionados con cuestiones cibernéticas.

70. La carencia de una legislación clara sobre ciberseguridad complica sobremanera y es un obstáculo para una cooperación internacional eficaz en la investigación y persecución de los casos de terrorismo relacionados con el uso de las TIC. Una respuesta eficaz de la sociedad internacional a las amenazas que plantea dicho uso por los terroristas precisa, sin duda, que los organismos internacionales de carácter universal y regional adopten convenios o normas específicas, atendiendo a la singularidad del ciberespacio. En razón de la ausencia de legislación común en materia de ciberseguridad sería fundamental, por lo menos, promover la aproximación y armonización legislativa y la cooperación judicial y policial internacionales en la lucha contra la ciberdelincuencia y el ciberterrorismo. Además, en el plano estatal, son pocos los Estados que han elaborado normas destinadas específicamente contra los actos cometidos por terroristas a través de las TIC. La mayoría de los países invocan las leyes penales generales, sobre ciberdelincuencia o contra el terrorismo, o todas ellas, para penalizar este tipo de delitos y enjuiciar a los autores. El nivel de regulación gubernamental de Internet varía mucho entre los Estados, y a falta de una autoridad mundial y centralizada responsable de la regulación de Internet, los interesados privados, tales como los proveedores de servicios, los sitios *web* con contenido generado por los usuarios y los buscadores de Internet, siguen desempeñando un importante papel en la regulación de la disponibilidad de contenidos relacionados con el terrorismo difundidos por Internet.

71. No obstante, desde finales del primer decenio del siglo XXI, prácticamente todos los Estados y los principales organismos internacionales han identificado la seguridad de su ciberespacio como un objetivo estratégico de Seguridad Nacional. De hecho, se ha producido un incremento en la regulación civil y penal sobre delitos en la Red, además de establecerse estándares y normativas de seguridad. La impunidad en la Red está reduciéndose porque se ha ampliado la tipificación de delitos. Pese a todo, en nombre de la seguridad no se deben restringir las libertades o violar los derechos fundamenta-

⁹⁰ DOGRUL, M., ASLAN, A. y CELIK, E., *op. cit.*, nota 27, p. 32.

les. El respeto por los derechos humanos y el Estado de Derecho son parte integrante e imprescindible de la lucha contra el terrorismo, también en el ciberespacio.

RESUMEN

LA CIBERSEGURIDAD Y EL USO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC) POR EL TERRORISMO

El objetivo de este estudio es analizar los beneficios y virtudes de las TIC en la sociedad internacional y, sobre todo, el uso que los diferentes grupos terroristas hacen de ellas, con el fin de promover y favorecer sus fines, generando la aparición de nuevos riesgos, retos y amenazas como el ciberterrorismo. Además, se estudian los instrumentos de carácter político así como los marcos jurídicos y la práctica de los Estados, también la adoptada en el seno de los organismos internacionales, para hacer frente a este reto de carácter transnacional. En definitiva, determinar qué elementos, en los planos internacional y nacional, representan obstáculos para la cooperación, así como las carencias que aún quedan por cubrir para aproximarnos al reto de un ciberespacio pacífico, seguro y libre.

Palabras clave: ciberterrorismo, ciberespacio, transnacional, Internet, Tecnologías de la Información y de la Comunicación, políticas y marcos jurídicos.

ABSTRACT

THE CYBERSECURITY AND THE USE OF INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES (ICT) FOR TERRORISM

This study analyzes the benefits and virtues of ICTs in the international society and, above all, the use that different terrorist groups make of them, in order to promote and favour their objectives, generating new risks, challenges and threats such as cyberterrorism. In addition, the instruments of a political nature as well as regulations and State practice, including that adopted within international organizations, are studied in order to meet this transnational challenge. In short, this study examines what elements, at international and national level, represent obstacles to cooperation, as well as the gaps that remain to be filled in order to approach the challenge of a peaceful, safe and free cyberspace.

Keywords: cyberterrorism, cyberspace, transnational, Internet, Information and Communication Technologies, policies and legal frameworks.

EL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS COMO CONCEPTO AUTÓNOMO DE DIPR DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EN INTERNET

Aurelio LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES.—3. LA ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.—3.1. Ley aplicable y autoridad encargada de fiscalizar el tratamiento cuando el responsable está establecido en un Estado miembro.—3.2. Aplicación de la normativa europea cuando el responsable está establecido en un tercer Estado.—4. EL RECHAZO DEL CRITERIO DE ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE INFRACCIONES DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.—4.1. La adecuación del rechazo del criterio de las actividades para determinar los tribunales competentes para conocer de daños globales.—4.2. Inadecuación del rechazo del criterio de las actividades dirigidas para determinar los tribunales competentes para conocer de daños locales.—5. EL CRITERIO DE ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE INFRACCIONES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL.—5.1. La inaplicación del criterio de actividades dirigidas para determinar la competencia judicial internacional en materia de infracciones de propiedad industrial e intelectual.—5.2. El criterio de las actividades dirigidas y la ley aplicable a las infracciones de propiedad industrial e intelectual.—6. EL RECHAZO DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN OTRAS MATERIAS CUBIERTAS POR EL ART. 7.2 R. BRUSELAS I.—7. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Dentro de esa nueva rama transversal de nuestro ordenamiento conocida como Derecho de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), está adquiriendo gran relevancia como criterio regulador de las situaciones privadas internacionales que tienen lugar en Internet, la tesis de la focalización o de las actividades dirigidas.

* Profesor titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Alicante (aurelio.lopez@ua.es). Todas las páginas *web* de referencia han sido consultadas por última vez el 14 de mayo de 2017.

Se trata de un criterio que tiene su origen en la doctrina del «*purposeful availment*» sostenida por la jurisprudencia estadounidense¹, y que fue recogido por primera vez en nuestro ordenamiento en el art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001² (actualmente, art. 17 del Reglamento 1215/2012³, en adelante R. Bruselas I) referido a la competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por los consumidores. Desde entonces, la aplicación del criterio se ha extendido a otros campos ya sea normativamente —art. 6 del Reglamento 593/2008⁴ (Roma I), art. 3 del Reglamento 2016/679 general de protección de datos personales (RGDP)⁵— o jurisprudencialmente —en particular en relación con determinados aspectos de la ley aplicable a las infracciones de derechos de propiedad industrial e intelectual—.

Hubiera resultado interesante analizar la propuesta realizada por la doctrina que otorga un alcance general a este principio⁶. No obstante, por razones de espacio, el presente trabajo tiene un objetivo más modesto: ante la proliferación de normas y sentencias emanadas en el marco de las instituciones europeas en las que se hace referencia a este criterio, se pretende analizar si el criterio de las actividades dirigidas es un concepto autónomo del Derecho internacional privado de la Unión Europea, determinar sus elementos definitorios y delimitar las materias en las que resulta aplicable.

¹ Entre otras, véanse las sentencias *Zippo Mfg. Co. v. Zippo.com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119, 1124 (W. D. Pa. 1997), *Bensusan Restaurant Corp. v. King*, 937 F. Supp. 295 (SDNY 1996) o *Thompson v. Handa-López, Inc.*, 998 F. Supp. 738 (W. D. Tex. 1998). En la doctrina, DRAETTA, V. U., «Internet et commerce électronique en droit international des affaires», *Rec. des Cours*, vol. 314, 2005, pp. 215-450; TAMAYO, Y. A., «Who? What? When? Where? Personal Jurisdiction and the World Wide Web», *The Richmond Journal of Law and Technology*, vol. IV, 1998, núm. 3, pp. 3-29; DUNNE, M. J. y MUSACCHIO, A. L., «Jurisdiction Over the Internet», *The Business Lawyer*, vol. 54, 1998, pp. 384-399.

² Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO L* núm. 12, de 16 de enero de 2001.

³ Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO L* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

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

⁵ Reglamento (UE) núm. 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), *DO L* núm. 119, de 4 de mayo de 2016.

⁶ CACHARD, O., *La régulation internationale du marché électronique*, París, LGDJ, 2002, pp. 391-404. Efectivamente, se puede defender que la aplicación del criterio va más allá del DIPr europeo. Así, por ejemplo, el criterio puede servir para interpretar el art. 22.quinquies d) de la Ley Orgánica 6/1985 del poder judicial (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985), que establece la competencia de nuestros tribunales para conocer de contratos internacionales de consumidores en los que el profesional está domiciliado en un tercer Estado; el art. 4 de la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002), que establece la aplicación de esta ley cuando un prestador de servicios de la sociedad de la información establecido en un tercer Estado dirige sus actividades a nuestro país; o el art. 2.1.d) de la Ley 13/2011 de regulación del juego (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 2011), cuyo art. 2.1.d) establece la aplicación de nuestra legislación a «las actividades de juego transfronterizas, esto es, las realizadas por las personas físicas o jurídicas radicadas fuera de España que organicen u ofrezcan actividades de juego a residentes en España».

Esta delimitación debe llevar necesariamente a analizar aquellas materias en las que el legislador o la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se han decantado por criterios alternativos al de las actividades dirigidas. Si en algunos casos dicha decisión puede considerarse desacertada —es el caso, en mi opinión, de la regulación de la competencia judicial internacional en infracciones de propiedad industrial e intelectual cometidas en Internet— en otros resulta oportuna —infracciones de derechos de la personalidad—, y pueden llegar a entenderse como la excepción que confirma la regla.

2. LA ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE CONTRATOS INTERNACIONALES CELEBRADOS POR LOS CONSUMIDORES

2. Según se ha indicado, el criterio de las actividades dirigidas se recoge por primera vez en nuestro ordenamiento en el art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001 (actual art. 17 R. Bruselas I). Según esa norma, los foros de competencia especiales en materia de contratos celebrados por los consumidores (arts. 18 y 19) resultan aplicables cuando el profesional, por cualquier medio, dirija sus actividades al Estado miembro de residencia del consumidor o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades.

Esta misma redacción fue adoptada en el art. 6.1 del Reglamento Roma I con la sana intención de que en aquellos supuestos en los que los tribunales del Estado miembro de residencia del consumidor puedan declararse competente apliquen su ley interna.

Como se recordará, la redacción del art. 15.1.c) fue uno de los últimos escollos para la adopción del Reglamento 44/2001 provocando que la Comisión y el Consejo tuvieran que acordar una Declaración concertada sobre la interpretación de la misma. Dicha Declaración posteriormente aparecería como el considerando 24 del Reglamento Roma I⁷.

3. Precisamente esa Declaración sirvió de base para que el TJUE creara jurisprudencialmente el concepto autónomo de «actividades dirigidas» en su Sentencia de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*⁸. En ella, el Tribunal empieza por recordar que «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que resulte aplicable el art. 15.1.c)»; y continúa indicando que «el vendedor debe haber manifestado su voluntad de establecer relaciones comerciales con los consumidores de otro u otros Estados

⁷ Sobre la evolución del marco normativo, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «La tutela de los consumidores en el mercado global: Evolución del marco normativo», *Estudios sobre consumo*, 2008, núm. 85, pp. 23-44.

⁸ Asuntos C585/08 y C144/09, ECLI:EU:C:2010:740. Nota de QUIÑONES ESCAMEZ, A., *REDI*, 2010, núm. 2, pp. 255-258.

miembros»⁹. Establecida la preferencia del TJUE por el criterio de las actividades dirigidas en detrimento del de mera accesibilidad, la sentencia establece que a la hora de aplicar el criterio deben comprobarse si existen indicios de esta voluntad del vendedor. Así, el TJUE diferencia entre indicios fuertes (que son por sí solos suficientes para probar esa voluntad del vendedor), débiles (que solo son indicativos si se relacionan con otros) o indicios irrelevantes.

Entre los primeros, el TJUE se refiere a la mención expresa por parte del profesional de su intención de comercializar los productos o servicios en un determinado Estado¹⁰; y la suscripción a un servicio de remisión a páginas *web* en Internet prestado por una empresa que explota un motor de búsqueda con el fin de facilitar el acceso al sitio *web* del vendedor a consumidores domiciliados en diferentes Estados miembros¹¹.

Entre los segundos, se refiere al carácter internacional de la actividad en cuestión (actividades turísticas en un Estado diferente al de residencia del consumidor); a la indicación de números de teléfono con prefijo internacional; la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor o dominio de primer nivel genérico (sería el caso de una empresa española que utiliza un sitio *web* bajo en dominio «.fr» o «.com»); la descripción de itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar de prestación del servicio; la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros¹².

En relación con el tercer grupo, el TJUE indica en primer lugar que tal y como se establece en la Declaración concertada la lengua y divisa utilizada no son indicativos de si una actividad está dirigida o no a otro u otros Estados miembros. Ahora bien, sí pueden ser indicativos si la lengua o la divisa

⁹ Apartados 74 y 75.

¹⁰ Tal será el caso cuando la actividad del profesional consista en un servicio de suscripción que esté habilitado para residentes en el Estado del foro (Netflix, Spotify, servicios de inversión en bolsa, servicios de compraventa entre consumidores del estilo de eBay), o sitios *web* de ventas *online* (Amazon, Zara Online). También constituye un indicio relevante, el hecho de que el profesional contacte a consumidores de un determinado Estado por correo electrónico. A *contrario*, también es un indicio relevante de que el profesional *no desea dirigir sus actividades* a un determinado Estado el hecho de que el sitio *web* incluya declaraciones de que la oferta no va dirigida a ese Estado, o que el sitio *web* utilice mecanismos tecnológicos que impidan el acceso al sitio *web* a usuarios de ese Estado, o redireccionen al usuario a otro sitio *web*. En cualquier caso, estos últimos indicios parecen refutables si se consigue probar que el profesional una vez contactado, sí que celebraba contratos con usuarios residentes en ese Estado.

¹¹ Apartado 81. El ejemplo más claro es la contratación de palabras clave en el servicio Adwords de Google para que un aparezca un anuncio patrocinado en el buscador de Google identificado con el nombre de dominio del Estado del foro. Pero también se puede pensar en profesionales que se anuncian mediante *banners* en sitios *web* de revistas o periódicos del Estado del foro. Un supuesto similar en el que el TJUE afirmó la aplicación de los foros de competencia de protección del consumidor se dio en la Sentencia de 14 de noviembre de 2013, *Maletic* (asunto C-478/12, ECLI:EU:C:2013:735) en la que se entiende que por «otra parte contratante» debe entenderse tanto a la agencia de viajes que administra el sitio *web* en el que se anuncia y en el que el consumidor contrata un viaje, cuanto al organizador del viaje que decidió publicitar el viaje en el sitio *web*.

¹² Apartado 83.

utilizada en el sitio *web* no se corresponde con la utilizada habitualmente en el Estado de establecimiento del profesional. También indica el TJUE que resulta irrelevante si se trata de páginas *web* activas o pasivas. En relación con las primeras, el hecho de que el sitio *web* permita a usuarios de un determinado Estado miembro interactuar, rellenar formularios y celebrar contratos no es suficiente para considerar que el PSI dirige sus actividades a ese Estado miembro. En relación con las segundas, aunque el usuario no pueda interactuar con el sitio *web*, desde el momento en que se menciona un teléfono o una dirección de correo electrónico resulta posible ponerse en contacto con el profesional para celebrar un contrato¹³. La indicación de un número de teléfono sin prefijo internacional o la dirección de un correo electrónico no constituyen por sí solos indicios de actividades dirigidas a otro Estado miembro pues se trata de información que cualquier prestador de servicios está obligado a ofrecer en atención a la Directiva 2000/31 [art. 5.1.c)] con independencia del alcance nacional o internacional de sus actividades¹⁴.

4. Posteriormente, el TJUE ha precisado que para la aplicación de los foros de competencia debe existir una relación contractual entre el profesional y el consumidor¹⁵, si bien no es preciso que la misma se haya celebrado a través del sitio *web* o a distancia¹⁶. La relación de causalidad entre la página *web* y el concreto contrato es un indicio más que facilita la determinación por parte del juez de que el sitio *web* está dirigido al Estado miembro de residencia del consumidor. No obstante, no es un indicio definitivo: si el consumidor tuvo conocimiento de la oferta por otros medios —por ejemplo, a través de otros consumidores—, el art. 17 seguirá siendo aplicable si se demuestra que el sitio *web* del profesional estaba dirigido al Estado miembro de residencia del consumidor¹⁷.

Esta jurisprudencia ha sido criticada por ofrecer una interpretación extensiva del foro de protección que puede constituir una carga procesal desproporcionada para los comerciantes *online*¹⁸. No obstante, la interpretación contraria —que el contrato entre el profesional y el consumidor se haya celebrado por medios electrónicos— dejaría un gran número de supuestos fuera del ámbito de protección. Además, se habría abierto la puerta a conductas

¹³ Apartado 79.

¹⁴ Apartados 77 y 78.

¹⁵ STJUE de 6 de septiembre de 2012, *Mühlleitner* (asunto C-190/11, ECLI:EU:C:2012:542), nota de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *REDI*, 2013, núm. 1, pp. 211-214.

¹⁶ STJUE de 17 de octubre de 2013, *Emrek* (asunto C-218/12, ECLI:EU:C:2013:666) nota de ORÓ MARTÍNEZ, C., *REDI*, 2014, núm. 1, pp. 254-257. Véase igualmente ARROYO APARICIO, A., «Art. 17», en BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GUILLEN, M. L. y MONTERO MURIEL F. J. (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 435-457, esp. p. 454.

¹⁷ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 3.^a ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 406.

¹⁸ ESTEBAN DE LA ROSA, F., «El papel del nexo de causalidad en el sistema europeo de competencia internacional de los contratos de consumo: ¿Una condición para el olvido?», *La Ley Unión Europea*, mes 11, 2014, pp. 5-17.

abusivas pues con solo indicar que el contrato debe celebrarse por medios tradicionales el comerciante quedaría liberado de la carga de litigar ante los tribunales de la residencia del consumidor. En la interpretación del TJUE ha prevalecido la protección de los consumidores¹⁹. Esto no obsta para estar de acuerdo con la doctrina en que, ante esta jurisprudencia, la manera para los comerciantes *online* —en particular para los pequeños y medianos emprendedores— de asegurarse que no van a verse obligados a litigar en el extranjero es mediante el uso de mecanismos técnicos de restricción del acceso a sitios *web* o de redirección a otros sitios *web*²⁰.

5. La jurisprudencia *Pammer* tiene una gran relevancia para asentar el concepto autónomo de las actividades dirigidas el cual está caracterizado por tres elementos:

a) La mera accesibilidad de un sitio *web* no es suficiente para que los tribunales del Estado del foro se declaren competentes.

b) Resulta preciso establecer la voluntad del demandado de dirigir sus actividades comerciales al Estado del foro, individualmente o en el marco de actividades dirigidas a una pluralidad de Estados. No se trata de determinar cuál es la voluntad subjetiva del demandado, sino su voluntad objetiva. Es decir, si en atención a las circunstancias concretas del caso el público puede percibir de manera razonable que el demandado dirigía sus actividades al Estado del foro²¹. Aunque no fuera esa la voluntad subjetiva del demandado, al crear la apariencia de dirigir sus actividades al Estado de residencia del consumidor, debe asumir la carga de la internacionalidad del contrato²².

c) Dicha voluntad del demandado debe determinarse a partir de indicios objetivos que la Declaración concertada y la jurisprudencia del TJUE han ido delimitando, si bien no se trata de una lista cerrada.

Tal y como opina la mayoría de la doctrina, la jurisprudencia *Pammer* del TJUE debe ser aplaudida²³. El criterio de las actividades dirigidas garantiza

¹⁹ En este mismo sentido, BOSKOVIC, O., nota a la sentencia *Emrek*, *RCDIP*, vol. 103, 2014, pp. 633-639, y SINAY-CYTERMANN, A., nota a la sentencia *Mühlleitner*, *RCDIP*, vol. 102, 2013, pp. 491-501; CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 16.ª ed., Granada, Comares, p. 1112.

²⁰ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, 5.ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2015, p. 1033. La utilización de estos mecanismos tecnológicos no está exenta de problemas si bien su explicación excede el objetivo de este trabajo. En particular, resulta controvertida si la utilización de estos mecanismos puede considerarse un requisito discriminatorio de acceso al servicio de Internet basado en la residencia habitual del destinatario en atención al art. 20 Directiva 2006/123 relativa a los servicios en el mercado interior (*DO L* núm. 376, de 27 de diciembre de 2006) y, especialmente, al art. 3.1 de la Propuesta de Reglamento sobre las medidas contra el bloqueo geográfico y otras formas de discriminación por razón de la nacionalidad o del lugar de residencia o de establecimiento de los clientes en el mercado interior [Doc. COM(2016) 289 final].

²¹ GAUDEMET-TALLON, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5.ª ed., Paris, LGDJ, p. 213. En relación con el art. 6 del Reglamento Roma I, CALLIES, G.-P., «Art. 6 Rome I», en CALLIES, G.-P., *Rome Regulations*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 124-155, esp. p. 143.

²² BONOMI, A., «Jurisdiction over Consumer Contracts», en DICKINSON, A. y LEIN, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, pp. 213-237, esp. p. 228.

²³ CACHARD, O., nota a la sentencia, *RCDIP*, vol. 100, 2011, pp. 429-438; LAFUENTE SANCHEZ, R., «El criterio del International Stream-of-Commerce y los foros de competencia en materia de contra-

una adecuada ponderación de los intereses en conflicto. Por un lado, se garantiza la protección de los consumidores en aquellos supuestos en los que merecen ser protegidos (cuando son consumidores pasivos que no fuerzan la internacionalidad del contrato); y por otro, se favorece la seguridad jurídica que los comerciantes necesitan para hacer negocios *online* por cuanto están a salvo de resultar demandados en Estados miembros en los que no tenían la intención de dirigir sus actividades²⁴. Al mismo tiempo, se garantiza que los tribunales del Estado miembro de residencia del consumidor solo pueden ser competentes en situaciones que presentan una estrecha vinculación con el supuesto, salvaguardándose el derecho de defensa del demandado²⁵.

Ciertamente, la aplicación en la práctica del criterio puede resultar problemática por cuanto en algunos supuestos resultará difícil determinar la voluntad de un prestador de servicios de dirigir sus actividades a un determinado Estado²⁶. Pero no creo que ello suponga un problema de seguridad jurídica²⁷ superior al que presentan otras disposiciones del R. Bruselas I. Además, la práctica del TJUE está aportando constantemente nuevos indicios que ayudan a reducir ese problema.

6. En principio, en atención a estos «antecedentes», la extensión de la aplicación del criterio de las actividades dirigidas a otras materias resulta plausible. La primera manifestación de esta extensión ya se ha mencionado y se deriva de forma natural: es la referida a la interpretación de las condiciones de aplicación del art. 6 del R. Roma I, lo cual resulta coherente con la necesidad de lograr una correlación *forum-ius*²⁸.

Ahora bien, la extensión a otras materias resulta más complicada por cuanto los problemas a regular y los principios informadores son diferentes. Esto debe llevar a analizar hasta qué punto es posible flexibilizar la aplicación del criterio —en particular a la hora de determinar los indicios a tomar en consideración—²⁹ sin que pierda sus tres elementos identificadores. Como se verá, esto no es posible en algunos casos, y en otros el TJUE ha llegado incluso a descartar su utilización.

tos electrónicos celebrados con consumidores», *CDT*, vol. 4, 2012, núm. 2, pp. 177-201; CASTELLANOS RUIZ, E., «El concepto de actividad profesional “dirigida” al Estado miembro del consumidor: *stream-of-commerce*», *CDT*, vol. 4, 2012, núm. 2, pp. 70-92.

²⁴ CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 19, p. 1113.

²⁵ Fuera del ámbito intraeuropeo, la aplicación del criterio de las actividades dirigidas garantiza que el tribunal se declaró competente en una situación que presenta un grado de vinculación con el litigio, de manera que se facilita el *exequátur* de la decisión en terceros Estados. CACHARD, O., *op. cit.*, nota 6, p. 402.

²⁶ Un ejemplo de ello lo constituye la STJUE de 23 de diciembre de 2015, *Rüdiger Hobohm* (asunto C-297/14, ECLI:EU:C:2015:844)

²⁷ SVANTESSON, D., «Pammer and Hotel Alpenhof - ECJ decisión creates further uncertainty about when e-businesses “direct activities” to a consumer’s estate under the Brussels I Regulation», *Computer Law & Security Review*, vol. 27, 2011, pp. 300-324; CACHARD, O., *op. cit.*, nota 6, p. 403.

²⁸ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 20, p. 1073.

²⁹ Sobre el particular, SPENCER, A. B., «Jurisdiction and the Internet: Returning to Traditional Principles to Analyze Network-Mediated Contacts», *University of Illinois Law Review*, 2006, pp. 71-126, esp. pp. 97-98.

3. LA ADOPCIÓN DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

7. Como es conocido, en materia de protección de datos personales se está en un periodo de transición: actualmente, resulta aplicable la Directiva 95/46³⁰ (D. 95/46), incorporada a nuestro ordenamiento en la Ley Orgánica 15/99³¹ (LO 15/99); pero en mayo de 2018 entrará en vigor el RGPD que derogará la directiva.

En relación con el régimen actual, si bien la D. 95/46 —y la LO 15/99— no recoge expresamente el criterio de actividades dirigidas, su aplicación como criterio interpretativo se ha planteado en relación con la determinación del Derecho nacional aplicable y la autoridad competente cuando el responsable del tratamiento está establecido en un Estado miembro [art. 4.1.a)]; y para determinar la aplicación de la normativa europea cuando el responsable del tratamiento está establecido en un tercer Estado [art. 4.1.c)].

Con la entrada en vigor del Reglamento, la primera cuestión perderá parcialmente su relevancia, pero no la segunda, la cual se regula en el art. 3.2 RGPD, disposición que recoge expresamente el criterio de las actividades dirigidas.

3.1. Ley aplicable y autoridad encargada de fiscalizar el tratamiento cuando el responsable está establecido en un Estado miembro

8. Como consecuencia del carácter jurídico-público del régimen de control de las actividades de tratamiento de datos personales, existe una estrecha correlación entre ley aplicable y autoridad competente para sancionar eventuales infracciones. En este sentido, la determinación de la aplicación de una determinada ley conlleva también la competencia de las autoridades de ese Estado miembro para controlar su cumplimiento³².

En principio, el criterio básico fijado por la Directiva para determinar la ley aplicable/autoridad competente es el del establecimiento del responsable del tratamiento (art. 4.1 D. 95/46, art. 2 LO 15/99 y art. 3 de su Reglamento de desarrollo³³), término que ha sido interpretado de manera flexible por el TJUE³⁴.

³⁰ Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, *DO L* núm. 281, de 23 de noviembre de 1995.

³¹ *BOE* núm. 298, de 14 de diciembre de 1999.

³² DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 20, p. 339.

³³ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, *BOE* núm. 17, de 19 de enero de 2008.

³⁴ Apartados 28 y 29, STJUE de 1 de octubre de 2015, *Weltimmo* (asunto C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639); apartados 45-60 de la STJUE de 13 de mayo de 2014, *Google Spain* (asunto C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317).

Ahora bien, en los casos en los que el responsable tiene su establecimiento en un Estado miembro pero lleva a cabo sus actividades mayoritaria o exclusivamente en el territorio de otro Estado miembro a través de medios electrónicos, se ha planteado la posibilidad de aplicar la ley y otorgar la competencia a las autoridades de ese otro Estado miembro en atención al criterio de las actividades dirigidas. Esta cuestión se ha planteado en dos ocasiones: SSTJUE de 1 de octubre de 2015, *Weltimmo*, y de 28 de julio de 2016, *Verein für Konsumenteninformation*³⁵. En ambos asuntos, la respuesta del Tribunal fue negativa. En la primera decisión, referida a un sitio *web* gestionado desde Eslovaquia pero relativo a anuncios enviados por residentes en Hungría sobre propiedades inmobiliarias localizadas en ese país, se afirma que el hecho de que el responsable dirija sus actividades a un Estado miembro no es suficiente por sí solo para considerar aplicable la legislación de ese Estado. Resulta necesario, al menos, que el responsable tenga un representante en dicho Estado. Ciertamente, además de ese representante resulta preciso que el responsable realice una actividad real y efectiva, aun mínima, en dicho Estado miembro³⁶.

Este criterio se confirma en *Verein für Konsumenteninformation*, relativa al tratamiento de datos personales de residentes en Austria por parte de Amazon EU, con domicilio en Luxemburgo, y que ejerce sus actividades comerciales en Austria a través del sitio *web amazon.de*. En la sentencia el TJUE afirma que «si bien el hecho de que la empresa responsable del tratamiento de datos no posea una filial ni una sucursal en un Estado miembro no excluye que pueda tener en su territorio un establecimiento en el sentido del art. 4.1.b), ese establecimiento no puede existir por el mero hecho de que allí se pueda acceder al sitio de Internet de la empresa en cuestión»³⁷.

En este sentido se puede afirmar que el concepto autónomo de actividades dirigidas no es extensible a esta materia. Si bien el TJUE hace referencia a los tres elementos caracterizadores del concepto, los mismos no son utilizados con el fin de determinar si el responsable del tratamiento dirige sus actividades a un determinado Estado, sino si dicho responsable tiene un establecimiento permanente que lleva a cabo una actividad real y efectiva a través de un sitio *web* en dicho Estado³⁸.

La solución resulta convincente por razones de seguridad jurídica. Si ya de por sí puede resultar complicado localizar el establecimiento permanente del responsable del tratamiento de datos³⁹, la introducción como criterio

³⁵ Asunto C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, apartado 72.

³⁶ Asunto C-230/14, apartado 31.

³⁷ Asunto C-191/15, apartado 76.

³⁸ En el caso en cuestión: «Gestión de uno o varios sitios de internet de anuncios de inmuebles situados en Hungría, que están redactados en húngaro y que pasan a ser de pago transcurrido el primer mes. Por tanto, procede señalar que dicha sociedad ejerce una actividad real y efectiva en Hungría» (asunto C-230/14, apdo. 32).

³⁹ GTPD, *Update of Opinion 8/2010 on applicable law in light of the CJEU judgement in Google Spain* (WP 179/update), 16 de diciembre de 2015, pp. 6-7. Disponible en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2015/wp179_en_update.pdf.

alternativo de la tesis de las actividades dirigidas generaría una gran inseguridad jurídica por cuanto resultaría difícil determinar el régimen jurídico al que deberían sujetar su actividad los responsables del tratamiento y la autoridad ante la que deberían responder cuando llevan a cabo sus actividades⁴⁰.

9. Según se ha indicado, desde el momento en que entre en vigor el RGPD, esta cuestión perderá su relevancia práctica en relación con la determinación del Derecho nacional aplicable, pues el nuevo Reglamento establece un régimen unificado aplicable en todos los Estados miembros.

En cambio, seguirá teniendo cierta relevancia en relación con la determinación de la autoridad competente, pues uno de los foros de competencia que establece el Reglamento es el del establecimiento del responsable o encargado del tratamiento de los datos (arts. 55 y 56). Igualmente, este foro de competencia viene recogido en el art. 79.2 para determinar el órgano jurisdiccional competente para conocer de una reclamación por indemnización de daños y perjuicios derivada de una infracción del Reglamento.

En la medida en que, tal y como se indica en el considerando 22, se acoge el concepto flexible de «establecimiento» establecido por la jurisprudencia del TJUE, la dirección de las actividades del responsable del tratamiento a un determinado Estado miembro puede ser tomada en consideración para determinar si un responsable lleva a cabo a través de un sitio *web* la actividad real y efectiva que se exige para aplicar el foro de competencia.

3.2. Aplicación de la normativa europea cuando el responsable está establecido en un tercer Estado

10. Un segundo aspecto relativo a la protección de datos personales en relación con el cual se plantea la aplicación del criterio de las actividades dirigidas es el referido a la determinación de los supuestos en los que resulta aplicable la normativa europea en la materia cuando el responsable está establecido en un tercer Estado.

Estas situaciones son muy numerosas en la práctica por cuanto el carácter global de Internet facilita que los responsables y encargados del tratamiento de datos personales de interesados residentes en la Unión Europea puedan estar establecidos en terceros Estados. Para garantizar que en estos casos los interesados no vean mermada la protección que les ofrece la legislación europea, el actual art. 4.1.c) D. 95/46 [art. 2.1.c) LO 15/99 y 3.1 de su Reglamento de desarrollo] establece que la misma será aplicable cuando: «El responsable del tratamiento [...] recurra, para el tratamiento de datos personales, a medios, automatizados o no, situados en el territorio de dicho Estado miembro, salvo

⁴⁰ SVANTESSON, D., «Article 4(1)(A) “Establishment of the Controller” in EU Data Privacy Law - Time to Rein in this Expanding Concept?», *International Data Privacy Law*, vol. 6, 2016, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2820205>.

en caso de que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito por el territorio de la Comunidad Europea».

Según el Grupo de Trabajo del art. 29⁴¹, el concepto de «recurso a medios situados en el territorio de un Estado miembro» cubre muchos supuestos, incluyendo la instalación de archivos y programas informáticos que almacenan y permiten el acceso a información en el equipo del usuario (las llamadas *cookies*) y el uso de *Javascript* que permiten a servidores remotos ejecutar aplicaciones en el dispositivo del usuario⁴². Este ámbito de aplicación tan amplio del concepto ha sido criticado por la doctrina por generar inseguridad jurídica y porque puede provocar que la normativa europea resulte aplicable en supuestos con una escasa vinculación con la Unión Europea⁴³. El propio Grupo de Trabajo del art. 29 ha llegado a reconocer esta circunstancia⁴⁴ y llegó a proponer la adopción del criterio de las actividades dirigidas cuando sugirió que «en términos de seguridad jurídica, se complementara el criterio de los “medios”, un factor de conexión más específico, que tuviera en cuenta *la oportuna orientación hacia las personas*»⁴⁵. Es decir, si la actividad del responsable del tratamiento estaba destinada al Estado miembro de residencia del interesado. No obstante, esta interpretación nunca llegó a ser acogida ni por el propio Grupo de Trabajo⁴⁶, ni por las autoridades nacionales⁴⁷.

11. Ha sido necesario esperar a la adopción del RGPD para que el criterio de actividades dirigidas haya sido adoptado en la materia. Efectivamente, la letra *a*) del art. 3.2 RGPD indica que «[e]l presente Reglamento se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: *a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión*, independientemente de si a estos se les requiere su pago».

⁴¹ GTPD, *Documento de trabajo relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE* (WP56), de 30 de mayo de 2002, p. 11.

⁴² Estos *Javascripts* son necesarios, por ejemplo, para poder utilizar las aplicaciones ofrecidas por los prestadores de servicios de *cloud computing*.

⁴³ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., «Competencia y Derecho aplicable en el reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea», *REDI*, 2017, núm. 1, pp. 75-107, esp. pp. 100-101; SVANTESSON, D., «The Extraterritoriality of EU Data Privacy Law - Its Theoretical Justification and Its Practical Effect on U.S. Businesses», *Stanford Journal of International Law*, vol. 50, 2014, pp. 53-106; KUNER, C., *European Data Protection Law*, Oxford, 2.ª ed., 2007, pp. 117-119; SANCHO VILLA, D., *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, Navarra, Civitas, 2010, pp. 43-49.

⁴⁴ *Dictamen 8/2010 sobre el Derecho aplicable*, p. 23, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp179_es.pdf.

⁴⁵ P. 28, en la que se pone como ejemplo de norma en la que se establece un criterio similar, el art. 15.1.c) R. Bruselas I y la sentencia *Pammer*.

⁴⁶ P. 34.

⁴⁷ Como ejemplo puede ponerse el Informe 0454/2009 de la Agencia española de protección de datos en el que se determina la aplicación de la legislación española a un sitio *web* albergado en un servidor en Nueva York que permite a los clientes que se registren en la descarga de diseños e imágenes, que va a comercializar dicha página en España. La agencia hace mención expresa al uso de *cookies* y *javascripts* como criterio por el que la LOPD debe resultar aplicable.

Que la disposición supone una extensión del concepto autónomo de «actividades dirigidas» a esta materia resulta confirmada por el considerando 23, en el cual se mencionan los tres elementos definitorios antes identificados: a) la irrelevancia de la mera accesibilidad del sitio *web*; b) la necesidad de determinar si es evidente la voluntad del responsable o del encargado de dirigir sus actividades a interesados en uno o varios Estados miembros de la Unión; c) la referencia a algunos indicios que permiten evidenciar de manera objetiva dicha voluntad⁴⁸. Ahora bien, tal y como se ha indicado anteriormente, las diferencias existentes entre esta materia y la de contratos de consumo, conlleva que los indicios a tomar en consideración puedan ser diferentes. Así, si bien el punto de partida es la jurisprudencia *Pammer*⁴⁹, la aplicación de la normativa europea de protección de datos no debe estar condicionada a la celebración de un contrato entre el responsable del tratamiento y el interesado⁵⁰. Esto implica que el ámbito de aplicación de esta normativa sea mayor que en materia de consumo, circunstancia que ha llevado a la doctrina a manifestar que la aplicación del criterio de las actividades dirigidas en esta materia plantea una cuestión de gradación. La normativa europea debe resultar aplicable cuando se ofrezcan bienes o servicios sin restricciones geográficas a residentes en la UE y sean adquiridos o utilizados por un número significativo de personas en la UE. No hace falta que el prestador de servicios incluya expresiones manifiestas de su voluntad de que sus servicios están dirigidos a residentes en Estados miembros. En principio, el uso de mecanismos de geolocalización que impidan el acceso a los servicios desde la Unión Europea o redireccionen a los usuarios a otros sitios *web* conlleva la inaplicación de la legislación europea⁵¹. Pero fuera de estos casos no está nada claro cuál debe ser el volumen de actividad del prestador dirigida a la UE para que el criterio resulte aplicable: ¿resulta suficiente contactos ocasionales o es preciso un cierto volumen de actividad?⁵². A mi modo de ver, la respuesta depende del caso concreto si bien es importante que el aplicador del Derecho tenga en

⁴⁸ «Para determinar si [el] responsable o encargado ofrece bienes o servicios a interesados que residan en la Unión, debe determinarse si es evidente que el responsable o el encargado proyectan ofrecer servicios a interesados en uno o varios de los Estados miembros de la Unión. Si bien la mera accesibilidad del sitio *web* del responsable o encargado o de un intermediario en la Unión, de una dirección de correo electrónico u otros datos de contacto, o el uso de una lengua generalmente utilizada en el tercer país donde resida el responsable del tratamiento, no basta para determinar dicha intención, hay factores, como el uso de una lengua o una moneda utilizada generalmente en uno o varios Estados miembros con la posibilidad de cargar bienes y servicios en esa otra lengua, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión, que pueden revelar que el responsable del tratamiento proyecta ofrecer bienes o servicios a interesados en la Unión».

⁴⁹ BYGRAVE, L. A., «Determining applicable law pursuant to European data protection legislation», en HÖRNLE, J. y WALDEN, I. (eds.), *Ecommerce Law and Practice in Europe*, Cambridge, Woodhead Publishing, 2001, pp. 1-11, esp. p. 4.

⁵⁰ DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 19, p. 346.

⁵¹ *Ibid.*, nota 40, p. 86. Así, los servicios de almacenamiento ofrecidos por Google o Dropbox pueden considerarse dirigidos a la Unión Europea. Para que no lo fueran, los prestadores deberían impedir que los usuarios residentes en Estados miembros accedan a su sitio *web*, o redirigirlos a sitios *web* de empresas filiales o de terceros que ofrezcan esos servicios en el territorio de la UE.

⁵² HON, W. K., HÖRNLE, J. y MILLARD, C., «Data Protection Jurisdiction and Cloud Computing - When are Cloud Users and Providers Subject to EU Data Protection Law? The Cloud of Unknowing,

cuenta que el objetivo es determinar si de las circunstancias particulares del supuesto se puede concluir de manera razonable que la voluntad del responsable del tratamiento es dirigir sus actividades a la UE. Es de esperar que la jurisprudencia del TJUE pueda aportar algunos indicios en este sentido.

12. Debe observarse que el art. 3.2 RGPD establece un criterio alternativo para determinar su ámbito de aplicación. Concretamente, la letra *b*) establece la aplicación del Reglamento a responsables o encargados establecidos en terceros Estados que realizan *actividades de tratamiento de datos personales referidas al control del comportamiento de personas que se encuentran en la Unión Europea, en la medida en que este tratamiento tenga lugar en la Unión*.

De acuerdo con el considerando 24, el control del comportamiento se refiere al seguimiento de la actividad de las personas físicas en Internet que unido al uso de técnicas de tratamiento de datos personales permiten la elaboración de perfiles de dichas personas con el fin de «adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes».

En la medida en que este control de comportamiento se lleva a cabo mediante el envío e instalación de *cookies* en el equipo del usuario resulta pertinente preguntarse si este criterio constituye una transposición del actual art. 4.1.c) D. 95/46, con los problemas que ello conllevaría⁵³. Una interpretación que favorecería una respuesta negativa de esta pregunta pasaría por considerar este segundo criterio como una aplicación específica del concepto autónomo de las actividades dirigidas en esta materia. En este sentido, el envío e instalación de *cookies* en los dispositivos de usuarios localizados en territorio UE no es suficiente para determinar la aplicación de la normativa europea. De las circunstancias particulares del supuesto debe resultar evidente de manera razonable que esa es la voluntad del responsable del tratamiento. Así ocurrirá, por ejemplo, si se demuestra que gracias a los datos recabados el prestador de servicios elaboraba perfiles de usuarios que posteriormente suministra a terceras empresas para personalizar la publicidad que envían a residentes en la UE. Esta interpretación permite evitar que, al igual que ocurre con el actual art. 4.1.c) D. 95/46, la normativa europea pueda resultar aplicable a situaciones con una escasa vinculación con la Unión Europea⁵⁴.

Part 3», *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 84/2011*, disponible en <https://ssrn.com/abstract=1924240>, p. 36.

⁵³ PIRODDI, P., «Computación en la nube y Derecho aplicable a la protección de datos personales en la Unión Europea», *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 269-308, esp. p. 304.

⁵⁴ Ciertamente, la aplicación del concepto en esta materia presenta un problema de prueba de los indicios demostrativos de una actividad dirigida a la UE. El prestador de servicios es el que se encuentra en mejor posición para aportar dicha prueba, si bien dicha tarea puede resultar complicada cuando de lo que se trata es de demostrar que su actividad *no estaba dirigida a la UE*. Véase HON, W. K., HÖRNLE, J. y MILLARD, C., *op. cit.*, nota 52, p. 37.

4. EL RECHAZO DEL CRITERIO DE ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE INFRACCIONES DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

13. Una materia afín a la de la protección de datos personales en la que también se ha planteado la extensión del concepto autónomo de «actividades dirigidas» es la de las infracciones de derechos de la personalidad. No obstante, en este caso, el criterio no aparece fijado normativamente en el actual art. 7.2 R. Bruselas I, lo cual obstaculiza su adopción a nivel jurisprudencial.

En particular, en los asuntos que dieron lugar a la STJUE de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising y Martínez*⁵⁵, relativa a informaciones injuriosas publicadas en sitio *web* de una empresa domiciliada en un Estado miembro y que son accesibles un Estado miembro en el que residen los demandantes, el tribunal alemán recurrente en el primer asunto pregunta expresamente si la aplicación del art. 5.3 del Reglamento 44/2001 (actual art. 7.2) requiere una vinculación especial del litigio con el Estado del foro basada en la dirección de las actividades del propietario del sitio *web* a los usuarios residentes en ese Estado miembro⁵⁶.

Aunque no lo hace de manera expresa, puede entenderse que el TJUE responde negativamente a la pregunta⁵⁷ al interpretar que, en supuestos de vulneración de derechos de la personalidad cometidos a través de Internet, la víctima puede presentar la demanda antes los tribunales: *a)* del Estado miembro de establecimiento del emisor de los contenidos injuriosos, si bien en muchas ocasiones este coincidirá con el recogido en el art. 4, o en el art. 7.5; *b)* del Estado miembro donde se encuentra el centro de intereses de la víctima que, presuntamente, coincidirá con su residencia habitual⁵⁸, y *c)* del Estado miembro desde el que es accesible la información, si bien en este último caso, la competencia está limitada a los daños producidos en el territorio de ese Estado⁵⁹.

A mi modo de ver, el rechazo del criterio de las actividades dirigidas para determinar los tribunales competentes para conocer de daños globales (los

⁵⁵ Asuntos C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685. Nota de LEIN, E., *REDI*, 2012, núm. 1, pp. 193-198.

⁵⁶ Apartado 24, pregunta 2.

⁵⁷ Más claro es el rechazo por parte del Abogado General en sus Conclusiones de 29 de marzo de 2011 (ECLI:EU:C:2011:192), si bien en relación con el criterio del centro de gravedad del conflicto que finalmente no es acogido por el Tribunal (apdo. 62).

⁵⁸ Apartados 48 y 49. Con anterioridad a esta decisión los tribunales españoles ya habían considerado adecuado declararse competentes por ser España el Estado donde el afectado tiene su domicilio y desarrolla su vida y relaciones sociales en las SSAP de Las Palmas de 20 de enero de 2004 (*AEDIPr*, t. V, 2005, 641-650, con nota de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A.) y de Madrid de 18 de octubre de 2010 (nota de CORDERO ÁLVAREZ, C., *REDI*, 2011, núm. 2, pp. 260-262). Tal y como indica E. Lein la sentencia no deja claro si la competencia de los tribunales del centro de intereses de la víctima es para conocer de daños globales acaecidos en cualquier lugar o únicamente en el territorio de la Unión Europea (LEIN, E., «Matters related to Tort, Delict or Quasi-Delict», en DICKINSON, A. y LEIN, E. (eds.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford, OUP, 2015, pp. 155-172, esp. p. 172.

⁵⁹ Apartado 51.

dos primeros supuestos) resulta acertado. No así, su rechazo para determinar los competentes para conocer de daños locales (el tercer supuesto).

4.1. La adecuación del rechazo del criterio de las actividades para determinar los tribunales competentes para conocer de daños globales

14. El rechazo del criterio de las actividades dirigidas en beneficio del foro del centro de los intereses de la víctima resulta justificado por varias razones. En primer lugar, es una solución que se adecúa mejor a los principios sustantivos que informan la materia los cuales deben llevar a favorecer una interpretación a favor de los intereses de la víctima. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el daño a la reputación de una persona ocurre con independencia de la intencionalidad y voluntad del creador del contenido⁶⁰. Por tanto, en esta materia la voluntad del presunto infractor de dirigir sus actividades a un determinado país no debe jugar un papel relevante a efectos de determinar los tribunales competentes como el que juega en materia de contratos de consumo o incluso de protección de datos personales.

Además, el foro del centro de intereses de la víctima garantiza un justo equilibrio de los intereses en presencia. El carácter global de Internet permite a las publicaciones *online* maximizar beneficios gracias a que la información es fácilmente accesible desde cualquier lugar; pero, a su vez, este carácter global conlleva el peligro de que en caso de infracción de los derechos de la personalidad, los daños al perjudicado aumentan en la misma medida. Parece adecuado que en tal caso se permita a la víctima demandar en el foro que le resulta más próximo (allí donde se encuentra su centro de intereses) y que la publicación *online* asuma los costes que ello implica⁶¹.

En tercer lugar, el criterio del centro de intereses garantiza una mayor proximidad entre el litigio y los tribunales competentes que el de las actividades dirigidas⁶². En muchas ocasiones, la víctima residirá en el país desde el que se publica la información injuriosa, o al que va dirigida. No obstante, puede ocurrir que una publicación *online* dirigida hacia un determinado Estado produzca daños a la reputación de una persona residente en otro Estado. En tal caso, resulta más previsible para las partes que una demanda por

⁶⁰ Apartados 45-47.

⁶¹ Apartado 45 de la sentencia. LORENTE MARTÍNEZ, I., «Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La STJUE de 25 de octubre de 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet», *CDT*, 2012, vol. 1, pp. 277-301; MUIR WATT, H., nota a la sentencia en *RCDIP*, vol. 101, 2012, pp. 403-411. MANKOWSKI, P., «Art. 7», en MAGNUS, U. y MANKOWSKI, P. (eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Colonia, Otto Schmidt KG, 2016, apartado 249d.

⁶² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «The Internet - Privacy and Rights relating to Personality», *Recueil des Cours*, vol. 378, 2016, pp. 263-486, esp. p. 367; SABIDO RODRÍGUEZ, M., «Art. 7.2», en BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F., LORENZO GUILLEN, M. L. y MONTERO MURIEL F. J. (coords.), *Comentarios al Reglamento (UE) 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 187-215, esp. p. 214.

daños globales pueda presentarse ante los tribunales del centro de intereses de la víctima⁶³.

También, es un criterio más sencillo de aplicar que el de las actividades dirigidas pues el centro de intereses es único —presumiblemente el Estado miembro de la residencia habitual de la víctima— con lo que se evita la existencia de una multiplicidad de posibles tribunales competentes⁶⁴. Bien es cierto, sin embargo, que pueden aparecer problemas para localizar este centro de intereses, sobre todo cuando se trata de celebridades.

En fin, se trata de un criterio que garantiza la predictibilidad de soluciones y favorece la buena administración de justicia por cuanto, tratándose de un litigio relativo a la reputación de una persona, las pruebas se encontrarán en el Estado miembro de su residencia habitual⁶⁵.

4.2. Inadecuación del rechazo del criterio de las actividades dirigidas para determinar los tribunales competentes para conocer de daños locales

15. Aceptada la idoneidad del criterio del centro de intereses, lo que resulta criticable es la atribución alternativa de competencia a los tribunales de los Estados miembros desde los que la información injuriosa es accesible⁶⁶.

Este segundo foro de competencia puede llevar a que tribunales con escasa vinculación con el litigio resulten competentes, lo cual es criticable por la falta de predictibilidad e inseguridad jurídica que ello conlleva para el demandado⁶⁷. Además, es un foro que incrementa exponencialmente las posibilidades de practicar *forum shopping* por cuanto ni tan siquiera es necesario que la persona sea conocida en el Estado donde se presenta la demanda⁶⁸. De nada sirve que el TJUE limite la competencia de estos tribunales a los datos locales. Siempre que haya tribunales con una mayor propensión a otorgar altas compensaciones, si dispone de los recursos necesarios la víctima inten-

⁶³ Apartado 50. Así, por ejemplo, en el supuesto de una información falsa en un periódico deportivo francés en relación con el uso de productos dopantes por parte de un ciclista español afincado en Madrid en el Tour de Francia, se puede entender que la publicación está dirigida a Francia; pero la víctima sufre el daño principalmente en España, país donde vive, donde es conocido y en el que todos los medios de comunicación se van a hacer eco de la noticia.

⁶⁴ MARINO, S., «Nuovi sviluppi in materia di illecito extracontrattuale on line», *RDIPP*, 2012, pp. 879-896, esp. p. 884.

⁶⁵ Apartado 48.

⁶⁶ GUIZIOU, G., nota a la sentencia, *JDI*, 2012, pp. 197-212, esp. p. 202; TREPPOZ, E., nota a la sentencia, *RTD eur*, vol. 47, 2011, pp. 849-851; LEIN, E., *op. cit.*, nota 55, p. 198.

⁶⁷ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, nota 62, p. 351; GUIZIOU, G., *op. cit.*, nota 66, p. 204.

⁶⁸ NAGY, C. I., «The World is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law - Missed and New Opportunities», *JPIL*, vol. 8, 2012, pp. 251-256; OREJUDO DE LOS MOZOS, P., «La vulneración de los derechos de la personalidad en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia», *La Ley Unión Europea*, 2013, núm. 4, pp. 18-27.

tará aprovecharse del llamado *libel tourism*⁶⁹. En relación con la ponderación de los intereses en presencia, no resulta justificado que la publicación *online* pueda ser demandada en cualquier Estado desde el que la información es accesible⁷⁰.

Por estas razones, la teoría de la mera accesibilidad debería desterrarse en esta materia. Para que un tribunal pueda declararse competente en atención al art. 7.2 debería exigirse cierta vinculación entre el tribunal y los hechos litigiosos. Al respecto, el criterio de las actividades dirigidas derivado de la jurisprudencia *Pammer* debería jugar un papel relevante. En este sentido, los tribunales de todos los Estados miembros a los que se pueda razonablemente entender que el demandado dirigía sus actividades deberían poder declararse competentes para conocer de una acción por daños locales. Para determinar dicho extremo, en el supuesto en el que el demandado fuera una publicación *online*, podrían jugar un papel relevante indicios tales como el lenguaje en el que está escrita la publicación o la relevancia que su contenido puede tener en un determinado Estado. En este sentido, siguiendo al Abogado General, puede proponerse como indicio específico de esta materia que «la información que suscita el litigio se expresa en unos términos que, a la vista de las circunstancias que rodean la noticia, constituyan una información que suscite interés en un territorio y, en consecuencia, incite activamente a los lectores de dicho territorio a acceder a ella»⁷¹. Es decir, se trataría de supuestos en los que aunque la publicación *online* no tenía la intención de dirigir sus actividades al Estado del foro, debió prever que la misma causaría efectos en él. En este sentido, la cuantificación del número de visitas recibida desde direcciones IP localizadas en un determinado Estado tiene gran relevancia. De nuevo, es preciso referirse a los mecanismos tecnológicos que restringen el acceso del sitio *web* desde determinados Estados o que redirigen al usuario a otras páginas *web* como medios más idóneos para reducir el riesgo de internacionalidad por parte de las publicaciones *online*.

⁶⁹ Término acuñado en el Reino Unido que hace referencia a la propensión a acudir a litigar a los tribunales de este país debido a su conocida facilidad para otorgar daños y perjuicios elevados, HARTLEY, T., «Libel Tourism and Conflict of Laws», *ICLQ*, vol. 59, 2010, pp. 25-59. Así, siguiendo con nuestro ejemplo, nada impide que el ciclista español demande al periódico francés ante los tribunales del Reino Unido.

⁷⁰ En este sentido, MANKOWSKI, P., *op. cit.*, nota 61, apartado 249.

⁷¹ Apartados 59-60. En Alemania, el Tribunal Supremo federal en su Sentencia de 14 de mayo de 2013 (VI ZR 269/12, *IPRax*, 2014, pp. 538-541) consideró como elemento determinante para establecer la CJI de los tribunales alemanes en un litigio que enfrentaba a Google USA con un alemán en relación con la función de autocompletar de *google.de*, en atención a que Alemania era el lugar en el que los intereses de las partes enfrentadas entraban en conflicto. En este caso, cabe suponer que debe tomarse en consideración si el sitio *web* está dirigido a Alemania como un criterio para establecer el lugar de conflicto de los intereses. La doctrina alemana se ha mostrado crítica con este criterio, al considerar el centro de intereses de la víctima como elemento más previsible y menos complejo de determinar.

5. EL CRITERIO DE ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN MATERIA DE INFRACCIONES DE PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELLECTUAL

16. En materia de propiedad industrial e intelectual, el criterio de las actividades dirigidas tampoco aparece plasmado normativamente. No obstante, su aplicación se ha discutido jurisprudencialmente tanto en relación con la competencia judicial internacional a las infracciones internacionales, cuanto en relación con la ley aplicable. El resultado en uno y otro caso es diferente: en relación con el segundo de los aspectos, la jurisprudencia ha acogido este criterio; en relación con el primero, la jurisprudencia se ha decantado por el criterio de la mera accesibilidad.

5.1. La inaplicación del criterio de actividades dirigidas para determinar la competencia judicial internacional en materia de infracciones de propiedad industrial e intelectual

17. La sentencia *eDate Advertising* sembró la duda en la doctrina sobre el criterio que acogería el TJUE ante un supuesto de infracción de propiedad industrial o intelectual cometido en Internet⁷²: ¿se seguiría el criterio de la mera accesibilidad, o se abriría la puerta a un *forum actoris* a partir del criterio de las actividades dirigidas que incluso permitiera al tribunal asumir competencia para conocer de los daños globales?

La primera sentencia en la materia, STJUE de 19 de abril de 2012, *Wintersteiger*⁷³, no responde completamente a la cuestión si bien ya dejó entrever que el criterio de las actividades dirigidas tenía poco margen de actuación. El asunto trataba sobre la utilización como «*adword*» en el buscador «*google.de*» de una palabra clave coincidente con una marca registrada por un tercero en Austria. El TJUE estableció que el criterio preferente para aplicar el art. 5.3 (actual art. 7.2) es si el derecho de propiedad industrial en cuestión está protegido en el Estado miembro donde se presenta la demanda⁷⁴. Los tribunales del Estado miembro de registro de la marca controvertida son los que se encuentran en mejores condiciones para evaluar si efectivamente esta ha sido vulnerada⁷⁵. En opinión del Tribunal esta interpretación se justifica por razones de buena administración de justicia y de una sustanciación adecuada del proceso⁷⁶. La cuestión de si el uso con fines publicitarios de un signo idéntico a una marca

⁷² Por ejemplo, GUIZIOU, G., nota a la sentencia, *JDI*, 2012, pp. 197-212; TREPPOZ, E., nota a la sentencia, *RTD eur*, vol. 47, pp. 847-855.

⁷³ Asunto C-523/10, ECLI:EU:C:2012:220.

⁷⁴ Apartado 25. A diferencia del derecho de la personalidad, los derechos de propiedad industrial e intelectual no están protegidos a nivel global, sino a nivel territorial, circunstancia que impide aplicar el mismo criterio a ambos tipos de infracciones. Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *op. cit.*, nota 17, p. 119; LEIN, E., *op. cit.*, nota 58, p. 170.

⁷⁵ Apartados 27 y 28.

⁷⁶ Apartado 27.

nacional en un sitio *web* vulnera efectivamente el derecho de marca pertenece al ámbito de examen del recurso en cuanto al fondo. La ausencia de una referencia expresa al criterio de las actividades dirigidas debe llevar a entender que el mismo no resulta aplicable. Lo único relevante es si el derecho en cuestión está o no protegido en el Estado miembro en el que se presenta la demanda.

La segunda decisión en la materia, STJUE de 3 de octubre de 2013, *Pinckney*⁷⁷, trata sobre vulneración de derechos de autor los cuales, al contrario de las marcas, se conceden de manera automática en una pluralidad de Estados. Esto podía llevar a pensar que, al no resultar tan marcada la influencia del principio de territorialidad, el TJUE pudiera adoptar una interpretación diferente, más cercana a la jurisprudencia *Martínez*. El asunto versa sobre una demanda presentada en Francia contra una empresa austriaca por haber fabricado, sin autorización del titular de los derechos, unos CDs de música que posteriormente fueron comercializados por dos sitios *web* de empresas británicas accesibles desde Francia. El tribunal empieza por confirmar que el criterio básico es el de la protección, el cual no resulta afectado por el hecho de que los derechos de autor se otorguen de manera automática en todos los Estados miembros⁷⁸. A continuación recuerda que las cuestiones de en qué condiciones puede considerarse vulnerado un derecho, y si dicha vulneración es imputable al demandado, corresponden al examen de fondo del órgano jurisdiccional competente⁷⁹. Y, para que no haya lugar a dudas, deja claro que el art. 5.3 (actual art. 7.2) prevé como única condición para su aplicación «que se haya producido o pueda producirse el daño» por lo que, «contrariamente a lo que establece el art. 15.1.c) [actual art. 17.1.c)] no exige, en particular, que la actividad controvertida se dirija al Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción»⁸⁰.

Si bien la sentencia *Pinckney*, contrariamente a lo que recomendó el Abogado General⁸¹, conllevó la condena explícita del criterio de las actividades dirigidas, en ella no se contiene una declaración expresa a favor del criterio de la mera accesibilidad. Es más, algunos quisieron ver en las palabras del TJUE una puerta abierta al primero de estos criterios. En particular, su apartado 44 indica que: «En circunstancias como las del litigio principal, el [riesgo de infracción] se deriva, en particular, de *la posibilidad de obtener*, en un sitio de Internet accesible desde la circunscripción territorial del tribunal ante el que se ha presentado la demanda, una reproducción de la obra a la que están vinculados los derechos que invoca el demandante»⁸². Esa «posibilidad de obtener» podría implicar que el sitio *web* dirigiera sus actividades al Estado miembro del foro⁸³.

⁷⁷ Asunto 170/12, ECLI:EU:C:2013:635. Nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J., *REDI*, 2014, núm. 1, pp. 251-253.

⁷⁸ Apartados 33, 39 y 43.

⁷⁹ Apartado 40.

⁸⁰ Apartado 42.

⁸¹ Conclusiones de 13 de junio de 2013 (ECLI:EU:C:2013:400), apartados 67 y 68.

⁸² Apartado 44.

⁸³ Véase TREPOZ, E., nota a la sentencia, en *RTD eur*, vol. 49, 2013, pp. 897-903.

La STJUE de 22 de enero de 2015, *Hedjuk*⁸⁴ aclara todas las dudas que a este respecto pudieran existir. En primer lugar, ratifica que el criterio principal a tener en cuenta es que el derecho de propiedad intelectual objeto de la presunta infracción esté protegido en el Estado del foro⁸⁵. En segundo lugar, que el criterio de las actividades dirigidas no resulta aplicable⁸⁶. En tercer lugar, el tribunal aclara que la simple accesibilidad del sitio *web* donde se lleva a cabo la presunta infracción es suficiente para establecer la competencia de los tribunales del foro⁸⁷.

La jurisprudencia reseñada pone fin a la aplicación del criterio de las actividades dirigidas en materia de propiedad industrial e intelectual, que hasta la fecha gozaba de predicamento entre los tribunales de algunos Estados miembros⁸⁸, y era defendido por la doctrina⁸⁹ con base en la Recomendación OMPI sobre la protección de las marcas y otros derechos de propiedad industrial en Internet⁹⁰. Es reseñable la situación de la *Cour de cassation* francesa que tras decantarse a favor del criterio de la mera accesibilidad en el asunto *Cristal*⁹¹ modificó su jurisprudencia para acoger el criterio de las actividades dirigidas⁹². Ahora, con la nueva doctrina del TJUE, los tribunales franceses

⁸⁴ Asunto 441/13, ECLI:EU:C:2015:28. Comentario de MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., *REDI*, 2015, núm. 1, pp. 187-189.

⁸⁵ Apartado 29.

⁸⁶ Apartado 32.

⁸⁷ «En las circunstancias del litigio principal, ha de considerarse que tanto la materialización del daño como el riesgo de dicha materialización se derivan de la posibilidad de acceder, en el Estado miembro al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha ejercitado la acción, a través del sitio de Internet de EnergieAgentur, a fotografías amparadas por los derechos que esgrime la Sra. Hejduk» (apdo. 34).

⁸⁸ En Alemania, las sentencias del *Bundesgerichtshof*, de 13 de octubre de 2004, *Hotel Maritime*, (*GRUR*, 2005, pp. 431-434) y de 30 de marzo de 2006, *Arzneimittelwerbung im Internet* (*GRUR*, 2006, pp. 513-515); en España la SAP de Valencia de 29 de noviembre de 2002 (JUR 2002/32505).

⁸⁹ BETTINGER, T. y THUM, D., «Territorial Trademark Rights in the Global Village - International Jurisdiction, Choice of Law and Substantive Law for Trademark Disputes on the Internet», *IIC*, vol. 31, 2000, pp. 162-182. En España, esta postura es defendida por GARCÍA VIDAL, A., «Marcas y nombres de dominio en Internet», *ADI*, t. XVIII, 1997, pp. 187-213, esp. pp. 206-207; LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A., «Criterio de “focalización” y *forum delicti commissi* en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet», *pe. i.*, enero-abril de 2009, núm. 31, pp. 13-53.

⁹⁰ Recomendación conjunta relativa a las disposiciones sobre la protección de las marcas, y otros derechos de propiedad industrial sobre signos, en Internet, disponible en <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/marks/845/pub845.pdf>.

⁹¹ Sentencia de la *Cour de cassation* de 9 de diciembre de 2003, *Cristal*, *RCDIP*, vol. 93, 2004, nota de TREPOZ, E., pp. 632-640. Véase también SUQUET CAPDEVILA, J., «Internet, marcas y competencia judicial internacional: ¿o la superación de la regla *forum loci delicti commissi*?», *Diario La Ley*, 2004, núm. 6073, pp. 1644-1655. Esta doctrina jurisprudencial fue confirmada posteriormente en la Sentencia de la *Cour de cassation* de 20 de marzo de 2007, *Soc. HSM Schuhmarketing c. Soc. Gep Industries*, *RCDIP*, vol. 97, 2008, pp. 323-326, nota de TREPOZ, E.

⁹² La Sección Civil de la *Cour de cassation* adoptó este cambio de doctrina en sus Sentencias de 13 de julio de 2010, *Google v. Louis Vuitton* (disponible en <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-de-cassation-chambre-commerciale-financiere-et-economique-arret-du-13-juillet-2010/>), y de 23 de noviembre de 2010, *Axa c. Google* (disponible en <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-de-cassation-chambre-commerciale-financiere-et-economique-arret-du-23-novembre-2010/>). Debe observarse que la Sección comercial ha seguido fiel al criterio de las actividades dirigidas, si bien la reciente STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Concurrence* (asunto C-618/15, ECLI:EU:C:2016:976) puede suponer el final de esta jurisprudencia.

y los de cualquier otro Estado miembro deben aplicar el criterio de la mera accesibilidad, con los inconvenientes que eso conlleva y que han sido puestos de relieve por la doctrina⁹³.

La asunción de este criterio se justifica exclusivamente en la interpretación literal del art. 7.2 R. Bruselas I que, contrariamente al art. 17.1.c), no requiere que el sitio *web* controvertido dirija sus actividades al Estado del foro⁹⁴. En opinión del TJUE, la simple accesibilidad del sitio *web* donde se lleva a cabo la presunta infracción es suficiente para «que se haya producido o pueda producirse el daño» en el Estado miembro donde está protegido el derecho. Además se afirma que la interpretación garantiza la vinculación de los tribunales competentes con el objeto del litigio y, por tanto, una buena administración de justicia y sustanciación del proceso⁹⁵.

A mi modo de ver, resulta discutible que la mera accesibilidad sea condición suficiente para «que se haya producido o pueda producirse el daño» en el Estado miembro donde está protegido el derecho. Esto no es así al menos para los derechos de propiedad industrial por cuanto para que exista infracción se precisa la voluntad del presunto infractor de introducir los productos infractores en el comercio⁹⁶. Es decir, si no existe voluntad del presunto infractor de dirigir sus actividades al Estado donde está protegido el derecho ni hay daño ni se puede producir daño, por lo que el art. 7.2 no debería resultar aplicable. No creo que en estos casos, la determinación de la voluntad del presunto infractor de dirigir su actividad al Estado del foro sea una cuestión relativa a las condiciones en las que puede considerarse vulnerado un derecho, que corresponde al examen de fondo del órgano jurisdiccional competente. Se trata de una cuestión fáctica, similar a la determinación de la mera accesibilidad, pues no se prejuzga el fondo del asunto: el presunto infractor puede haber dirigido su actividad al Estado del foro y, sin embargo, la conducta puede no ser infractora. Por ello, los tribunales deberían tomar esta circunstancia en consideración a la hora de aplicar el *forum delicti commissi*.

En relación con el segundo aspecto, el propio asunto que dio lugar a la sentencia *Pinckney* es un ejemplo de que el criterio de la mera accesibilidad no garantiza una mínima vinculación de los tribunales competentes con el objeto del litigio: el simple hecho de que el sitio *web* sea accesible desde un Estado miembro donde esté protegido un derecho de propiedad industrial o intelectual susceptible de ser infringido por el contenido del sitio *web*, es su-

⁹³ Véase, por ejemplo, USUNIER, L., nota a la sentencia, *RCDIP*, vol. 103, 2014, pp. 195-206; TREPPOZ, E., nota a la sentencia, *RTD eur*, vol. 49, 2013, pp. 897-903.

⁹⁴ Asunto 441/13, apartado 32; asunto 170/12, apartado 42.

⁹⁵ Asunto 441/13, apartado 19; asunto 170/12, apartado 37: «En efecto, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de registro son los que mejor pueden apreciar si efectivamente se ha vulnerado el derecho de que se trate».

⁹⁶ Así, por ejemplo, el art. 50 de la Ley 24/2015 de patentes (*BOE* núm. 177, de 25 de julio de 2015) habla de «ofrecimiento para la venta, o introducción en el comercio»; el art. 19 del Reglamento 6/2002 de dibujos y modelos comunitarios (*DO L* núm. 3, de 5 de enero de 2002) de «oferta, puesta en el mercado o importación»; y el art. 9 del Reglamento 207/2009 de marca de la Unión Europea (*DO L* núm. 78, de 24 de marzo de 2009, versión codificada) habla de «uso en el tráfico económico».

ficiente para que el fabricante de una obra audiovisual comercializada en el sitio *web* deba responder ante los tribunales de ese Estado⁹⁷. Aunque la competencia de estos tribunales se limite exclusivamente a los daños producidos en el territorio del foro, existe el peligro de que una empresa sea demandada en Estados miembros en los que no pretende hacer negocios, ni tiene ninguna vinculación, y que puede constituir un atentado a su derecho a un proceso con todas las garantías y afectar a la previsibilidad que se supone de los foros de competencia⁹⁸. Esto supone un grado de inseguridad tan elevado que puede desincentivar a empresas (especialmente pequeñas y medias empresas) a hacer negocios en Internet, lo cual parece incompatible con el objetivo que se ha fijado la Comisión Europea de consolidar el mercado único digital⁹⁹. Pero además, el criterio de mera accesibilidad es una puerta abierta al fraude pues facilita que demandantes con recursos presenten demandas en una pluralidad de Estados miembros con la intención de forzar al demandado a llegar a un acuerdo extrajudicial en condiciones desfavorables¹⁰⁰. Del mismo modo, como se verá al tratar la cuestión de la ley aplicable, esta interpretación provoca que el tribunal competente no siempre acabe aplicando su propia ley pues el criterio de la mera accesibilidad no se sigue en materia de ley aplicable. Se quiebra, por tanto, la correlación *forum-ius*, a la que el TJUE otorga en otras decisiones tanta importancia en esta materia¹⁰¹. En fin, a mi modo de ver, que el tenor literal del art. 7.2 no permita asumir una interpretación a favor del criterio de actividades dirigidas no es cierto. Ya en *Fiona Shevill*¹⁰² y después en *eData Advertising* se adoptaron interpretaciones que iban más allá de la literalidad de la disposición al diferenciar supuestos en los que la competencia era por daños globales y otros por daños locales.

Teniendo en cuenta estas críticas, no cabe más que aplaudir aquellos estudios doctrinales a favor de la sustitución del criterio de la mera accesibilidad

⁹⁷ Este problema solo es evitable mediante el uso de mecanismos de geolocalización que o bien impiden el acceso al sitio *web* de residentes en determinados Estados, o bien les redireccionan a otros sitios *web*. Esto obliga a los prestadores de servicios a asumir altos costes de información por cuanto el sitio *web* es accesible desde cualquier Estado. Esta circunstancia puede suponer un grave obstáculo al ejercicio de la actividad *online*.

⁹⁸ En el mismo sentido, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 20, pp. 613-614. El autor propone como medidas para evitar estos riesgos la utilización de avisos expresos que indiquen los países a los que va dirigida la oferta, o la utilización de mecanismos técnicos que bloqueen el acceso al sitio *web* desde direcciones IP de países a los que no se dirige la oferta, o que remitan a sitios *web*. METZGER, A., «Jurisdiction in Cases Concerning Intellectual Property Infringements on the Internet», en LEIBLE, S. y OHLY, A. (eds.), *Intellectual Property and Private International Law*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2009, pp. 251-268, esp. p. 256; USUNIER, L., *JDI*, 2010, pp. 883-884. La irrelevancia que el TJUE otorga a esta falta de vinculación se confirma en las SSTJUE de 3 de abril de 2014, *Hi Hotel*, asunto C-387/12, ECLI:EU:C:2014:215 (nota de ORÓ MARTÍNEZ, C., *REDI*, 2014, núm. 2, pp. 254-256) y de 13 de mayo de 2013, *Melzer*, asunto C-228/11, ECLI:EU:C:2013:305 (nota de MASEDA RODRÍGUEZ, J., *REDI*, 2013, núm. 2, pp. 296-298).

⁹⁹ Sobre el particular, véase la Comunicación «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa», Doc. COM(2015) 192 final.

¹⁰⁰ TORREMANS, P., «Jurisdiction in Intellectual Property Cases», en TORREMANS, P. (ed.), *Research Handbook on Cross-border Enforcement of Intellectual Property*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, pp. 381-420, esp. p. 387.

¹⁰¹ STJUE de 13 de julio de 2013, *GAT*, asunto C-4/03, ECLI:EU:C:2006:457, apartado 22.

¹⁰² STJUE de 7 de marzo de 1995, *Shevill*, asunto 68/93, Rec. 1995, pp. 1-415.

por el de las actividades dirigidas¹⁰³. En este sentido, un tribunal solo debería poder declararse competente en atención al art. 7.2 R. Bruselas I para conocer de los daños locales derivados de una infracción de propiedad industrial e intelectual cometida en Internet cuando el presunto infractor dirija sus actividades al Estado del foro (ya sea aisladamente o en el marco de actividades dirigidas a una pluralidad de Estados).

De nuevo, la identificación de los indicios que demuestran de manera objetiva de la voluntad del presunto infractor de dirigir sus actividades al Estado del foro parte de la jurisprudencia *Pammer*. Ahora bien, las especialidades de esta materia obligan a tomar en consideración otros indicios como, por ejemplo, los que ha puesto de relieve el propio TJUE en las Sentencias de 11 de julio de 2011, *L'Oreal*¹⁰⁴, de 21 de junio de 2012, *Titus Donner*¹⁰⁵, de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco*¹⁰⁶, y de 6 de febrero de 2014, *Blomqvist*¹⁰⁷, que serán analizados en el siguiente epígrafe.

La determinación de los indicios a tener en cuenta puede resultar más complicada en materia de derechos de autor y derechos conexos, que en materia de derechos de propiedad industrial. Ello es debido a que la infracción en particular de los derechos de comunicación pública y reproducción no exige el uso de la obra en el tráfico económico. Aunque el presunto infractor no tenga voluntad de dirigir su actividad a un determinado Estado, los derechos pueden resultar infringidos en ese Estado desde el momento en que se pueden descargar copias de obras objeto de protección a partir de sitios *web*, o mediante programas de intercambio de ficheros¹⁰⁸. Es decir, la mera accesibilidad al contenido ilícito por alguno de estos medios equivale a infracción del derecho de comunicación pública. ¿Quiere esto decir que, en estos casos, la mera accesibilidad es suficiente para justificar la competencia de los tribunales del Estado del foro? A mi modo de ver la respuesta debería ser negativa pues, de lo contrario, se incurriría en los problemas anteriormente reseñados. Por ello, los tribunales deberían verificar que exista un cierto grado de vinculación de los tribunales con los hechos litigiosos. Dicha vinculación existe cuando de las circunstancias particulares del supuesto cabe entender de manera razonable que el presunto infractor dirige sus actividades al Estado del foro. Como se ha indicado, dicha comprobación no depende de la voluntad subjetiva del presunto infractor. Si el presunto infractor ha creado la apariencia de que su actividad está dirigida a un determinado Estado, debe asumir la carga de litigar en

¹⁰³ En particular, cabe citar el art. 2:202 de los *CLIP Principles* que incorpora una cláusula final que impide que los tribunales del Estado donde se ha producido el daño se declaren competentes cuando «el supuesto infractor no hubiera actuado en ese Estado para iniciar o proseguir la infracción y su actividad no pueda ser razonablemente percibida como dirigida a ese Estado», disponible en http://www.cl-ip.eu/_www/files/pdf2/Principios_CLIP.pdf. Véase KUR, A., «Art. 2:202», en VVAA, *Conflict of Laws in Intellectual Property - The CLIP Principles and Commentary*, Oxford, OUP, 2013, pp. 69-84, esp. pp. 75-76; METZGER, A., *op. cit.*, nota 98, pp. 257-258.

¹⁰⁴ Asunto C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474.

¹⁰⁵ Asunto C-5/11, ECLI:EU:C:2012:370.

¹⁰⁶ Asunto C-173/11, ECLI:EU:C:2012:642.

¹⁰⁷ Asunto C-98/13, ECLI:EU:C:2014:55.

¹⁰⁸ METZGER, A., *op. cit.*, nota 98, pp. 257-258.

dicho Estado. La aplicación de esta interpretación a supuestos de infracciones globales de derechos de autor —los casos de sitios *web* de descargas accesibles desde cualquier país, o plataformas de intercambio de ficheros— puede implicar que la actividad del presunto infractor esté dirigida a una pluralidad de Estados. Tal será el caso, por ejemplo, cuando el sitio *web* o el programa informático está en inglés. Esta interpretación garantiza que la tutela efectiva de los derechos de propiedad intelectual no resulte menoscabada por la sustitución del criterio de la mera accesibilidad por el de las actividades dirigidas.

18. A pesar de estas propuestas, la realidad es que actualmente el criterio de las actividades dirigidas carece de relevancia para determinar la competencia judicial internacional en materia de propiedad industrial e intelectual.

Esta falta de relevancia es todavía más patente en relación con infracciones de derechos de propiedad industrial unitarios. En este sentido, aunque no está referida a una infracción de derechos en Internet, hay que referirse a la STJUE de 5 de junio de 2014, *Coty Germany*¹⁰⁹. En ella se afirma que las normas sobre jurisdicción establecidas en el Reglamento 207/2009 de marca UE¹¹⁰ «tienen carácter de *lex specialis* en relación con las establecidas en el Reglamento 44/2001»¹¹¹, por lo que el *forum delicti commissi* establecido en el actual art. 93.5 (actual art. 97.5) puede interpretarse de manera diferente al establecido en el actual art. 7.2 R. Bruselas I. En atención a esta posibilidad, y tomando en consideración las pequeñas diferencias en la redacción de uno y otro foro, el Tribunal establece una interpretación más restrictiva del foro de competencia según la cual «el concepto de “territorio [del Estado miembro en que] se hubiere cometido el hecho de [la] violación” [...] se refiere al territorio del Estado miembro en el que se ha producido el hecho que originó o amenazó con originar la violación alegada, y no al territorio del Estado miembro en el que la mencionada violación produce efectos».

La aplicación de esta jurisprudencia a supuestos de infracción de marca UE cometida en Internet, supone que los tribunales competentes en atención al *forum delicti commissi*, no son ni los del Estado al que el demandado dirige sus actividades, ni los del Estado (los Estados) desde los que el sitio *web* es accesible¹¹². Serán los del Estado desde el que se lleva a cabo la actividad infractora que, en atención a la sentencia *Wintersteiger* (suponiendo, claro está, que el TJUE considere que esa interpretación es aplicable en materia de marca UE), no es aquel donde se encuentra el servidor donde se almacena la información sino el lugar del establecimiento del editor del contenido infractor, por ser allí donde se decide la publicación del mismo¹¹³.

¹⁰⁹ Asunto 360/12, ECLI:EU:C:2014:1318. Nota de DESANTES REAL, M., *REDI*, 2014, núm. 2, pp. 258-262.

¹¹⁰ Reglamento (CE) núm. 207/2009, del Consejo, de 26 de febrero, sobre la marca comunitaria (versión codificada), *DO L* núm. 78, de 24 de marzo de 2009.

¹¹¹ Apartado 27.

¹¹² ROSATI, E., «International Jurisdiction in Online EU Trade Mark Infringement Cases: Where Is the Place of Infringement Located?», *EIPR*, vol. 38, 2016, pp. 482-496.

¹¹³ Apartados 36-37.

Si bien esta jurisprudencia puede tener algunas ventajas¹¹⁴, reduce enormemente las posibilidades de *forum shopping* en detrimento de los intereses de los titulares por obtener una tutela efectiva de sus derechos. Más aún si tenemos en cuenta que el lugar de origen de la infracción coincidirá en muchas ocasiones con el domicilio del demandado. Es más, el hecho de que el criterio asumido para las infracciones de derechos de propiedad industrial e intelectual nacionales (mera accesibilidad) sea diferente al de los títulos unitarios (origen de la actividad infractora) solo genera inseguridad jurídica. En particular, puede ocurrir que en relación con demandas íntimamente relacionadas (así, por ejemplo, infracciones de marca UE y de marca nacional y reclamación por actos de competencia desleal relacionadas con el uso de un mismo signo distintivo) el tribunal se pueda declarar competente para conocer de algunas de esas demandas (marca nacional y competencia desleal) y de otras no (marca UE)¹¹⁵. Para evitar estos problemas, debería abogarse por una interpretación uniforme del *forum delicti commissi* que atribuyera competencia para conocer de daños locales a los tribunales del Estado de origen de la infracción y los de los Estados miembro a los que el presunto infractor dirige sus actividades.

5.2. El criterio de las actividades dirigidas y la ley aplicable a las infracciones de propiedad industrial e intelectual

19. La férrea defensa del criterio de la mera accesibilidad en materia de competencia judicial internacional contrasta con el recurso que hace el TJUE al criterio de las actividades dirigidas para localizar el lugar de la infracción del derecho de propiedad industrial e intelectual, aspecto que tiene una incidencia directa en la determinación del derecho aplicable al litigio.

Las sentencias que se han pronunciado sobre esta cuestión ha sido citadas en el anterior epígrafe: SSTJUE de 11 de julio de 2011, *L'Oreal*; de 21 de junio de 2012, *Titus Donner*; de 18 de octubre de 2012, *Football Dataco*, y de 6 de febrero de 2014, *Blomqvist*¹¹⁶.

En los cuatro asuntos se parte de una situación de hecho similar: una persona ofrece productos o servicios en infracción de derechos de propiedad industrial (marcas, en el caso de *L'Oreal* y *Blomqvist*) o intelectual (derecho *sui generis* sobre base de datos en el caso de *Football Dataco*, derecho de autor en el caso de *Titus Donner*) en un sitio *web* accesible desde un Estado

¹¹⁴ LAURICHESSE, C., nota a la sentencia, *RCDIP*, vol. 104, 2015, pp. 197-207.

¹¹⁵ En este sentido puede consultarse el asunto inglés *AMS Neve Ltd & Ors v Heritage Audio S. L. & Anor* [England and Wales High Court (Intellectual Property Enterprise Court) 18 October 2016].

¹¹⁶ Aunque no está referida expresamente al criterio de las actividades dirigidas, otra sentencia relevante es la de 16 de junio de 2011, *Thuiskopie* (asunto C-462/09, ECLI:EU:C:2011:397). El TJUE llega a la conclusión de que una empresa alemana que contribuye a la importación de soportes digitales al ponerlos a disposición de usuarios finales residentes en Países Bajos a través de un sitio *web* está obligada a soportar el canon por copia privada en este último país. Ahora bien, en este caso, la aplicación de la norma exige que se haya llevado a cabo compraventas en Países Bajos de los soportes digitales sobre los que se aplica el canon.

extranjero (desde un tercer Estado en las dos primeras sentencias, desde otro Estado miembro en las dos segundas).

En todos los casos, el Tribunal adopta una interpretación autónoma sobre la localización de estos actos de infracción a los efectos de determinar la aplicación de la reglamentación europea o la de un determinado Estado miembro, circunstancia que tiene gran trascendencia en alguno de los casos, pues puede llegar a implicar la inexistencia de infracción¹¹⁷.

Dicha interpretación supone la extensión a esta materia del concepto autónomo de las actividades dirigidas por cuanto los elementos que toma en consideración el Tribunal son los mismos que en la jurisprudencia *Pammer*. Así, lo primero que afirma el Tribunal es que la simple posibilidad de acceder a un sitio de Internet desde un determinado territorio nacional no basta para concluir que la persona que explota ese sitio lleva a cabo un acto de explotación del derecho de propiedad industrial e intelectual al que le resulta aplicable la legislación de ese Estado (sea esta un Reglamento UE o una ley nacional). Si la mera accesibilidad permitiera apreciar la existencia de un acto de infracción, quedarían indebidamente sujetos a la aplicación del Derecho europeo o de un Estado miembro actividades claramente destinadas en exclusiva a otros Estados¹¹⁸.

A continuación, el Tribunal establece que la legislación europea (en relación con el Reglamento de marca UE) o la de un determinado Estado debe resultar aplicable cuando el sitio *web* donde se produce la presunta infracción está destinado a consumidores situados en el territorio del Estado en el que el derecho de propiedad industrial o intelectual está protegido¹¹⁹. De no ser así, el efecto útil de estas normas se vería afectado¹²⁰, y resultaría muy fácil eludir la aplicación de la normativa europea o la de un determinado Estado localizando el servidor donde se almacena la información en otro Estado¹²¹.

Por último, el TJUE señala los indicios relevantes que permiten concluir que una actividad presuntamente infractora está dirigida a un determinado Estado. Fruto del carácter flexible del concepto, estos indicios no son necesariamente los mismos que en la jurisprudencia *Pammer*, y difieren parcialmente en cada asunto no solo por las peculiaridades de cada materia, sino

¹¹⁷ En el asunto *L'Oreal*, solo podía considerarse que existía infracción de marca, si se consideraba que se estaba haciendo uso de la misma en la Unión Europea. En el asunto *Titus Donner*, Dimensio, empresa italiana, ofrecía en su sitio *web* a clientes alemanes, unos productos protegidos por diseño industrial en Alemania pero no en Italia. Si el acto de distribución de los productos se localizaba en Italia, no existe infracción y merced al agotamiento del Derecho, los clientes podían solicitar el envío de sus productos ya adquiridos en Italia a Alemania mediante un transporte privado (ofrecido por el señor Donner). En cambio, si se consideraba que el acto de distribución se llevaba a cabo en Alemania, entonces existiría infracción y el agotamiento del Derecho no resultaría aplicable.

¹¹⁸ Asunto C-324/09, apartado 65; asunto C-173/11, apartados 36 y 37; asunto C-98/13, apartado 32.

¹¹⁹ Asunto C-324/09, apartado 61; asunto C-173/11, apartado 39; asunto C-98/13, apartado 33; asunto C-5/11, apartado 29.

¹²⁰ Asunto C-324/09, apartado 63; asunto C-98/13, apartado 34.

¹²¹ Asunto C-324/09, apartado 63, asunto C-173/11, apartado 45.

del caso concreto. Así, en la sentencia *L'Oreal* para determinar si se hacía uso comercial de la marca en la Unión Europea, se toma en consideración: *a)* que la oferta de venta vaya acompañada de indicaciones acerca de las zonas geográficas a las que el vendedor está dispuesto a enviar el producto en las que se incluyen Estados miembros de la UE, y *b)* que el sitio *web* está identificado con un nombre de dominio del territorio cubierto por las marcas nacional y de la UE invocadas¹²².

Por su parte, en *Football Dataco*, para determinar si se produce una reutilización de los contenidos de una base de datos en el Reino Unido se tiene en cuenta: *a)* que entre los datos incluidos en la base de datos objeto de litigio figure información relativa a acontecimientos que tienen lugar en dicho Estado miembro (en el caso en particular, la base de datos incluía datos relativos a encuentros de los campeonatos ingleses de fútbol); *b)* que Sportradar había concedido, mediante contrato, el derecho a acceder a su servidor a sociedades que ofrecen servicios de apuestas destinados al público en ese país; *c)* que la remuneración fijada por Sportradar varíe en función del volumen de las actividades de las sociedades cocontratantes en el Reino Unido y de las perspectivas de consultas subsiguientes de su sitio *web* por internautas establecidos en ese Estado, y *d)* que los datos resultan accesible en inglés, idioma que difiere del utilizado habitualmente en el Estado miembro donde está establecido el demandado¹²³.

En *Titus Donner*, el Tribunal toma en consideración la existencia de un sitio *web* en alemán, como un indicio más para entender que el demandado llevaba a cabo con carácter general (y no exclusivamente en Internet) actividades dirigidas a Alemania susceptibles de infringir el derecho de distribución¹²⁴.

Por último, en *Blomqvist*, si bien se reconoce la relevancia del criterio, el Tribunal finalmente no lo acoge debido a la especificidad de la materia. En su opinión, a los efectos de la aplicación del Reglamento aduanero¹²⁵ a una operación de importación de mercancías falsificadas, lo que importa es si se ha producido una venta del producto infractor a un residente en la Unión Europea, supuesto que también existe cuando dicha venta se ha producido a través de un sitio *web* de una empresa establecida en un tercer Estado. Resulta irrelevante si dicha venta vino precedida de una oferta al público o publicidad dirigidas a los consumidores de la Unión, es decir, si la empresa importadora dirigía o no sus actividades a territorio UE¹²⁶.

¹²² Apartados 65-66.

¹²³ Apartados 40-42.

¹²⁴ Apartado 29: «En las circunstancias que dieron lugar al litigio principal, elementos como la existencia de un sitio *web* en alemán, el contenido y los canales de distribución del material publicitario de Dimensione y su colaboración con Inspem en su condición de empresa que realiza entregas con destino a Alemania, pueden ser indicios concretos de tal actividad dirigida a un público seleccionado».

¹²⁵ Reglamento núm. 1383/2003, actualmente derogado por el Reglamento núm. 608/2013 relativo a la vigilancia por parte de las autoridades aduaneras del respeto de los derechos de propiedad intelectual (*DO L* núm. 181, de 29 de junio de 2013, pp. 15-34).

¹²⁶ Apartados 33 y 34. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en el asunto C-462/09, *Thuis-kopie*. La obligación del pago del canon compensatorio solo surgía si se habían producido ventas de los

20. Si bien ninguno de los casos está referido expresamente al art. 8 R. Roma II, su incidencia a la hora de interpretar esta norma de conflicto es confirmada por el TJUE en *Football Dataco*¹²⁷, y por el Abogado General en *Titus Donner*¹²⁸. La localización del acto de la presunta infracción en el territorio de un determinado Estado implica la aplicación de la ley de ese Estado como ley del país para cuyo territorio se reclama la protección¹²⁹.

En este sentido, puede afirmarse que a la hora de interpretar la *lex loci protectionis*, el TJUE se decanta por el criterio de las actividades dirigidas, lo cual resulta adecuado por varias razones: *a)* porque resulta ser una ley previsible para las partes; *b)* porque favorece la seguridad jurídica de los emprendedores digitales pues le resultará aplicable la ley de aquellos Estados en los que pretenden hacer negocios (y, por tanto, necesitan obtener autorización para explotar los derechos para dichos Estados)¹³⁰, y *c)* por cuanto permite reducir el número de leyes potencialmente aplicables. En relación con este último aspecto, cuando el acto infractor se comete a través de Internet, no debe resultar aplicable la ley de aquellos Estados desde los que el contenido infractor es accesible, sino solo la del Estado al que el presunto infractor dirigía sus actividades¹³¹.

Esta última afirmación precisa dos matizaciones. En primer lugar, puede haber casos en los que la aplicación del criterio no permita identificar una única ley aplicable, sino que obligue a aplicar la ley de una pluralidad de Estados por cuanto, como se ha dicho al hablar de competencia judicial internacional, existen ocasiones en las que las circunstancias particulares del supuesto llevan a la conclusión de que el presunto infractor dirige sus actividades a una pluralidad de Estados¹³². Esta posibilidad resulta inevitable, más aún cuando el propio TJUE en *Football Dataco* abre la puerta a esta interpretación al indicar que la actividad infractora se localizaba «al menos» en el territorio del Estado miembro al que se dirige la actividad¹³³.

En segundo lugar, resulta interesante preguntarse cómo actuará el tribunal de un Estado miembro A ante el que se presente una demanda por infracción cometida en un sitio *web* que es accesible desde ese Estado miembro,

soportes a residentes en Países Bajos. El simple ofrecimiento de los productos en un sitio *web* dirigido a ese país no era suficiente.

¹²⁷ Apartados 31 y 32.

¹²⁸ Apartado 30 de las Conclusiones de 29 de marzo de 2012 (ECLI:EU:C:2012:195).

¹²⁹ En el mismo sentido, en relación con la sentencia *Football Dataco*, véase GARCÍA MIRETE, C., «El lugar en el que se produce la reutilización de una base de datos electrónica en Internet: el caso *Football Dataco vs. Sportradar*», *AEDIPr*, t. XII, 2012, pp. 555-565; TREPPOZ, E., nota a la sentencia, *RTD eur*, vol. 47, 2011, pp. 851-853. En relación con la sentencia *Titus Donner*, véase TREPPOZ, E., nota a la sentencia en *RTD eur*, vol. 48, 2012, pp. 947-951.

¹³⁰ BARIATTI, S., «Internet e il diritto internazionale privato: aspetti relativi alla disciplina del diritto d'autore», *AIDA*, vol. V, 1996, pp. 59-82, esp. pp. 70-72.

¹³¹ Así, por ejemplo, en el asunto *Donner*, la ley aplicable sería la alemana y no la de cualquier país desde el que el sitio *web* era accesible. Véase BUCHNER, B., «Art. 8 Rome II», en CALLIES, G.-P., *Rome Regulations*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 481-487, esp. p. 485.

¹³² DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *op. cit.*, nota 20, pp. 632 y 859.

¹³³ Apartado 47. GARCÍA MIRETE, C., *op. cit.*, nota 129, p. 565.

cuando las circunstancias concretas del asunto permiten afirmar que el sitio *web* está dirigido a otro Estado B. Aunque la demanda solo puede referirse a los daños derivados de la infracción en el Estado miembro A, según la sentencia *Football Dataco*, no puede entenderse que la infracción se ha cometido en ese Estado. El tribunal deberá aplicar una ley extranjera —la del Estado o la de uno de los Estados a los que está dirigida la actividad— aunque solo sea para determinar que la demanda no es admisible porque no se ha producido un acto de infracción en el Estado miembro A. A mi modo de ver, el supuesto pone de manifiesto la incoherencia de mantener el criterio de mera accesibilidad en materia de competencia judicial internacional. Resulta más adecuado, a todos los efectos, que el tribunal se inhíba de conocer del litigio si así se lo solicita el demandado.

21. Desafortunadamente, no es posible asegurar que la adopción del criterio de las actividades dirigidas resulte también aplicable en materia de ley aplicable a infracciones de derechos de propiedad industrial unitarios.

Como se ha dicho anteriormente, en la sentencia *Coty Germany*, el TJUE afirmó que el Reglamento de marca UE es *lex specialis* respecto de los instrumentos generales de DIPr europeo y sus disposiciones deben ser objeto de una interpretación restrictiva. Además, el art. 8.2 R. Roma II no se refiere al «país para cuyo territorio se reclama la protección». Según la disposición, aquellos aspectos que no quedan regulados por el Reglamento UE en cuestión, se rigen por «la ley del país en el que se haya cometido la infracción». En base a estos criterios, en las conclusiones del Abogado General de 1 de marzo de 2017, C-24/16 y C-25/16, *Nintendo*, se afirma que «el art. 8.2 R. Roma II deben interpretarse en el sentido de que la ley aplicable a las pretensiones accesorias a una demanda por violación de la propiedad intelectual [...] es la del territorio del Estado miembro en el que se ha producido el hecho que originó o amenazó con originar la supuesta infracción».

La solución propuesta tiene la ventaja de su sencillez y de que garantiza una correlación *forum-ius* en la materia. No obstante, dicha sencillez se pierde en aquellos supuestos en los que la demanda por infracción del derecho de propiedad industrial unitario se presenta conjuntamente con una demanda por competencia desleal, o por infracción de un Derecho nacional. Efectivamente, en estos casos el juez se verá obligado a aplicar al menos dos leyes distintas a demandas relacionadas con los mismos hechos. Además, la interpretación propuesta no resultaría aplicable a aquellos casos en los que el hecho que originó la supuesta infracción se llevó a cabo desde un tercer Estado por cuanto la marca UE solo se protege en la Unión Europea. Según se ha indicado en sede de competencia judicial internacional, para evitar estos problemas, sería preferible optar por una interpretación uniforme de los apartados 1 y 2 del art. 8 que abogue por la aplicación del criterio de las actividades dirigidas.

6. EL RECHAZO DEL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS EN OTRAS MATERIAS CUBIERTAS POR EL ART. 7.2 R. BRUSELAS I

22. Según se ha visto, el TJUE se ha declarado a favor de la aplicación del criterio de las actividades dirigidas en materia de contratos de consumo (art. 17) pero no en materias incluidas en el ámbito material del art. 7.2. Esta conclusión se hace todavía más evidente en la última decisión aparecida hasta la fecha sobre el criterio de las actividades dirigidas: la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Concurrence*¹³⁴.

La decisión está referida a una acción de cesación de las ventas realizadas fuera de una red de distribución en exclusiva, y que acaba con la jurisprudencia anterior de la Sección comercial de la *Cour de cassation* francesa en esta materia a favor del criterio de las actividades dirigidas¹³⁵. En el procedimiento principal el demandante, que gozaba de esa exclusividad para territorio francés, solicitaba que se dictara una orden que prohibiera a terceros la venta de esos productos en ese territorio a través de sitios *web* identificados con nombres de dominio extranjeros. Aunque el TJUE en ningún momento se refiere al criterio de la mera accesibilidad, en ella se afirma que a los efectos de determinar si el daño se materializa en Francia, carece de pertinencia el hecho de que los sitios *web* en los que aparece la oferta de productos objeto del derecho de distribución selectiva operen en otros Estados miembros [...] siempre que los hechos cometidos en esos Estados miembros hayan producido o puedan producir el daño que se invoca en Francia. Lo relevante para el Tribunal era que, tal y como se establece en *Pinckney*, el derecho cuya vulneración se alega en la demanda esté protegido en el Estado del foro ya sea un derecho de propiedad intelectual o un derecho de exclusividad para las ventas de un determinado producto¹³⁶.

Más radical resulta la posición del Abogado General¹³⁷, para quien «dado que los sitios *web* [...] son en principio accesibles en Francia, el perjuicio alegado por *Concurrence* lo constituye la pérdida de cuotas de mercado en el marco de su actividad de venta [...]. De ello se deduce que la materialización de su daño no puede producirse en otro lugar más que en Francia. Este es el motivo por el que el tribunal francés debería ser competente en relación con los sitios de Internet de Amazon en el extranjero». Y continúa afirmando que «quienes publican información (en Internet) lo hacen sabiendo que la

¹³⁴ Sobre la sentencia, véase SUQUET CAPDEVILA, J., «El lugar del hecho dañoso en Internet: criterios de atribución de competencia judicial internacional (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-618/15: *Concurrence SARL v Samsung Electronics France SAS y Amazon Services Europe Sàrl*)», *La Ley Unión Europea*, abril de 2017, núm. 47, pp. 1-17.

¹³⁵ Sentencia Cour Cass (Com.), de 3 de mayo de 2012, *RCDIP*, vol. 102, 2013, pp. 193-195, nota KNETSCH, J.

¹³⁶ Apartados 30 y 34.

¹³⁷ Conclusiones de 9 de noviembre de 2016, ECLI:EU:C:2016:843.

información que ponen a disposición está a disposición de todo el mundo sin restricción geográfica alguna»¹³⁸.

La sentencia es criticable por las razones expuestas anteriormente en relación con las infracciones de propiedad industrial: que el sitio *web* sea accesible no es suficiente para considerar que el Derecho puede verse vulnerado. Es preciso que a través del mismo se tenga intención de ofertar los productos al Estado del foro. De lo contrario, no existe peligro de vulneración del derecho y, además, se corre el riesgo de que el tribunal se declare competente para conocer de asuntos con una escasa vinculación con el foro.

23. A mayor abundamiento, cabe señalar que en una materia tan próxima a la propiedad industrial e intelectual como es la de la competencia desleal, aunque no existe ninguna sentencia del TJUE relativa a actos llevados a cabo en Internet, la sentencia *Coty Germany* da a entender que llegado el caso, el criterio a seguir será el de la mera accesibilidad¹³⁹. En esta decisión, el TJUE entendió que podía interponerse en Alemania una demanda por actos de competencia desleal (en concreto actos de publicidad comparativa ilícita o de imitación desleal de un signo protegido por una marca comunitaria) de acuerdo con la ley alemana en relación con actos cometidos en otro Estado miembro por otra persona «siempre que los mismos hayan generado o pueda generar un daño en la circunscripción territorial del tribunal que conoce del asunto»¹⁴⁰. De nuevo, el Tribunal destaca la similitud del derecho cuya vulneración se alega con los derechos de propiedad intelectual, lo que le lleva a aplicar analógicamente la jurisprudencia *Pinckney*¹⁴¹.

24. En vista de la conexidad entre las materias, son aplicables las críticas anteriormente realizadas en relación con la aplicación del criterio de la mera accesibilidad en materia de propiedad industrial e intelectual. El Tribunal debería haber tomado en consideración el criterio de las actividades dirigidas sino bien los indicios a aplicar podrían ser particulares. Así, la existencia o no de publicidad en el sitio *web* que puede considerarse dirigida a los residentes en el Estado del foro resulta de gran relevancia¹⁴². De nuevo, la mera accesibilidad no es suficiente para que se den las condiciones para que pueda entenderse que se «ha producido o puede producirse el daño» pues, con carácter general, la normativa sobre competencia desleal exige, para que pueda existir ilícito, la finalidad concurrencial de la actividad del demandado¹⁴³.

¹³⁸ Apartado 64.

¹³⁹ En apoyo de esta interpretación véase LAURICHESSE, C., nota a la sentencia, en *RCDIP*, vol. 104, pp. 197-207. Debe observarse que esta interpretación resultaría contraria a lo manifestado acertadamente por la doctrina (MANKOSWIKI, P., *op. cit.*, nota 61, apdo. 249) y sostenido por la jurisprudencia nacional de ciertos países (en Alemania, la sentencia *Hotel Maritime*, anteriormente citada; en Francia, sentencia *Cour cass. Com.* de 9 de marzo de 2010, nota USUNIER, L., *JDI*, 2010, pp. 870-885), en las que se abogaba por el criterio de las actividades dirigidas.

¹⁴⁰ Apartados 50 y 58.

¹⁴¹ Apartados 55 y 56.

¹⁴² En este sentido se pronunciaron los tribunales franceses en las sentencias *Cour cass. Com.* de 9 de marzo de 2010 y de 3 de mayo de 2012 anteriormente citadas.

¹⁴³ En este sentido, véase el art. 2 de la Ley 3/1991 de competencia desleal (*BOE* núm. 10, de 11 de enero de 1991).

7. CONCLUSIONES

25. A pesar de la habitualidad con la que se habla de la tesis de las actividades dirigidas como criterio regulador de las situaciones privadas internacionales que tienen lugar en Internet, cabe afirmar que el ámbito de aplicación del mismo es relativamente pequeño.

El análisis de la jurisprudencia del TJUE permite afirmar que el mismo es un concepto autónomo de DIPr UE. Ahora bien, la jurisprudencia *Pammer* relativa al art. 17.c) R. Bruselas I sobre competencia judicial en materia de contratos celebrados por consumidores [art. 17.c) R. Bruselas I y, por extensión, art. 6 R. Roma I], solo es extensible a la materia de protección de datos personales para interpretar el nuevo art. 3.2 RGPD, y a las cuestiones de ley aplicable a las infracciones de propiedad industrial e intelectual.

Este concepto autónomo consta de tres elementos definitorios: *a)* la mera accesibilidad de un sitio *web* no es suficiente para que los tribunales del Estado del foro se declaren competentes; *b)* resulta preciso establecer de manera razonable la voluntad objetiva del demandado de dirigir sus actividades comerciales al Estado del foro, individualmente o en el marco de actividades dirigidas a una pluralidad de Estados, y *c)* dicha voluntad del demandado debe determinarse a partir de indicios objetivos los cuales varían de una materia a otra.

Esta última circunstancia implica que el concepto autónomo de las actividades debe ser un concepto que ofrece cierto margen de flexibilidad a la hora de su aplicación en las distintas materias en las que se puede aplicar. En vista de la labor del TJUE a la hora de identificar indicios aplicable en cada materia, esto no debería suponer un grado de inseguridad jurídica superior al que existe a la hora de aplicar otros conceptos de DIPr europeo. Por ello, resulta posible proponer la extensión del criterio a otras cuestiones como, por ejemplo, la aplicación del art. 6.1 y 2 R. Roma II a demandas referidas a actos de competencia desleal cometidos a través de Internet¹⁴⁴.

26. En cualquier caso, a pesar de esa naturaleza flexible, el TJUE ha preferido no extender la aplicación del concepto autónomo a materias cubiertas por el art. 7.2 R. Bruselas I, circunstancia que resulta muy criticable pues no se justifica ni en razones referidas a la literalidad de la norma, ni a los principios informados de la materia. Además, la preferencia por el criterio de la mera accesibilidad lleva a resultados inadecuados.

Aunque el Tribunal hace depender la aplicación del *forum delicti commissi* de la «naturaleza del derecho supuestamente vulnerado»¹⁴⁵, todo apunta hacia una aplicación indiscriminada de este último criterio a todas las acciones

¹⁴⁴ En este sentido, BUCHNER, B., «Art. 6 Rome II», en CALLIES, G.-P., *Rome Regulations*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2011, pp. 451-461, esp. p. 455.

¹⁴⁵ Por todas, apartado 30, asunto C-618/15.

incluidas en el ámbito de este foro de competencia. Esta circunstancia acrecentaría los problemas que actualmente se observan.

A mi modo de ver, el criterio de las actividades dirigidas debería jugar un papel principal para determinar la competencia judicial internacional de aquellas acciones extracontractuales en las que la voluntad del demandado por cometer el daño es imprescindible para declarar su responsabilidad. Tal es el caso, por ejemplo, de la infracción de derechos de propiedad industrial, intelectual y de actos de competencia desleal. La dirección de las actividades al Estado de foro es un aspecto que el tribunal debe verificar como condición *de facto* para determinar su competencia.

Para aquellas acciones en las que la voluntad del demandado por cometer el daño es en principio irrelevante para declarar su responsabilidad —así, por ejemplo, en materia de vulneración de derechos de la personalidad—, el criterio tampoco debe desterrarse por cuanto su aplicación garantiza la vinculación necesaria entre el supuesto de hecho y los tribunales competentes que debe exigirse para evitar una vulneración del derecho de defensa del demandado.

RESUMEN

EL CRITERIO DE LAS ACTIVIDADES DIRIGIDAS COMO CONCEPTO AUTÓNOMO DE DIPR DE LA UNIÓN EUROPEA PARA LA REGULACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EN INTERNET

El presente trabajo hace un recorrido por las sentencias del TJUE en las que se ha discutido sobre el criterio de las actividades dirigidas con la finalidad de determinar si el mismo supone un concepto autónomo de DIPr UE, y si su ámbito de aplicación va más allá del art. 17.c) R. Bruselas I relativo a los contratos celebrados por los consumidores. Del análisis se desprende que el criterio solo es extensible a la ley aplicable a estos contratos, a la materia de protección de datos personales y a cuestiones de ley aplicable en materia de propiedad industrial e intelectual. Desafortunadamente el TJUE ha preferido aplicar el criterio de la mera accesibilidad a la hora de interpretar el art. 7.2 R. Bruselas I. Existen diferentes razones que justificarían la interpretación de esta disposición a partir del de las actividades dirigidas y que, sin duda, llevarían a resultados más respetuosos con el principio de proximidad y la previsibilidad jurídica.

Palabras clave: criterio de las actividades dirigidas, criterio de mera accesibilidad, competencia judicial internacional, Derecho aplicable, Internet.

ABSTRACT

THE «TARGETING ACTIVITIES» CRITERIUM AS AN AUTONOMOUS NOTION OF EU PRIVATE INTERNATIONAL LAW FOR THE REGULATION OF INTERNET ACTIVITIES

The article revises the case law of the CJEU in which the «targeting activities» criterium has been discussed. The purpose is to determine whether this criterium can be considered an autonomous notion of EU Private International Law and to establish whether its scope of application goes beyond art. 17.c) Brussels I Regulation on consumer contracts. From the analysis it can be affirmed that the application of the criterium can only be expanded

to questions related to the applicable law to this category of contracts, to the protection of personal data, and to the applicable law to intellectual property infringements. Unfortunately, the CJEU prefers to apply the «mere accessibility» criterium to interpret art. 7.2 Brussels I Regulation. However, there are several reasons that justify the interpretation of this ground of jurisdiction in accordance with the «targeting activities» criterium. This would certainly lead to a better regulation in terms of proximity and predictability.

Keywords: targeting activities, mere accessibility, jurisdiction, applicable law, Internet.

LA PREVENCIÓN DE LA RADICALIZACIÓN EN LA ESTRATEGIA CONTRA EL TERRORISMO DE LA UNIÓN EUROPEA. ENTRE *SOFT LAW* E IMPULSO DE MEDIDAS DE APOYO

Lucas J. RUIZ DÍAZ *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA PREVENCIÓN DE LA RADICALIZACIÓN EN EL MARCO DE LAS MEDIDAS DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA EL TERRORISMO.—2.1. Desarrollo y consolidación de la estrategia europea de prevención de la radicalización terrorista.—2.2. Principales elementos.—2.2.1. Las acciones preventivas: investigación de los procesos de radicalización e intervención sobre el entorno socioeconómico y educativo.—2.2.2. Las acciones represivas contra la radicalización: intervención desde el sector de la seguridad.—2.2.3. Las acciones de desvinculación, rehabilitación y reintegración.—3. LA PREVENCIÓN DE LA RADICALIZACIÓN TERRORISTA EN LA ESTRATEGIA EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA.—4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

1. La lucha contra el terrorismo no es un cometido nuevo en la historia de la integración europea¹. Progresivamente, si bien con mayor celeridad tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos, la Unión Europea (UE) ha adoptado una serie de instrumentos que abordan la prevención y represión del terrorismo en sus diversas manifestaciones, impulsando la respuesta internacional ante un fenómeno global que ha mostrado una evolución preocupante y de nefastas consecuencias para la seguridad de la ciudadanía y de los Estados. Dentro de este marco general, la UE ha prestado especial atención durante la última década a las medidas de prevención

* Doctor en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Granada, (lucasruiz@ugr.es). Investigador visitante en el *Institute for European Studies* de la *Vrije Universiteit Brussel* (IES, VUB). Todas las páginas web a las que se hace referencia fueron consultadas por última vez el 30 de abril de 2017.

¹ COOLSÆT, R. (ed.), *Jihadi Terrorism and the Radicalisation Challenge. European and American Experiences*, 2.^a ed., Nueva York, Routledge, 2012; y HOFFMAN, B. y REINARES, F. (eds.), *The Evolution of the Global Terrorist Threat: From 9/11 to Osama bin Laden's Death*, Nueva York, Columbia University Press, 2014.

del terrorismo y, en particular, de la radicalización terrorista, aportando una estrategia específica e instrumentos de apoyo que completan los esfuerzos de las autoridades nacionales en este ámbito de la seguridad, reducto de la soberanía de los Estados miembros (EEMM). Sin embargo, en opinión de Fernando Reinares, las medidas europeas de prevención de la radicalización yihadista han fracasado². Sin llegar a ser tan categóricos en esta crítica, es indiscutible que estas pretensiones se han mostrado insuficientes, dadas las lagunas identificadas por los servicios policiales y de inteligencia de los EEMM en la contención del reclutamiento por parte de grupos terroristas y la prevención del paso hacia posturas radicales de ciudadanos europeos o, en último término, de la comisión de actividades terroristas, como han evidenciado los sucesivos atentados cometidos en el último año en Europa.

2. Estos ataques terroristas en territorio europeo han puesto de relieve, asimismo, la simplicidad con la que algunos discursos oficiales han abordado la complejidad del fenómeno. Así, seguramente influidas por los acontecimientos del actual lustro y la presión mediática, algunas instancias internacionales y europeas han centrado últimamente su respuesta en materia de prevención del terrorismo en la figura de los *combatientes extranjeros*³ —llegando incluso a asimilarlos, erróneamente, a las redes terroristas internacionales⁴—, con el fin de evitar que retornen y perpetren actos terroristas en sus respectivos países de origen o se conviertan en «catalizadores del terrorismo»⁵. En realidad, la prevención del extremismo violento y de la radicalización que conduce al terrorismo precisa de una intervención particular más amplia y multidisciplinar, independiente de la lucha contra

² REINARES, F., «Prevenir la radicalización yihadista: un fracaso europeo», disponible en: <http://www.blog.rielcano.org/prevenir-la-radicalizacion-yihadista-un-fracaso-europeo/>.

³ Sirvan de ejemplo, en el caso de la UE, las Resoluciones del Parlamento Europeo, de 11 de febrero de 2015, sobre las medidas de lucha contra el terrorismo [P8_TA(2015)0032], y de 25 de noviembre de 2015, sobre la prevención de la radicalización y el reclutamiento de ciudadanos europeos por organizaciones terroristas [P8_TA(2015)0410]. En esta misma línea, véase la Directiva 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la lucha contra el terrorismo (DO L núm. 88, de 31 de marzo de 2017). A nivel internacional, el paso ha estado marcado por el discurso del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, igualmente centrado en estos últimos años en la prevención de la radicalización y el extremismo violento ligados a la cuestión de los combatientes extranjeros, como prueba la Resolución 2178 (2014), de 24 de noviembre. Para un análisis de esta última, véanse: GARRIDO MUÑOZ, A., «Un nuevo cortocircuito legislativo en Naciones Unidas: la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas relativa a los combatientes terroristas extranjeros», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, 2015, núm. 1, pp. 303-307; y MARRERO ROCHA, I., «Los combatientes “terroristas” extranjeros de la Unión Europea a la luz de la Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2016, núm. 54, pp. 555-594.

⁴ «Desde la perspectiva del Derecho internacional [...] es al mismo tiempo simplista y jurídicamente confuso imponer tal asociación, porque diferentes ramas del Derecho internacional rigen el conflicto armado y la prevención y supresión del terrorismo»: véase «Foreign Fighters under International Law», *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights Briefing*, octubre, 2014, núm. 7, p. 3 (traducción propia), disponible en: <https://www.geneva-academy.ch>.

⁵ «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Prevenir la radicalización hacia el terrorismo y el extremismo violento: una respuesta más firme de la UE», COM (2013) 941 final, Bruselas, de 15 de enero de 2014, p. 2.

los combatientes extranjeros para ser efectiva, como demuestran las últimas investigaciones policiales contra el terrorismo⁶. No obstante, dicha intervención suscita numerosas controversias incluso en nuestros días, empezando por el alcance del propio concepto *radicalización*, excesivamente ambiguo para parte de la doctrina y con un recorrido dispar a nivel internacional⁷ que sigue siendo actualmente objeto de debate en el seno de la UE⁸.

3. Conscientes de esta incertidumbre, los actores del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ)⁹ han ido progresivamente perfilando y consolidando el término *radicalización* en el marco de las medidas antiterroristas de la UE. En una primera aproximación, simple pero operativa, la Comisión Europea definió la «radicalización violenta» como un «fenómeno en virtud del cual las personas se adhieren a opiniones, puntos de vista e ideas que pueden conducirles a cometer actos terroristas»¹⁰. De esta forma, el término ha ido cobrando protagonismo en el discurso y agenda comunitarios para, como afirma Rik Coolsaet, convertirse, en 2005, en el «Santo Grial de la lucha antiterrorista europea ([...], contribuyendo) significativamente al cambio de enfoque, del contexto al individuo»¹¹; es decir, dejando a un lado concepciones ligadas al entorno socioeconómico o causas subyacentes para ceñirse a

⁶ «Los Estados e instituciones internacionales han decidido equiparar el combatiente islamista radical europeo con el terrorista y han adoptado reformas legales y administrativas destinadas a prevenir una diáspora europea a esos conflictos. (... Sin embargo, la) experiencia demuestra que son los «combatientes domésticos o internos» sin experiencia como combatientes fuera de sus países quienes han llevado a cabo hasta el momento el mayor número de atentados en los países occidentales». MARRERO ROCHA, I., «Foreign Fighters and Jihadists: challenges for international and European security», *Revue Paix et Sécurité Internationales*, 2015, núm. 3, pp. 107-108 (traducción propia).

⁷ En este sentido, Estados Unidos y la Organización de las Naciones Unidas (ONU) prefieren utilizar el término *extremismo violento*. Para un análisis de la evolución de ambos términos en el discurso de las instituciones y la doctrina, así como en perspectiva comparada, véanse: ANTÓN MELLÓN, J., *Islamismo yihadista: radicalización y contraradicalización*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; COOLSAET, R., «All Radicalisation is Local». The genesis and drawbacks of an elusive concept», *Egmont Papers*, Bruselas, Royal Institute for International Relations, 2016, núm. 84, en: <http://www.egmontinstitute.be/publication/>; JORDÁN ENAMORADO, J., «Políticas de prevención de la radicalización violenta en Europa: elementos de interés para España», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009, núm. 11-05, en: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-05.pdf>; REINARES, F. et al., *Radicalisation Processes Leading to Acts of Terrorism. A concise Report prepared by the European Commission's Expert Group on Violent Radicalisation*, de 15 de mayo de 2008; SCHMID, A. P., «Radicalisation, De-Radicalisation, Counter-Radicalisation: A Conceptual Discussion and Literature Review», *ICCT Research Paper*, International Centre for Counter-Terrorism (ICCT), 2013, núm. 2, en: <https://www.icct.nl/>.

⁸ Europol ha propuesto recientemente eliminar el concepto *radicalización* para hablar de «tendencias sociales de extremismo violento»: véase «Changes in modus operandi of Islamic State terrorist attacks», 2016, p. 6. Por su parte, en junio de 2016, el Comité Europeo de las Regiones instó a la Comisión a llegar a «un acuerdo para elaborar una definición común del fenómeno de la radicalización violenta como punto de partida para adoptar un enfoque más coordinado [...], con la contribución de los entes locales y regionales» (Dictamen CIVEX-VI/010, de 16 de junio de 2016).

⁹ Entenderemos por «actores» del ELSJ tanto las instituciones con competencia directa en materia de seguridad (Consejo, Comisión y Parlamento Europeo), como las agencias europeas y los órganos preparatorios y grupos de trabajo del Consejo directamente relacionados con estas áreas.

¹⁰ «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la captación de terroristas: afrontar los factores que contribuyen a la radicalización violenta», COM (2005) 313 final, Bruselas, de 21 de septiembre de 2005, p. 2.

¹¹ COOLSAET, R., *op. cit.*, nota 7, pp. 20 y 27 (traducción propia).

un término considerado más neutral por los servicios de la Comisión¹². Como advertiremos, adoptar este término no ha sido óbice para invocar el contexto socioeconómico del individuo (o los «factores subyacentes») en el marco de la intervención comunitaria en otros ámbitos desligados de las medidas de seguridad, en los que la UE posee competencias meramente subsidiarias.

4. Sabedores igualmente de la relación entre la seguridad interior y exterior, desde el comienzo estos actores han impulsado la adopción de medidas antiterroristas por parte de terceros Estados y el refuerzo de la respuesta internacional como complemento a su política de prevención. Así, ya la Estrategia Europea de Seguridad (EES, 2003), que incluía al terrorismo entre las amenazas a la seguridad de la Unión, respaldaba una UE más activa a nivel internacional, en particular en relación a la solución de conflictos enquistados que pueden conducir al terrorismo en determinados individuos, apuntando (tímidamente) por primera vez en un documento oficial a las causas subyacentes o factores que pueden conducir al extremismo violento y la radicalización¹³. En 2016, la Estrategia Global sobre Política Exterior y de Seguridad de la UE vendría a reafirmar este compromiso internacional contra el extremismo violento y la radicalización que conduce al terrorismo, proponiendo «estar a la altura» de los valores sobre los que se fundamenta la Unión como «el mejor antídoto»¹⁴ para evitar su propagación. Por tanto, tras superar una primera concepción del terrorismo como algo esencialmente externo al orden europeo¹⁵, la dimensión exterior de la prevención de la radicalización terrorista ha pasado a ser parte esencial de la estrategia europea como refuerzo de las medidas previstas a nivel interno. Esta actuación vendría a completar —desde el ELSJ— las escasas medidas puestas en marcha contra el terrorismo en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) y, en particular, a reforzar la contribución de la Política Común de Seguridad y Defensa (PCSD) al mantenimiento de la seguridad interior¹⁶.

¹² *Ibid.*, p. 13.

¹³ «La más reciente oleada de terrorismo tiene un alcance mundial y está relacionada con el extremismo religioso violento. Surge de complejas causas, entre las que se encuentran la presión de la modernización, las crisis culturales, sociales y políticas y la alienación de los jóvenes que viven en sociedades extranjeras. Este fenómeno forma también parte de nuestra propia sociedad»: véase CONSEJO EUROPEO, «Una Europa segura en un mundo mejor. Estrategia europea de seguridad», de 12 de diciembre de 2003, p. 3.

¹⁴ *Una visión común, una actuación conjunta: una Europa más fuerte. Estrategia global para la política exterior y de seguridad de la Unión Europea*, refrendada por el Consejo Europeo en su reunión de 15 de diciembre de 2016, p. 16. Sobre las aportaciones de la Estrategia Global al panorama estratégico europeo, véase LINÁN NOGUERAS, D. J., «Un nuevo discurso estratégico para la Política Exterior de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2017, núm. 56, pp. 11-24.

¹⁵ Apreciable especialmente es el énfasis puesto en el terrorismo internacional tras los ataques del 11 de septiembre, como se refleja en las Conclusiones del Consejo Europeo extraordinario, celebrado el 21 de septiembre, o en los primeros informes de actividad de Europol. Esta conceptualización del terrorismo como un fenómeno externo al orden europeo ha sido defendido prácticamente hasta la adopción de la Estrategia de la UE contra el Terrorismo de 2005 (14469/4/05), en la que ya esta referencia es más sutil, si bien se sigue fijando esencialmente en el terrorismo internacional de —o inspirado en— Al Qaeda, considerado este «tipo de terrorismo [...] la principal amenaza para la Unión en su conjunto» (p. 7).

¹⁶ Estrictamente en el marco de la PESC y de la contribución de la PCSD a la lucha contra el terrorismo, la UE se ha limitado a implementar las medidas impulsadas por el Consejo de Seguridad de las

5. El presente Estudio analiza las medidas puestas en marcha por la UE en materia de prevención de la radicalización, entendidas como un pilar fundamental en el actual enfoque de la política europea contra el terrorismo. Con este análisis pretendemos contribuir al debate sobre la oportunidad y conveniencia de la perspectiva europea, criticada por ineficaz, entre otros autores, por Fernando Reinares. Para ello, realizaremos un primer examen de las iniciativas e instrumentos adoptados en el seno de la Unión (epígrafe 2), en el que apreciaremos los principales límites del enfoque de la UE. Por un lado, por razones de oportunidad política, este se ha centrado esencialmente en la radicalización al terrorismo de corte yihadista, obviando que estas medidas han de tener un carácter más amplio para abarcar también otros extremismos violentos provenientes de diferentes ideologías y religiones si quiere resultar eficaz y, así, evitar caer en la «victimización» de la narrativa yihadista que pretende contrarrestar¹⁷. Por otro, no hemos de olvidar que, a excepción de determinados elementos en materia de justicia penal, la intervención comunitaria es meramente subsidiaria según el reparto competencial operado por el Tratado de Lisboa¹⁸, cuestión que ha condicionado el alcance real —material y formal— de las medidas adoptadas¹⁹. Especialmente problemática y compleja es la cooperación con terceros Estados y organismos internacionales en materia de prevención de la radicalización (epígrafe 3), cuyo análisis requiere de atención para comprender la estrategia de la UE y sus límites en la práctica. Si bien son numerosos los instrumentos de los que la Unión dispone, estos se encuentran coartados en la mayoría de las ocasiones por las agendas e intereses del país en cuestión y por la propia naturaleza de los instrumentos puestos en marcha para promover la prevención

Naciones Unidas, especialmente en cuanto a las sanciones «inteligentes» y, más recientemente, sobre «combatientes extranjeros», y a desplegar misiones y operaciones en el territorio de terceros Estados destinadas a combatir el terrorismo sobre el terreno y a formar a los cuerpos y fuerzas de seguridad locales. Este compromiso de la UE con la prevención y represión del terrorismo y la radicalización desde la perspectiva de la seguridad y la defensa fue reiterado recientemente por el Consejo, en sus Conclusiones de noviembre de 2016 (14149/16, Bruselas, de 14 de noviembre de 2016), si bien no es precisamente el marco más idóneo para este tipo de iniciativas. Sobre estos ámbitos, véanse: KEOHANE, D., «The Absent Friend: EU Foreign Policy and Counter-Terrorism», *Journal of Common Market Studies*, vol. 46, 2008, núm. 1, pp. 125-146; y RUIZ DÍAZ, L. J., «La contribución de la Política Común de Seguridad y Defensa a la seguridad interior de la Unión Europea», en ROLDÁN BARBERO, J., *La nueva Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea*, Granada, Servicio Editorial de la Universidad de Granada, 2012, pp. 121-141.

¹⁷ SCHMID, A. P., *op. cit.*, nota 7, pp. 59-60.

¹⁸ Véanse el art. 4, *Competencias compartidas* (ELSJ); el art. 5, *Coordinación de políticas nacionales* (empleo); y el art. 6, *Competencias de apoyo, coordinación y complemento* (educación, formación profesional, juventud y cultura) del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). Adicionalmente, el art. 72 del TFUE. Versiones consolidadas del Tratado de la UE y del TFUE en DO C núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 1-403.

¹⁹ «A nivel de la UE, [...] las varias estrategias y programas, mecanismos, redes y plataformas que han sido creadas no son más que para inspirar y animar a los Estados miembros a desarrollar políticas e instrumentos a nivel nacional y local. No hay mecanismos en marcha ni obligaciones de informar para monitorizar el seguimiento e implementación de los objetivos políticos formulados en los documentos estratégicos. En este sentido, es imposible medir la eficacia formal en este ámbito político, por no hablar de la eficacia material». WENSINK, W. *et al.*, *The European Union's Policies on Counter-Terrorism. Relevance, Coherence and Effectiveness*, Estudio solicitado y publicado por el Parlamento Europeo, Bruselas, 2017, p. 63 (traducción propia).

de la radicalización fuera de nuestras fronteras, entre el *soft law* y el simple voluntarismo político.

2. LA PREVENCIÓN DE LA RADICALIZACIÓN EN EL MARCO DE LAS MEDIDAS DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA EL TERRORISMO

6. En los últimos años, la UE y sus EEMM han prestado especial atención a la prevención de la radicalización, «justificada por la necesidad de cegar las fuentes que alimentan las redes terroristas y de privar a estas de una base social de apoyo»²⁰. Inducida en un primer momento por las políticas de Países Bajos y Reino Unido, la principal aportación de la Unión va a ser, no obstante, promover el debate interno y proponer una respuesta común al riesgo de la propagación de mensajes radicales y extremistas violentos dentro del planteamiento global en la prevención del terrorismo, dado el carácter subsidiario de sus competencias en este ámbito de la seguridad. Por ello, su labor ha quedado reducida en la práctica a completar y apoyar la actuación de los EEMM, coordinar las políticas nacionales y promover medidas desde el Derecho penal y el ELSJ, pilar represivo de la política antiterrorista donde la UE concentra la mayor parte de su intervención.

2.1. Desarrollo y consolidación de la estrategia europea de prevención de la radicalización terrorista

7. Si por algo se ha caracterizado la política antiterrorista de la UE ha sido por su carácter reactivo²¹, por lo que los grandes impulsos del ELSJ en este sentido han derivado de ataques que han ocasionado una fuerte conmoción social e impacto mediático en Europa. Así, días después de los atentados de marzo de 2004 en Madrid, el Consejo adoptó la *Declaración sobre la lucha contra el terrorismo*, en la que pedía que las medidas previstas en la EES para atajar este fenómeno criminal y otros instrumentos en negociación se impulsaran con carácter urgente, al mismo tiempo que, en este marco general, solicitaba «reflexionar sobre los factores que propician el apoyo al terrorismo y la captación de terroristas» y elaborar una estrategia a largo plazo que abordase «todos los factores que contribuyen al terrorismo»²². Con estas referencias, se ponía fin a la ausencia de este y otros ámbitos de la prevención del terrorismo

²⁰ JORDÁN ENAMORADO, J., *op. cit.*, nota 7, p. 25.

²¹ Son muchos los autores que opinan en este sentido. Véanse, por ejemplo: BURES, O., «EU Counterterrorism Policy: A Paper Tiger?», *Terrorism and Political Violence*, vol. 18, 2006, núm. 1, pp. 57-78; POWELL, C. y SORROZA, A., «La Unión Europea y la lucha contra el terrorismo global», *Política Exterior*, enero-febrero, 2009, núm. 127, pp. 127-137; y RENARD, T., «EU Counterterrorism Policies and Institutions After the Lisbon Treaty», *Policy Brief*, Center on Global Counterterrorism Cooperation, septiembre, 2012, disponible en www.globalcti.org; y WENSINK, W. *et al.*, *op. cit.*, nota 19.

²² CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Declaración sobre la lucha contra el terrorismo», 7906/04, Bruselas, de 29 de marzo de 2004, pp. 3 y 10.

en instrumentos anteriores, adoptados en el tumulto legislativo y programático posterior al 11-S y centrados en la represión de los actos terroristas y la lucha contra su financiación, como la Decisión marco contra el terrorismo²³, la orden europea de detención y entrega²⁴ o el Plan de Acción en materia de terrorismo del Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001²⁵ —cuyos objetivos estratégicos serían revisados para incluir otros sectores de actuación—. Este intenso trabajo de las instituciones condujo a la adopción, en noviembre de 2005, de la *Estrategia de la UE contra el Terrorismo*²⁶, basada en los cuatro pilares que sentarían las bases de la política antiterrorista hasta nuestros días: prevenir, proteger, perseguir y responder.

8. Específicamente en materia de prevención, la lucha contra la radicalización que conduce al terrorismo ha adquirido un protagonismo clave en la agenda de los actores del ELSJ, alentados por los actos terroristas en territorio europeo (Madrid, Londres, Copenhague, París y Bruselas). Con la publicación de una Comunicación²⁷, la Comisión pondría las primeras piezas de un complejo rompecabezas iniciado en marzo y reafirmado en diciembre de 2004 por el Consejo Europeo²⁸, comprendido en el Programa de La Haya²⁹ y consumado en la *Estrategia de la UE contra la radicalización*, finalmente adoptada por el Consejo en noviembre de 2005³⁰. Esta actuación complementaba el marco general de medidas antiterroristas preventivas anunciado por la Estrategia contra el Terrorismo con una serie de acciones específicas destinadas a apoyar y completar las políticas de los EEMM en sectores de muy diversa índole, desde el fomento de disposiciones en materia de educación, inclusión social e igualdad de oportunidades, hasta la promoción del diálogo intercultural e interreligioso, pasando por el recurso al Derecho penal para tipificar determinadas conductas relacionadas (véase el siguiente epígrafe). Además, afianzaba el uso de este concepto frente a otros términos que habían marcado

²³ Decisión marco 2002/475/JAI, del Consejo, de 13 de junio, sobre la lucha contra el terrorismo (DO L núm. 164, de 22 de junio de 2002, pp. 3-7).

²⁴ Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DO L núm. 190, de 18 de julio de 2002, pp. 1-18).

²⁵ Centrado, únicamente, en la prevención de la financiación del terrorismo y el embargo preventivo de bienes susceptibles de ser utilizados en la comisión de actos terroristas. CONSEJO EUROPEO, «Conclusiones y Plan de Acción del Consejo Europeo extraordinario de 21 de septiembre de 2001». Adicionalmente, CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Coordinación de la puesta en práctica del plan de acción para la lucha contra el terrorismo», 12800/1/01 REV 1, Bruselas, de 17 de noviembre de 2001.

²⁶ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Estrategia de la Unión Europea de Lucha contra el Terrorismo», 14469/4/05 REV 4, Bruselas, de 30 de noviembre de 2005.

²⁷ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, COM (2005) 313 final, *op. cit.*, nota 10. Anteriormente, «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Prevención, preparación y respuesta a los ataques terroristas», COM (2004) 698 final, Bruselas, de 20 de octubre de 2004.

²⁸ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Consejo Europeo de Bruselas 16 y 17 de diciembre de 2004. Conclusiones de la Presidencia», 16238/04, Bruselas, de 17 de diciembre de 2004, en particular su punto 26.

²⁹ «El Programa de La Haya: Consolidación de la Libertad, la Seguridad y la Justicia en la Unión Europea», DO C núm. 53, de 3 de marzo de 2005.

³⁰ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Estrategia de la Unión Europea para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas», 14781/1/05 REV 1, Bruselas, de 25 de noviembre de 2005.

el debate europeo y estatal durante años³¹. Esta Estrategia contra la radicalización sería posteriormente revisada en dos ocasiones (2008 y 2014)³², siendo igualmente objeto de atención en otros documentos e instrumentos en los que el terrorismo y la prevención de la radicalización han sido identificados como una prioridad en la integración europea, dentro de un marco de acción más amplio en materia de seguridad, como la Agenda Europea de Seguridad (2015)³³ y la Estrategia de Seguridad Interior renovada (2015)³⁴.

9. Teniendo siempre presente que es una cuestión de competencia directa de las autoridades de los EEMM³⁵, la intervención de la UE en materia de prevención de la radicalización prevista por la Estrategia europea y su plan de acción ha estado centrada en tres esferas interconectadas: prevención, represión y desvinculación. Sin embargo, el carácter subsidiario de las medidas comunitarias ha impuesto los principales límites a su alcance formal (o normativo) y, sobre todo, material (o de contenido). El énfasis puesto en la prevención de la radicalización en el nivel programático ha marcado la hoja de ruta para la consolidación del ELSJ contra el terrorismo, pero se ha quedado en un segundo plano en el resto de ámbitos cubiertos por la prevención de la radicalización —en los que la UE posee competencia subsidiaria—, como el educativo y el social, eludiendo abordar otros aspectos del extremismo violento y la radicalización no relacionados con el terrorismo. Por tanto, deseado o no (fruto del reparto competencial), el enfoque preventivo seguido por la UE resulta eminentemente «securitario», afrontando de manera sesgada el fenómeno de la radicalización.

³¹ En algunos EEMM, con carácter previo e individual, se había optado por el término *extremismo violento*, si bien no han de ser considerados sinónimos. Sobre las diferencias entre uno y otro término, véase SCHMID, A. P., *op. cit.*, nota 7.

³² En la última década, son varios los debates y revisiones que se han sucedido con el fin de reexaminar la estrategia contra la radicalización terrorista de la UE. Así, por ejemplo, el Consejo y sus órganos preparatorios han debatido en numerosas ocasiones la revisión de la Estrategia de 2005, dando lugar a las actualizaciones de 2008 (15175/08) y 2014 (9956/14). Asimismo, la Comisión y el Parlamento Europeo han participado activamente en el debate institucional, con tres comunicaciones y una Resolución de especial relevancia: véanse «Prevenir la radicalización hacia el terrorismo y el extremismo violento: una respuesta más firme de la UE» [COM (2013) 941 final, de 15 de enero de 2014]; Resolución, de 25 de noviembre de 2015, sobre la prevención de la radicalización y el reclutamiento de ciudadanos europeos por organizaciones terroristas, P8_TA(2015)0410; «Aplicación de la Agenda Europea de Seguridad para luchar contra el terrorismo y allanar el camino hacia una Unión de la Seguridad genuina y efectiva» [COM (2016) 230 final, de 20 de abril de 2016]; y «Apoyo a la prevención de la radicalización que conduce al extremismo violento» [COM (2016) 379 final, de 14 de junio de 2016].

³³ «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Agenda Europea de Seguridad», COM (2015) 185 final, Estrasburgo, de 28 de abril de 2015, en particular su punto «3.1. Lucha contra el terrorismo y prevención de la radicalización».

³⁴ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Proyecto de Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia renovada de Seguridad Interior de la Unión Europea 2015-2020», 9798/15, Bruselas, de 10 de junio de 2015.

³⁵ «El reto de luchar contra la radicalización y la captación de terroristas es fundamentalmente competencia de los Estados miembros, a nivel nacional, regional y local». CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Estrategia de la Unión Europea para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas», 14781/1/05 REV 1, Bruselas, de 25 de noviembre de 2005, p. 6. Este mensaje sería repetido en las sucesivas revisiones de la Estrategia.

2.2. Principales elementos

10. En su Comunicación de junio de 2016 —en línea con documentos anteriores, como la Agenda Europea de Seguridad y la propia Estrategia contra la radicalización³⁶—, la Comisión propuso siete ámbitos específicos en los que la Unión debía orientar su actuación de soporte a las autoridades estatales: i) apoyo a la investigación, la constitución de pruebas, el seguimiento y el establecimiento de redes; ii) lucha contra la propaganda terrorista y el discurso del odio en internet; iii) lucha contra la radicalización en los centros penitenciarios; iv) fomento de la educación inclusiva y los valores comunes de la Unión; v) fomento de una sociedad inclusiva, abierta y resiliente y conexión con los jóvenes; vi) lucha contra la radicalización desde la perspectiva de la seguridad, y vii) dimensión internacional³⁷. En el marco de estos ámbitos prioritarios, la Comisión proponía 26 acciones clave concretas que desarrollarían y programarían para los próximos años los principales puntos de la Estrategia contra la radicalización del Consejo, bastante más genérica y difusa en cuanto a las iniciativas a poner en marcha. En rasgos generales, la actuación de la UE en materia de prevención de la radicalización terrorista puede subsumirse en los siguientes pilares: acciones preventivas de apoyo y complemento, represivas y, por último, de «desradicalización» y desvinculación.

2.2.1. *Las acciones preventivas: investigación de los procesos de radicalización e intervención sobre el entorno socioeconómico y educativo*

11. La respuesta de la UE en el terreno preventivo ha estado principalmente encaminada a intervenir en una fase temprana, identificando factores de alarma y de propagación de mensajes radicales, e impedir que las personas en riesgo sean captadas por grupos terroristas. Conscientes de que la prevención de la radicalización comienza por un conocimiento fundado sobre el fenómeno y las causas subyacentes que llevan a los individuos a apoyar visiones extremas y —en último término, aunque no siempre— a la comisión de actos terroristas, la UE ha puesto especial énfasis, en primer lugar, en investigar los factores contextuales y personales que pueden derivar en conductas

³⁶ La Estrategia contra la radicalización del Consejo apuesta por los siguientes diez ámbitos de actuación, coincidentes, *grosso modo*, con los propuestos por la Comisión: i) Promover la seguridad, la justicia y la igualdad de oportunidades para todos; ii) Garantizar que la voz de la opinión mayoritaria prevalezca sobre el extremismo; iii) Mejorar las comunicaciones de los gobiernos; iv) Apoyar los mensajes de la lucha contra el terrorismo; v) Luchar contra la radicalización y la captación de terroristas en internet; vi) Formar, capacitar e involucrar a profesionales de primera línea en distintos sectores; vii) Ayudar a las personas y a la sociedad civil a mejorar su capacidad de resistencia; viii) Apoyar las iniciativas de desvinculación; ix) Apoyar una investigación más detallada de las tendencias y los retos de la radicalización y la captación de terroristas, y x) Concertar los trabajos internos y externos contra la radicalización. *Ibid.*

³⁷ COM (2016) 379 final.

violentas y radicalizadas. Por ello, en estos últimos años la Comisión Europea ha financiado proyectos de investigación sobre el proceso de radicalización y los factores que pueden conducir al terrorismo³⁸. Esta investigación desde el mundo académico se suma a la inteligencia penal elaborada por Europol en sus informes de la amenaza, los denominados *EU Terrorism Situation and Trend Report* (TE-SAT), que sientan las bases de la intervención policial europea en materia de terrorismo, tanto a nivel operativo como estratégico, guiando la respuesta a la radicalización desde la aportación del ámbito de la justicia penal y policial (véase el siguiente apartado).

12. Estrictamente en el terreno de la prevención de la radicalización violenta, uno de los pilares de la intervención comunitaria ha estado centrado en el autocontrol de los medios de comunicación y su papel para evitar la propagación de la retórica extremista y del discurso del odio a través de internet³⁹. A tal fin, en línea con las acciones previstas en la Agenda Europea de Seguridad, la Comisión Europea —apoyada por la Red de la UE para la Sensibilización frente a la Radicalización (RSR)⁴⁰— ha promovido foros de debate y conferencias de alto nivel sobre el rol de los medios de comunicación en la prevención de la radicalización violenta en los que han participado no solamente responsables políticos de las diferentes instituciones europeas y estatales, sino que han aglutinado igualmente a representantes de compañías como *Facebook*, *Google*, *Microsoft* y *Twitter*. Así, en diciembre de 2015, la Comisión Europea puso en marcha el Foro de Internet de la UE y, en mayo de 2016, publicó el Código de Conducta solicitado por el Consejo tras los ataques terroristas de marzo de ese año en Bruselas⁴¹. Este Código, completado con la normativa europea penal, pretende sentar las bases de un com-

³⁸ Así, por ejemplo, el *topic* «Contemporary radicalization trends and their implications for Europe» (REV-INEQUAL-02-2016) del Programa «Horizonte 2020» estaba destinado a financiar proyectos europeos que abordaran la radicalización, propusieran nuevas metodologías de estudio e identificaran tendencias en los procesos seguidos por individuos desde diferentes disciplinas, fundamentalmente en relación al alcance, orígenes, causas y dinámicas de radicalización. En la misma convocatoria, otros *topics* abordaban de manera indirecta las desigualdades sociales y cómo hacerles frente desde el ámbito socioeconómico y las políticas migratorias, mientras que otras convocatorias hacían referencia al papel de la UE en el mundo para luchar contra la radicalización y la prevención del terrorismo en sus relaciones exteriores (ENG-GLOBALLY-01-2017). Pueden consultarse las diferentes convocatorias en el Portal del Participante: <http://ec.europa.eu/research/participants/portal/desktop/en/home.html>.

³⁹ Sobre la faceta de comunicación de los grupos terroristas y el papel de internet en la *yihad* mediática, véase TORRES SORIANO, M., «Terrorismo yihadista y nuevos usos de Internet: la distribución de propaganda», *ARI*, Real Instituto Elcano, de 9 de julio de 2009, núm. 110.

⁴⁰ Establecida por la Comisión Europea en 2011, esta Red conecta organizaciones clave y redes de actores locales comprometidos con la prevención de la radicalización terrorista y el extremismo violento, incluyendo profesionales en primera línea y expertos sobre el terreno (trabajadores sociales y sanitarios, educadores, organizaciones de la sociedad civil, autoridades locales, fiscales, policía, centros de investigación, etc.). Su finalidad principal es servir de plataforma de intercambio de buenas prácticas en materia de prevención y apoyar a los EEMM en el diseño e implementación de sus políticas nacionales. Más información en: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/radicalisation_awareness_network_en.

⁴¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Declaración conjunta de los ministros de Justicia y Asuntos de Interior de la UE y los representantes de las instituciones de la UE con motivo de los atentados terroristas perpetrados en Bruselas el 22 de marzo de 2016», 7371/16, de 24 de marzo de 2016, punto 7.

promiso público conjunto para neutralizar el discurso del odio en internet, obligándose las compañías de telecomunicaciones a colaborar activamente con las instituciones y actores de la sociedad civil y liderar la lucha contra la propagación de la incitación al odio, identificar contenidos no autorizados que promuevan la violencia y retirarlos de la red⁴². Además, la UE ha lanzado iniciativas que pretenden poner la «contrarréplica» al discurso radicalizado e impedir que estos mensajes lleguen a jóvenes en riesgo. Para ello, aparte de los compromisos adquiridos por las partes mediante el Código de Conducta para promover una contrarréplica eficaz, en septiembre de 2016, la RSR inició la campaña *Exit Hate* con el fin de difundir discursos alternativos y testimonios personales que permitan a personas en riesgo de radicalización (o radicalizadas) romper con el círculo vicioso de radicalización, agresión y reacciones violentas⁴³, abarcando todo tipo de extremismo violento y procesos de radicalización. No obstante, esta contra-narrativa comunitaria no llega a incorporar plenamente las lecciones aprendidas a nivel local⁴⁴, un nivel de gobierno ausente, en general, en el planteamiento preventivo de la UE.

13. Otro de los ejes esenciales de las medidas preventivas ha sido el empoderamiento de la sociedad civil y el diálogo interreligioso. En cuanto al primero, la Comisión publicó, en marzo de 2017, el Programa «Empoderamiento de la Sociedad Civil» para ayudar a organizaciones de la sociedad civil a desarrollar narrativas alternativas «eficaces» a la propaganda terrorista en la red a través de apoyo financiero, asesoramiento y formación. Este programa, organizado por la RSR, completa las iniciativas impulsadas en el marco del Código de Conducta y por otros programas, como «Derechos, Igualdad y Ciudadanía»⁴⁵, que financia proyectos destinados a propiciar un mejor entendimiento entre comunidades —incluidas las religiosas— para prevenir y combatir el racismo y la xenofobia mediante actividades interreligiosas e interculturales, inscritas en el mandato del art. 17 del TFUE⁴⁶. En este contexto de diálogo interreligioso, en diciembre de 2015, la Comisión Europea nombró a Katharina von Schnurbein Coordinadora de la lucha contra el antisemitismo, y a David Friggieri Coordinador de la lucha contra el odio antimusulmán. Ambos, actuando como puntos de contacto para las respectivas comunidades y siendo miembros del Grupo de Alto Nivel para combatir el racismo y la xenofobia⁴⁷, habrían de contribuir igualmente a la contra-narrativa de la UE y a la implementación de la normativa comunitaria por medio del entendimiento interreligioso desde el impulso de la sociedad civil y las comunidades, hasta la fecha uno de los principales límites del enfo-

⁴² *Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online*, su texto está disponible en: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/hate_speech_code_of_conduct_en.pdf.

⁴³ Más información en: <http://www.exithate.com/>.

⁴⁴ Sobre el papel de los entes locales en la prevención de la radicalización en los EEMM, véanse COOLSAET, R., JORDÁN ENAMORADO, J. y SCHMID, A. P., *op. cit.*, nota 7.

⁴⁵ Más información en: http://ec.europa.eu/justice/grants1/programmes-2014-2020/rec/index_en.htm.

⁴⁶ Art. 17.3 del TFUE: «Reconociendo su identidad y su aportación específica, la Unión mantendrá un diálogo abierto, transparente y regular con dichas iglesias y organizaciones».

⁴⁷ Más información en: http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=51025.

que de la UE contra la radicalización, al carecer de instrumentos eficaces de empoderamiento y participación en la toma de decisiones y acciones.

14. Por último, la UE ha puesto en marcha diversas iniciativas para prevenir la radicalización violenta desde los ámbitos de la formación, la juventud y la educación. El 17 de marzo de 2015, la Comisión Europea y los ministros de Educación de la UE adoptaron la Declaración de París, por la que se comprometían a reforzar sus acciones y promover la inclusión social, asegurándose que la juventud europea adquiriría competencias sociales, cívicas e interculturales y reforzar su pensamiento crítico, especialmente ante los discursos de incitación al odio y la violencia en internet. Este compromiso, recogido en la Comunicación de la Comisión de junio de 2016 y cuyo seguimiento está encomendado a un grupo de trabajo multidisciplinar⁴⁸, engloba varias áreas de trabajo en las que la UE dispone de competencias subsidiarias: la promoción de la educación inclusiva y los valores comunes y la instauración de «medidas que permitan la pronta identificación y prevención de la exclusión social, el acoso, el abandono escolar temprano y los primeros signos de radicalización que puedan conducir al extremismo violento», en particular en medios desfavorecidos y población en riesgo⁴⁹, apelando a instrumentos de apoyo en materia de empleo y juventud⁵⁰; acciones específicas para la integración de nacionales de terceros Estados recién llegados en las comunidades de acogida⁵¹; y la formación de trabajadores en primera línea en escuelas y prisiones, para lo cual ha recurrido a programas como *Erasmus+*, cuyas convocatorias en los últimos años han incluido la prevención de la radicalización y el extremismo violento entre sus prioridades⁵². Asimismo, la UE ha apoyado las políticas de los EEMM en esta materia a través del auxilio prestado por los principales actores en este terreno (la Red Europea de Formación Judicial⁵³,

⁴⁸ Para más información: http://ec.europa.eu/education/policy/strategic-framework/expert-groups/citizenship-common-values_en.

⁴⁹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el Consejo, sobre la inclusión en la diversidad para conseguir una educación de alta calidad para todos - Conclusiones del Consejo (17 de febrero de 2017)», 6356/17, Bruselas, de 17 de febrero de 2017, p. 5. Asimismo, con carácter específico desde el ámbito de la juventud y la educación, «Prevención de la radicalización que conduce al extremismo violento - Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo (21 de noviembre de 2016)», 14276/16, de 23 de noviembre de 2016.

⁵⁰ Por ejemplo, la «Garantía Juvenil» y el «Fondo Social Europeo» son instrumentos de la UE que apoyan las políticas de los EEMM en materia de inclusión social, juventud y empleo. Más información: <http://ec.europa.eu/social/home.jsp?langId=es>.

⁵¹ En línea con el *Plan de acción para la integración de nacionales de terceros países* [COM (2016) 377 final, de 7 de junio de 2016].

⁵² En las convocatorias de *Erasmus+* para los años 2016 y 2017 se ha realizado especial énfasis en la financiación de proyectos destinados a fomentar los valores comunes europeos, impulsar la integración social, mejorar la comprensión intercultural y un sentimiento de pertenencia a la comunidad social, así como para evitar la radicalización violenta. Estos proyectos están destinados tanto a formar a los cuerpos docentes y funcionarios de prisiones para abordar estos temas en entornos difíciles, como a permitir la movilidad de estudiantes en riesgo y la transmisión de estos valores comunes. Puede consultarse más información en la Guía del Programa: http://ec.europa.eu/programmes/erasmus-plus/resources_en.

⁵³ <http://www.ejtn.eu/>.

la Escuela Europea de Policía⁵⁴, Eurojust⁵⁵ y la RSR) y de la financiación ofrecida en el marco del Programa «Justicia»⁵⁶, que sufra la formación de jueces y actividades de intercambio de experiencias y buenas prácticas entre las entidades competentes (jueces, responsables políticos, cuerpo penitenciario y juristas) en temas como la mejora del acceso a la justicia, asistencia a las víctimas y alternativas a la detención en el marco de la justicia juvenil que eviten que los jóvenes que entren en prisión sean captados por terroristas en las cárceles. En este punto, además de ser una intervención solicitada por el Consejo entre las medidas para impedir la radicalización que conduce al terrorismo y el extremismo violento en los espacios de reclusión⁵⁷, la UE recoge finalmente entre sus áreas de actuación una de las principales preocupaciones del Consejo de Europa, cual es la de contrarrestar la propagación de la propaganda radical en las cárceles como medida preventiva⁵⁸, dada la incidencia de este discurso radical en las prisiones europeas⁵⁹.

2.2.2. Las acciones represivas contra la radicalización: intervención desde el sector de la seguridad

15. La prevención de la radicalización en la UE también ha recibido respuesta desde los ámbitos policial y de justicia penal en el marco del ESLJ. En primer lugar, los informes de amenaza de Europol (TE-SAT) sientan las bases de la inteligencia penal sobre el fenómeno terrorista a nivel de la UE y, por tanto, sirven para guiar la actuación europea en aquellos ámbitos en los que se precisa su intervención directa para mejorar la coordinación entre EEMM, como la cooperación policial y el intercambio de información y datos entre autoridades del orden público. En estos informes, elaborados desde 2007, se han analizado las tendencias en el proceso de radicalización y los grupos en riesgo y, en general, la evolución del terrorismo en la UE. Por ejemplo, en el último informe publicado, de 2016, Europol destaca el papel de los «combatientes extranjeros» en el proceso de radicalización yihadista y el reclutamiento de nuevos terroristas entre ciudadanos europeos, especialmente

⁵⁴ <https://www.cepol.europa.eu/>.

⁵⁵ <http://www.eurojust.europa.eu/>.

⁵⁶ http://ec.europa.eu/justice/grants1/programmes-2014-2020/justice/index_en.htm.

⁵⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Conclusiones del Consejo de la Unión Europea y de los Representantes de los Estados miembros, reunidos en el Consejo, sobre la mejora de la respuesta de la justicia penal a la radicalización que conduce al terrorismo y al extremismo violento (20 de noviembre de 2015)», 14419/15, Bruselas, de 20 de noviembre de 2015.

⁵⁸ Además de incluirse en el Plan de Acción [CM (2015) 74 add final, de 19 de mayo de 2015], el Consejo de Europa ha elaborado una Guía para los servicios de prisiones y libertad vigilada, adoptada por el Consejo de Ministros el 2 de marzo de 2016 [CM/Del/Dec(2016)1249]. Más información sobre este asunto en: <http://www.coe.int/en/web/prison>.

⁵⁹ Véase RADICALISATION AWARENESS NETWORK, *Preventing Radicalization to Terrorism and Violent Extremism. Approaches and Practices*, 2017, disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/networks/radicalisation_awareness_network. Para el caso español, véase GUTIÉRREZ, J. A., JORDÁN, J. y TRUJILLO, H., «Prevención de la radicalización yihadista en las prisiones españolas. Situación actual, retos y disfunciones del sistema penitenciario», *Athena Intelligence Journal*, vol. 3, 2008, núm. 1, pp. 1-12.

en entornos desfavorecidos y en prisiones, además de señalar el «riesgo real e inminente» de que «parte de la diáspora de refugiados sirios (musulmanes sunníes) se vuelvan vulnerables a la radicalización una vez en Europa y sean objetivo específico de reclutadores islamistas extremistas»⁶⁰.

16. Debido al reciente foco sobre los «combatientes extranjeros», aparte de consolidar las fronteras («inteligentes») exteriores⁶¹, en estos últimos años la UE ha puesto especial énfasis en sacarle el máximo partido y reforzar las normas existentes relativas al intercambio de datos e información entre autoridades estatales del orden público⁶² y entre estas y los operadores privados, como las aerolíneas⁶³. Si bien ya dentro de los pilares *prevenir* y *perseguir* de la Estrategia europea contra el Terrorismo, algunas de las nuevas iniciativas legislativas en negociación son especialmente relevantes en el ámbito de la prevención de la radicalización desde el sector de la seguridad⁶⁴, en particular la relativa a la ampliación del Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) a los nacionales de terceros países, al ser reconocido por el Consejo como uno de los instrumentos que contribuirían a la respuesta de la justicia penal frente a la radicalización que conduce al terrorismo y el extremismo violento⁶⁵. De esta forma, las autoridades nacionales podrán,

⁶⁰ EUROPOL, *European Union Terrorism Situation and Trend Report (TE-SAT) 2016*, La Haya, 2016, p. 7 (traducción propia).

⁶¹ En este sentido, la última propuesta es la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Sistemas de información más sólidos e inteligentes para la gestión de las fronteras y la seguridad», COM (2016) 205 final, Bruselas, de 6 de abril de 2016.

⁶² Existen numerosos instrumentos legislativos para la mejora del intercambio de información e inteligencia penal entre las autoridades competentes de los EEMM y entre estas y los actores del ELSJ. Dichos instrumentos pretenden la puesta en marcha del modelo europeo de actuación policial basado en la inteligencia por medio de la mejora de la fluidez del intercambio de información entre las autoridades competentes, tanto a nivel estratégico (preventivo) como operativo (reactivo). Por su relevancia para el presente estudio, son de destacar la Decisión marco 2006/960/JAI, de 18 de diciembre, sobre la simplificación del intercambio de información e inteligencia entre los servicios de seguridad de los Estados miembros de la Unión Europea (DO L núm. 386, de 29 de diciembre de 2006, pp. 89-100) («Iniciativa Sueca»); la Decisión 2008/615/JAI, del Consejo, de 23 de junio, sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza (DO L núm. 210, de 6 de agosto de 2008, pp. 1-11) («Decisión Prüm»); y la Decisión 2008/616/JAI, del Consejo, de 23 de junio, relativa a la ejecución de la Decisión 2008/615/JAI sobre la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo y la delincuencia transfronteriza (DO L núm. 210, de 6 de agosto de 2008, pp. 12-72) («Decisión de implementación de Prüm»).

⁶³ Directiva 2016/681, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave (DO L núm. 119, de 4 de mayo de 2016, pp. 132-149); y Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DO L núm. 261, de 6 de agosto de 2004, pp. 24-27) («Directiva API»).

⁶⁴ En particular, las propuestas en negociación son: el Sistema de Entradas y Salidas (SES) [COM (2016) 196 final - 2016/0105 (COD)]; el Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) [COM (2016) 731 final - 2016/0357 (COD)]; la Directiva sobre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo [COM (2016) 450 final - 2016/0208 (COD)]; el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) [COM (2016) 7 final - 2016/0002 (COD)]; y el Reglamento sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas (privacidad electrónica) [COM (2017) 10 final - 2017/0003 (COD)].

⁶⁵ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 57.

de adoptarse la propuesta, consultar y comparar en las bases de datos información sobre delitos de nacionales de terceros Estados supuestamente radicalizados o que apoyan la propagación de la propaganda extremista. A esta iniciativa legislativa hemos de añadir otra relativa al refuerzo del Sistema de Información Schengen (SIS) desde el ámbito de la justicia penal⁶⁶, lo que acabaría ampliando considerablemente el recurso a este tipo de bases de datos existentes en la actualidad —con todos los problemas de protección de datos que ello conlleva—⁶⁷.

17. Por otra parte, la UE ha recurrido al Derecho penal para la tipificación de determinados delitos relacionados con el extremismo violento y la radicalización, en particular por medio de internet y otros medios de comunicación. En este contexto, la Decisión marco de 2008 incluye entre los delitos a tipificar por los EEMM la incitación al odio y la violencia en Internet⁶⁸, que completa las disposiciones al respecto de las Directivas de servicios de comunicación audiovisual⁶⁹ y comercio electrónico⁷⁰. Además, las autoridades nacionales pueden recurrir a la Unidad de Notificación de Contenidos de Internet, en el seno del Centro Europeo de Lucha contra el Terrorismo de Europol⁷¹, y a Eurojust para facilitar la identificación y retirada o bloqueo de contenidos que inciten al odio y al extremismo violento o constituyan una provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, en virtud de

⁶⁶ «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen (SIS) en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal, por el que se modifica el Reglamento 515/2014 y se deroga el Reglamento 1986/2006, la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, y la Decisión 2010/261/UE de la Comisión», COM(2016) 883 final - 2016/0409 (COD), Bruselas, de 21 de diciembre de 2016.

⁶⁷ Para un análisis de las implicaciones de la nueva normativa europea de protección de datos y el ELSJ, véase BLASI CASAGRAN, C., *Global Data Protection in the Field of Law Enforcement. An EU Perspective*, Nueva York, Routledge, 2017, en particular pp. 36-52.

⁶⁸ Decisión marco 2008/913/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal (*DO L* núm. 328, de 6 de diciembre de 2008, pp. 5-8).

⁶⁹ Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual) (*DO L* núm. 95, de 15 de abril de 2010, pp. 1-24). A finales de mayo de 2016, la Comisión Europea presentó una propuesta para revisar esta Directiva por la que se introduciría la obligación de los EEMM de velar por que los proveedores de plataformas de distribución de vídeos adopten medidas adecuadas para: i) proteger a los menores frente a los contenidos nocivos, y ii) proteger a todos los ciudadanos contra la incitación a la violencia o al odio. Además, se introduce la obligación de que las plataformas de distribución adopten, entre otras medidas, la notificación y el marcado de contenidos nocivos, así como el control por parte de organismos estatales del cumplimiento de los códigos de conducta [COM (2016) 287 final - 2016/0151 (COD)].

⁷⁰ Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (*DO L* núm. 178, de 17 de julio de 2000, pp. 1-16).

⁷¹ Creada en julio de 2015, esta Unidad, en el seno de Europol, actúa como centro de conocimiento técnico, ayudando a las autoridades estatales a identificar y eliminar o bloquear los contenidos extremistas violentos en línea, en cooperación con las compañías de telecomunicaciones, como se dispone en el Código de Conducta y la normativa antiterrorista europea. Más información en: www.europol.europa.eu.

las disposiciones de la nueva Directiva contra el terrorismo, que insiste igualmente en la combinación de los medios a disposición de la UE para atajar la radicalización⁷². A esta regulación se añaden las normas contra la financiación del terrorismo y el blanqueo de capitales⁷³ y las relativas al embargo y decomiso de los productos del delito⁷⁴, en particular en cuanto que la iniciativa de reforma del primero prevé medidas de refuerzo de los instrumentos de prepago y monedas virtuales que pueden ser sospechosos de financiación del terrorismo, y el segundo incorpora al marco de la lucha contra el terrorismo medidas de embargo y decomiso importadas de la prevención y represión del crimen organizado transnacional, tras constatarse el creciente recurso a actividades delictivas por parte de grupos terroristas para financiarse y los nexos entre ambos fenómenos criminales⁷⁵.

2.2.3. *Las acciones de desvinculación, rehabilitación y reintegración*

18. En el ámbito de la desvinculación y reintegración, entramos en un terreno de competencia exclusiva de los EEMM donde el apoyo de la UE es bastante más reducido por reciente y subsidiario. Por primera vez, a iniciativa de la Comisión Europea⁷⁶, la Estrategia revisada contra la radicalización (2014) introduce en el marco de actuación de la UE la necesidad de apoyar

⁷² Directiva 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 marzo, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI, del Consejo, y se modifica la Decisión 2005/671/JAI, del Consejo (DO L núm. 88, de 31 de marzo de 2017, pp. 6-21), en particular su art. 21 y el considerando 31.

⁷³ Directiva 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento 648/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión (DO L núm. 141, de 5 de junio de 2015, pp. 73-117). Adicionalmente, la Directiva 2015/2366, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, sobre servicios de pago en el mercado interior y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento 1093/2010 y se deroga la Directiva 2007/64/CE (DO L núm. 337, de 23 de diciembre de 2015, pp. 35-127). Véase sobre esta última: GONZÁLEZ FUSTER, G., «EU Data Protection and Future Payment Services», en GIMIGLIANO, G. (ed.), *Bitcoin and Mobile Payments: Constructing a European Union Framework*, Palgrave Macmillan, pp. 181-201. En julio de 2016, la Comisión Europea presentó una nueva propuesta de modificación destinada a reforzar el marco comunitario, particularmente en materia de control de los instrumentos de prepago, transacciones utilizando monedas virtuales y consolidación de las competencias de acceso a la información por parte de las Unidades de Investigación Financieras [COM (2016) 450 final - 2016/0208 (COD)], en línea con el mandato derivado de la Agenda Europea de Seguridad y del Plan de Acción para intensificar la lucha contra la financiación del terrorismo [COM(2016) 50 final].

⁷⁴ Directiva 2014/42/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea (DO L núm. 127, de 29 de abril de 2014, pp. 39-50).

⁷⁵ Véase, por ejemplo, WEST SANDS ADVISORY, *Europe's Crime-Terror Nexus: Links between terrorist and organised crime groups in the European Union*, Estudio solicitado por el Parlamento Europeo, Bruselas, 2012, disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/studies>.

⁷⁶ COM (2013) 941 final, Bruselas, de 15 de enero de 2014, punto 2.5 «Desarrollar “estrategias de salida” que ayuden a los individuos a renunciar al extremismo violento: ventajas para los Estados miembros».

iniciativas de desvinculación de los individuos radicalizados y hace hincapié en que los EEMM estudien la posibilidad de elaborar y desarrollar «estrategias de salida» que ayuden a que individuos ya radicalizados se desvinculen del grupo y, en último término, renuncien a la violencia y la ideología subyacente. Dichas estrategias deberán, asimismo, adaptarse a los contextos sociocultural e individual específicos, por lo que la UE pone a disposición de las autoridades estatales el apoyo de la RSR en la elaboración y diseño de los programas de intervención y reinserción social⁷⁷. La labor comunitaria para apoyar las medidas de desvinculación estatales se reduce, no obstante, a la financiación de proyectos con cargo al «Fondo de Seguridad Interior»⁷⁸ para programas de desvinculación dentro y fuera de las prisiones —espacios en los que inciden la mayoría de las actuaciones observadas en los EEMM⁷⁹—, debido al carácter residual de las medidas de la UE, puramente entre el *soft law* y el intercambio de buenas prácticas a través de la RSR. Junto a la ausencia del nivel de gobierno local en la respuesta comunitaria, esta intervención tardía y subsidiaria supone otro de los principales límites al papel de la UE en el terreno preventivo, pues, como indica Rik Coolsaert, en materia de desvinculación «los enfoques a medida tienen las mayores oportunidades de resultar exitosos si se persiguen a nivel local y se cumplen [...] tres condiciones»: requiere de un enfoque personalizado, por el que la persona interesada es vista como un individuo, no como miembro de un grupo (hostil); dicha persona ha de ser receptiva al debate, de ahí la importancia de identificar mentores y canales de comunicación para ganarse su confianza; y se le ofrece una perspectiva para reconectarlo con la sociedad local⁸⁰. A día de hoy, la UE está dando los primeros pasos: pero, sin incorporar a los entes locales en su intervención y abordar la radicalización desde una perspectiva verdaderamente multidimensional, no está en posición de proporcionar ninguna de las tres condiciones necesarias para que las «estrategias de salida» funcionen en la práctica a pesar del cambio de enfoque operado por la revisión de la Estrategia contra la radicalización en 2014.

3. LA PREVENCIÓN DE LA RADICALIZACIÓN TERRORISTA EN LA ESTRATEGIA EXTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA

19. Desde que se pusieran en marcha, las medidas de la UE para prevenir la radicalización han enfatizado la necesidad de abordar este fenómeno también en la acción exterior de la UE, en el seno de organismos internacionales como la ONU y en sus relaciones con terceros Estados. En 2005, Consejo y Comisión coincidieron en la importancia de una Europa activa en la escena

⁷⁷ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, «Estrategia revisada de la UE para luchar contra la radicalización y la captación de terroristas», 9956/14, de 19 de mayo de 2014, p. 11.

⁷⁸ Información disponible en: https://ec.europa.eu/home-affairs/financing/fundings/security-and-safeguarding-liberties/internal-security-fund-police_en.

⁷⁹ Véase nota 59.

⁸⁰ COOLSAET, R., *op. cit.*, nota 7, p. 47 (traducción propia).

internacional que promueva «la buena gobernanza, los derechos humanos, la democracia, la educación y la prosperidad económica a través (del) diálogo político y de los programas de asistencia» como medio para luchar contra la radicalización terrorista⁸¹. Diez años más tarde, el Consejo Europeo volvería a incidir en la necesidad de impulsar las medidas para prevenir la radicalización terrorista y el extremismo violento en el marco de las relaciones con sus socios, en particular abordando las crisis y los conflictos regionales, mediante una mayor implicación con terceros países en cuestiones de seguridad y de lucha contra el terrorismo, una actuación internacional constante y coordinada con las Naciones Unidas y el Foro Mundial contra el Terrorismo y el diálogo entre culturas y civilizaciones⁸².

20. Aparte de un activo papel en el seno de instituciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU)⁸³, la UE ha desplegado una ingente actividad en su vecindario próximo en cuatro cuestiones clave que ha enmarcado en el conjunto de sus relaciones con Estados terceros considerados prioritarios: la gestión de las fronteras exteriores, la promoción del desarrollo económico, el impulso del diálogo intercultural y, en menor medida, el empoderamiento de la sociedad civil. De esta forma, la prevención de la radicalización ha sido un tema transversal en la acción exterior de la UE como medio principal para atajar el terrorismo en el entorno de sus fronteras y proteger su espacio de seguridad interior ante una periferia «inestable»⁸⁴, siendo capaz de incorporar en sus acuerdos con terceros «cláusulas antiterroristas» de alcance general⁸⁵. En este sentido, la Estrategia revisada contra la

⁸¹ CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 30, p. 5. En la revisión de 2014, el Consejo añadiría la promoción del Estado de Derecho y la reforma del sector de la seguridad entre sus prioridades en el exterior para combatir la radicalización terrorista. Los nexos a las dimensiones interna y externa en la política contra el terrorismo de la UE y, en particular, en materia de prevención de la radicalización será un tema recurrente en el discurso de las instituciones, si bien con resultados modestos, dadas las disparidades entre la dimensión interior y la exterior. Entre otros documentos, estos nexos se reafirmaron posteriormente en la «Estrategia para la dimensión exterior de la JAI: libertad, seguridad y justicia a escala mundial», 15446/05, de 6 de diciembre de 2005, y la Estrategia Global de Seguridad (2016).

⁸² Reunión informal de los jefes de Estado o de Gobierno en Bruselas, de 12 de febrero de 2015, *Declaración de los miembros del Consejo Europeo*.

⁸³ La UE en su conjunto y, de manera individualizada, sus EEMM han contribuido activamente a promover un rol activo de la ONU contra el terrorismo y la prevención de la radicalización terrorista. Así, por ejemplo, la Resolución del Consejo de Seguridad 1624 (2005) fue una iniciativa del Reino Unido para prevenir la radicalización tras los atentados del 7-J, prestando especial atención al contexto social que puede conducir a la expansión del terrorismo. Además, participa y financia proyectos de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (ONUDD) y colabora activamente en los trabajos de la Dirección Ejecutiva del Comité contra el Terrorismo. Para un análisis de la relación entre la ONU y la UE en la lucha contra el terrorismo, véase CASTRO RUANO, J. L., «La interacción Naciones Unidas y Unión Europea en materia de lucha contra el terrorismo global», en BLANC ALTEMIR, A. (dir.), *Las relaciones entre las Naciones Unidas y la Unión Europea: seguridad, cooperación y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 272-300.

⁸⁴ «Muchos de los problemas de seguridad de hoy en día tienen su origen en la inestabilidad en la vecindad inmediata de la UE y en formas cambiantes de radicalización, violencia y terrorismo. Las amenazas son cada vez más variadas e internacionales, y cada vez más de naturaleza transfronteriza e intersectorial»: véase COM (2015) 185, Estrasburgo, de 28 de abril de 2015, p. 2.

⁸⁵ Así, por ejemplo, en la revisión del Acuerdo de Cotonú en 2005, las Partes introdujeron un art. 11.a) relativo a la lucha contra el terrorismo por el que se comprometían a intercambiar informa-

radicalización de 2014 confirmaría el papel que las políticas de inmigración y visados, junto con el refuerzo de la gestión de las fronteras exteriores, han tenido como los principales instrumentos de los que la Unión dispone para abordar la prevención de la radicalización terrorista en sus relaciones exteriores, a la que ha venido a sumarse la contribución de la («securitizada») ⁸⁶ política de cooperación al desarrollo (PCD), ahondando en el nexo seguridad-desarrollo subyacente al enfoque preventivo de la UE.

21. La prevención de la radicalización del terrorismo ha sido incluida, por tanto, en cada una de estas políticas como un tema transversal de las relaciones exteriores de la UE, en particular en relación con determinadas áreas geográficas prioritarias para la consecución de sus intereses en materia de seguridad interior. En primer lugar, la progresiva adopción del *acervo comunitario* en el marco de la Política de Ampliación se ha convertido en un instrumento esencial en la implementación de las medidas antiterroristas y para la prevención de la radicalización en los Balcanes occidentales, cuyo refuerzo forma parte integral de las medidas para proteger la seguridad interior de la UE desde que se iniciara el proceso de estabilización en la zona ⁸⁷. Asimismo, las últimas reformas de la Política Europea de Vecindad (PEV) prevén medidas contra la radicalización en el marco de las relaciones con Estados terceros, además de solicitar reformas en el sector de la seguridad y la gestión de fronteras a cambio de asistencia técnica y concesiones en el contexto de la política de migración y visados, convirtiéndose en un instrumento clave en la externalización de los objetivos de seguridad interior de la UE. En concreto, la última revisión de la PEV (noviembre de 2015) propuso intensificar el diálogo político con los socios de las regiones englobadas con el fin de reforzar las capacidades de estos terceros Estados frente a la amenaza terrorista y la prevención de la radicalización mediante el apoyo en los ámbitos de la educación y la juventud, así como medidas adicionales destinadas a la reforma del sector de la seguridad y la gestión de las fronteras, destacando la pobreza y la percepción de desigualdades como factores que pueden colocar en posición de vulnerabilidad a los jóvenes ante la radicalización terrorista ⁸⁸.

ción sobre los grupos y redes de apoyo a terroristas. Similares disposiciones existen en los Acuerdos Euromediterráneos con Egipto (2004) y Argelia (2005).

⁸⁶ De esta opinión, véanse: DUFFIELD, M., «Governing the Borderlands: Decoding the Power of Aid», *Disasters*, vol. 25, 2001, núm. 4, pp. 308-320; y GIBERT, M. V., «The securitisation of the EU's development agenda in Africa: insights from Guinea-Bissau», *Perspectives on European Politics and Society*, vol. 10, 2009, núm. 4, pp. 621-637.

⁸⁷ La importancia concedida a los países de la región en la protección del orden público y la seguridad interior de la UE parte, esencialmente, de la Cumbre de Zagreb (2000) y del Consejo Europeo de Salónica (2003), reuniones en las que se reconocía la importancia de la cooperación con —y dentro de— la región en materia de asuntos de Justicia e Interior y la lucha contra el crimen organizado transnacional y el terrorismo. Más recientemente, «Conclusiones del Consejo sobre el refuerzo de la dimensión exterior de la seguridad interior de la UE en los Balcanes Occidentales, especialmente por medio de la gobernanza integradora de la seguridad interior - Conclusiones del Consejo (8 de diciembre de 2016)», 15413/16, Bruselas, de 9 de diciembre de 2016.

⁸⁸ «La pobreza, la desigualdad, la percepción de la existencia de injusticias, la corrupción, un débil desarrollo económico y social y la falta de oportunidades, especialmente para los jóvenes, pueden

22. Además de estas regiones, la UE ha mostrado una creciente preocupación por el desarrollo y expansión del terrorismo en África, especialmente en relación a las conexiones con el terrorismo internacional en el Sahel⁸⁹ y la prevención de la radicalización en la ribera sur del Mediterráneo tras el incremento de la inestabilidad sociopolítica posterior a la «Primavera Árabe»⁹⁰. Aparte del Sahel, con una dinámica y atención particulares en la PESC/PCSD, el norte de África se ha convertido en foco de la preocupación de las instituciones de la UE. En general, la cooperación antiterrorista con el vecindario en el Sur se ha centrado en cuatro áreas, coincidentes con las preconizadas por la ONU⁹¹: fortalecimiento de las capacidades del Estado, refuerzo del Estado de Derecho y del respeto de los derechos humanos, fomento de la cooperación regional y prevención y represión del terrorismo⁹². Estrictamente en el terreno de la prevención, la PEV renovada está sirviendo para impulsar diálogos políticos en materia de seguridad y terrorismo con los países del Mediterráneo sur y, a la espera de que se negocien nuevos planes de acción específicos, los previstos anteriormente ya incorporaban aspectos a mejorar en el sector de la seguridad y la gestión de fronteras, financiados principalmente con cargo a la PCD y la PEV. Además, la UE ha incluido en la agenda bilateral el empoderamiento de la sociedad civil y el diálogo interreligioso e intercultural, apoyándose en la Fundación Anna Lindh⁹³ y la financiación del

provocar inestabilidad e incrementar la vulnerabilidad ante la radicalización». ALTA REPRESENTANTE Y COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Revisión de la Política Europea de Vecindad», JOIN (2015) 50 final, Bruselas, de 18 de noviembre de 2015, p. 4.

⁸⁹ La UE ha adoptado varias medidas para luchar contra el terrorismo específicamente en esta región subsahariana, entre las cuales es necesario destacar la *Estrategia de la Unión Europea para la Seguridad y el Desarrollo en el Sahel*, de septiembre de 2011 y el *Plan de Acción para el Sahel (2015-2020)*, 7823/15, de 20 de abril de 2015. Además, el 16 de julio de 2012, el Consejo dio el visto bueno al despliegue de una misión civil de la PCSD en el Sahel para apoyar a las autoridades locales en la lucha contra el terrorismo y el crimen organizado transnacional. Para una perspectiva general del tema, véanse: BELLO, O., «La implementación de la estrategia de la UE para el Sahel: entre arenas movedizas», *FRI-DE Documento de Trabajo*, 2012, núm. 114, disponible en: www.fride.org; ECHEVERRÍA, C., «Risks and Threats in the Western Sahel. Radicalization and Terrorism in the Sub-Region», *Revue Paix et Sécurité Internationales*, 2015, núm. 3, pp. 167-183; ROUPPERT, B., «La Stratégie de l'UE pour le développement et la sécurité au Sahel 2011-2013 : Des efforts continus à pérenniser», *Note d'Analyse du GRIP*, de 17 de abril 2014, disponible en: <http://www.grip.org/fr/node/1268>.

⁹⁰ «Las revueltas han generado como fruto inmediato la debilidad de algunos Estados que hasta el momento no habían tenido problemas para ejercer su soberanía sobre el territorio nacional. Este nuevo contexto de fragilidad institucional e incertidumbre política constituye por definición uno de los entornos donde el terrorismo puede regenerarse y desenvolverse con mayor facilidad». TORRES SORIANO, M., «El terrorismo yihadista tras las revueltas en el mundo árabe: menos agravios y nuevas oportunidades», *Documentos de Opinión del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2013, núm. 13, p. 7.

⁹¹ ASAMBLEA GENERAL, «Plan de Acción para Prevenir el Extremismo Violento. Informe del Secretario General», A/70/674, de 24 de diciembre de 2015.

⁹² Véase GAUB, F. y PAUWELS, A., *Counter-terrorism cooperation with the Southern Neighbourhood*, Estudio solicitado por el Parlamento Europeo, Bruselas, 2017.

⁹³ Cofinanciada por los 42 países miembros de la Unión por el Mediterráneo y la Comisión Europea, es una institución intergubernamental que aglutina a los actores de la sociedad civil y la ciudadanía en la región mediterránea con el fin de fomentar la confianza mutua y mejorar el entendimiento intercultural desde los ámbitos cultural, educativo y de los medios de comunicación de masas. Más información en: <http://www.annalindhfoundation.org/>.

Instrumento Europeo de Vecindad de la PEV⁹⁴, con el fin de impulsar una contrarréplica que evite la propagación de la propaganda radical terrorista especialmente entre la población joven de la región y promover su formación en materia de empleo, capacidades y liderazgo.

23. Es de destacar, sin embargo, que este impulso político y programático ha conocido escasos éxitos más allá de ser uno de los principales financiadores e impulsores de las normas de la ONU en terceros países. De hecho, sigue vigente en la actualidad parte de la perplejidad mostrada por Daniel Keohane hace casi una década sobre la ausencia de las medidas antiterroristas en el marco de la política exterior, parcialmente debido a una «complejidad institucional»⁹⁵ que el Tratado de Lisboa no ha llegado a resolver. Aparte de problemas intrínsecos, derivados principalmente del caos institucional y la debilidad de los instrumentos adoptados por la UE (diálogos políticos), circunstancias internas a los Estados del Sur del Mediterráneo han relegado a un segundo plano las propuestas europeas contra la radicalización terrorista⁹⁶. No obstante, existen ciertos resquicios para la esperanza. En los últimos años estos esfuerzos han posibilitado que la UE haya introducido la prevención de la radicalización terrorista en sus relaciones con Estados terceros a través de la Ampliación y —en menor medida— la PEV, lo que conlleva la monitorización de las reformas e iniciativas de estos Estados terceros, con el soporte de la RSR y en colaboración con el Servicio Europeo de Acción Exterior y sus expertos contra el terrorismo desplegados en las delegaciones de la UE en el vecindario. Además, para bien o para mal, la prevención de la radicalización terrorista es uno de los pilares fundamentales de la PCD, de más amplio alcance geográfico y temporal, imprescindible para que la prevención del terrorismo y la radicalización surtan efectos y puedan cosechar éxitos a medio y largo plazo.

4. CONCLUSIONES

24. La prevención de la radicalización es una tarea difícil que requiere una respuesta multidimensional que la UE tiene complejo, por su propia estructura, poder desarrollar con plenitud. Moviéndose entre el *soft law*, la capacitación y las medidas represivas, la UE encuentra dificultades para abordar eficazmente el fenómeno de la radicalización terrorista, especialmente si tenemos en cuenta la complejidad misma de medir el éxito o fracaso de las medidas en este terreno. La radicalización es un proceso complejo, en el que intervienen factores sociales e individuales, y que requiere de una respuesta amplia y coordinada desde, entre otros ámbitos, los sectores del orden pú-

⁹⁴ Este Instrumento, que financia la PEV en su totalidad, dispone de una línea específica de financiación de proyectos para el empoderamiento de la sociedad civil del sur del Mediterráneo, la *Civil Society Facility South*. Más información en: <http://csfsouth.org/>.

⁹⁵ KEOHANE, D., *op. cit.*, nota 16.

⁹⁶ GAUB, F. y PAUWELS, A., *op. cit.*, nota 92.

blico y la seguridad, la educación y los servicios sociales. La respuesta de la UE es relativamente reciente, tímida y sesgada, pues no se ha tomado verdaderamente en serio su papel ni ha optado por un enfoque multidimensional hasta la revisión estratégica de 2014. No obstante, afirmar rotundamente que la prevención de la radicalización es un fracaso, simplemente porque dé la impresión de que no se haya conseguido acomodar en la sociedad europea a segundas generaciones de inmigrantes musulmanes, sería olvidar todos los avances en esta y otras materias de la prevención del terrorismo que se han sucedido en los últimos años, especialmente en aquellos sectores en los que la UE se siente más «cómoda» por tener competencia compartida: la intervención desde los ámbitos policial y de la justicia penal.

25. Dicho esto, es cierto que la UE se enfrenta a numerosos desafíos en la reestructuración de su intervención en un futuro inmediato si quiere lograr los objetivos marcados. En primer lugar, los propios límites del concepto, que no tiene respaldo unánime por parte de los EEMM y todavía hoy suscita indefiniciones y críticas por su excesiva ambigüedad. Asimismo, la UE ha de responder o, al menos, abordar el difícil equilibrio entre libertad y seguridad con el fin de evitar que derechos fundamentales básicos, como la libertad de asociación y expresión, no se vean menoscabados por unas medidas que, si ya en el seno de la UE claman la atención por desproporcionadas⁹⁷, lo hacen aún más en determinados Estados terceros en los que estos derechos no son respetados ni existen garantías de protección frente a potenciales abusos de regímenes totalitarios. Ante posibles derivas, como han demostrado los recientes acontecimientos en Turquía, la Unión tiene que ser más cuidadosa en escoger los Estados terceros con los que coopera, al igual que en su discurso, evitando simplismos, si no quiere caer en las trampas de la propaganda radical que persigue eliminar. Ello precisaría de un mayor impulso de la participación de la sociedad civil y las diferentes comunidades religiosas para evitar ligar la prevención de la radicalización al Islam y combatir efectivamente la islamofobia. Por otra parte, es necesario replantearse el verdadero enfoque y alcance de las medidas para la prevención de la radicalización, tanto dentro como fuera de la UE. Las medidas previstas por la UE, a excepción de las impulsadas desde los ámbitos policial y judicial penal, se muestran insuficientes y no cumplen sus propósitos

⁹⁷ En sus Conclusiones de abril de 2010, el Consejo propuso la creación de un «instrumento estandarizado, multidimensional y semiestructurado» para almacenar, procesar, interpretar y facilitar el intercambio de información entre las agencias, instituciones y EEMM. Este «instrumento» constaría de una serie de apartados sobre el tipo de ideología que apoya las manifestaciones violentas, descripción de los mensajes, vías de difusión de tales ideologías y mensajes, factores personales de los individuos involucrados (edad, sexo, nacionalidad, situaciones administrativa, económica y académica, antecedentes penales), entre otras muchas variables a cumplimentar por las autoridades competentes. Para ver el Anexo en el que se detalla este «instrumento», puede consultarse: <http://www.statewatch.org/news/2010/apr/eu-council-rad-instrument-7984-add1-10.pdf>. Tanto Fernando Reinares como Rik Coolsaet cuestionan la utilidad para la prevención de la radicalización de este tipo de perfiles, pues no todos los individuos radicalizados o en riesgo responden a los elementos incorporados en estos listados, excesivamente simplistas. COOLSAET, R., *op. cit.*, nota 7, p. ¿¿??; REINARES, F., *op. cit.*, nota 7, p. 12.

si atendemos al auge de los delitos de incitación al odio y la proliferación de mensajes radicalizados en internet, por lo que una respuesta más contundente es necesaria. Asimismo, dicha respuesta ha de ser verdaderamente global, abordando la radicalización desde un enfoque multinivel —en el que se incorpore finalmente a los entes locales—, y multidimensional, en todos sus aspectos, no solamente aquellos relacionados con el terrorismo y la seguridad como hasta ahora.

26. Por último, es de lamentar que la acción exterior en materia de prevención del terrorismo y de la radicalización violenta siga compartida entre dos ámbitos de integración diferenciados: el ELSJ y la PESC/PCSD. A día de hoy, a pesar de algunos avances en materia de cooperación e intercambio de información entre Eurojust y Europol con las misiones y operaciones de la PCSD, la compartimentación de la acción exterior contra el terrorismo es todavía uno de los mayores problemas a los que se enfrenta la UE para garantizar su coherencia fuera de nuestras fronteras. Aunque la dimensión exterior del ELSJ pueda ejercer un positivo impacto en la lucha contra el terrorismo, la UE todavía no es capaz de ejercer influencia sobre terceros Estados para que estos adopten medidas eficaces contra la radicalización terrorista, en parte por la debilidad de los instrumentos de su acción exterior en aquellos casos en los que las autoridades locales no están interesadas en cooperar o están absorbidas por otras prioridades más inmediatas. Si la UE quiere ser un actor internacional y prevenir eficazmente la radicalización que conduce al terrorismo en su vecindario, además de corregir su discurso para hacer valer los beneficios de la colaboración antes sus interlocutores, tiene que poner fin a la artificial separación entre las dimensiones internas y externas de la seguridad, reforzar los instrumentos de su acción exterior contra el terrorismo y mejorar la coordinación de las diferentes políticas que inciden en la respuesta europea ante la radicalización terrorista.

RESUMEN

LA PREVENCIÓN DE LA RADICALIZACIÓN EN LA ESTRATEGIA CONTRA EL TERRORISMO DE LA UNIÓN EUROPEA. ENTRE *SOFT LAW* E IMPULSO DE MEDIDAS DE APOYO

En la última década, la Unión Europea (UE) ha prestado especial atención a las medidas de prevención del terrorismo y, en particular, de la radicalización terrorista, aportando una estrategia específica e instrumentos de apoyo que completan los esfuerzos de las autoridades nacionales en este ámbito de la seguridad. Sin embargo, debido a la complejidad del fenómeno y del propio reparto competencial, la respuesta multidimensional prevista por la UE adolece de deficiencias que reducen todo su potencial, dando la sensación de que ha fracasado en la consecución de sus objetivos si solamente nos atenemos a los actos terroristas acaecidos durante el último año en territorio europeo.

Palabras clave: radicalización, terrorismo, políticas de prevención, Unión Europea, Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

ABSTRACT**THE PREVENTION OF RADICALIZATION IN THE EUROPEAN UNION'S
COUNTER-TERRORISM STRATEGY. BETWEEN SOFT LAW
AND THE PROMOTION OF SUPPORTING MEASURES**

During the last decade, the European Union (EU) has paid special attention to measures to prevent terrorism and, in particular, terrorism radicalization. It has developed a specific strategy and supporting instruments that complement Member States' efforts in this particular field of security. However, due to the complexity of the phenomenon and the distribution of the competences between the EU and its Member States, the multidimensional response envisaged by the EU manifests shortcomings that reduce its full potential, giving the impression that it has failed in fulfilling its main goals if one only takes into account the terrorist acts of the last year in Europe.

Keywords: radicalization, terrorism, prevention policies, European Union, Area of Freedom, Security and Justice.

Coordinación a cargo de
Luis HINOJOSA, Manuel DESANTES
y José Luis DE CASTRO

ENSURING CYBERSECURITY THROUGH INTERNATIONAL LAW

Matthias C. KETTEMANN*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. TOWARDS A COMPREHENSIVE CONCEPT OF CYBERSECURITY.—2.1. Cybersecurity: between security and freedom.—2.2. Cybersecurity lies in the common interest of all states.—3. CYBERSECURITY IN INTERNATIONAL LAW.—3.1. International law and the Internet.—3.2. Cybersecurity in international treaty law.—3.3. Cybersecurity and customary international law.—3.4. In particular: preventive customary obligations.—4. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCTION

1. Be in online or offline, be it in the kinetic world or in cyberspace: we need norms —and have always needed them—. «In the long march of mankind from the cave to the computer», as Malcolm N. Shaw puts it in his introduction to international law, «a central role has always been played by the idea of law —that order is necessary and chaos inimical to a just and stable existence—»¹.

2. This contribution examines the protection of cybersecurity under international law and develops a future-oriented approach to increasing cybersecurity through international law². After outlining my concept of cybersecurity and explaining why protecting cybersecurity lies in the common interest of all states (2), I will outline which international legal norms protect cybersecurity (3). The conclusions (4) include perspectives on how to better protect cybersecurity in international law.

* Post-doc fellow at the Cluster of Excellence «The Formation of Normative Orders», University Frankfurt am Main, and co-chair of its Research Focus «Internet and Society» (matthias.kettemann@normativeorders.net). All referenced web pages were last consulted on May 31, 2017.

¹ SHAW, M. N., *International Law*, Oxford, 6th ed., Oxford University Press, 2008, p. 1.

² The contribution draws on a study conducted by the author for the Deutsche Telekom.

2. TOWARDS A COMPREHENSIVE CONCEPT OF CYBERSECURITY

2.1. Cybersecurity: between security and freedom

3. Cybersecurity is defined very broadly by some states, and covers risks and threats such as cyberwarfare, cyberterrorism, cybercrime and cyberespionage³. There is no doubt that cybersecurity is crucial part of national domestic, security, foreign and defense policy⁴. As a central theme of Internet policy⁵, cybersecurity is closely linked with the stability, robustness, resilience and functionality of the Internet⁶. Cybersecurity can be threatened by cybercrime and cyberterrorism, but also by a lack of legal and technical cooperation between states and a lack of preventive measures, such as developing crisis intervention centers and teams, as well as transnational crisis communication structures for cyber incidents.

4. The May 2017 WannaCry Ransomware attack, for example, shows how vulnerabilities are caused by a number of factors, including software companies who fail to provide updates or no longer service vulnerabilities, affected companies that have slow patch cycles, secret services that stockpile vulnerabilities, and states that do not force essential service providers (like healthcare companies) to ensure that their systems are stable and secure⁷.

5. Fostering and ensuring cybersecurity are a prerequisite for the stability of national economic processes and the international business and financial system, for transnational communication flows, and for the functioning of energy grids, the enforcement of human rights, and the performance of national, regional and international defense infrastructures. Ultimately, cybersecurity is fundamental to the full realization of all human rights.

6. It is too often the case that (cyber) security is contrasted with (Internet) freedom. This view misses the point. As emphasized in the Cybersecurity Strategy for Germany from 2016, what matters is that ensuring both freedom *and* security are among the core duties of the state —offline and online—: «It is therefore the duty of the state vis-à-vis the citizens and enterprises in Germany to protect them against threats from cyberspace and to prevent and

³ EBERT, H. and MAURER, T., «Cybersecurity», *Oxford Bibliographies*, January 11, 2017, available at <http://oxfordbibliographiesonline.com/view/document/obo-9780199743292/obo-9780199743292-0196.xml>.

⁴ Most states have Cybersecurity Strategies. For an overview, see NATO Cooperative Cyber Defense Centre of Excellence, Cyber Security Publication Library, available at <https://ccdcoe.org/publication-library.html>.

⁵ SEGAL, A., *The Hacked World Order: How Nations Fight, Trade, Maneuver, and Manipulate in the Digital Age*, New York, Public Affairs, 2016.

⁶ TIKK-RINGAS, E. (ed.), *Evolution of the Cyber Domain: The Implications for National and Global Security*, London, Routledge, 2015.

⁷ NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence (CCDCOE), *WannaCry Campaign: Potential State Involvement Could Have Serious Consequences*, 16 May 2017, available at <https://ccdcoe.org/wannacry-campaign-potential-state-involvement-could-have-serious-consequences.html>.

pursue crime in cyberspace»⁸. Similarly, the Spanish National Cybersecurity Strategy of 2013 is aimed at ensuring that Spain «makes practical use of ICT systems, reinforcing the capacities of prevention, defence, detection and response to cyber-attacks, and building confidence in the use of ICTs»⁹.

7. National documents define cybersecurity differently. The Cybersecurity Strategy for Germany defines cybersecurity as «IT security of the networked or network-capable information technology systems at the data level in cyberspace»¹⁰. This definition is very technology-oriented and too short-sighted in light of how cybersecurity is practically perceived by business and society. The security in the Internet and of the Internet cannot be simply equated with the security of systems and data. Each meaningful cybersecurity concept should be comprehensive and value-based: a commitment to a stable, secure, resilient, fully functional, open and free Internet and its protection against state and private attacks of any kind¹¹. The state can only live up to its duties under the requirements of the information society if it offers all stakeholders «protection and freedom of development, and thereby sufficiently secures its own systems» in cyberspace too¹². This applies to each and every state. Consequently, all states have an interest in increasing cybersecurity.

2.2. Cybersecurity lies in the common interest of all states

8. Even if the definitions of cybersecurity may differ greatly, cybersecurity is a common interest of all states. This community interest is not an aggregate of the individual sets of interests; rather, it lies at their intersection. If a protected interest is part of the community interest, this entails consequences relevant to international law. States are therefore responsible to the international community with regard to cybersecurity according to their judicial authority over critical infrastructures pertinent to it¹³.

9. As early as in 2013 the *UN Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security* (GGE) determined that the application of norms de-

⁸ German Federal Ministry of the Interior, *Cyber-Sicherheitsstrategie für Deutschland 2016* (Cybersecurity strategy for Germany 2016), available at https://www.bmi.bund.de/cybersicherheitsstrategie/BMI_CyberSicherheitsStrategie.pdf, para. 8.

⁹ Gobierno de España-Presidencia del Gobierno, *Estrategia de Ciberseguridad Nacional, 2013*, p. 4, available at <http://www.lamoncloa.gob.es/documents/20131332estrategiadeciberseguridad.pdf>. Cf. CENDOYA, A., «National Cyber Security Organisation: Spain,» Tallinn, 2016, pp. 1-22, p. 9, available at https://ccdcoc.org/sites/default/files/multimedia/pdf/CS_organisation_SPAIN_092016.pdf.

¹⁰ *Cyber-Sicherheitsstrategie für Deutschland 2016*, *cit.*, note 8, p. 24.

¹¹ Cf. SCHAAKE, M. and VERMEULEN, M., «Towards a values-based European foreign policy to cybersecurity», *Journal of Cyber Policy*, vol. 1, 2016, Issue 1, pp. 75-84.

¹² *Cyber-Sicherheitsstrategie für Deutschland 2016*, *cit.*, note 8, p. 8.

¹³ For documentation of the reports of individual member states, see the *Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security*: <http://www.un.org/disarmament/topics/informationsecurity>.

rived from existing international law is «essential» to minimize risks to world peace and international security and stability¹⁴. Viewed in the context of information technology challenges, cybersecurity is now one aspect of «world peace»¹⁵. The group went even further in its 2015 report¹⁶, stating *inter alia* that the international community aspires to regulate the Internet in a peaceful manner «for the common good of mankind».

3. CYBERSECURITY IN INTERNATIONAL LAW

3.1. International law and the Internet

10. International law is the only area of law with which global (public) goods can be managed and global public interest protected¹⁷. The ubiquity of the technology underlying the Internet, which is not restricted by national borders, renders strictly *single-state* regulation largely ineffective. International law is needed to legitimately and effectively ensure cybersecurity in the common interest of all states. This is not a new insight¹⁸. Without legitimate and effective protection of cybersecurity under international law, individuals and societies cannot develop to their full potential.

3.2. Cybersecurity in international treaty law

11. International law applies to the Internet¹⁹. Individual norms from the Charter of the United Nations (UN) (*e. g.* the ban on aggression and intervention) are relevant to the international law of cybersecurity²⁰. However,

¹⁴ Report of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, A/68/98, June 24, 2013, para. 16 [hereinafter: «GGE report (2013)»].

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security, Report of the Secretary General, A/70/174, July 22, 2015, available at <https://ccdcoe.org/sites/default/files/documents/UN-150722-GGEReport2015.pdf> [hereinafter: «GGE report (2015)»].

¹⁷ Detailed comparisons: KETTEMANN, M. C., *Völkerrecht in Zeiten des Netzes: Perspektiven auf den effektiven Schutz von Grund- und Menschenrechten in der Informationsgesellschaft zwischen Völkerrecht, Europarecht und Staatsrecht*, Bonn, Friedrich-Ebert-Stiftung, 2015. Available at <http://library.fes.de/pdf-files/akademie/12068.pdf>.

¹⁸ UN General Assembly Resolution 53/70, Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, A/RES/53/70, of January 4, 1999, para. 2 lit. c., available at http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/53/70.

¹⁹ The scope of this study does not allow for going into detail on all applicable principles of international law. See instead: SCHMITT, M. N. and VIHUL, L., «The Nature of International Law Cyber Norms», *Tallinn Paper*, No. 5, 2014 (NATO CCD COE), pp. 1-31, p. 16, <https://ccdcoe.org/sites/default/files/multimedia/pdf/Tallinn%20Paper%20No%20%205%20Schmitt%20and%20Vihul.pdf>; and ZIOLKOWSKI, K., «General Principles of International Law as Applicable in Cyberspace», in ZIOLKOWSKI, K. (ed.), *Peace-time Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*, Tallinn, NATO CCD COE Publications, 2013, pp. 135-184, pp. 151-152.

²⁰ See 3.3. below. The ban on aggression and intervention is based on international treaty law, but also on customary international law.

there is no single treaty that is primarily concerned with regulation of the Internet and the key topic of cybersecurity. Although treaties provide (legal) certainty (especially in the eyes of powerful states or states relying on traditional sovereignty concepts)²¹, bilateral cybersecurity treaties usually do not live up to the complexity of the issue due to the universality of the Internet, while multilateral treaties can only be attained through lengthy negotiation processes with an uncertain outcome²². There is still no treaty on cybersecurity, though. Binding international law on cybersecurity can therefore only be derived to date from customary international law and the principles of international law.

3.3. Cybersecurity and customary international law

12. In the Tunis Agenda adopted at the UN World Summit on the Information Society (WSIS) and in the Tunis Commitment (2005), states committed themselves to a «people-centred, inclusive and development-oriented Information Society, premised on the purposes and principles of the Charter of the United Nations, international law and multilateralism, and respecting fully and upholding the Universal Declaration of Human Rights»²³, to «the universality, indivisibility, interdependence and interrelation of all human rights and fundamental freedoms, including the right to development, as enshrined in the Vienna Declaration»²⁴; to a stable and secure Internet as a worldwide institution, and to the multi-stakeholder approach²⁵. Of particular importance for protecting cybersecurity by means of international law is the commitment to international law and the significance of the Internet as a—stable and secure— worldwide institution.

13. For one thing, the international body of law pertaining to cybersecurity provides protection based on human rights. Communicators, recipients and the contents of communications are protected by art. 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)²⁶, parts of which are based on customary law. Along with these state obligations based on individual human rights (prohibiting states to interfere with certain communica-

²¹ «USA und China wollen Vertrag zur Begrenzung von Cyberangriffen», *Heise.de*, September 20, 2015, <https://www.heise.de/security/meldung/USA-und-China-wollen-Vertrag-zur-Begrenzung-von-Cyberangriffen-2822083.html>.

²² Cf. GOLDSMITH, J., «Cybersecurity Treaties. A Skeptical View», *Hoover Institution Future Challenges Essays*, 2011, pp. 1-16. Available at http://media.hoover.org/sites/default/files/documents/FutureChallenges_Goldsmith.pdf; and LITWAK, R. S. and KING, M., «Arms Control in Cyberspace?», *Wilson Briefs*, Wilson Center Digital Futures Project, 2015, pp. 1-7, available at <https://www.wilsoncenter.org/publication/arms-control-cyberspace>.

²³ World Summit on the Information Society, Tunis Commitment, WSIS-05/TUNIS/DOC/7-E, November 18, 2005, No. 2, available at <http://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/7.html>.

²⁴ *Ibid.*, No. 3.

²⁵ WSIS, Tunis Agenda for the Information Society, WSIS-05/TUNIS/DOC/6 (Rev.1)-G, November 18, 2005, No. 31, available at <http://www.itu.int/net/wsis/docs2/tunis/off/6rev1.html>.

²⁶ International Covenant on Civil and Political Rights, available at <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

tive rights), positive obligations related to Internet infrastructure can also be derived from the state obligations to provide protection and assurance pertaining to information- and communication-related rights.

14. Particularly relevant to ensuring and promoting cybersecurity are the following principles of international law²⁷, some of which have been translated into treaty law in the UN Charter, are protected under customary international law or are recognized as part of the general principles of international law: sovereign equality, the ban on aggression and intervention, peaceful settlement of disputes, the protection of human rights, the cooperation principle (which draws on the principle of good neighborliness («no harm»)) and the precautionary principle («due diligence»).

15. The principle of sovereign equality [art. 2 (1) of the UN Charter] is a key principle of international law²⁸. Each state has jurisdiction and power over its territory and over the ICT infrastructure located there; this also means, however, that it bears a responsibility to ensure that no attacks against other states or institutions, which would infringe on international law, are organized or carried out from its territory.

16. In addition, the non-intervention principle (art. 2 (7) UN Charter) can be brought to fruition: an intense damage to Internet functionality in another state (e.g. by cyber attacks) could constitute an intervention, although attribution problems will regularly arise²⁹. Only some of the attacks originating from the territory of a state represent an «intervention» in terms of international law, because most attacks will be attributable to non-governmental protagonists or to protagonists whose association with governmental agencies cannot be proven.

17. The ban on aggression [art. 2 (4) of the UN Charter] prohibits states from using measures of power beyond simple «intervention» (the former being stated in the non-intervention principle). In the context of the Internet, this article could only be applied to especially serious cases of cyber-attacks with substantial kinetic effects.

18. The principle of good neighborliness (art. 74 of the UN Charter), or «no harm» principle, can be considered as a global principle in the Internet era. Originally only relevant in terms of the relationship with adjacent states, the principle has been gradually extended³⁰. In the *Corfu Channel* case the ICJ described the principle as «every state's obligation not to knowingly allow its territory to be used for acts contrary to the rights of other states»³¹.

²⁷ GGE report (2015), *cit.*, note 16, para. 26.

²⁸ BESSON, S., «Sovereignty», in WOLFRUM, R. (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law (MPEPIL)*, (2008) (2011), para. 1.

²⁹ SCHULZE, S.-H., *Cyber-«War», Testfall der Staatenverantwortlichkeit*, Tübingen, Mohr, 2015.

³⁰ Cf. UN General Assembly Resolution 46/62, Developing and strengthening of good-neighbourliness between States, A/RES/46/62 of December 9, 1991, para. 2 (Good neighborliness is an obligation, «whether or not they [the states] are contiguous»).

³¹ *Corfu Channel Case (UK v. Albania)*, ICJ Reports 1949, p. 22.

The «no harm» principle has its roots in the *Trail Smelter*³² and *Lac Lanoux*³³ cases and has crystallized, through normative vectors such as Principle 21 of the Stockholm Declaration (1972)³⁴ and Principle 2 of the Rio Declaration (1992)³⁵, into customary law.

19. In the preventive dimension of the «no harm» principle, a state must take measures to prevent such hazards. Among other things, a commitment to an appropriate infrastructure, the development of emergency plans and the establishment of an international crisis cooperation structure (and culture) can be construed from this.

20. The precautionary principle («due diligence») is of special importance for cybersecurity. Firstly, the «due diligence» principle entails information and consultation obligations³⁶. In the scientific world, it is controversial as to what extent the precautionary principle has a «due diligence» dimension or whether the precautionary obligations of states are covered in practice by the «no harm» principle. The principle of «due diligence» was also applied in the field of combating terrorism and the financing of terrorism³⁷.

3.4. In particular: preventive customary obligations

21. With some justification, normative principles for the regulation of cybersecurity can therefore be derived from the principle of «due diligence». As a result, it is the responsibility of states, inter alia ensuing from this principle, to prevent cyber-attacks originating from their own territory and to (proactively) establish a legal system that ensures and fosters cybersecurity³⁸. This can be fulfilled, for instance, by «passing stringent criminal laws, conducting vigorous investigations, prosecuting attackers, and, during the investigation and prosecution, cooperating with the victim-states of cyberattacks that originated from within their borders»³⁹.

22. In its preventive dimension, the «due diligence» principle helps to identify the obligations of states with regard to cybersecurity, particularly

³² *Trail Smelter Case (United States v. Canada)*, First decision, (1949) III RIAA 1905, (1941) 35 AJIL 684, April 16, 1938, Arbitration.

³³ *Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain)*, (1963) XII RIAA 281, (1961) 24 ILR 101, November 16, 1957, Arbitration.

³⁴ Stockholm Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, UN Doc A/CONF.48/14/Rev.1, 3, UN Doc A/CONF.48/PC/6, Principle 21.

³⁵ Rio Declaration on Environment and Development [United Nations Environment Programme (UNEP)] UN Doc A/CONF.151/5/Rev.1, UN Doc A/CONF.151/26/Rev.1 Vol.1, Annex 1, Principle 2.

³⁶ KOIVUROVA, T., «Due Diligence», in WOLFRUM, R. (ed.), *op. cit.*, note 28, para. 3.

³⁷ Cf. PROULX, V.-J., «Babysitting Terrorists: Should States Be Strictly Liable for Failing to Prevent Transborder Attacks?», *Berkeley Journal of International Law*, vol. 23, 2005, Issue 3, pp. 615-668, p. 629.

³⁸ SCHMITT, M. N., «In Defense of Due Diligence in Cyberspace», *Yale Law Journal Forum*, vol. 125, 2015, pp. 68-81.

³⁹ SKLEROV, M. J., «Solving the Dilemma of State Responses to Cyberattacks: A Justification for the use of Active Defenses against States Who Neglect Their Duty to Prevent», *Military Law Review*, vol. 201, 2009, pp. 1-85, p. 62.

with regard to cybercrime, global cooperation and establishment of capacities. Cybersecurity due diligence was described as part of customary international law, whereby particularly the following preventive duties have emerged as recognized obligations under international law:

- that governments and other stakeholders bolster cybersecurity and develop cybersecurity strategies to protect crucial infrastructures⁴⁰;
- that states (and other relevant stakeholders) work together more closely in the fight against cybercrime and cyberterrorism⁴¹, and that they ratify conventions such as the Convention on Cybercrime of the Council of Europe⁴²;
- that states conclude treaties promoting cooperation between their police authorities⁴³;
- that states establish confidence-building measures and increase the level of information sharing, both generally as well as (and especially) in the event of cybersecurity-related incidents⁴⁴.

4. CONCLUSIONS

23. In the light of the importance of the Internet for states, business and society, cybersecurity—as a prerequisite for a reliably functioning and secure Internet—has become a global community interest which needs protection. A secure Internet lies in the interest of each individual state and also collectively in the interest of all states of the world as a global community.

24. International law is to be fully applied to the Internet, including with regard to regulating cybersecurity. Customary international law and the general principles of international law particularly restrict (and define) national Internet policy. Each state has protection obligations vis-à-vis the international community—to avert threats to the stability, integrity and functionality of the Internet—which can be derived from customary international law.

25. In addition to post-incident information and communication requirements, preventive obligations arise from the due diligence principle and the tenets of good neighborliness and can in part only be met in cooperation with nongovernmental stakeholders. This binding cooperation principle of customary international law provides mandatory guidance to states in their development of strategies for promoting cybersecurity.

⁴⁰ Cf. the numerous UN General Assembly resolutions on cybersecurity, including UN General Assembly Resolution 64/221, Creation of a global culture of cybersecurity and taking stock of national efforts to protect critical information infrastructures, A/RES/64/211 of March 17, 2010 (with references to further resolutions).

⁴¹ Cf. UN Office of Drugs and Crimes Resolution 22/8, Promoting technical assistance and capacity building to strengthen national measures and international cooperation against cybercrime, UNODC/CCPCJ/2013/RES/22/8, para. 4.

⁴² Cf. GGE report (2013), *cit.*, note 14, para. 22.

⁴³ *Ibid.*, para. 22.

⁴⁴ *Ibid.*, para. 26 et seq.

26. The May 2017 WannaCry ransomware attack, for example, shows how vulnerabilities are caused by a number of factors, including companies who fail to provide updates or no longer service vulnerabilities, affected companies that have slow patch cycles, secret services that stockpile vulnerabilities, and states that do not force essential service providers (like healthcare companies) to ensure that their systems are stable and secure.

27. As the NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence concluded with regard to the recent WannaCry ransomware attacks, «[c]ampaigns like WannaCry should remind decision-makers of the importance of baseline cyber security, since in this case the victims could have prevented the spread of ransomware by fairly simple security measures»⁴⁵. Be it baseline cybersecurity or more advanced forms that are necessary for states to implement order to meet their obligations under international law: the debate on how best to ensure a stable and resilient Internet for all is far from over—and it is international law that provides the impetus, frame and objective of the debate—.

28. Any attempt to embrace cybersecurity in international law must be preceded by the recognition of the significance of the multistakeholder approach in the normative development of international Internet law⁴⁶. Yet multistakeholder forums are very ill-suited to drafting binding international law. The most promising approach for embracing binding cybersecurity norms in the long term is the negotiation and adoption of an international treaty. Treaties remain the «gold standard» of international law. The United Nations Framework Convention on Climate Change⁴⁷, which entered into force on November 4, 2016, has shown that even today international treaties covering complex topics such as regulations relating to important global public goods can be successfully concluded. There can be no doubt that cybersecurity as a prerequisite for a well-functioning Internet is worth the normative effort.

Palabras clave: Derecho de Internet, ciberseguridad, diligencia debida, vecindad, interés común, enfoque multisectorial.

Keywords: Internet law, cybersecurity, due diligence, neighbourliness, common interest, multistakeholder approach.

⁴⁵ CCDCOE, *WannaCry Campaign: Potential State Involvement Could Have Serious Consequences*, *cit.*, note 7.

⁴⁶ See KETTEMANN, M. C., «Grotius goes Google: Der Einfluss der Internet Governance auf das Völkergewohnheitsrecht», in VEDDER, Ch. (ed.), *Tagungsband 37. Österreichischer Völkerrechtstag 2012*, Vienna, 2013, pp. 89-104.

⁴⁷ United Nations Framework Convention on Climate Change, available at <http://unfccc.int/2860.php>.

CIBERSEGURIDAD Y DERECHO INTERNACIONAL

Antonio SEGURA SERRANO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL CIBERESPACIO.—3. LA CIBERSEGURIDAD.—4. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1. La aproximación más primigenia a la cuestión de la ciberseguridad por parte de la doctrina se ha producido desde el punto de vista de la seguridad colectiva. En este contexto, existe consenso sobre la aplicación, dificultosa en cualquier caso, de las reglas básicas relativas a la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza ya existentes en el ordenamiento internacional. No obstante, la ciberseguridad constituye una cuestión problemática que plantea diversos desafíos desde otras vertientes jurídico-internacionales. Tras unas precisiones jurídicas sobre el ciberespacio, el presente trabajo pretende analizar la ciberseguridad desde ese enfoque más holístico, incidiendo en los esfuerzos que se han desarrollado hasta el momento para una mayor cooperación en este sector.

2. EL CIBERESPACIO

2. Olvidadas ya las primeras reivindicaciones libertarias, sigue existiendo un cierto debate en cuanto a la naturaleza jurídica del ciberespacio. Por un lado están quienes lo consideran parte de los *global commons*, junto con un grupo variado de espacios internacionales¹. No obstante, teniendo en cuenta que actualmente la infraestructura de Internet es tanto pública como

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «La estrategia de seguridad nacional de España: un enfoque geográfico» (REF. DER2014-57671-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Antonio Segura Serrano es profesor titular de Derecho internacional público y relaciones internacionales en la Universidad de Granada (asegura@ugr.es). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 19 de mayo de 2017.

¹ US DEPARTMENT OF DEFENSE, *Strategy for Homeland Defense and Civil Support*, 2005, p. 12, accesible en <https://www.hsdl.org/?view&did=454976>; GOVERNMENT OF CANADA, *Canada's Cyber Security Strat-*

como por el Manual de Tallin¹⁰. Las actividades de los actores no estatales no podrían atribuirse a los Estados más que si se prueba la existencia de un control efectivo, lo que resulta muy restrictivo para el ciberespacio¹¹. Esta situación solo podría superarse si, como se apunta desde la doctrina, se aplica el criterio de la diligencia debida en el marco de la obligación consuetudinaria de no permitir el uso del territorio de un Estado para causar daños en otro Estado (asunto de *Canal de Corfú*)¹², recogida en el mencionado informe de 2015¹³ y en el Manual de Tallin¹⁴. De este modo, se obviaría la necesidad de identificar al autor de la actividad cibernética (la atribución técnica) y el requisito de atribución al Estado sería menos oneroso¹⁵.

3. LA CIBERSEGURIDAD

5. El creador de Internet, Tim Berners-Lee, ya advertía que es difícil preservar la seguridad en la Red. En la etapa actual, el objetivo de la ciberseguridad contiene algunos elementos propios de un bien público¹⁶. Diversos autores han identificado las distintas amenazas para la seguridad nacional que emergen desde Internet, como son la ciberguerra, el ciberterrorismo, el cibercrimen y el ciberespionaje¹⁷. Desde el Derecho internacional no se han adoptado iniciativas normativas concretas dirigidas a afrontar cada una de estas amenazas, salvo en el caso de la Convención de Budapest de 2001¹⁸. La doctrina y la práctica estatal han optado por una aplicación extensiva o análoga de las normas convencionales o consuetudinarias en vigor, consideradas por muchos como suficientes para hacer frente a estos desafíos.

6. La ciberguerra es quizá una de las cuestiones que han sido objeto de mayor tratamiento por la doctrina, en particular, por parte de los autores de Estados Unidos vinculados al ejército. El problema se suscita, en primer lugar, con la posible calificación de los ciberataques como uso de la fuerza. Existe consenso en la literatura académica a la hora de interpretar que un ciberataque con consecuencias similares al uso de la fuerza armada vulnera

¹⁰ SCHMITT, M. N. (ed.), *Tallin Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

¹¹ MAČAK, K., «Decoding Article 8 of the International Law Commission's Articles on State Responsibility: Attribution of Cyber Operations by Non-State Actors», *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 21, 2016, pp. 405-428, esp. p. 427.

¹² *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Sentencia de la Corte Internacional de Justicia, sobre el fondo, de 9 de abril de 1949 (ICJ Reports 1949), p. 22.

¹³ Véase Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional, *op. cit.*, nota 9, p. 10.

¹⁴ Véase SCHMITT, M. N. (ed.), *op. cit.*, nota 10, p. 26.

¹⁵ TSAGOURIAS, N., «Cyberspace, Non-State Actors and the Obligation to Prevent Transboundary Harm», *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 21, 2016, pp. 429-453, esp. p. 431.

¹⁶ ROSENZWEIG, P., *Cybersecurity and Public Goods: The Public/Private «Partnership»*, Stanford University, Hoover Institution, 2011.

¹⁷ NYE, J. S., *op. cit.*, nota 2, p. 16.

¹⁸ Convenio sobre la Ciberdelincuencia, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001, *BOE* núm. 226, de 17 de septiembre de 2010. En vigor desde el 1 de julio de 2004.

el art. 2.4 de la Carta de la ONU. En concreto, se trata de los ataques que causen lesiones o pérdida de vidas humanas, destrucción de la propiedad y, también, daños a infraestructuras críticas que provoquen un quebranto significativo en la prestación de servicios esenciales¹⁹. Igualmente, con relación a si un ciberataque puede ser interpretado como un ataque armado conforme al art. 51 de la Carta de la ONU que justifique el recurso a la legítima defensa, la mayoría de autores se decanta por aceptar esta posibilidad, siempre y cuando el ataque previo tenga una «escala y efectos» (asunto *Nicaragua*)²⁰ cualitativamente análogos a los de un ataque armado (Regla 13 del Manual de Tallin). Sin embargo, estos supuestos no se han constatado nunca, ni siquiera en los episodios de Estonia en 2007²¹ o el virus *Stuxnet* en 2010²².

7. Por lo que respecta al ciberterrorismo, por un lado existe la posibilidad de aplicar las Convenciones sectoriales de la ONU que desde la década de los años sesenta se han ido celebrando para combatir diversos fenómenos relacionados con el terrorismo, como el secuestro, la toma de rehenes, la seguridad de la navegación o la aviación, etc.²³. Algunos actos de ciberterrorismo podrían quedar encuadrados en estos convenios pero, por el enfoque funcional de los mismos, la mayoría se situarían fuera de su ámbito de aplicación²⁴. Por otro lado, el proyecto de Convenio global contra el terrorismo internacional²⁵ incorpora en su art. 2 una definición que, por su enfoque general, podría abarcar la mayoría de actos ciberterroristas, incluidos los ataques a las infraestructuras críticas públicas, pero también a la propiedad privada, si bien habría que aplicar el sentido común con el objeto de dejar fuera de su ámbito de aplicación ciertos casos-límite²⁶. Aunque todos los grupos terroristas se encuentran presentes en la Red, un ciberterrorismo auténtico es hasta ahora una posibilidad, más que una realidad cotidiana.

8. Con relación al ciberespionaje, existe una preocupación creciente en la comunidad internacional por el aumento de esta práctica, aunque el caso *Snowden* ha puesto de manifiesto que esta actividad también se realiza por parte de los gobiernos occidentales, especialmente el de Estados Unidos. Como es sabido, no existe ningún tratado internacional que regule o prohíba el espionaje y tampoco el ciberespionaje. No obstante, una corriente crecien-

¹⁹ ROSCINI, M., *Cyber Operations and the Use of Force*, Oxford, OUP, 2014, pp. 44-67.

²⁰ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 27 de junio de 1986 (ICJ Reports 1986), párr. 195.

²¹ DAVIS, J., «Hackers Take Down the Most Wired Country in Europe», *The Wired*, 21 de agosto de 2007, accesible en <https://www.wired.com/2007/08/ff-estonia/>.

²² ZETTER, K., «An Unprecedented Look at Stuxnet, the World's First Digital Weapon», *The Wired*, 3 de noviembre de 2014, accesible en <https://www.wired.com/2014/11/countdown-to-zero-day-stuxnet/>.

²³ Pueden consultarse estas Convenciones en el siguiente enlace: <http://www.un.org/en/counterterrorism/legal-instruments.shtml>.

²⁴ SAUL, B. y HEATH, K., «Cyber terrorism», en TSAGOURIAS, N. y BUCHAN, R. (eds.), *op. cit.*, nota 4, pp. 147-167, esp. pp. 152-153.

²⁵ Proyecto de convenio general contra el terrorismo internacional, Documentos oficiales de la Asamblea General, 59.º periodo de sesiones (A/59/894), pp. 8-20, esp. p. 10.

²⁶ SAUL, B. y HEATH, K., «Cyber terrorism», *op. cit.*, nota 24, pp. 155-159.

te de la doctrina anglosajona tiende hoy día a conceptualizar el ciberespionaje, bien como una vulneración de la prohibición del uso de la fuerza²⁷, bien como una vulneración del principio de igualdad soberana de los Estados, cuyo corolario es el principio de no intervención, de modo que esta práctica se puede considerar como una amenaza a la paz y seguridad internacionales²⁸. El cambio en el *status quo* político que Internet está introduciendo respecto de las tradicionales ventajas estratégicas disfrutadas por las grandes potencias está detrás de estas desmesuradas caracterizaciones jurídicas. En efecto, los Estados más poderosos desde el punto de vista político y económico son los que pueden perder más frente al ciberespionaje, sobre todo el económico²⁹. No obstante, parece más aceptable la postura que interpreta que solo existe una vulneración del principio de igualdad soberana cuando una actividad de ciberespionaje conlleva el ejercicio de jurisdicción por parte de una autoridad extranjera³⁰.

9. Finalmente, el cibercrimen constituye la cuestión problemática más acuciante de todas. Por esa razón, la cooperación internacional se ha concretado muy pronto en Derecho convencional a través del Convenio de Budapest del Consejo de Europa de 2001, del que también forman parte países como Estados Unidos, Japón, Canadá, Australia o Méjico. Este convenio persigue incrementar la armonización material de los delitos relacionados con Internet y la cooperación transnacional en la persecución de los mismos, sobre la base de la aplicación del principio de territorialidad en sentido amplio (doctrina de los efectos) y del principio de la nacionalidad. Estos dos principios resultan suficientes para atribuir jurisdicción en la persecución de los delitos cibernéticos y los posibles conflictos de jurisdicción que surjan se pueden resolver a través de las consultas entre Estados de forma *ad hoc*³¹. No obstante, se achaca que el bajo nivel en la implementación del Convenio por parte de los Estados no está permitiendo obtener todos los beneficios que se derivarían del mismo.

4. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

10. La cooperación internacional en materia de ciberseguridad se está produciendo en torno a algunas organizaciones internacionales como la

²⁷ JOYNER, C. y LOTRIONTE, C., «Information Warfare as International Coercion: Elements of a Legal Framework», *European Journal of International Law*, vol. 12, 2001, pp. 825-865, esp. p. 855.

²⁸ BUCHAN, R., «Cyber espionage and international law», en TSAGOURIAS, N. y BUCHAN, R. (eds.), *op. cit.*, nota 4, pp. 168-189, esp. p. 177.

²⁹ ZIOLKOWSKI, K., «Peacetime Cyber Espionage - New Tendencies in Public International Law», en ZIOLKOWSKI, K. (ed.), *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace. International Law, International Relations and Diplomacy*, Tallinn, NATO CCD COE Publication, 2013, pp. 425-464, esp. p. 460.

³⁰ *Ibid.*, p. 459; VON HEINEGG, W. H., «Territorial Sovereignty and Neutrality in Cyberspace», *International Law Studies*, vol. 89, 2013, pp. 123-156, p. 128.

³¹ UN OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Comprehensive Study on Cybercrime*, Nueva York, 2013, pp. 195-196, accesible en https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf.

Unión Europea (UE), la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) o la ONU, entre otras. Con relación a la UE, aunque la Comisión comenzó ya en el año 2001 a preocuparse por este ámbito, ha sido en 2013 cuando se ha adoptado la primera Estrategia de Ciberseguridad que identifica las prioridades que deben guiar la política de ciberseguridad en la UE y en el plano internacional³². Estas prioridades consisten en conseguir la ciberresiliencia, reducir de forma drástica el cibercrimen (en donde se ha adoptado la Directiva 2013/40/EU)³³, desarrollar una política y capacidades de ciberdefensa, desarrollar recursos industriales y tecnológicos y, finalmente, establecer una política internacional del ciberespacio coherente³⁴. La concreción más importante que ha tenido esta Estrategia ha sido la Directiva 2016/1148/UE sobre seguridad de las redes y sistemas de información (conocida como Directiva NIS)³⁵. Esta Directiva ha impuesto obligaciones tanto para los Estados miembros (resiliencia) como para los operadores de infraestructuras críticas y suministradores de servicios de la sociedad de la información (incluyendo redes sociales, servicios en la nube y motores de búsqueda). De este modo, la UE deja atrás el enfoque voluntario y opta por otro prescriptivo que impone a los operadores privados la obligación de adoptar medidas de seguridad, así como la obligación de compartir información con las autoridades sobre incidentes producidos. Este enfoque prescriptivo resulta novedoso y puede marcar el tono de las estrategias nacionales en materia de ciberseguridad en el plano global³⁶.

11. Respecto de la OTAN, esta ha sido la primera organización internacional en reaccionar ante este tipo de amenazas, ya desde 2002. Tras los ciberataques a Estonia en 2007 se ha dotado de una Política sobre Ciberdefensa, revisada y mejorada después, y ha incorporado esta preocupación al Concepto Estratégico desarrollado en Lisboa en 2010³⁷. Los principios que guían esta Política son la prevención de los ciberataques y la resiliencia de las redes, que son fundamentalmente responsabilidad de los Estados miembros, aunque la OTAN suministra asistencia a los miembros que la requieran. Asimismo, aunque el Concepto Estratégico de 2010 ha incorporado expresamente la posibilidad de activar el art. 5 del Tratado de Washington sobre defensa colectiva, y la Cumbre de Varsovia de 2016 ha declarado el ciberespacio como el cuarto ám-

³² COMISIÓN EUROPEA, «Comunicación Conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estrategia de ciberseguridad de la Unión Europea: Un ciberespacio abierto, protegido y seguro», *JOIN (2013) 1 final*, de 7 de febrero de 2013.

³³ Directiva (UE) núm. 2013/40, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, *DO L* núm. 218, de 14 de agosto de 2013.

³⁴ COMISIÓN EUROPEA, *op. cit.*, nota 32, p. 5.

³⁵ Directiva (UE) núm. 2016/1148, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, *DO L* núm. 194, de 19 de julio de 2016.

³⁶ SEGURA-SERRANO, A., «Cybersecurity: Towards a Global Standard in the Protection of Critical Information Infrastructures», *European Journal of Law and Technology*, vol. 6, 2015, pp. 1-15, esp. p. 12.

³⁷ FIDLER, D. P., PREGENT, R. y VANDURME, A., «NATO, Cyber Defense, and International Law», *St. John's Journal of International & Comparative Law*, vol. 4, 2013, núm. 1, pp. 1-25, esp. pp. 4-7.

bito de operaciones, junto con la tierra, el aire y el mar³⁸, la OTAN va a ser prudente en este terreno, como demuestra el episodio de Estonia. En este sentido, se plantea como escenario más común el de la acción frente al cibercrimen³⁹.

12. La actividad de la ONU ha sido muy prolífica en cuanto a la ciberseguridad. En el marco de la Primera Comisión de la Asamblea General (AG), ya Rusia comenzó en 1998⁴⁰ su práctica de proponer anualmente una Resolución sobre la seguridad internacional en el ámbito de las telecomunicaciones y la información⁴¹. Los países occidentales han sospechado siempre de esta iniciativa, al vincularla con un intento de restringir la libertad de información⁴², hasta que Estados Unidos cambia de actitud en 2010 y comienza a co-patrocinar estas Resoluciones, eso sí, rebajando su lenguaje normativo⁴³. En el marco de la Segunda Comisión, han sido Estados Unidos y los países occidentales los que han promovido diversas Resoluciones⁴⁴ que fomentan la creación de capacidades y una cultura de ciberseguridad por los Estados miembros. La Tercera Comisión se ha centrado en el combate del cibercrimen⁴⁵ y, tras el caso *Snowden*, en el derecho a la privacidad⁴⁶. No obstante, son los cuatro Grupos de Expertos Gubernamentales establecidos en el marco de la Primera Comisión los que más atención han atraído. Si el primer Grupo de 2004 no pudo llegar a elaborar un informe final por falta de consenso⁴⁷ (Rusia quería avan-

³⁸ PAGANINI, P., «NATO officially recognizes cyberspace a warfare domain», *Security Affairs*, 18 de junio de 2016, accesible en <http://securityaffairs.co/wordpress/48484/cyber-warfare-2/nato-cyberspace-warfare-domain.html>.

³⁹ ZIOLKOWSKI, K., «NATO and cyber defence», en TSAGOURIAS, N. y BUCHAN, R. (eds.), *op. cit.*, nota 4, pp. 426-445, esp. p. 433.

⁴⁰ Los avances en la informatización y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional, Documentos oficiales de la Asamblea General, 53.º periodo de sesiones (A/RES/53/70).

⁴¹ MAURER, T., *Cyber norm emergence at the United Nations - An Analysis of the Activities at the UN Regarding Cyber-security*, Harvard Kennedy School, Belfer Center for Science and International Affairs, 2011, p. 20, accesible en <http://www.belfercenter.org/sites/default/files/legacy/files/maurer-cyber-norm-dp-2011-11-final.pdf>.

⁴² HENDERSON, C., «The United Nations and the regulation of cyber-security», en TSAGOURIAS, N. y BUCHAN, R. (eds.), *op. cit.*, nota 4, pp. 465-490, esp. p. 468.

⁴³ Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional, Documentos oficiales de la Asamblea General, 65.º periodo de sesiones (A/RES/65/41).

⁴⁴ Creación de una cultura mundial de seguridad cibernética, Documentos oficiales de la Asamblea General, 57.º periodo de sesiones (A/RES/57/239); Creación de una cultura mundial de seguridad cibernética y protección de las infraestructuras de información esenciales, Documentos oficiales de la Asamblea General, 58.º periodo de sesiones (A/RES/58/199); y Creación de una cultura mundial de seguridad cibernética y balance de las medidas nacionales para proteger las infraestructuras de información esenciales, Documentos oficiales de la Asamblea General, 64.º periodo de sesiones (A/RES/64/211).

⁴⁵ Lucha contra la utilización de la tecnología de la información con fines delictivos, Documentos oficiales de la Asamblea General, 55.º periodo de sesiones (A/RES/55/63) y, con el mismo título, A/RES/56/121. Véase Fortalecimiento del Programa de las Naciones Unidas en materia de prevención del delito y justicia penal, en particular de su capacidad de cooperación técnica, Documentos oficiales de la Asamblea General, 63.º periodo de sesiones (A/RES/63/195) y, con el mismo título, A/RES/64/179, A/RES/65/232, A/RES/66/181, A/RES/67/189 y A/RES/68/193.

⁴⁶ El derecho a la privacidad en la era digital, Documentos oficiales de la Asamblea General, 68.º periodo de sesiones (A/RES/68/167).

⁴⁷ Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional, Documentos oficiales de la Asamblea General, 60.º periodo de sesiones (A/RES/60/202), p. 2.

zar en la fijación de nuevas reglas y Estados Unidos se oponía por entender que las vigentes resultan suficientes), el segundo Grupo sí alcanzó en 2010 el consenso necesario para establecer áreas de cooperación en materia de comportamiento estatal responsable, así como medidas de creación de capacidad y confianza (reiteradas en informes posteriores)⁴⁸. Antes del informe adoptado por el tercer Grupo en 2013, Rusia, China y otros Estados introdujeron en 2011 en la AG un Código de Conducta Internacional para la Seguridad de la Información que proponía un tratado para regular Internet (al que se opuso Estados Unidos por las razones ya mencionadas), luego revisado en 2015⁴⁹. La novedad consiste en que el Informe de 2013 sí pudo avanzar en su tarea al reconocer la aplicabilidad del Derecho internacional (y la Carta de la ONU) al ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), además de las normas sobre derechos humanos y responsabilidad internacional de los Estados⁵⁰. El Informe del cuarto Grupo de 2015 ha matizado aún más sobre la aplicabilidad de las reglas del Derecho internacional, en concreto, respecto del principio de la diligencia debida, así como respecto de los principios propios del Derecho internacional humanitario⁵¹.

5. CONSIDERACIONES FINALES

13. Superada la reticencia inicial de una parte de la doctrina, el ciberespacio se configura hoy como un ámbito sujeto al Derecho internacional. No obstante, es cierto que no se ha avanzado mucho en la adopción de normas convencionales y, desde luego, no se ha celebrado ningún tratado general sobre Internet. Pero el problema no es jurídico, sino político. Estados Unidos (y sus gigantes tecnológicos) se niega a avanzar en la regulación internacional de Internet por interés puramente estratégico⁵². Sin embargo, se han dado pasos importantes con el reconocimiento de la aplicabilidad de las normas generales de Derecho internacional al ciberespacio. Precisamente, y por el mismo beneficio estratégico, es también Estados Unidos el más interesado en apoyar esa aplicación analógica de las normas existentes.

⁴⁸ Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional, Documentos oficiales de la Asamblea General, 65.º periodo de sesiones (A/RES/65/201), pp. 2-9.

⁴⁹ Carta de fecha 12 de septiembre de 2011 dirigida al secretario general por los representantes permanentes de China, la Federación de Rusia, Tayikistán y Uzbekistán ante las Naciones Unidas, Documentos oficiales de la Asamblea General, 69.º periodo de sesiones (A/66/359); y Carta de fecha 9 de enero de 2015 dirigida al secretario general por los representantes permanentes de China, la Federación de Rusia, Kazajistán, Kirguistán, Tayikistán y Uzbekistán ante las Naciones Unidas, Documentos oficiales de la Asamblea General, 69.º periodo de sesiones (A/69/723).

⁵⁰ Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional, Documentos oficiales de la Asamblea General, 68.º periodo de sesiones (A/RES/68/98), pp. 2-12.

⁵¹ Informe del Grupo de Expertos Gubernamentales sobre los Avances en la Información y las Telecomunicaciones en el Contexto de la Seguridad Internacional, *op. cit.*, nota 9, pp. 9-20.

⁵² GOLDSMITH, J., *Cybersecurity Treaties, A Skeptical View*, Stanford University, Hoover Institution, 2011.

14. La ciberseguridad será, con toda probabilidad, la cuestión problemática que seguirá impulsando la cooperación internacional en este campo. La seguridad colectiva es una preocupación de primer orden que ya está resuelta en el Derecho internacional, aunque la práctica demuestre que los ciberataques de carácter militar no constituyen una amenaza cotidiana. El verdadero problema está, sin embargo, en el cibercrimen y, en menor medida, en el ciberespionaje. Frente a estas ciberamenazas, las organizaciones internacionales analizadas, y otras, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), están fomentando un tipo de cooperación fundamentalmente de carácter asistencial. Es decir, se confía más en la creación de capacidades por parte de los Estados para avanzar en la resiliencia que en la cooperación de tipo jurídico (con la excepción de la Convención de Budapest, escasamente aplicada). Por otra parte, las revelaciones del caso *Snowden* no ayudan en nada a esa cooperación jurídica internacional, por lo que cabe esperar que el *status quo* actual se mantenga durante algún tiempo.

Palabras clave: seguridad nacional, ciberseguridad, ciberterrorismo, cibercrimen, ciberataque.

Keywords: national security, cybersecurity, cyberterrorism, cybercrime, cyberattack.

LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS EN UN PROCESO SEGUIDO EN ESPAÑA: ¿NATURALEZA CAUTELAR O EJECUTIVA?

Faustino CORDÓN MORENO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA ORDEN DE RETENCIÓN.—3. ¿ORDEN DE RETENCIÓN O LAS MEDIDAS PREVISTAS EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL?

1. INTRODUCCIÓN

1. El Reglamento núm. 655/2014¹ viene a desarrollar, en una norma vinculante, previsiones que ya estaban contenidas en el «Libro Verde sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: embargo de activos bancarios», de 24 de octubre de 2006, que tenía fijado como objetivo mejorar las normas sobre ejecución de los créditos pecuniarios en Europa, consideradas con frecuencia el «talón de Aquiles» del espacio judicial europeo en materia civil.

2. Para buscar remedio a esta situación, un estudio encargado por la Comisión en 2002 propuso diversas medidas y, en particular, estas tres: «La creación de una orden europea de embargo de activos bancarios, una orden precautoria europea para el mismo fin y una serie de medidas para aumentar la transparencia de los bienes del deudor». La solución —se dice en el Libro Verde— «podría ser crear una orden europea de embargo de activos bancarios que permitiera garantizar al acreedor la cantidad que se le adeuda o que él reclama impidiendo la retirada o transferencia de fondos en poder del deudor a una o más cuentas bancarias en el territorio de la Unión Europea». Una orden de este tipo tendría solo un efecto precautorio, es decir, cautelar o ase-

* Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Navarra (fcordon@unav.es).

¹ Reglamento (UE) núm. 655/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, *DO L* núm. 189, de 27 de junio de 2014.

gurativo de la medida ejecutiva de embargo adoptada, pero no de realización forzosa, porque su efecto «se limitaría a bloquear los fondos del deudor en una cuenta bancaria sin transferirlos al acreedor. Así entendida, la orden de embargo dictada en un Estado miembro sería reconocida y podría ejecutarse en toda la Unión Europea sin necesidad de declarar su fuerza ejecutiva»; y «podría establecerse bien mediante la concepción de un procedimiento europeo específico y nuevo que se aplicaría además de las medidas previstas en la legislación nacional, bien mediante la armonización, a través de una directiva, de las normas nacionales de los Estados miembros relativas al embargo de activos bancarios».

3. Pues bien, el Reglamento núm. 655/2014, que aborda estas previsiones, opta por la primera de las soluciones mencionadas, es decir, crea un procedimiento propio de la UE, aunque no parece recoger las tres medidas propuestas en el estudio realizado en 2002 antes mencionadas porque, al menos nominalmente, prescinde de la primera de ellas («orden europea de embargo de activos bancarios»). Más adelante precisaré este tema.

4. Las consideraciones que a continuación realizo se centran en un aspecto concreto que tiene que ver con la naturaleza y el alcance de la orden de retención, aunque las completaré con un apunte breve sobre la regulación de la misma en el Reglamento núm. 655/2014 como alternativa a las medidas del Derecho nacional que persiguen la misma finalidad. Para ello tomo en consideración uno de los supuestos en que el Reglamento resulta aplicable (véanse su considerando 10 y también el art. 3): a saber, aquel en que «el órgano jurisdiccional que conoce de la solicitud de la orden de retención se encuentre en un Estado miembro y la cuenta bancaria afectada por dicha orden se tenga en otro Estado miembro». Y dentro de él contemplo la hipótesis de un procedimiento iniciado —o por iniciar— en España (lo que supone que corresponde al juez español la competencia para dictar la orden de retención, conforme al art. 6 del Reglamento, y que todas las cuestiones procesales que no estén específicamente reguladas en el Reglamento se regirán por el Derecho español: art. 46.1), en el que, como ya he dicho, dicha orden «estará a disposición del acreedor como alternativa a las medidas cautelares previstas en el Derecho nacional» (art. 1.2); porque, con palabras del considerando 6.º, el procedimiento que establece el Reglamento «debe constituir un medio complementario y opcional para el acreedor, que conserva plena libertad de recurrir a cualquier otro procedimiento establecido en el Derecho nacional para la obtención de una medida equivalente».

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA ORDEN DE RETENCIÓN

5. Dispone el art. 5 del Reglamento (véase también su considerando 11) que el acreedor (español) podrá solicitar (ante un juez español) una orden de retención (del saldo existente en una cuenta bancaria situada en otro país) en estas dos situaciones: 1.^a) antes de que incoe un procedimiento en un Estado

miembro contra el deudor sobre el fondo del asunto, o en cualquier fase de ese procedimiento hasta el momento en que se dicte la resolución judicial o se apruebe o concluya una transacción judicial, y 2.^a) después de que haya obtenido en un Estado miembro una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva que obligue al deudor a pagar una deuda a su favor. En realidad, pues, se distinguen tres situaciones distintas en que puede solicitarse la orden: antes de iniciarse un proceso declarativo para la reclamación de la deuda dineraria o durante la pendencia del mismo en primera instancia; mientras está pendiente de algún recurso interpuesto por el deudor y hasta que se obtenga una sentencia de condena firme que sea título ejecutivo conforme al art. 517.2.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil² (en adelante, LEC); y una vez alcanzada firmeza por la resolución judicial, supuesto al que se equipara el caso en que el acreedor dispone de un título ejecutivo negocial. La distinción de estos tres supuestos me parece clara por lo que a continuación digo, aunque es dudoso si el segundo de ellos (crédito reconocido por una resolución judicial no firme) hay que incluirlo en la primera o en la segunda de las situaciones previstas en el art. 5 del Reglamento. La cuestión es relevante porque, como diré, de ello dependerá que en tal caso el acreedor pueda solicitar las medidas de investigación del art. 14 del Reglamento.

6. En el primer caso, la orden de retención es una genuina e indiscutible medida cautelar, porque su finalidad es asegurar la efectividad de la tutela judicial que pueda otorgarse; la orden de retención podrá pedirse (y acordarse), de acuerdo con las previsiones del Reglamento núm. 655/2014, *ante litem* o durante la pendencia del procedimiento (de declaración), y siempre *inaudita parte debitoris* (art. 11), sin necesidad, además, a diferencia de lo que ocurre en Derecho interno, de justificar razones de urgencia o necesidad (véase el art. 730.2 LEC).

7. En el segundo (pendencia del proceso de declaración en sede de recursos interpuestos por el deudor), la orden de retención prevista en el Reglamento sigue teniendo sentido como medida cautelar, porque la misma se ofrece al acreedor como alternativa a la que, también como medida cautelar, puede solicitar en el Derecho interno (véase el art. 730.4 LEC); pero en el bien entendido que si el acreedor insta la ejecución provisional, cuando la misma se despache, «se alzarán las medidas cautelares que se hubiesen acordado y que guarden relación con dicha ejecución» (art. 731.2 LEC), quedando sustituidas por las ejecutivas que se adopten, entre ellas la misma orden de retención conforme a las previsiones del Reglamento, que se ha podido solicitar y acordar, pero para garantizar ahora la medida ejecutiva del embargo de la cuenta previamente acordado. Lo mismo ocurrirá si el recurso es estimado, produciéndose el alzamiento de la medida cautelar; y en el Derecho interno de oficio (art. 744.1 LEC), sin necesidad de que el deudor lo solicite, como parece exigir el Reglamento núm. 655/2014 [art. 33.1.f)].

² BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

8. Obsérvese que, si se entiende que este caso está incluido en el segundo de los supuestos del art. 5 del Reglamento, este alcance de la orden como medida cautelar es limitado, porque no se producirá cuando el acreedor disponga de un título ejecutivo negocial y previsiblemente tampoco cuando el crédito sea el resultado de una transacción judicial, por recoger la misma un acuerdo entre las partes en conflicto que excluirá en la generalidad de los casos el recurso contra la resolución judicial que la apruebe u homologue.

9. En el tercer caso (crédito documentado en una resolución judicial firme o en un título ejecutivo negocial), en cambio, me parece que la consideración de la orden de retención como una medida cautelar debe ser precisada. Ciertamente el Reglamento habla de medidas cautelares también en este caso (arts. 1.2 y 7.1, por ejemplo) y esta naturaleza de la orden (también en todos los supuestos) es defendida en la doctrina, por ejemplo, por mi compañera de foro Carmen Senés; aunque no me parece que sea un argumento a favor que el efecto de la orden se limite a bloquear los fondos del deudor en una cuenta bancaria sin transferirlos al acreedor, porque la transferencia forma parte de la realización forzosa y esta no agota las actuaciones ejecutivas, ya que también lo son el embargo y las medidas de garantía del mismo.

10. Sin embargo, en mi opinión, cuando el acreedor tiene un título ejecutivo, judicial o negocial, es discutible que la orden de retención que puede solicitar sea —o tenga el alcance de— una medida cautelar en sentido estricto, porque en este caso la efectividad de la tutela jurídica queda asegurada con estas dos medidas no ya cautelares, sino ejecutivas: el embargo de bienes (del saldo existente en la cuenta) que el acreedor puede solicitar en la demanda ejecutiva (art. 549.1.3) y el letrado de la administración de justicia (en adelante LAJ) acordar mediante decreto tan pronto como el juez dicte el auto conteniendo la orden general de ejecución y acordando el despacho de la misma (art. 551.2-1 LEC), y la adopción de las medidas de garantía del mismo que pueden acordarse; entre otras, la orden de retención de las concretas cantidades que sean embargadas. Cuando estas cantidades se encuentren en cuentas situadas en el extranjero, dicha orden podrá solicitarse —y acordarse— conforme a las previsiones del Reglamento, que se ofrecen como alternativa a su regulación interna (art. 621.2 LEC). Pero con ella se asegura no la efectividad de la tutela que pueda otorgarse en un proceso de declaración, sino una medida ejecutiva, el embargo del saldo de la cuenta previamente acordado. Su finalidad es, por tanto, solo precautoria o de garantía de la traba; la realización de la suma embargada mediante su entrega al acreedor ejecutante requiere el previo reconocimiento y ejecución de la sentencia o título ejecutivo de que se trate y, por eso, dispone el art. 34 del Reglamento que la ejecución de la orden de retención se dejará sin efecto por «haberse desestimado, en el Estado miembro de ejecución, la ejecución de la resolución judicial, la transacción judicial o el documento público con fuerza ejecutiva cuya ejecución trataba el acreedor de garantizar por medio de la orden».

11. No es imaginable que este acreedor, titular de un título ejecutivo —judicial o negocial—, solicite la orden de retención, como medida cautelar,

antes de iniciar el proceso de ejecución, cuando puede presentar la demanda (ejecutiva) y solicitar en ella directamente la medida ejecutiva (el embargo del saldo) y esta orden de retención de la cuenta como medida de garantía del mismo. Ciertamente sería posible, pero con una eficacia muy limitada, porque resultaría aplicable la norma del art. 10 del Reglamento, que le impone la carga de presentar la demanda en un plazo relativamente breve a partir de la presentación de la solicitud o, en su caso, de la fecha en que se dictó la orden.

12. Y todavía es menos imaginable que la solicite (como medida cautelar) en la misma demanda ejecutiva, o con posterioridad, con la finalidad de asegurar la tutela (ejecutiva) demandada hasta el momento en que el LAJ dicte el decreto acordando el embargo y la medida de garantía del mismo en que la orden de retención consiste (que como medida ejecutiva sustituiría a la previa medida cautelar). La demanda ejecutiva presentada abre un proceso de ejecución, en el que el juez, a la vista de la misma, dictará un auto conteniendo la orden general de ejecución, al que seguirá inmediatamente el decreto del LAJ acordando, entre otras, «las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes» (art. 551.2.1 LEC). Se trataría, por tanto, de medidas cautelares con un plazo de caducidad muy breve porque, como digo, dictado ese decreto por el letrado de la administración de justicia, las medidas cautelares se convierten en ejecutivas.

13. Pero es que, en mi opinión, no solo no es imaginable que la orden de retención se solicite en estos casos como medida cautelar, sino que tampoco es posible, salvo que se entienda que el concepto de medidas cautelares del Reglamento núm. 655/2014 difiere del contenido en la LEC; porque, en el Derecho español, las medidas cautelares tienden a asegurar, en palabras del art. 721 de la LEC, la efectividad de la sentencia, previniendo las repercusiones perjudiciales que la duración del proceso puede provocar. De aquí que disponga el art. 726.1 de la misma Ley que deben «ser exclusivamente conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente». De lo dispuesto en ambos preceptos deriva que las medidas cautelares se adoptan siempre en el proceso de declaración y con estas dos consecuencias: *a*) una vez dictada la sentencia firme, no cabe solicitar ni adoptar medidas cautelares, sino solo medidas ejecutivas, y *b*) la terminación del proceso principal lleva consigo la de la medida cautelar acordada; si la sentencia es desestimatoria, porque ya no hay nada que asegurar; si es condenatoria, porque se transforma en medida ejecutiva (art. 731).

14. Dicho con otras palabras, la LEC formula con toda claridad la concepción clásica, estrictamente asegurativa (de la efectividad de la tutela que se pueda otorgar), de las medidas cautelares y, por eso, resalta como nota esencial de las mismas su instrumentalidad: la tutela cautelar no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia (o al laudo) que puede dictarse en el proceso principal, cuya efectividad práctica trata de asegurar.

15. En definitiva, me parece que la orden de retención, en estos casos, tiene una finalidad asegurativa sí, pero de una medida ejecutiva (el embargo del bien), que es la que estrictamente asegura la efectividad de la tutela; por eso, la naturaleza «cautelar» del embargo (ejecutivo) es defendida por un sector de la doctrina, aunque me parece que equivocadamente porque la finalidad del embargo ejecutivo, a diferencia de la que tiene el embargo preventivo, no es asegurar, sino afectar el bien a la ejecución con vista a su realización forzosa para satisfacer el derecho del acreedor. No puede sostenerse que la orden de retención opere al margen del embargo; en estos casos en que el acreedor tiene un título ejecutivo, no tiene existencia autónoma porque solo puede acordarse si existe un embargo y, por eso, goza de la misma naturaleza que este (ejecutiva).

16. Entiendo que a ello se refería el Libro Verde al que antes hice referencia, cuando habla de la creación de «una orden europea de embargo de activos bancarios». Y a ello hay que entender que se refiere el art. 20.c) del Reglamento cuando dispone que la retención durará «hasta que surta efecto, respecto de los fondos retenidos, una medida destinada a ejecutar una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva obtenido por el acreedor en relación con el crédito que se pretendía garantizar mediante la orden de retención»; esa «medida destinada a ejecutar» no puede ser otra que la orden de transferencia del saldo retenido al acreedor, es decir, la realización del bien embargado y no el embargo mismo: no tendría sentido defender que la orden de retención es solo una medida cautelar que dura hasta que se dicte la medida ejecutiva de embargo cuando este embargo precisa ser garantizado para asegurar la realización del bien trabado.

17. A la vista de las consideraciones anteriores, se puede decir que, no obstante caracterizar el Reglamento la orden de retención de cuentas como medida cautelar en todos los casos, su artículo quinto contempla dos realidades diferentes: una medida cautelar en sentido estricto y una medida de aseguramiento o garantía de una actuación ejecutiva. Porque son realidades diferentes en el plano procesal, los requisitos son distintos en uno y otro caso. En ambos, ciertamente, exige el Reglamento la existencia de *periculum in mora* (art. 7.1), porque en uno y otro existe un riesgo, derivado de la propia duración del proceso (de declaración o de ejecución), de que puedan producirse, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidan o dificulten bien la ejecución de la sentencia o, en general, la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (art. 728 LEC), bien la satisfacción del acreedor ejecutante. Pero solo en el primero de los casos se requiere con claridad —igual que en el Derecho interno (véase el art. 728 LEC)— la existencia de *fumus boni iuris* (art. 7.2), que es un elemento esencial de las medidas cautelares, pero no de las ejecutivas, que tienen la cobertura no de la probabilidad de la existencia del derecho, sino la certeza de la misma proporcionada por el título ejecutivo; y solo en el primero también es preceptiva la prestación de caución por el acreedor, aunque excepcionalmente el juez puede dispensar de ella (véase el art. 12.1), como ocurre en

otros casos (por ejemplo, en el orden concursal: art. 17.2 LC); cuando la orden de retención se solicita por un acreedor con su crédito documentado en una resolución judicial o en un título ejecutivo negocial la caución es potestativa (el juez podrá exigir, dice el art. 12.2), aunque en los casos en que se solicite y acuerdo dentro del proceso de ejecución no tiene sentido la exigencia, salvo que se entienda que lo es para asegurar los daños y perjuicios producidos en el caso de estimarse la oposición a la ejecución o la responsabilidad en que puede incurrir según lo dispuesto en el art. 13 del Reglamento.

3. ¿ORDEN DE RETENCIÓN O LAS MEDIDAS PREVISTAS EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL?

18. Decía antes que el Reglamento núm. 655/2014 ha creado un procedimiento propio de la UE, que se pone a disposición del acreedor como alternativa a las medidas previstas con la misma finalidad en el Derecho nacional. Obviamente, la opción por uno u otro sistema —del Reglamento o del Derecho nacional— dependerá de las ventajas que el acreedor vea en ellos. Por tanto, la cuestión a dilucidar es si el sistema del Reglamento ofrece ventajas sobre el del Derecho interno, y la respuesta afirmativa me parece evidente.

19. Veamos lo que ocurre en cada uno de los supuestos previstos:

20. 1.º) El acreedor, también en el sistema del Derecho interno español, puede solicitar como medida cautelar, antes de iniciar un procedimiento judicial (de declaración) o pendiente el mismo y hasta la sentencia firme (art. 730.4 LEC), una orden de retención del saldo de una cuenta existente en una entidad financiera ubicada en otro país; aunque dicha orden no esté prevista *nominatim*, podrá solicitarse —y el juez acordarla— por el sistema abierto de medidas cautelares introducido por la LEC (véase su art. 726). La medida cautelar podrá concederse *inaudita parte*, siempre que se acrediten razones de urgencia o necesidad (art. 730.2), o previa audiencia del deudor, que es la regla general (art. 730.1); pero solo en el segundo caso las resoluciones correspondientes «serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno» (art. 36.1 del Reglamento núm. 1215/2012)³, porque las medidas provisionales y cautelares ordenadas por el órgano jurisdiccional sin que el demandado haya sido citado a comparecer «no deben reconocerse ni ejecutarse en virtud del presente Reglamento, a no ser que la resolución que contenga la medida sea notificada al demandado antes de su ejecución» [considerando 33 y art. 1.a) del Reglamento núm. 1215/2012].

21. En este caso, el sistema del Reglamento 655/2014 ofrece dos ventajas evidentes sobre el de Derecho interno: a) la medida cautelar se acordará

³ Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

siempre *inaudita parte debitoris* y sin necesidad de justificar la urgencia o la necesidad (art. 11), extendiéndose la aplicación del principio a la sustanciación del eventual recurso del acreedor frente a la resolución desestimatoria de su solicitud (art. 21.3), y *b*) la resolución correspondiente «será reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva» (art. 22).

22. En cambio, no es aplicable en estos casos la posibilidad de investigar las cuentas del deudor prevista en el art. 14, por lo que la eficacia de la medida cautelar se supedita a que el acreedor identifique el banco y la cuenta que contenga el saldo sobre el que se pretende que actúe la orden de retención. Es dudoso que la previsión del art. 14 sea aplicable a los casos en que el acreedor tiene su crédito reconocido en una sentencia judicial, pero la misma se encuentra recurrida por el deudor porque, aunque se cuente con un pronunciamiento condenatorio, el mismo puede ser revocado, por lo que no parece que el mismo sea suficiente para legitimar actuaciones que pueden afectar a derechos fundamentales del deudor.

23. 2.º) Decía antes que es discutible que el acreedor que tiene documentado su crédito en un título ejecutivo (resolución judicial firme o título ejecutivo negocial) pueda interesar —y el juez acordar— la orden de retención como medida cautelar dentro del proceso de ejecución (o con anterioridad al mismo). En este proceso (de ejecución) la orden de retención podrá pedirse, conforme a las previsiones del Reglamento núm. 655/2014, como medida encaminada a garantizar o asegurar el embargo previamente acordado (*inaudita parte*) del saldo existente en la cuenta corriente, si esta es conocida, y si no lo fuera, activar la investigación judicial encaminada a la obtención de información sobre cuentas prevista en el art. 14. Y todo ello —la medida de garantía y, en su caso, la investigación previa— podrá acordarse y llevarse a cabo, conforme a las previsiones del Reglamento núm. 655/2014, en el país de ejecución directamente, sin el previo reconocimiento del título ejecutivo.

24. Por ello, las ventajas del sistema del Reglamento son también manifiestas, ya que permite desvincular la orden de retención, como medida de garantía, del embargo garantizado, dotándola de una eficacia directa.

Palabras clave: orden de retención, protección del crédito, medida cautelar, medida ejecutiva.

Keywords: account preservation order; protection of claims, interim relief, enforcement measure.

LA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS: UNA APUESTA DECIDIDA PARA LA TUTELA CAUTELAR DEL CRÉDITO EN ASUNTOS TRANSFRONTERIZOS

Carmen SENÉS MOTILLA *

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ORDEN: MEDIDA CAUTELAR UNIFORME, OPCIONAL Y AUTÓNOMA RESPECTO DEL EMBARGO.—3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA ORDEN: «ASUNTOS TRANSFRONTERIZOS» Y EXCLUSIÓN DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS.—4. FACTORES CLAVES DE LA EFICACIA DE LA ORDEN: ADOPCIÓN *INAUDITA PARTE DEBITORIS* Y PETICIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE LAS CUENTAS DEL DEUDOR.—5. EJECUCIÓN Y CUMPLIMENTACIÓN DE LA ORDEN: SUPRESIÓN DEL *EXEQUÁTUR* Y PRÁCTICA DE LA RETENCIÓN.—6. RETENCIÓN DE CUENTAS CONJUNTAS Y NOMINALES: REENVÍO AL DERECHO DEL ESTADO MIEMBRO DE EJECUCIÓN.—7. VALORACIÓN FINAL.

1. INTRODUCCIÓN

1. La tutela procesal del crédito en un entorno transfronterizo ha sido una constante de la Unión Europea en las dos últimas décadas, cuyos hitos más destacados son instrumentos procesales de nuevo cuño, como el sistema de reconocimiento y ejecución del título ejecutivo europeo y los procedimientos europeos armonizados (PME y PEEC). La aportación a este foro tiene por objeto el instrumento de más reciente creación, la Orden Europea de Retención de Cuentas (OERC o la orden), que vio la luz mediante el Reglamento núm. 655/2014¹. Esta reglamentación no deja indiferente al jurista, siquiera sea porque la generalidad de los mortales dispone de cuentas bancarias y tiene cabal representación del calado que comporta la retención.

2. La selección temática que acometemos persigue tres objetivos: tomar posicionamiento frente a cuestiones controvertidas de la orden; resaltar

* Estudio realizado en el marco del Proyecto «Tratamiento procesal de las cláusulas abusivas y de los instrumentos financieros complejos» (DER2014-51957-P), Ministerio de Economía y Competitividad. Carmen Senés Motilla es Catedrática de Derecho Procesal en la Universidad de Almería (csenes@ual.es).

¹ Reglamento (UE) núm. 655/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil, *DO L* núm. 189, de 27 de junio de 2014.

las diferencias que la separan de la medida equivalente en Derecho español —el embargo preventivo—, y dar cuenta de la conveniencia de reformar la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil² (en adelante, LEC), tanto para implementar la aplicación de la orden como para asimilar a su régimen jurídico determinados aspectos del embargo de cuentas³.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ORDEN: MEDIDA CAUTELAR UNIFORME, OPCIONAL Y AUTÓNOMA RESPECTO DEL EMBARGO

3. Frente a los procedimientos europeos armonizados la OERC es una medida cautelar, y como tal, es instrumental respecto de los procedimientos de reclamación de deudas que se siguen en los Estados miembros, aunque con la singularidad notable de que también puede ser solicitada por el acreedor que ha visto reconocido su crédito en resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva. La razón de esta disfunción «aparente» son las implicaciones de la reclamación de deudas en un entorno transfronterizo, que mediatizan el interés del acreedor en la incoación del proceso de ejecución; por ejemplo, en espera de que sea confirmada la sentencia favorable que ha sido impugnada por el deudor condenado al pago.

4. El Reglamento establece una medida cautelar que permite al acreedor obtener la retención de las cuentas del deudor, conjurando así el riesgo de que pueda disponer de los fondos que mantiene en cuentas abiertas en el territorio de la Unión o que los transfiera a una cuenta que cae fuera del control de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Este riesgo se ha visto incrementado exponencialmente con los servicios de la banca electrónica, que permiten movilizar los fondos *desde y hacia* cualquier lugar del mundo en cuestión de segundos. Y a tamaño riesgo, tamaño solución: la OERC se *adopta, se ejecuta y se cumplimenta, inaudita parte debitoris*, y es eficaz en el Estado en que el deudor mantiene la cuenta sin necesidad de reconocimiento ni declaración de ejecutividad.

5. La OERC es una medida *uniforme y opcional* (art. 1.2). En tanto que uniforme, el Reglamento es directamente aplicable en los Estados miembros vinculados por él, sin perjuicio de la diversificación de su aplicación debido a las numerosas remisiones al Derecho nacional. Por su parte, el carácter opcional engloba dos realidades: el genuino carácter *alternativo* de la orden respecto de las medidas previstas en el Derecho de los Estados miembros y su eventual carácter *complementario* respecto de una «orden nacional equi-

² BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000.

³ Un estudio monográfico de la OERC puede verse en SENÉS MOTILLA, C., *La orden europea de retención de cuentas. Aplicación en Derecho Español del Reglamento (UE) núm. 655/2014, de 15 de mayo de 2014*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

valente» que el acreedor haya solicitado u obtenido frente al deudor y que abone la adopción de una orden de retención parcial (art. 16.4).

6. La OERC solo está a disposición de los acreedores domiciliados en un Estado miembro vinculado por el Reglamento, exigencia explícita en el concepto de «acreedor» [art. 4, punto 6)]. Es más, si los fondos existentes en la cuenta que deba retenerse fueran insuficientes para cubrir la cuantía de la orden deberá cumplimentarse en la cantidad disponible en dicha cuenta, sin posibilidad de ulterior reenvío a un tercer Estado miembro diferente del Estado miembro de ejecución (art. 24.6).

7. Desde la óptica del proceso civil español, merece destacarse la *autonomía* de la orden respecto del embargo preventivo, en el que la orden de retención «interna» se configura como *medida de garantía* de la traba (art. 621.2 LEC). Se adopta, por tanto, conforme a las normas de aquel, en particular, la que sanciona el orden de los bienes embargables (art. 592 LEC). La OERC, en cambio, opera al margen del embargo y sus requisitos se infieren del Reglamento, lo que entre otras especialidades comporta la posible exención al acreedor de la caución (art. 12).

8. A nuestro parecer, la OERC difícilmente puede merecer rechazo. Es cierto que buena parte de las deficiencias que antaño padeciera el Derecho comunitario en materia cautelar se han visto paliadas por el Reglamento núm. 1215/2012⁴. Pero la orden supone un *plus* a favor de la tutela del crédito en asuntos transfronterizos, pues aunque sirva para conjurar un riesgo antiguo —la insolvencia del deudor— es adecuada para combatir esa «operativa nueva» que lo ha incrementado: la transferencia de los fondos bancarios a golpe de «clic».

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA ORDEN: «ASUNTOS TRANSFRONTERIZOS» Y EXCLUSIÓN DE LOS INSTRUMENTOS FINANCIEROS

9. El Reglamento es aplicable a las «deudas pecuniarias en materia civil y mercantil en asuntos transfronterizos que se definen en el art. 3» (art. 2.1). La configuración del «asunto transfronterizo» ha resultado controvertida. Por una parte, debido a la versión del Reglamento en español, que sugiere que las circunstancias recogidas en las letras *a*) y *b*) del art. 3.1 son acumulativas, cuando son alternativas. Y por otra parte, porque no requiere «un viaje entre jurisdicciones» de diferentes Estados miembros⁵.

10. Sobre la primera cuestión, véanse las versiones del Reglamento en inglés, francés e italiano, que prevén como *alternativas* las circunstancias ci-

⁴ Reglamento (UE) núm. 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición), DO L núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

⁵ VILAS ÁLVAREZ, D., «El Reglamento por el que se crea una Orden Europea de Retención de Cuentas: claves de su elaboración», *La Ley Mercantil*, 2014, núm. 6 (septiembre), p. 8.

tadas, de suerte que, el carácter transfronterizo de un asunto podrá venir determinado por la concurrencia de una de ellas. Así lo avala el Preámbulo cuando aclara que el asunto es también transfronterizo si el acreedor está domiciliado en un Estado miembro y el órgano jurisdiccional y la cuenta bancaria que haya de retenerse estén situados en otro Estado miembro (considerando 10). En este supuesto, en un mismo Estado miembro concurrirá la doble condición de Estado «de origen» y «de ejecución».

11. Respecto de la segunda cuestión procede ratificar, en primer término, que la configuración del asunto transfronterizo al margen del tránsito entre jurisdicciones no es novedosa, pues los Reglamentos sobre los procesos monitorio europeo y de escasa cuantía ya permiten la sustanciación de estos en un Estado miembro que también puede ser el Estado de ejecución del *requerimiento de pago declarado ejecutivo* o de la sentencia (arts. 3.1 RPME y 3.1 RPEEC). Y, en segundo término, estimamos abonada esta configuración porque, a diferencia del carácter único de otros puntos de conexión —domicilio—, la orden tiene por objeto los fondos depositados en cuentas que el deudor puede abrir en cualquier Estado miembro, de suerte que involucrar tal reenvío en el asunto transfronterizo supondría limitar su ámbito de aplicación.

12. Determinar qué cuentas pueden ser objeto de retención fue cuestión controvertida en la elaboración del Reglamento, no habiendo prevalecido la Propuesta de la Comisión que propugnaba su extensión a los instrumentos financieros⁶. La exclusión de estos —incluida la participación en fondos de inversión armonizados conforme a la Directiva 2009/65/CE⁷— determina que el ámbito de la orden sea muy restringido. Esta restricción no es plenamente satisfactoria, aunque pudiera considerarse prudente atendida la mayor complejidad que puede comportar la determinación de la titularidad de estos fondos, así como que la Comisión «no haya tirado la toalla» sobre el particular [art. 53.1, letra a)].

4. FACTORES CLAVES DE LA EFICACIA DE LA ORDEN: ADOPCIÓN INAUDITA PARTE DEBITORIS Y PETICIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE LAS CUENTAS DEL DEUDOR

13. Con origen en la Propuesta presentada por la Comisión, la adopción de la OERC tiene lugar *inaudita parte* (art. 11). Es este un principio nuclear del procedimiento cuya incidencia comprende, además de la provisión sobre la solicitud de orden y la ejecución de esta, la sustanciación del recurso frente a la desestimación de la solicitud (art. 21.3). La razón del principio es salvaguardar el efecto sorpresa de la orden y consiguiente eficacia de esta; y ello, hasta el punto de informar el aplazamiento de la notificación al deudor —du-

⁶ Art. 4, apartados 1 y 5; COM(2011) 445 final.

⁷ VILAS ÁLVAREZ, *op. cit.*, nota 5, p. 9.

rante treinta días— de que se han revelado sus datos personales si el acreedor hubiera solicitado la obtención de información sobre sus cuentas (art. 14.8 y considerando 46).

14. El principio *inaudita parte* constituye una excepción del régimen de tutela cautelar del Reglamento 1215/2012, que solo autoriza el reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares adoptadas por el órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo si el demandado hubiera sido citado para comparecer [a no ser que la resolución que contenga la medida le sea notificada antes de su ejecución; art. 2, letra a) y considerando 33].

15. Aunque el principio *inaudita parte* ha merecido alguna crítica, estimamos adecuado su establecimiento si tenemos en cuenta que el riesgo que trata de conminar la orden es la facilidad extrema con que el deudor puede disponer de los fondos, en pocos segundos, gracias a las prestaciones de la banca electrónica.

16. El principio *inaudita parte* es independiente de la situación en que se encuentre el acreedor, según esté provisto de resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva; de ahí que el procedimiento solo sea compatible con el derecho del deudor a la tutela judicial si se prevén mecanismos adecuados para su defensa procesal, así como para hacer frente a los daños y perjuicios que la retención pudiera depararle si, finalmente, la pretensión de pago es desestimada. Los mecanismos que equilibran el tándem «eficacia de la orden-garantías del deudor» son: i) la posible exigencia al acreedor de una caución previa a la adopción de la orden, aunque el Reglamento huye del automatismo en su exigencia (art. 12); ii) el régimen *européo* de responsabilidad del acreedor, aplicable a los Estados miembros sin perjuicio del aditamento que puedan establecer en sus respectivos ordenamientos (art. 13), y iii) los medios de impugnación que el deudor puede utilizar contra la orden o contra su ejecución («recursos» *ex arts.* 33 y 34).

17. En garantía de que el deudor pueda articular una defensa *real*, el Reglamento exige que tras la retención se le notifiquen «sin demora» la orden y los documentos presentados por el acreedor al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen (art. 28.1).

18. Otro factor destacable es que junto a la pretensión de tutela cautelar el acreedor puede instar al órgano jurisdiccional que requiera a la «autoridad de información» del Estado miembro de ejecución para que le proporcione información sobre las cuentas que el deudor mantiene en un banco de su territorio (art. 14). Esta petición es instrumental respecto de la orden, pero si su resultado fuera infructuoso conduce a su desestimación, dado que la OERC es una medida *real* que se adopta sobre *cuentas determinadas* del deudor, no sobre su persona ni sobre la generalidad de sus bienes patrimoniales.

19. Como regla general, la petición de información solo procede si el acreedor ha obtenido una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva que obligue al deudor al pago de la deuda (art. 14.1). Si la reclamación es objeto de un proceso jurisdiccional

—ya pendiente o por incoar—, la petición de información sobre las cuentas es inviable; y ello, no solo por la eventualidad de que la pretensión del actor pueda ser desestimada sino por la falta de proporcionalidad que entrañaría que se librasen datos personales del deudor sin la mínima cobertura de un pronunciamiento condenatorio. La solución por la que opta el Reglamento nos parece razonable, pues una cosa es que se autorice la petición de información si concurren determinados requisitos y otra diferente que el órgano jurisdiccional y la «autoridad de información» integren, de forma generalizada, la carga de la localización de las cuentas que corresponde al acreedor.

20. Problemática ha sido, en el conjunto de los Estados miembros, la designación de la «autoridad de información»; y dispar el resultado que los Estados han comunicado a la Comisión⁸. Algunos Estados como Alemania, España o Irlanda han designado al Ministerio de Justicia; otros se han decantado por una designación «funcional», como Francia a favor de los *huissiers de justice* o Portugal a favor de la *Ordem dos Solicitadores e Agentes de Execução* (OSAE); algún otro Estado como Luxemburgo ha designado al organismo de supervisión financiera (*Commission de Surveillance du Secteur Financier*). A nuestro parecer, la designación más idónea es la que, como en el caso de Italia, recae sobre la autoridad judicial, aunque ello comporte la dispersión territorial de los órganos de información. En este sentido, la designación efectuada por España obedece a la dificultad —sin reforma legislativa— de atribuir dicha función a un órgano jurisdiccional único, así como a que dicha tarea excede las propias de los jueces decanos⁹.

5. EJECUCIÓN Y CUMPLIMENTACIÓN DE LA ORDEN: SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR Y PRÁCTICA DE LA RETENCIÓN

21. La ejecución de la orden es la materia en que con mayor relieve afloran las diferencias que separan los ordenamientos de los Estados miembros. Ello determina que su regulación, más que compleja sea casuística y esté plagada de incisos, salvedades, remisiones al Derecho nacional y fórmulas impersonales.

22. El Reglamento prescinde del *exequátur*, e impone a los Estados miembros el reconocimiento y la ejecución de la orden dictada en uno de ellos (art. 22). El reconocimiento es *universal*, con independencia de que el acreedor estuviera provisto de una resolución judicial, una transacción judicial o un documento público con fuerza ejecutiva; lo cual es lógico, dado que el reconocimiento tiene por objeto una medida cautelar y no conlleva el reconocimiento de la resolución, la transacción o el documento público. Cuestión diferente es que la desestimación en el Estado miembro de ejecución, de la

⁸ Disponible en el Portal Europeo de e-Justicia: https://e-justice.europa.eu/content_european_account_preservation_order-379-es.do?init=true (consultada el 2 de junio de 2017).

⁹ La designación ha recaído en la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional, que recabará la información del Punto Neutro Judicial (CGPJ).

ejecución de la resolución o la transacción judicial o del documento público con fuerza ejecutiva cuya ejecución trataba de garantizar la orden, aboque a que esta se deje sin efecto, al ser incompatibles, en un mismo Estado miembro, la desestimación del título principal y el mantenimiento de la medida cautelar [art. 34.1, letra b), ii)].

23. El Reglamento se nutre de las «estructuras» de ejecución de los Estados miembros (considerando 23) y dispone que el banco cumplimente la orden de una de estas dos formas: *a) velando por que dicho importe no se transfiera ni retire de la cuenta o las cuentas indicadas en la orden o identificadas de acuerdo con el apartado 4, o b) si así lo dispone el Derecho nacional, transfiriendo dicho importe a una cuenta destinada a fines de retención* (art. 24.2). Esta segunda modalidad es la aplicable en Derecho español, mediante transferencia a la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del órgano jurisdiccional correspondiente.

24. El Reglamento contiene normas que disciplinan la actuación del banco frente a posibles *incidencias*, entre las que destaca aquella que autoriza que la retención se supedite «al pago de operaciones que ya estén pendientes en el momento en que el banco reciba la orden» (art. 24.2). A nuestro parecer, la norma adolece de falta de concreción sobre qué debe entenderse por «operaciones pendientes», lo que unido a la posibilidad de efectuar el pago hasta que el banco expida la «declaración sobre la retención de fondos» (en los tres días hábiles siguientes a la retención) pudiera cobijar alguna práctica irregular; señaladamente, cuando las operaciones pendientes sean cargos en cuenta al deudor por créditos propios del banco requerido.

6. RETENCIÓN DE CUENTAS CONJUNTAS Y NOMINALES: REENVÍO AL DERECHO DEL ESTADO MIEMBRO DE EJECUCIÓN

25. El Reglamento autoriza la retención de los fondos depositados por el deudor en cuentas en régimen de cotitularidad y en cuentas titularidad de un tercero («nominales») en la medida en que estén sujetos a retención con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución. El reenvío se extiende a los fondos depositados en cuentas titularidad del deudor por cuenta de un tercero (art. 30). La razón del reenvío es el diverso tratamiento procesal que estas cuentas reciben en los Estados miembros y aboca a una aplicación dispar de la orden en el conjunto de la Unión.

26. Respecto al tratamiento procesal de las cuentas de cotitulares en Derecho español, quizás lo más destacable sea la ausencia de una norma sobre el embargo, en el bien entendido sentido que en el proceso civil no son aplicables las normas tributarias (art. 171.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria)¹⁰. De ahí los pronunciamientos encontrados de los

¹⁰ BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2003.

tribunales, dado que el Tribunal Supremo reitera que la cotitularidad de la cuenta, por sí sola, no supone el condominio de los fondos y que la viabilidad del embargo no se cuestiona (art. 593.1 LEC). En este contexto, merece ser destacado el impulso que ha supuesto el Reglamento para la elaboración en el seno de la Comisión General de Codificación de una propuesta de reforma de la LEC que afronte el embargo de cuentas de cotitulares.

27. Por su parte, la retención de cuentas nominales es «materia sensible» por la implicación de los mercados financieros. Quizás por ello, varios Estados las han omitido en sus comunicaciones [art. 50.1, letra g)].

7. VALORACIÓN FINAL

28. La OERC constituye una apuesta decidida de la Unión Europea a favor de la tutela cautelar del crédito en asuntos transfronterizos. Ello no significa que el régimen jurídico de la orden sea plenamente satisfactorio. La indeterminación presente en algunos preceptos y las numerosas remisiones al Derecho de los Estados sobre cuestiones muy relevantes auguran una aplicación dispar en el conjunto de la Unión. Como toda normativa extensa y compleja, el Reglamento tiene luces y sombras, aunque a nuestro parecer, la balanza se inclina a favor de las primeras.

29. Más allá de la valoración que suscite esta reglamentación, nos parece decisiva su incidencia como motor de una futura reforma de la LEC que implemente la regulación del embargo para supuestos tan cotidianos como las cuentas de cotitulares o el abono en cuenta de sueldos y pensiones.

Palabra clave: orden europea de retención de cuentas, embargo de cuentas bancarias, tutela cautelar del crédito, asuntos transfronterizos.

Keywords: European account preservation order, bank accounts attachment, provisional measures for the enforcement of claims, cross-border cases.

LAS RELACIONES ENTRE ESTADOS UNIDOS Y LA REPÚBLICA POPULAR CHINA EN LA ERA TRUMP: EL ARTE DE LA NEGOCIACIÓN FRENTE AL ARTE DE LA GUERRA

Gracia ABAD QUINTANAL*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DE ESTADOS UNIDOS EN ASIA-PACÍFICO.—2. LAS RELACIONES CON LA REPÚBLICA POPULAR CHINA.—2.1. El periodo Obama y el retorno a Asia.—2.2. La Administración Trump: el arte de la negociación frente al arte de la guerra.—3. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: EL PAPEL DE ESTADOS UNIDOS EN ASIA-PACÍFICO

1. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, Estados Unidos ha mantenido su implicación en Asia-Pacífico como forma de asegurarse de que el equilibrio de poder existente en ella era coherente con sus propios intereses, de que mantenía una serie de socios interesantes en términos de comercio e inversiones y de que tenía la posibilidad de promover en la zona sus valores, empezando por los derechos humanos y la democracia.

2. Si, pese a ser un actor extrarregional, ha podido mantener una fuerte presencia ha sido porque esta era beneficiosa también para la mayoría de los Estados de la zona, incluidas las potencias. Y es que Estados Unidos es la cabeza de toda una red de alianzas¹ —el conocido como sistema de centro y radios o Sistema de San Francisco—² con un buen número de Estados en Asia³, que ha permitido durante siete décadas el mantenimiento de la seguridad y estabilidad en la región.

* Profesora Agregada de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales en la Universidad Nebrija (gabad@nebrija.es).

¹ Véase WALT, S., *The Origins of Alliance*, Ithaca y London, Cornell University Press, 1987.

² KIM, S., «The Evolving Asian System», en SHAMBAUGH, D. y YAHUDA, M., *International Relations of Asia*, Plymouth, Rowman and Littlefield, 2008, pp. 47-48.

³ IKEMBERRY, J., «American hegemony and East Asian Order», *Australian Journal of International Affairs*, vol. 58, 2004, núm. 3, pp. 353-367.

3. Sin embargo, en el contexto actual, a la vista de los cambios que vive la zona, en particular, el ascenso de la República Popular China⁴ y de la posibilidad de que esta dispute la hegemonía —regional y, en su caso, global— a los propios Estados Unidos, así como de los conflictos existentes en la región entre los que cabe destacar sin duda alguna el existente con Corea del Norte, el del Mar del Sur de China y el del Mar del Este de China, parece cuando menos necesario reflexionar acerca de las probabilidades de que Washington quiera y pueda seguir jugando un papel de estabilizador externo en la región. De modo especial, cabe cuestionar las posibilidades de que siga funcionando el sistema de «doble reaseguro» en virtud del cual la presencia estadounidense en Asia Oriental y, en concreto, su alianza con Japón, aliviaban los temores de este último tanto respecto de una posible amenaza china como frente a otros desafíos a su seguridad evitando, al propio tiempo, que en respuesta a tales temores Tokio optara por la ruptura de su constitución pacifista⁵ y la militarización, una preocupación que desde siempre han mantenido los restantes Estados asiáticos, empezando por la propia China⁶.

2. LAS RELACIONES CON LA REPÚBLICA POPULAR CHINA

4. El problema es que, como mencionábamos más arriba, una cuestión clave en lo que hace a la presencia estadounidense en Asia es la relación con la República Popular China. Esta —inexistente hasta 1972 y razonablemente constructiva después, aunque fuera por interés de ambos—⁷ ha sido un elemento de primer orden en el conjunto de la aproximación de Estados Unidos a Asia.

5. Sin embargo, a medida que se va produciendo el ascenso de la República Popular China, sus intereses y los de los Estados Unidos empezarán a entrar en competencia y, en algún caso, en conflicto. Con ello empezaron los temores, los recelos y la articulación de mensajes en la línea de lo que pronto se da en llamar la «amenaza china». Mientras, al mismo tiempo, desde Beijing se hace un esfuerzo consciente para desacreditar ese tipo de narrativas, mientras se trata de fomentar otras que hagan referencia al «desarrollo armonioso».

6. Y es que, si bien puede ser discutible si ha podido tener sentido considerar a China como un Estado revisionista, de lo que no hay duda es de que tanto la evolución de sus capacidades como la de sus comportamien-

⁴ GOLDSTEIN, A., «China's real and present danger», *Foreign Affairs*, vol. 92, 2013, núm. 5, pp. 136-144.

⁵ La actual Constitución japonesa, que limita notablemente las posibilidades niponas en términos militares, es en buena medida el resultado de una imposición por parte de los Estados Unidos tras la Segunda Guerra Mundial. Todo ello explica el movimiento en favor de la reforma de la Constitución que, desde su aprobación y cada vez con más fuerza, ha vivido Japón.

⁶ ABAD, G., «¿Doble reaseguro o doble inestabilidad?: El papel de EEUU en Asia y el Conflicto por las islas Senkaku/Diaoyu», *UNISCI Journal*, 2016, núm. 41, pp. 235-245.

⁷ IRWIN, N., «How Trump Can Improve the Messy U.S.-Chinese Economic Relationship», *The New York Times*, <http://www.nytimes.com>, 6 de abril de 2017 (consultada el 24 de abril de 2017).

tos, marcada por una creciente asertividad, han obligado a Estados Unidos a prestar cada vez más atención a China y desarrollar una aproximación cada vez más cuidada en la que se van a combinar la contención y el *engagement*, aunque, eso sí, en diferentes proporciones en función tanto de las circunstancias como del inquilino de la Casa Blanca.

7. Al respecto cabe decir que la primera Administración en pronunciarse abiertamente acerca de esta cuestión fue la de George W. Bush, que no dudaría en decir que era necesario considerar a China ya no como un «socio estratégico», sino como un «competidor estratégico». Con todo, la menor implicación y presencia de Washington en Asia en esos años, ocupado como estaba en otros asuntos —fundamentalmente la guerra al terrorismo y, en cierto modo relacionadas con ella, las guerras en Afganistán e Irak—, hicieron que ni la relación tuviera mucho protagonismo ni hubiera demasiadas oportunidades para que las tensiones, recelos y choques de intereses se hicieran patentes.

2.1. El periodo Obama y el retorno a Asia

8. La voluntad de la Administración Obama de volver a intensificar la presencia de Estados Unidos⁸ en Asia⁹, unida a una China cada vez más activa y segura de sí misma fueron elementos suficientes para que las tensiones fueran aumentando.

9. Así, por un lado es comprensible que los desarrollos militares chinos¹⁰, posibles gracias a que el presupuesto de defensa chino se ha incrementado hasta convertirse en el segundo mayor del mundo y que incluyen la adquisición de capacidades tales como aviones de combate, portaviones, submarinos de ataque, misiles anti-barco, misiles de ataque y otros sistemas difícilmente justificables en base a la necesidad de proteger sus intereses comerciales frente a la piratería o el terrorismo, como han argumentado los líderes chinos, y que, en cambio parecen bastante más orientados a una estrategia de denegación de área o denegación de acceso frente a Estados Unidos¹¹ hagan recelar a este último.

10. Sin embargo, también lo es que el movimiento de *pivot* anunciado en noviembre de 2011 o, en su denominación posterior, *rebalancing*¹² —cambio este orientado a relajar los temores que el concepto pudiera generar en Bei-

⁸ Como su predecesora, la Administración Bush, la Administración Obama insiste en la importancia de recordar que Estados Unidos es también «una nación del Pacífico». COSSA, R. y GLOSSERMAN, B., «Its not (all) about China», *PacNet*, núm. 7, 30 de enero de 2012.

⁹ Véase ABAD, G., «Asia: ¿Nuevo centro de gravedad de la Política de Estados Unidos?», en PRIEGO, A. (ed.) *Política Exterior de los Estados Unidos*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2015, pp. 117-128.

¹⁰ LIFF, A. P. e IKENBERRY, G. J., «Racing toward Tragedy?», *International Security*, vol. 39, 2010, núm. 2, pp. 52-91.

¹¹ ABAD, G., «La Política Exterior y de Seguridad China o la Búsqueda del Poder Integral», *Atenea*, vol. 5, 2012, núm. 37, pp. 12-18. Véase también ABAD, G., «De la Revolución en Asuntos Militares a la carrera de armamentos en Asia-Pacífico», *Documento de Opinión*, 17/2017, IEEEE, 17 de febrero de 2017.

¹² XIANG, L., «China and the Pivot», *Survival*, vol. 45, 2012, núm. 5, pp. 113-128.

jing—, incomodara a los líderes chinos¹³, por mucho que Estados Unidos se apresurara a afirmar que el *pivot* no estaba planteado contra ningún Estado determinado¹⁴.

11. En realidad, no es extraño que la República Popular, que hace mucho recela de lo que considera movimientos de Estados Unidos para rodear y contener a China e impedir su ascenso¹⁵, se sintiera insegura ante semejante refuerzo de la presencia estadounidense en la que considera —con más o menos justificación— «su región». Por otra parte, aunque en ese mismo sentido, los líderes chinos no pueden disimular su ansiedad ante lo que percibe como injerencias de Estados Unidos en los asuntos regionales y/o intentos de la potencia americana de generar crisis y conflictos en la zona con el fin de debilitar a la propia China¹⁶, conflictos que, en buena medida, podrían verse simplemente como la consecuencia natural del comportamiento cada vez más asertivo de una potencia en ascenso como es la República Popular¹⁷.

2.2. La Administración Trump: el arte de la negociación frente al arte de la guerra

12. El que acabamos de analizar es el contexto en el que se llega en Estados Unidos a las elecciones de noviembre de 2016, que enfrentaron a la que fuera secretaria de Estado con el Presidente Obama y, en buena medida artífice y protagonista del movimiento de *pivot/rebalance* hacia Asia, Hillary Clinton, candidata del Partido Demócrata, y Donald Trump, candidato del Partido Demócrata, quien finalmente sería elegido presidente.

13. Es importante referirnos a las elecciones por tres razones:

— Porque tanto la política seguida por la Administración saliente como la que se debe desarrollar en el futuro en relación a la República Popular tiene siempre una presencia destacada en las campañas electorales estadounidenses¹⁸.

— Por la ambigüedad y las contradicciones del discurso de Donald Trump durante la campaña electoral.

— Porque ha sido un ámbito donde se han puesto de manifiesto, si se quiere con especial claridad, las contradicciones entre la retórica del candidato Donald Trump y las acciones acometidas por el Presidente Trump tras su elección.

¹³ NATHAN, A. J. y SCOBELL, A., «How China Sees America», *Foreign Affairs*, vol. 19, 2012, núm. 5, pp. 32-47.

¹⁴ LIAO, K., «The Pentagon and the Pivot», *Survival*, vol. 55, 2013, núm. 13, pp. 95-114.

¹⁵ RATNER, E., «Rebalancing to Asia with an Insecure China», *The Washington Quarterly*, vol. 36, 2013, núm. 2, pp. 21-38, p. 25.

¹⁶ ROSS, R., «The Problem with the Pivot», *Foreign Affairs*, vol. 19, 2012, núm. 6, pp. 70-82.

¹⁷ MESTRE, J., «Estados Unidos, China y la Lucha por la Supremacía», *Documento de Opinión*, IIEE, 65/2013, 16 de julio de 2013, p. 3.

¹⁸ YOUFA, L., «The Future of US-China Relations under President Trump», *The Diplomat*, 18 de enero de 2017, <http://thediplomat.com> (consultado el 24 de abril de 2017).

14. Pues bien, los candidatos a la Presidencia de los Estados Unidos no defraudaron y, efectivamente, hubo espacio para Asia en el contexto de la campaña electoral. En concreto, el candidato republicano, Donald Trump, en línea con lo que cabía esperar trató de marcar distancias con la aproximación del partido demócrata y su predecesor el Presidente Obama y, con ello, de la Secretaría de Estado saliente y candidata Hillary Clinton a las relaciones con la República Popular China.

15. Ese esfuerzo por diferenciarse se tradujo en buena medida en una retórica durísima donde se criticaba sin ambages el comportamiento de la que llamaba «*bad China*»¹⁹ tanto en materia económica como de seguridad, se insistía en que lesionaba o entraba en contradicción con los intereses estadounidenses y se advertía de la disposición del candidato a no tolerarlo en caso de ocupar finalmente el sillón presidencial; pero también en un discurso plagado de contradicciones, pues si por una parte y, en línea con un aislacionismo también anunciado en campaña respecto de otras cuestiones y otras áreas geográficas, se daba a entender la voluntad de reducir el grado de implicación de los Estados Unidos en Asia, empezando por la retirada del Tratado Trans-Pacífico, por otra se exhibía una clara voluntad de mantener el papel y la implicación de Estados Unidos en la región y se amenazaba con una postura inflexible respecto de las pretensiones chinas independientemente incluso de que ello pudiera acabar por llevar a una escalada.

16. En ese sentido, el candidato Trump no dudaría en acusar a China de manipular el valor de su divisa para favorecer a sus propias empresas frente a la competencia de las de otros Estados —incluidas las estadounidenses—²⁰, anunciaría su voluntad de revisar la política de «una China»²¹ y acusaría a China de estar «construyendo una fortaleza en el mar del Sur de China».

17. Posteriormente, una vez celebradas las elecciones, pese a que se mantiene inicialmente la dureza en el discurso estadounidense —Steve Bannon, asesor del presidente durante unas semanas, llegaría a decir que el conflicto con la República Popular sería inevitable en un horizonte de diez años— las dudas generadas por la ambivalencia de los discursos del candidato Trump han ido disipándose poco a poco, al mismo ritmo que se van haciendo evidentes las contradicciones entre los planteamientos de aquel y el ya Presidente Donald Trump. Así, si el viaje a Asia del Secretario de Defensa, Jon Mattis, sirvió para indicar desde un primer momento, especialmente a los aliados de Estados Unidos en la región, que Washington iba a seguir implicado en ella²², en el caso de China y en lo que hace a las contradicciones que men-

¹⁹ PHILLIPS, T., «Donald Trump and China on dangerous collision course, say experts», *The Guardian*, 7 de febrero de 2017, <http://www.theguardian.com> (consultado el 24 de abril de 2017).

²⁰ IRWIN, N., *op. cit.*, nota 7.

²¹ La política de «una China» o el reconocimiento de que Taiwán forma parte integral de China es considerado habitualmente por el gobierno chino como un prerrequisito para el mantenimiento de relaciones diplomáticas con cualquier otro Estado. YOUFA, L., *op. cit.*, nota 18.

²² POMFRET, J., «How Trump could put the US China relations on the right track», *The Washington Post*, 6 de febrero de 2017, <http://www.washingtonpost.com> (consultado el 24 de abril de 2017).

cionábamos el mejor ejemplo es la posición respecto de la política de «una China» que, solo unos días después de ser elegido y, frente a lo que, como comentábamos más arriba había dicho durante la campaña, ha aceptado respetar quedando con ello, al entender de algunos autores, en una posición de debilidad frente a la República Popular²³.

18. Unas contradicciones que el propio Presidente Trump no considera tales, sino un elemento central de un estilo personal de negociación, basado en establecer unas exigencias mucho más allá de lo razonable en un primer momento con el fin de tener margen para hacer concesiones, estilo del que se precia²⁴ y que considera que le permite alcanzar acuerdos muy favorables²⁵.

19. Un estilo negociador al servicio de su proyecto de «America First» que posiblemente tenga en la República Popular China, su ascenso y sus posibles ambiciones hegemónicas, uno de los test de eficacia más importantes. En concreto, Estados Unidos deberá hacer frente a las diferencias en materia comercial y financiera con China, a los desacuerdos relativos a la gestión del problema de la Península Coreana y a las disputas territoriales existentes el Mar del Este de China y, sobre todo, en el Mar del Sur de China.

20. Con respecto a las tensiones existentes en materia económica y financiera, en principio y, transcurridos solo unos meses de la toma de posesión del Presidente Trump, cabe esperar que no vayan más allá del punto en el que están²⁶. Por otra parte o, en relación con ello, hay que decir que en este ámbito Estados Unidos sí ha dado un paso de gran trascendencia en el sentido de reducir su implicación en Asia-Pacífico: la retirada del Tratado Transpacífico que, más allá de sus consecuencias en términos económicos y de competitividad para Estados Unidos, va a dejar un espacio de actuación mucho mayor a la República Popular China²⁷.

21. Cuestión bien distinta son los problemas de seguridad. La reducción o desaparición de la presencia de Estados Unidos en la región no solo no sería aceptable para sus aliados en ella, empezando por Japón o Corea del Sur, sino que pondría en peligro la estabilidad de la región —a la que como hemos dicho más arriba ha contribuido durante décadas— y debilitaría el peso global de los Estados Unidos²⁸.

22. En ese sentido, es evidente que tanto el mantenimiento de su presencia en la región como el desarrollo de una estrategia que le permita limitar

²³ FUCHS, M., «Trump's China Policy is a Paper Tiger», *Foreign Policy*, 22 de febrero de 2017, <http://foreignpolicy.com> (consultado el 24 de abril de 2017).

²⁴ Donald Trump tituló en 1987 su libro de memorias «The Art of the Deal». EDEL, C. y RAPP-HOOPER, M., «Trump's Bad Deal with China», *Politico*, 4 de abril de 2017, <http://www.politico.com> (consultado el 24 de abril de 2017).

²⁵ IRWIN, N., *op. cit.*, nota 7.

²⁶ DINGLI, S., «The Future off China-US Relations in the Trump Era», *The Diplomat*, 4 de febrero de 2017, <http://thediplomat.com> (consultado el 24 de abril de 2017).

²⁷ MARSTON, H., «Forecasting U.S.-Asia Relations under Trump», *Order from Chaos*, Brookings Institution, 10 de abril de 2017, <http://www.brookings.edu> (consultado el 24 de abril de 2017).

²⁸ *Ibid.*

el incremento del poder chino son elementos de la lucha de ambas potencias por la hegemonía no ya regional, sino global. Es desde esta perspectiva desde la que se debe interpretar la negativa de la Administración Trump a permitir que Beijing siga afianzando su control sobre el Mar del Sur de China y las islas que están en él²⁹ y tratando de incrementarlo sobre el Mar del Este de China.

23. Del mismo modo, partiendo de esta base, también adquiere un significado más profundo el conflicto con Corea del Norte. Si bien tanto Washington como Beijing desean detener los programas de Corea del Norte y una Península Coreana desnuclearizada, ambas potencias discrepan en lo que hace a sus preferencias para la solución última del conflicto. Mientras la República Popular China teme tanto una implosión del régimen que genere inestabilidad en el nordeste de Asia y un flujo de refugiados que, sin duda, le afectarían, tampoco desea un escenario de reunificación que lleve a una Corea aún más fuerte y democrática, precisamente el escenario más ansiado por Estados Unidos³⁰.

3. CONCLUSIONES

24. En la relación entre Estados Unidos y China están presentes cuestiones candentes, complicadas, que llevan décadas, por lo que no cabe esperar de la llegada de un nuevo inquilino a la Casa Blanca ni soluciones repentinas ni tampoco, necesariamente, demasiados problemas «nuevos».

25. Ahora bien, tan evidente como la existencia de intereses divergentes entre las dos potencias es la necesidad de ambos de gestionar esas diferencias, tratando de fomentar el diálogo y la concertación entre ambos de forma que eviten una escalada en la que sus intereses puedan resultar más dañados.

26. Ambas potencias parecen haberlo entendido y si bien no cabe esperar que desaparezcan ni los desacuerdos ni las tensiones, tampoco parecería lógica una escalada que hiciera deteriorarse rápida y gravemente la situación.

27. En cualquier caso y, como decíamos, la tensión no desaparecerá; y es que, en buena medida, hay que considerarla el elemento básico en las estrategias —complementarias por extraño que pueda parecer— desarrolladas desde Washington y Beijing. En efecto, mientras la Administración Trump utiliza la tensión como elemento para extremar sus posiciones en la negociación y luego poder hacer concesiones, para el gobierno chino es una forma de manifestar su actual fortaleza y asertividad sin tener que entrar en un verdadero enfrentamiento. El arte de la negociación y el arte de la guerra.

Palabras clave: Estados Unidos, China, Trump, Asia.

Keywords: United States, China, Trump, Asia.

²⁹ AYSON, R. y PARDESI, M. S., *Why China is outdoing the US in Asia's Coercion contest*, IISS, 3 de abril de 2017, <http://www.iiss.org> (consultado el 21 de abril de 2017).

³⁰ SHAPIRO, J., «The Future of U.S.-China Relations Depends on North Korea», *Real Clear World*, 24 de abril de 2017, <http://www.realclearworld.com> (consultado el 24 de abril de 2017).

LA ADMINISTRACIÓN TRUMP, EL ASCENSO DE LA REPÚBLICA POPULAR CHINA Y EL NUEVO «INTERNACIONALISMO INDEPENDIENTE»

David J. GARCÍA CANTALAPIEDRA*

SUMARIO: 1. PRIMACÍA Y ORDEN INTERNACIONAL LIBERAL MULTILATERAL: ¿EL FIN DE UNA ERA?—2. LA ADMINISTRACIÓN TRUMP Y EL NUEVO «INTERNACIONALISMO INDEPENDIENTE».—3. PERCEPCIONES SOBRE EL ASCENSO DE CHINA Y LA ADMINISTRACIÓN TRUMP: ENTRE PRIMACÍA Y OSB.—4. CONCLUSIONES.

1. PRIMACÍA Y ORDEN INTERNACIONAL LIBERAL MULTILATERAL: ¿EL FIN DE UNA ERA?

1. En algunos momentos de la Guerra Fría (durante la Administración Truman, durante la Administración Nixon, y parcialmente por Carter y Reagan en Oriente Medio), y sobre todo tras la caída del Muro de Berlín y la desaparición de la Unión Soviética (URSS), se empezaron a plantear en sectores políticos, militares y académicos norteamericanos la conveniencia de adoptar una posición estratégica global que redujera los compromisos de Estados Unidos, minimizando el riesgo de participación en conflictos militares, permitiendo una posición más flexible y que maximizara las ventajas relativas norteamericanas: esto es, en lugar de la postura de preponderancia o primacía (*Preponderance/Primacy*), una de equilibrio de poder externo *Offshore Balancing* (OSB)¹. Esta estrategia es un concepto estratégico utilizado por autores dentro del Realismo estructural y ofensivo, donde una gran potencia elige otras potencias regionales para controlar el surgimiento de potenciales potencias hostiles. Sin embargo, en el «momento unipolar»² man-

* Profesor Contratado Doctor (Acreditado a TU) en la Universidad Complutense de Madrid (djgarcia@pdi.ucm.es).

¹ Por ejemplo, LAYNE, C. y SCHWARZ, B., «American Hegemony-Without an Enemy», *Foreign Policy*, 1993, núm. 92; LAYNE, C., «From Preponderance to Offshore Balancing: America's Future Grand Strategy», *International Security*, vol. 22, 1997, núm. 1, pp. 86-124. Actualmente véase: MEARSHEIMER, J. y WALT, S., «The Case for Offshore Balancing. A Superior U.S. Grand Strategy», *Foreign Affairs*, vol. 95, 2016, núm. 4, pp. 70-83.

² KRAUTHAMMER, C., «The Unipolar Moment», *Foreign Affairs, America and the World*, vol. 70, 1990/91, núm. 1, pp. 23-33.

tuvieron la planificación de defensa y la estrategia de seguridad nacional de Estados Unidos en la postura de Primacía³. La Contención y los proyectos previos de Gran Estrategia producidos en la primera Administración Bush y la Administración Clinton establecían una postura de Primacía (otros la llaman hegemonía liberal). Mantenían los caracteres de Primacía que también acompañaban a la Contención: un orden internacional abierto a los intereses y valores de Estados Unidos, que incluye la institucionalización y promoción de la democracia y el libre mercado, con la centralidad de Estados Unidos en el sistema; y evitar el ascenso de una potencia hegemónica regional o global. La misma *rationale* establecida para el enfrentamiento con la URSS se va a mantener después en el proyecto del plan-director de planificación de defensa (*Defense Planning Guidance*) DPG 1992-1999:

«Our first objective is to prevent the re-emergence of a new rival, either on the territory of the former Soviet Union or elsewhere that poses a threat on the order posed formerly by the Soviet Union. This [...] requires that we endeavor to prevent any hostile power from dominating a region whose resources would, under consolidated control, be sufficient to generate global power [...]. Our strategy must now refocus on precluding the emergence of any potential future global competitor».

2. A pesar de ello, se planteaba cada vez más claramente un cambio estratégico ya a finales de la Administración Clinton:

«Most of the world's other major powers have made it into a central theme of their foreign policy to attempt to build counterweights to American power. This is in fact one of the main trends in international politics today»⁴.

3. El 11-S y la Gran Recesión de 2008, sin embargo, iban a ofrecer alternativas extremas de esa postura de Primacía: la Administración Bush, con una reedición de la estrategia reaganiana de *Peace through Strength* en su versión más wilsoniana; y la Administración Obama, con una aproximación neo-nixoniana de Pentapolaridad y *New Detente*⁵. Este debate ha vuelto a plantearse, no solo con la nueva Administración Trump, sino durante la campaña electoral presidencial en Estados Unidos en 2016, pero se ha oscurecido, aunque generalmente mezclado y confundido con la visión para el sistema internacional (*Weltanschauung*) de los candidatos presidenciales, Hillary Clinton y Donald Trump. En términos generales, la candidata demó-

³ Para un análisis en profundidad de esta visión de Primacía y los debates estratégicos subsecuentes, véase: GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., *EEUU y la construcción de un Nuevo Orden Mundial: la Administración Bush, las Relaciones Transatlánticas y la Seguridad Europea 1989-1992*. Tesis Doctoral. Departamento de Estudios Internacionales. Facultad de CC. Políticas y de la Administración, UCM. 2001; también GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., «“Peace through Primacy”: la Administración Bush, la política exterior de EEUU y las bases de una primacía imperial; geopolítica, recursos energéticos y guerra al terrorismo», *UNISCI Papers*, 2003, núm. 30.

⁴ RODMAN, P., *Uneasy Giant: the Challenges to American Predominance*, Washington D. C., Nixon Center, 1999, p. 2.

⁵ GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., «La Doctrina Obama, la teoría de la Guerra Limitada y la nueva política exterior de EEUU: ¿hacia una política neo-nixoniana?», *UNISCI Discussion Papers*, 2012, núm. 28, pp. 145-153.

crata parecía defender un orden internacional liberal multilateral que hasta ahora defendía Estados Unidos a través de diferentes instrumentalizaciones de su postura de Primacía, aunque matizada por la visión neo-nixoniana de la Administración Obama. Por el contrario, el candidato republicano parecía optar por una postura sumamente crítica con el orden internacional liberal multilateral, y con una aproximación estratégica más en la línea del OSB, con ciertos toques nacionalistas (*Alt-Right*) y jacksonianos⁶.

2. LA ADMINISTRACIÓN TRUMP Y EL NUEVO «INTERNACIONALISMO INDEPENDIENTE»

4. Sin embargo, también hay posturas que establecen que los primeros pasos de la Administración Trump tienen afinidad con la visión del Internacionalismo Independiente⁷ de los años veinte, llevado a cabo por varios presidentes republicanos, en cuanto su visión nacionalista, maximizando su capacidad de maniobra y flexibilidad estratégica, y sus políticas proteccionistas y anti-inmigración⁸. No obstante, esas administraciones no eran tan aislacionistas como pudieran parecer (a pesar de la aparición del *American First Committee*) ya que trabajaban con otras grandes potencias (aunque sin un marco general global, ya que rechazaban la Sociedad de Naciones, las organizaciones internacionales y las llamadas *entangling alliances*)⁹ en el Pacto Briand-Kellog, las Conferencias de Ginebra, las Conferencias navales de Washington, o la política hacia China, en la creencia en que una economía en crecimiento y expansión reduciría el impacto que había tenido la Primera Guerra Mundial. Evidentemente, hay autores que advierten que el uso de una analogía histórica de este tipo puede ser problemática debido a que los factores y el marco internacional son diferentes en cada momento histórico¹⁰. Por ejemplo, a pesar de la retórica adoptada de retorno al *Peace through Strength* reaganiano (National Security Presidential Memorandum 1)¹¹, esto no va a suponer el ambicioso programa de rearme de aquel momento¹². Se echa en

⁶ RUSSEL MEAD, W., «The Jacksonian Tradition and American foreign policy», *The National Interest*, Winter 1999/2000, pp. 9-29.

⁷ HOFF WILSON, J., *American Business & Foreign Policy 1920-1933*, Lexington, U. Kentucky Press, 1971.

⁸ BUCHANAN, P., «It's Trump's Party, Now», *Chronicles: A Magazine of American Culture*, 3 de marzo de 2017, <https://www.chroniclesmagazine.org/its-trumps-party-now/> (consultado el 1 de abril de 2017).

⁹ Sin embargo, hay estudios que parecen refutar esta vieja narrativa en la política exterior de Estados Unidos. Véase: FROMKIN, D., «Entangling Alliances», *Foreign Affairs*, vol. 48, 1970, núm. 4, pp. 688-700. BECKLEY, M., «The Myth of Entangling Alliances. Reassessing the Security Risks of U.S. Defense Pacts», *International Security*, vol. 39, 2015, núm. 4, pp. 7-48.

¹⁰ FOONG KHONG, Y., *Analogies at War: Korea, Munich, Dien Bien Phu, and the Vietnam Decisions of 1965*, Princeton, Princeton University Press, 1993.

¹¹ «Section 1. Policy. To pursue Peace through Strength, it shall be the policy of the United States to rebuild the U.S. Armed Forces», *The White House. Presidential Memorandum-Rebuilding US Armed Forces*, 27 de febrero de 2017, <https://www.whitehouse.gov/the-press-office/2017/01/27/presidential-memorandum-rebuilding-us-armed-forces> (consultado el 1 de abril de 2017).

¹² Se espera un incremento de «solo» 54.000 millones de dólares. OMB, *Budget of the United States Government*, Fiscal Year 2017, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/BUDGET-2017-BUD/pdf/BUDGET->

falta una visión o plan comprensivo oficial, y la tardanza en construir su administración han producido pocos documentos de significancia en seguridad nacional. A pesar de ello, hay en marcha un proceso de revisión de la estrategia de seguridad nacional y de la postura nuclear de Estados Unidos (*Nuclear Posture Review*)¹³, junto con un programa de modernización de las fuerzas nucleares norteamericanas en diez años que significará unos 400.000 millones de dólares¹⁴. No obstante, se puede atisbar ciertamente una aproximación diferente y un proceso de cambio: en este sentido, el Secretario de Estado Rex Tillerson, básicamente establece que la misión que tenía el Departamento de Estado desde 1945 hasta hoy va a cambiar¹⁵. Realmente (y aunque no de una manera totalmente ortodoxa desde el punto de vista de la escuela realista)¹⁶, se había iniciado un proceso de abandono de la postura de Primacía durante la Administración Obama, con la adopción de una visión de tipo multipolar (según la Estrategia de Seguridad Nacional de 2010) y con una prioridad en el fortalecimiento de alianzas, tal como la política *Pivot to Asia* a partir de 2011. Esta visión ha sido muy criticada también desde sectores que defienden la posición de Primacía (Robert Lieber, Eliot Cohen, Kori Shake)¹⁷, Josep Joffe¹⁸, o de la persistencia de la «Unipolaridad» como Stephen Brooks y William C. Wohlforth¹⁹ entre otros.

2017-BUD.pdf (consultado el 20 de abril de 2017); https://www.nytimes.com/2017/02/27/us/politics/trump-budget-military.html?_r=0 (consultado el 20 de abril de 2017).

¹³ Véase la entrevista de Christopher Ford, senior director for weapons of mass destruction and Counterproliferation del NSC, *Carnegie Nuclear Policy Conference 2017*, 21 de marzo de 2017, <http://carnegieendowment.org/2017/03/21/morning-keynote-with-nsc-senior-director-christopher-ford-pub-68162> (consultado el 1 de abril de 2017). Los cambios con respecto al *Nuclear Posture Review* de 2010 parece que van a ser tan profundos que Ford no proporcionó información clara y precisa sobre varios temas en cuanto a desarme y la política de empleo sobre armas nucleares (Nuclear Weapons Employment Policy) aunque sí se atisba un cambio de posición en la Administración Trump respecto a la de la Administración Obama.

¹⁴ Congressional Budget Office, *Projected Costs of U.S. Nuclear Forces, 2017 to 2026*, febrero de 2017, <https://www.cbo.gov/sites/default/files/115th-congress-2017-2018/reports/52401-nuclearcosts.pdf> (consultado el 21 de abril de 2017).

¹⁵ TILLERSON, R. W., *Secretary of State, Remarks to U.S. Department of State Employees, Dean Acheson Auditorium Washington, D. C.*, 3 de mayo de 2017, <https://www.state.gov/secretary/remarks/2017/05/270620.htm> (consultado el 8 de mayo de 2017).

¹⁶ WALT, S., «Obama Was Not a Realist President», *Foreign Policy*, 7 de abril de 2016, <http://foreignpolicy.com/2016/04/07/obama-was-not-a-realist-president-jeffrey-goldberg-atlantic-obama-doctrine/> (consultado el 10 de enero de 2017).

¹⁷ SCHAKE, K., «The False Logic of Retreat: Will Washington abandon the Order?», *Foreign Affairs*, vol. 96, 2017, núm. 1, pp. 41-46; LIEBER, R., *Retreat and Its Consequences: American Foreign Policy and the Problem of World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016; COHEN, E., *The Big Stick: The Limits of Soft Power and the Necessity of Military Force*, Nueva York, Basic Books, 2016.

¹⁸ JOFFE, J., «Obama Is Not a Realist. He's an isolationist with drones and special-operations forces», *The Atlantic*, 10 de marzo de 2016, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2016/03/obama-doctrine-goldberg-realist-isolationist/473205/> (consultado el 5 de febrero de 2017); SANDERS, P., «Obama is not a Realist», *The National Interest*, 26 de agosto de 2014, <http://nationalinterest.org/feature/barack-obama-not-realist-11124> (consultado el 5 de febrero de 2017).

¹⁹ BROOKS, S. y WOHLFORTH, W., «The Rise and Fall of the Great Powers in the Twenty-first Century: China's Rise and the Fate of America's Global Position», *International Security*, vol. 40, 2015/16, núm. 3, pp. 7-53; *id.*, *World Out of Balance: International Relations and the Challenge of American Primacy*, Princeton, Princeton University Press, 2008; *id.*, «Assessing the Balance», *Cambridge Review of In-*

3. PERCEPCIONES SOBRE EL ASCENSO DE CHINA Y LA ADMINISTRACIÓN TRUMP: ENTRE PRIMACÍA Y OSB

5. Sin embargo, la cuestión más importante en este debate es probablemente si Estados Unidos va a abandonar los dos postulados básicos de su postura estratégica que se remontan a la Segunda Guerra Mundial: el mantenimiento de un orden internacional favorable a los intereses y valores de Estados Unidos, y evitar el ascenso de una potencia regional que dominando una región clave consiguiera los recursos suficientes para convertirse en un aspirante global²⁰. En este sentido, el ascenso de la República Popular China (RPC) es central en este debate, tanto desde el punto de vista material como perceptivo y narrativo²¹. Incluso en este último aspecto el llamado «ascenso pacífico» de China ha sido una construcción narrativa occidental, interpretando los discursos del Primer Ministro Wen Jibao en 2003, cuando ni siquiera era una postura oficial adoptada por el propio gobierno chino, que se enfocaba más en el concepto «paz y desarrollo»²². Por otro lado, autores como Graham Allison aventuran la Trampa de Tucídides²³ para argumentar el rumbo de colisión de Estados Unidos y la RPC, en la línea de los realistas ofensivos y algunos defensivos²⁴. Mientras, las posiciones liberales razonan contrariamente debido a los intereses comunes, las instituciones internacionales y las limitaciones internas, sobre todo debido a que el crecimiento y expansión económica de la RPC está haciendo el país más abierto y dependiente de la economía global²⁵. Sin embargo, la conducta de la RPC muestra

ternational Affairs, vol. 20, 2011, núm. 2, pp. 201-219; LIEBER, R., *Power and Willpower in the American Future: Why the United States Is Not Destined to Decline*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

²⁰ GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., *op. cit.*, nota 3.

²¹ FOONG KHONG, Y., «Primacy or World Order? The United States and China's Rise. A Review Essay», *International Security*, vol. 38, 2013/14, núm. 3, pp. 153-175; SCHWELLER, R. y PU, X., «After Unipolarity: China's Visions of International Order in an Era of U.S. Decline», *International Security*, vol. 36, 2011, núm. 1, pp. 41-72.

²² Véase en este particular GARCÍA CANTALAPIEDRA, D., «La Política exterior de EEUU hacia China y la dinámica de seguridad en Asia: impactos regional y global», *Cursos de Derecho Internacional Público y RR.II. de Victoria-Gasteiz 2015*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, pp. 285-287.

²³ ALLISON, G., «Destined for War: Can America and China Escape Thucydides's Trap?», <http://www.belfercenter.org/thucydides-trap/book/thucydides-author>; *id.*, «The Thucydides Trap: Are the U.S. and China Headed for War?», *The Atlantic*, 24 de septiembre de 2015, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2015/09/united-states-china-war-thucydides-trap/406756/> (consultado el 5 de febrero de 2017).

²⁴ MEARSHEIMER, J., «China's Unpeaceful Rise», *Current History*, vol. 105, 2006, núm. 690, pp. 160-63; también en este sentido: SIDDAL, A., «The Misapplication of Defensive Realism: the Security Dilemma and Rising Powers in East Asia», *The 42nd APSA Annual Conference*, 3-6 de octubre de 2000; MEARSHEIMER, J., «Can China Rise Peacefully?», *The National Interest*, 25 de octubre de 2014, <http://nationalinterest.org/commentary/can-china-rise-peacefully-10204> (consultado el 5 de febrero de 2017); CHRISTENSEN, T., «The Advantages of an Assertive China: Responding to Beijing's Abrasive Diplomacy», *Foreign Affairs*, vol. 90, 2011, núm. 2, pp. 54-67; SWAINE, M. y FRAVEL, M. T., «China's Assertive Behavior-Part Two: The Maritime Periphery», *China Leadership Monitor*, 35, 2011a, pp. 2-29, <https://taylorfravel.com/documents/research/fravel.2011.CLM.maritime.periphery.pdf> (consultado el 5 de febrero de 2017); LIFF, A. e IKENBERRY, G. J., «Racing toward Tragedy? China's Rise, Military Competition in the Asia Pacific, and the Security Dilemma», *International Security*, vol. 39, 2014, núm. 2, pp. 52-91.

²⁵ ZOELLICK, R., «Whither China: from Membership to Responsibility?», *National Committee on US-China Relations*, 21 de septiembre de 2005, <https://2001-2009.state.gov/sd/former/zoellick/rem/53682>.

una mayor agresividad hacia sus vecinos en diferentes disputas territoriales, independientemente de si son o no aliados de Estados Unidos, cuestión que respalda la postura de los realistas ofensivos que establecen la búsqueda de la hegemonía por parte de la RPC en la zona. Así, la ruptura de las reglas de conducta y del orden internacional liberal multilateral (el *statu quo* en el Mar del Sur de China o las islas Senkaku y la Convención sobre el Derecho del Mar de 1982)²⁶ se podría ver como un incentivo para la Administración Trump para aplicar su internacionalismo independiente, por ejemplo, tal como mostró en cuanto a Taiwan y la política de Una Sola China (*One China policy*) o en el caso de Corea del Norte²⁷. Parece, además, que se está produciendo cierta competición militar causada por dilemas de seguridad que, aunque aún no señalan una carrera de armamentos generalizada, no obstante muestran una dinámica gradual entre China y otros Estados hacia progresivas y cada vez mayores inversiones en capacidades militares que pueden empeorar cada más en el futuro²⁸. Sin embargo, también parece que existen dilemas de seguridad producidos por conflictos de intereses que se ven por los actores como búsquedas de alteración del *statu quo* que no responden a búsquedas de seguridad²⁹.

4. CONCLUSIONES

6. En este sentido, Estados Unidos y la RPC se pueden encontrar en una situación en la que la incertidumbre, los errores de percepción y la falta de

htm (consultado el 5 de febrero de 2017); CALLAHAN, B., «John Mearsheimer and Joseph S. Nye Jr. on the rise of China and America's engagement policy», *The Diplomat*, 8 de julio de 2015; JOHNSON, A., «Is China a Status Quo Power?», *International Security*, vol. 27, 2003, núm. 4, pp. 5-56; NYE, J., «China's Re-Emergence and the Future of the Asia-Pacific», *Survival*, vol. 39, 1997, núm. 4, pp. 65-79.

²⁶ La Corte Permanente de Arbitraje resolvió el 12 de julio de 2016 la petición de la República de Filipinas contra la República Popular de China en relación a las controversias entre ambos Estados sobre los derechos marítimos y prestaciones en el mar del Sur de China, el estado de ciertas características geográficas en la zona, así como la legalidad de diversas acciones por parte de Pekín en esas aguas, de acuerdo a la Convención sobre Derecho del Mar de Naciones Unidas de 1982. La Corte falló que no había base legal para la reivindicación por parte de China de derechos históricos sobre los recursos dentro de las áreas marinas que entran en la llamada «*Nine-Dash Line*».

²⁷ Aunque posteriormente el propio Presidente Trump reafirmaría esta política. Sobre ella véase: Congressional Research Service, *China/Taiwan: Evolution of the «One China» Policy-Key Statements from Washington, Beijing, and Taipei*, 10 de octubre de 2014, <https://fas.org/sgp/crs/row/RL30341.pdf> (consultado el 5 de febrero de 2017). Sin embargo, «*The United States did not explicitly state Taiwan's status in the U.S.-PRC Joint Communiqués of 1972, 1979, and 1982. The United States "acknowledged" the "one China" position of both sides of the Taiwan Strait*»; sobre Corea del Norte véase U. S. Department of Defense, *Joint Statement by Secretary of State Rex Tillerson, Secretary of Defense James Mattis, Director of National Intelligence Dan Coats*, Press Operations, 26 de abril de 2017, <https://www.defense.gov/News/News-Releases/News-Release-View/Article/1163940/joint-statement-by-secretary-of-state-rex-tillerson-secretary-of-defense-james/> (consultado el 27 de abril de 2017).

²⁸ LIFF, A. e IKENBERRY, G. J., *op. cit.*, nota 24.

²⁹ JERVIS, R., «Cooperation under the Security Dilemma», *World Politics*, vol. 30, 1978, núm. 2, pp. 167-214; GLASER, C., «The Security Dilemma revisited», *World Politics*, vol. 50, 1997, núm. 1, pp. 171-201. Para una revisión crítica de ambos, véase TANG, S., «The Security Dilemma: A Conceptual Analysis», *Security Studies*, vol. 18, 2009, núm. 3, pp. 587-623.

confianza estratégica amplifiquen las opciones de conflicto más allá de la dinámica del dilema de seguridad, en una interpretación de la ruptura del *statu quo* en Asia-Pacífico. El ritmo y escala del aumento de la capacidad militar de Beijing, su tendencia a rechazar las preocupaciones de otros Estados y su poca transparencia acerca de sus gastos militares, capacidades e intenciones parece que están exacerbando la percepción de amenaza en la conducta de la RPC. Esta tendencia podría representar un argumento en las posiciones que defienden el ascenso de la RPC como una amenaza al *statu quo*, no solo de la zona, sino del orden internacional. En este sentido, la Administración Trump al elegir una OSB, más en la línea de su Internacionalismo Independiente, dependería de sus aliados en la zona, los cuales no tienen la capacidad por sí solos de reequilibrar a la RPC. Paradójicamente Estados Unidos se podría encontrar en un conflicto militar en esta situación más fácilmente, o que su actitud es interpretada como un *buckpassing* por sus aliados, y estos reconsideren su política hacia Estados Unidos y la RPC. Sin embargo, dentro del contexto de la dinámica de seguridad en Asia-Pacífico, y la multiplicación de problemas y opciones estratégicas en la zona, esto es, Corea del Norte, el Mar del Sur de China, las islas Senkaku y las relaciones India-RPC, se proyecta un escenario que aumenta peligrosamente las opciones de conflicto en el futuro, ya que produce una escalada gradual de tensión que podría derivar en un enfrentamiento militar no deseado, con consecuencias de difícil previsión.

Palabras clave: Estados Unidos, China, Trump, Asia.

Keywords: United States, China, Trump, Asia.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA LEY CATALANA DE ACCIÓN EXTERIOR Y DE RELACIONES CON LA UNIÓN EUROPEA

Xavier PONS RAFOLS*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA STC 228/2016: ENTRE EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LA INCONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVA.—2.1. La reiteración del reconocimiento constitucional de la acción exterior de Cataluña.—2.2. Las debilidades y contradicciones de la sentencia del Tribunal Constitucional.—2.2.1. La restrictiva concepción de la noción de diplomacia pública.—2.2.2. La restrictiva y anacrónica concepción de las relaciones institucionales con las oficinas consulares.—2.2.3. La regresión en la interpretación constitucional del denominado derecho a decidir.—3. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1. La reciente Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) sobre la Ley catalana de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea¹ constituye un paso más en la consolidación de una jurisprudencia constitucional que ha venido avalando reiteradamente una acción exterior autonómica en el ejercicio de sus competencias. Entiendo, sin embargo, que el contexto político actual, con la deriva independentista del Gobierno de la Generalidad, ha condicionado en cierta medida la labor del TC, igual que condicionó, sin lugar a dudas, la adopción de la Ley catalana. Pese a lo cual, la Ley 16/2014, de 4 de diciembre², es una ley autonómica de acción exterior —la primera en su género ciertamente— que resulta, a mi juicio, perfectamente plausible como desarrollo de las competencias que el Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) atribuye a la Generalidad, tanto en materia de acción exterior como de relaciones con la Unión Europea.

2. En este sentido, creo que no debería haber problema alguno en un desarrollo legislativo autonómico de las competencias estatutarias en esta

* Catedrático de Derecho internacional público en la Universitat de Barcelona (xpons@ub.edu).

¹ STC 228/2016, de 22 de diciembre.

² Ley 16/2014, de 4 de diciembre, de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea, *BOE* núm. 309, de 23 de diciembre de 2014 (en adelante, la Ley o Ley catalana).

materia, tanto en Cataluña como en las otras Comunidades Autónomas cuyos Estatutos han reconocido competencias en este ámbito, apuntalando así una práctica abundantemente extendida. Lo que no es obstáculo para reconocer que la Ley catalana no es ni de lejos un prodigio de calidad legislativa, más bien al contrario, ya que evidencia una imprecisa técnica jurídica, con abundante e interesada utilización de conceptos confusos; acaba teniendo, en la práctica, poco contenido normativo; y, a los efectos que ahora interesan, desprende también un particular *humus* independentista, como contribución a la creación de lo que, en lenguaje soberanista, se han denominado estructuras de Estado.

3. Sobre este planteamiento, debo referirme, en primer lugar y de manera muy breve, al reconocimiento constitucional de la acción exterior autonómica, reiterado de nuevo en esta sentencia. Como es sabido, a partir de la STC 165/1994 se operó un cambio de tendencia jurisprudencial con el reconocimiento constitucional de las actividades con proyección exterior de las Comunidades Autónomas, en la medida que resultasen necesarias o convenientes para el ejercicio de sus competencias y con el límite de los elementos esenciales que configuran la competencia exclusiva del Estado *ex art.* 149.1.3 de la Constitución Española (CE) y que el propio TC identificaba, sin pretender por ello una descripción exhaustiva³. Este planteamiento ha sido repetido desde entonces en numerosas ocasiones y el TC lo reafirmó también en su sentencia sobre el EAC⁴. En esa sentencia, además de reiterar el reconocimiento de la proyección exterior de la Generalidad y fijar los límites y alcance de esta acción exterior autonómica, el TC, de un lado, subrayó el elemento esencial de que dentro de la competencia estatal se situaba también la posibilidad de establecer medidas que regulasen y coordinasen las actividades autonómicas de proyección exterior; y, de otro lado, avaló completamente las disposiciones estatutarias sobre la acción exterior y sobre las relaciones de la Generalidad con la Unión Europea que, en parte, habían sido objeto del recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular⁵.

4. En la STC 46/2015⁶, sobre la Ley catalana del *Síndic de Greuges*⁷, el TC resumió la jurisprudencia anterior en un correcto intento de síntesis de la doctrina constitucional sobre las actividades de las Comunidades Autónomas con proyección en el exterior y el alcance de la competencia estatal; síntesis que ha sido reiterada más recientemente en la STC 85/2016⁸ y en la sentencia que

³ STC 165/1994, de 26 de mayo, FFJJ 3, 4 y 5.

⁴ STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 125.

⁵ Véanse los comentarios en esta esfera de OLESTI RAYO, A., «Las relaciones de la Generalidad con la Unión Europea», *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, 2010, pp. 409-413 y PONS RAFOLS, X., «La acción exterior de la Generalidad en la sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña», en *ibid.*, pp. 414-420.

⁶ STC 46/2015, de 5 de marzo, FJ 4.

⁷ Ley 24/2009, de 23 de diciembre, del Síndic de Greuges, *BOE* núm. 15, de 18 de enero de 2010.

⁸ STC 85/2016, de 28 de abril, FJ 3.

ahora me ocupa⁹. La cuestión está, por tanto, plenamente consolidada en la jurisprudencia constitucional y es reconocida pacíficamente por la doctrina¹⁰.

5. En segundo lugar, debe apuntarse que el inmenso vacío legal existente en materia de acción exterior estatal fue cubierto finalmente con la adopción de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la acción y del servicio exterior del Estado¹¹, y de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de tratados y otros acuerdos internacionales¹², ambas relevantes también por lo que se refiere a la acción exterior autonómica¹³. De manera especial, en la Ley de la acción y del servicio exterior del Estado, además de formularse una distinción artificiosa y confusa entre «política exterior» y «acción exterior» —que solo aparentaba, a mi entender, querer negar a las Comunidades Autónomas la capacidad de llevar a cabo una acción exterior con «dimensión política»—, se ubica en una expresa disposición normativa la esencia de la doctrina constitucional sobre el alcance de la proyección exterior autonómica, se faculta al Gobierno del Estado para fijar las medidas y directrices que regulen y coordinen las actividades en el exterior de las Comunidades Autónomas, y se establecen diversas obligaciones de información previa sobre, por ejemplo, determinados viajes o el establecimiento de oficinas en el exterior¹⁴.

6. El Gobierno de la Generalidad se planteó recurrir esta ley y solicitó el preceptivo dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias quien, sin embargo, avaló la constitucionalidad de la norma estatal en la medida en que, aunque detectó un evidente *humus* fiscalizador de las competencias autonómicas, no cabía formular consideraciones de constitucionalidad de carácter preventivo¹⁵. Quien sí formuló recurso de inconstitucionalidad fue el Gobierno de Canarias, pero la ya citada STC 85/2016 rechazó las tachas de inconstitucionalidad planteadas con el argumento central de que las disposiciones

⁹ STC 228/2016, de 22 de diciembre, FJ 2.

¹⁰ Una doctrina muy extensa y que se remonta a los años inmediatamente posteriores a la adopción de la CE. Solo a los efectos de que contextualizan este comentario me permito citar a PONS RAFOLS, X., CAMPINS ERITJA, M., CASTELLÀ ANDREU, J. M. y MARTÍN NÚÑEZ, E., *La acción exterior y europea de la Generalidad de Cataluña. Desarrollo normativo e institucional*, Madrid, Marcial Pons, CEI Tribuna Internacional, 2012; así como PONS RAFOLS, X., «La acción exterior de la Generalidad, los recientes desarrollos legislativos estatales y la nueva Ley catalana de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea», en *Acción exterior y Comunidades Autónomas: Seminario, Barcelona, 1 de julio de 2014*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Institut d'Estudis Autònoms, 2015, pp. 45-125.

¹¹ Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, *BOE* núm. 74, de 26 de marzo de 2014.

¹² Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, *BOE* núm. 288, de 28 de noviembre de 2014.

¹³ Baste señalar aquí que la Ley de tratados y otros acuerdos internacionales reconoce que las Comunidades Autónomas pueden celebrar acuerdos internacionales administrativos y acuerdos internacionales no normativos. Véanse, en general, los distintos estudios de MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. en ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., Díez-Hochleitner Rodríguez, J. y MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dirs.), *Comentarios a la Ley de tratados y otros acuerdos internacionales*, Madrid, Civitas/Thomson Reuters, 2015.

¹⁴ Véase, al respecto, el estudio de GARCÍA PÉREZ, R., «La proyección internacional de las Comunidades Autónomas en la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LASEE): Autonomía territorial y unidad de acción de la política exterior», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 27, 2014, pp. 1-30.

¹⁵ Dictamen 14/2014, de 17 de junio, del Consejo de Garantías Estatutarias.

cuestionadas eran, en gran medida, la expresión de las facultades de coordinación y ordenación de la política exterior que corresponden al Gobierno al amparo del art. 149.1.3 CE¹⁶.

7. Por su parte, el Parlamento catalán adoptó la Ley de acción exterior y de relaciones con la Unión Europea que, a mi entender, como he dicho, resulta una ley conveniente y necesaria para ordenar y regular la acción exterior y europea que realiza la Generalidad, aunque no creo que su estructura y contenido sean los más adecuados, ya que estimo que resulta muy débil su calidad legislativa y me parece que apenas aporta valor añadido en términos jurídico-normativos¹⁷. Una vez adoptada la Ley catalana, el Gobierno impugnó sus arts. 1 a 9, 26 y 29 a 38 por considerar que invadían la competencia exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales. La impugnación se formuló sobre la base del art. 161.2 CE y, por consiguiente, al admitirse a trámite el recurso, se ordenó también la suspensión de los preceptos impugnados¹⁸. De conformidad también con lo dispuesto en este artículo, en el plazo de cinco meses el TC acordó mantener la suspensión de algunas de las disposiciones recurridas pero la levantó respecto de otras¹⁹. Finalmente, el 22 de diciembre de 2016, el TC dictó su Sentencia 228/2016 por la que declaró la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones de la Ley catalana y formuló una interpretación conforme a la Constitución de otras tantas.

2. LA STC 228/2016: ENTRE EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y LA INCONSTITUCIONALIDAD PREVENTIVA

8. La sentencia, aun avalando de nuevo, en términos generales, la acción exterior autonómica, expresó, de una manera a mi entender poco sólida y solvente en términos jurídicos, ciertas reservas y un evidente carácter preventivo declarando inconstitucionales algunas disposiciones de la ley, lo que casa difícilmente con lo que debería ser, estrictamente, un juicio de constitucionalidad.

2.1. La reiteración del reconocimiento constitucional de la acción exterior de Cataluña

9. Diversos fundamentos jurídicos de la STC 228/2016 avalaban la acción exterior autonómica, vinculándola siempre a las competencias autonó-

¹⁶ STC 85/2016, de 28 de abril, FJ 2. Consideración criticada en su voto particular por el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos, con la adhesión del Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al estimar que el TC avalaba una competencia genérica de coordinación que no prevé la Constitución ni se había reconocido anteriormente por la jurisprudencia constitucional.

¹⁷ Véase un análisis de la Ley en PONS RAFOLS, X., *op. cit.*, nota 10, pp. 45-125, en especial pp. 85-103.

¹⁸ Providencia de 14 de abril de 2015.

¹⁹ Auto 122/2015, de 7 de julio.

micas y con los límites de las competencias estatales. Así, aunque en diversas disposiciones de la Ley catalana se formula una confusión interesada entre la «acción exterior de Cataluña»²⁰ y lo que corresponde estrictamente, en sentido propio y de conformidad con el EAC, con la «acción exterior de la Generalidad», siendo Cataluña la Comunidad Autónoma y siendo la Generalidad —de conformidad con los arts. 1 y 2 del EAC— el sistema institucional en que se organiza su autogobierno, no debería haber ningún inconveniente, como indicó el TC, en vincular a Cataluña con el ejercicio de la acción exterior que, lógicamente, llevarán a cabo sus instituciones. Lo que se asociaba también con la idea de los «intereses de Cataluña» que también se mencionan en la Ley catalana²¹, ya que el TC ha vinculado reiteradamente la noción de «intereses» de una Comunidad Autónoma con la noción de «competencias», «al enmarcar aquellos las competencias y definir estas, a su vez, los intereses»²². Es decir, que la acción exterior de Cataluña en tanto ente territorial no podía significar en ningún caso la consideración de Cataluña como sujeto de Derecho internacional²³. A mayor abundamiento, y aunque la ley se refiere en diversas ocasiones a Cataluña «como actor internacional activo»²⁴, el TC consideró que aunque solo el Estado puede relacionarse en el exterior como sujeto de Derecho internacional nada impide que las Comunidades Autónomas «puedan presentarse como actores internacionales, estando esas entidades territoriales facultadas en determinados casos para realizar actuaciones en el ámbito exterior actuando siempre en el marco de las competencias propias de las Comunidades Autónomas»²⁵. En consecuencia, la consideración de Cataluña como un actor internacional activo no podía ser entendida tampoco como una atribución de subjetividad internacional.

10. El TC también avaló, como no podía ser de otro modo, los arts. 2.d) y 7.2.e) de la Ley en relación con los acuerdos de colaboración ya que, por un lado, el art. 195 EAC autoriza a la Generalidad a suscribirlos «para la promoción de los intereses de Cataluña» en el «ámbito de sus competencias»; y, por otro lado, porque estos acuerdos de colaboración no son tratados internacionales, tal como los define y prescribe la nueva Ley de tratados y otros acuerdos internacionales. El reconocimiento del TC abarcaba también el art. 3 de la Ley catalana —salvo lo que luego indicaré en relación con el apdo. e)— que establece los principios rectores de la acción exterior y que tiene un claro contenido genérico y programático, del que no podía resultar un condicionamiento de la política exterior del Estado²⁶.

11. Por último, el TC rechazó las tachas de inconstitucionalidad a los arts. 5 a 9 de la Ley, que enumeran las funciones de las instituciones catalanas

²⁰ En la misma definición de la acción exterior en el art. 1 y en el art. 4.b) de la Ley.

²¹ En diversas disposiciones de la Ley: arts. 1, 2, 4, 8, 19, 21, 29, 31 y 32.

²² STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 118.

²³ STC 228/2016, de 22 de diciembre, FJ 4.

²⁴ Art. 1.1.b) de la Ley. El art. 4.a) se refiere a Cataluña «como un actor internacional comprometido, solidario y responsable».

²⁵ STC 228/2016, de 22 de diciembre, FJ 4.

²⁶ *Ibid.*, FJ 6.

en este ámbito de la acción exterior y de las relaciones con la Unión Europea porque, de un lado, estas disposiciones debían ser siempre entendidas como desarrollo de disposiciones estatutarias plenamente conformes con la CE y, de otro lado, porque, de nuevo, las acciones con proyección exterior de la Generalidad habían de circunscribirse en todo caso al ámbito de competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña²⁷. En este mismo sentido, el TC rechazó las impugnaciones de los arts. 29 a 33 de la Ley, que desarrollan la representación de la Generalidad en el exterior, reconociendo así la legitimidad constitucional del establecimiento de oficinas autonómicas, ya sea ante la Unión Europea o, de manera general, para la promoción de los intereses de Cataluña —como también reconocen los arts. 192 y 194 del EAC—, sin invadir por ello los límites del *ius legationis* que corresponde al Estado²⁸.

2.2. Las debilidades y contradicciones de la sentencia del Tribunal Constitucional

12. Si hay, por tanto, una parte de la sentencia que, en una concepción abierta, rechaza los argumentos poco solventes del recurso de inconstitucionalidad, aunque sea insistiendo reiteradamente en los límites competenciales, cuando el TC no formula interpretaciones conformes a la CE y declara la inconstitucionalidad de determinadas disposiciones de la Ley catalana evidencia, a mi entender, excesivas desconfianzas y profundas debilidades.

2.2.1. La restrictiva concepción de la noción de diplomacia pública

13. El TC, aunque convalidó la consideración de Cataluña como actor internacional, consideró inconstitucionales las definiciones contenidas en diversos apartados del art. 2 de la Ley referidas a la diplomacia pública, la misma expresión «Diplomacia pública de Cataluña» que rubrica el Capítulo I del Título IV de la Ley y el art. 38, que regula esta diplomacia pública²⁹. Por «diplomacia pública», noción ciertamente confusa³⁰, puede entenderse el conjunto de contactos formales e informales, permanentes o *ad hoc* con entidades extranjeras, públicas o privadas, con el propósito de promover asuntos de carácter socioeconómicos, políticos o culturales, así como cualquier otra dimensión externa de sus competencias que lleva a cabo una entidad subestatal³¹. A juicio del TC, sin embargo, la diplomacia pública se «configura como

²⁷ *Ibid.*, FJ 8.

²⁸ *Ibid.*, FJ 10.

²⁹ No entro a considerarlo, pero me parece muy discutible que el TC declare la inconstitucionalidad de unas definiciones y de la expresión que constituye la rúbrica de un Capítulo de la Ley.

³⁰ Véase VILARIÑO PINTOS, E., *Curso de Derecho Diplomático y Consular*, Madrid, 5.ª ed., Tecnos, 2016, p. 80.

³¹ Véase, por ejemplo, CORNAGO PRIETO, N., «Diplomacia, paradiplomacia y redefinición de la seguridad mundial: dimensiones de conflicto y cooperación», en KEATING, M. y ALDECOA, F. (coords.), *Paradiplomacia: las relaciones internacionales de las regiones*, Madrid, Marcial Pons, 2001, pp. 55-78.

un conjunto de actuaciones con incidencia exterior, no vinculadas al ejercicio de competencias autonómicas, que dirige y coordina la Generalidad y cuyos destinatarios pueden perfectamente ser los Estados u organizaciones internacionales como sujetos de Derecho internacional, a tenor de las finalidades que persigue»³².

14. La clave argumental del TC residía en esta doble consideración de que con el concepto de diplomacia pública se configuraba una actuación exterior de la Generalidad «no vinculada al ejercicio de competencias autonómicas» —lo que, en cualquier caso, se plantea apodícticamente, puesto que no se justifica— y que los destinatarios de estas actuaciones «pueden perfectamente ser» sujetos de Derecho internacional —lo que, en todo caso, no es más que una mera posibilidad y no una consecuencia segura de la norma en cuestión—³³. Además de estas debilidades argumentales, creo que se trata de una percepción que resulta contradictoria con lo afirmado en otros fundamentos de la misma sentencia sobre la relación entre intereses y competencias y, especialmente, sobre la interpretación conforme con la CE de aceptar la consideración de Cataluña como actor internacional.

15. Asimismo, con una visión errónea de las relaciones internacionales contemporáneas, el TC formuló una identificación de la diplomacia pública con las «relaciones diplomáticas», reservadas en exclusiva, *ex art.* 149.1.3 CE, al Estado. Se trata de una identificación absolutamente inconsistente, como era inconsistente la consideración del Consejo de Estado cuando venía a entender que la «diplomacia pública» es un concepto inexistente porque la única diplomacia existente es aquella «real» que reconoce el Derecho internacional³⁴. No hay ninguna duda de que las relaciones diplomáticas son entre Estados, pero de ahí a considerar que es inconstitucional la noción «diplomacia pública», concepto que, como el de la «paradiplomacia» o el de «actor internacional», están plenamente consolidados en las relaciones internacionales contemporáneas³⁵, me parece un exceso sin demasiado sentido por parte tanto del Consejo de Estado como del TC y es expresión, además, de un preocupante desconocimiento de la dinámica actual de las relaciones internacionales. A mi juicio, no hay duda que la diplomacia pública existe y que se trata de algo conceptualmente distinto de las relaciones diplomáticas entre Estados. Es más, es lo que, con absoluta normalidad, han estado haciendo las Comunidades Autónomas desde hace mucho tiempo.

16. Cuestión distinta es que se hayan utilizado estos mecanismos para la internacionalización del proceso político soberanista. Creo que aquí el TC ha caído en su propia trampa preventiva y, como indicaba el Magistrado Juan

³² STC 228/2016, de 22 de diciembre, FJ 11.

³³ Ambos aspectos son criticados por la Magistrada Adela Asúa Batarríta en su voto particular, al que se sumó el Magistrado Fernando Valdés Dal-Re.

³⁴ Véase el Dictamen 173/2015, de 4 de marzo.

³⁵ Como señala el Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos en su voto particular, la Ley catalana parece estar refiriéndose al «fenómeno de la paradiplomacia global, noción extendida y de uso común en la teoría de las relaciones internacionales».

Antonio Xiol Ríos en su voto particular, debía haber dejado «a un lado la sospecha del uso inconstitucional que la Comunidad Autónoma de Catalunya pueda hacer de las previsiones contenidas en su Ley de acción exterior». Entiendo, en este sentido, que siempre que haya una acción que pueda ser considerada ilegal o inconstitucional podrá impugnarse ante la jurisdicción competente, pero las disposiciones de una ley o su alcance normativo no pueden en ningún caso ser inconstitucionales solo por la prevención de que en el futuro se pudiese derivar de ellas una acción ilegal. A fin de cuentas, aunque se hayan anulado las definiciones, el art. 38 de la Ley y la expresión que rubrica el Capítulo en cuestión, las instituciones catalanas, públicas y privadas —entre ellas el Consejo de la Diplomacia Pública de Cataluña, que continúa existiendo³⁶—, seguirán llevando a cabo sus actividades de diplomacia pública³⁷.

2.2.2. *La restrictiva y anacrónica concepción de las relaciones institucionales con las oficinas consulares*

17. El Gobierno también impugnó, de manera general, el art. 26 de la Ley por referirse a las relaciones del Gobierno de la Generalidad con otros Gobiernos y, particularmente, su apartado 1.e) que establece como objetivo de la Generalidad el de crear «relaciones institucionales fluidas y constantes con el cuerpo consular presente en Cataluña, en especial con las legaciones de países que tengan fuertes intereses y vínculos socio-económicos y culturales con Cataluña, y promover la creación de nuevos consulados de otros países, como una forma de potenciar las relaciones bilaterales con territorios que puedan tener interés en Cataluña». A mi entender, el objetivo de establecer unas relaciones institucionales fluidas y constantes con el cuerpo consular presente en Cataluña y promover el establecimiento de nuevos consulados no constituye —como en tantas otras ocasiones sucede en esta ley— más que la mera expresión de aspiraciones. Por lo que se refiere a la primera parte de la frase, puede entenderse, además, como algo habitual y normal que, probablemente, otros tipos de entidades públicas o privadas intentarán también mantener en su actividad cotidiana con los consulados extranjeros ubicados en su ámbito territorial³⁸. Por lo que se refiere a la segunda parte de la frase, no es más que una mera retórica voluntariosa para que se establezcan nuevos

³⁶ Creado por Decreto 149/2012, de 20 de noviembre, de modificación de los Estatutos y de la denominación del *Patronat Catalunya Món*, que se convierte en *Patronat Catalunya Món - Consell de Diplomàcia Pública de Catalunya* (PCM - DIPLOCAT), DOGC núm. 6259, de 22 de noviembre de 2012, y cuyos objetivos se concretan en «convertirse en un instrumento del Gobierno para desarrollar una estrategia de diplomacia pública y contribuir al conocimiento y reconocimiento exterior del país».

³⁷ Que, en esencia, deberían consistir, a mi juicio, en el fortalecimiento y coordinación de la acción exterior y europea de la Generalidad en un escenario internacional donde son más intensas que nunca las conexiones internacionales de todo tipo, favoreciendo, así, el desarrollo, el progreso económico y social y la internacionalización de la economía catalana.

³⁸ De ahí que el mismo TC no advirtiera que este art. 26 pudiera ocasionar perjuicios para la dirección y ejecución de la política exterior del Estado, lo que justificó el levantamiento de la suspensión de este precepto (Auto 122/2015, de 7 de julio, FJ 6).

consulados, algo que, como es evidente, depende solo y exclusivamente de la recíproca voluntad del Estado que envía y del Estado receptor —y no de la Generalidad—, de conformidad con la Convención de Viena sobre relaciones consulares.

18. El TC, que no admitió las tachas de inconstitucionalidad generales sobre los objetivos establecidos en el art. 26 de la Ley catalana, sí admitió, de una manera poco sólida a mi juicio, la impugnación contra el apartado 1.e) de este art. 26. El TC consideró que la referencia a la promoción por la Generalidad del establecimiento de consulados de otros países «como una forma de potenciar las relaciones bilaterales» propiciaba la asunción de una función representativa a nivel internacional que no le correspondía, por ser propia del Estado. Además, el TC estimó que potenciar estas relaciones bilaterales «puede suponer un condicionamiento o menoscabo para la política exterior del Estado español». Creo que podía haberse formulado perfectamente una interpretación conforme con la CE de esta disposición considerando que estas relaciones bilaterales a través de las oficinas consulares presentes en Cataluña pueden ser de carácter cultural, económico o social y en el marco de las competencias de la Generalidad y, por tanto, no tienen por que provocar condicionamiento alguno para la política exterior del Estado. Porque, en definitiva, no son, en ningún caso, relaciones consulares, sino tan solo «relaciones institucionales con cuerpos consulares foráneos»³⁹.

19. Débil es también el argumento principal que utiliza el TC para declarar la inconstitucionalidad de este apartado, estimando que esta disposición «viene a equiparar el cuerpo consular, categoría recogida en el Convenio de Viena de 1963, con el concepto de “legación”, que es un tipo de representación diplomática (dirigida por un ministro o encargado de negocios, no por un embajador), estableciendo que el Gobierno de la Generalidad de Cataluña mantendrá relaciones con el cuerpo consular y con legaciones (diplomáticas), lo que contraviene la reserva *ex art.* 149.1.3 CE a favor del Estado en relación con el *ius legationis*»⁴⁰. Creo que el TC incurre aquí en desconocimiento del Derecho internacional cuando se refiere confusamente al «cuerpo consular» o al concepto de «legación». El primer concepto simplemente no existe en el Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares⁴¹, más allá de usarse comúnmente, como hace la Ley catalana, para referirse al conjunto de los agentes consulares acreditados en un Estado, en este caso España y presentes en Cataluña o aplicarse a las placas de los vehículos al servicio de las oficinas consulares; y el segundo es un concepto que evoca categorías históricas del Derecho diplomático, que ya no están siquiera recogidas en el Convenio de Viena de 1961 sobre relaciones diplomáticas⁴². Parece más bien

³⁹ Literalmente así lo subraya el voto particular del Magistrado Juan Antonio Xiol Ríos.

⁴⁰ STC 228/2016, de 22 de diciembre, FJ 9.

⁴¹ Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963, *BOE* núm. 56, de 6 de marzo de 1970.

⁴² Convenio sobre Relaciones Diplomáticas firmado en Viena el día 18 de abril de 1961, *BOE* núm. 21, de 24 de enero de 1968. Véase VILARIÑO PINTOS, E., *op. cit.*, nota 30, p. 182.

que el TC se quedó, anacrónicamente, en un aspecto meramente formal y de carácter histórico, utilizando expresiones y conceptos incorrectos o completamente desfasados. En todo caso, entiendo que el concepto «legación», que es el que emplea —de manera ligera, ciertamente— la Ley catalana, se puede utilizar, aunque técnicamente no sea lo correcto, para referirse de manera genérica tanto a las misiones diplomáticas como a las oficinas consulares y en este sentido, en el contexto sistemático de la disposición en cuestión, se refería simplemente a las oficinas consulares ubicadas en Cataluña.

2.2.3. *La regresión en la interpretación constitucional del denominado derecho a decidir*

20. Aunque resulta más tangencial sobre lo que constituye el núcleo central de la acción exterior autonómica y de la misma sentencia que me ocupa, resulta también conveniente referirse a la declaración de inconstitucionalidad que el TC formuló en relación con el art. 3.e) de la Ley catalana que, en el contexto de la fijación de los principios rectores de la acción exterior, se refería al «reconocimiento del derecho a decidir de los pueblos». Resulta obvio, a mi juicio, que se trataba de una disposición que pretendía el efecto político —que no jurídico— de referirse en un texto legal al denominado derecho a decidir. El TC declaró la inconstitucionalidad de esta disposición por considerar que el «inciso en cuestión viene a habilitar a la Generalidad de Cataluña para apoyar procesos de independencia en otros Estados, lo que en modo alguno tiene acomodo en las facultades que le corresponden a la Generalidad en su acción exterior» y que la Generalidad «carece de competencia para llevar a cabo el reconocimiento del derecho a la autodeterminación o a la soberanía de pueblo alguno, por cuanto este tipo de reconocimientos solo corresponde al Estado español como sujeto de Derecho internacional público»⁴³.

21. Obviamente, el TC estaba plenamente en lo cierto en relación con las competencias en materia de acción exterior que han de estar necesariamente relacionadas con la promoción de los intereses autonómicos, deben llevarse a cabo mediante el ejercicio de acciones con proyección exterior que se deriven directamente de sus competencias y deben respetar el límite de la competencia estatal exclusiva en materia de política internacional y de relaciones exteriores. Lo que resulta, a mi juicio, reprochable del planteamiento del TC es la identificación que se formulaba entre el denominado derecho a decidir y el derecho a la autodeterminación o a la soberanía de un pueblo. En términos jurídicos —que no políticos— esta identificación no es cierta en ningún caso, entre otras cosas porque este pretendido derecho a decidir no existe como tal derecho, ni en el Derecho interno ni en el Derecho internacional. Pero lo más criticable es que este planteamiento del TC resultaba plenamente contradictorio con su propia consideración sobre el denominado derecho a decidir, que expresó con acertada y meridiana claridad en su STC 42/2014,

⁴³ STC 228/2016, de 22 de diciembre, FJ 6.

de 25 de marzo, sobre la Declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo de Cataluña. En aquella ocasión, el TC estimó que algunos de los principios de la Declaración adoptada por el parlamento autonómico podían ser adecuados a la CE ya que daban cauce «a la interpretación de que el “derecho a decidir de los ciudadanos de Cataluña” no aparece proclamado como una manifestación de un derecho a la autodeterminación no reconocido en la Constitución, o como una atribución de soberanía no reconocida en ella, sino como una aspiración política a la que solo puede llegarse mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional con respeto a los principios de “legitimidad democrática”, “pluralismo”, y “legalidad”, expresamente proclamados en la Declaración en estrecha relación con el “derecho a decidir”»⁴⁴.

22. Es decir, el TC formulaba entonces una interpretación conforme con la CE del denominado derecho a decidir, y reiteraba que en una sociedad democrática como la española todas las posiciones políticas eran posibles y podían ser defendidas, siempre que su defensa no se llevase a cabo mediante «una actividad que vulnere los principios democráticos, los derechos fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales, y el intento de su consecución efectiva se realice en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución, pues el respeto a esos procedimientos es, siempre y en todo caso, inexcusable»⁴⁵. De manera parecida, en el ya citado Auto 122/2015, por el que se declaraba el levantamiento de la suspensión de algunas de las disposiciones de la Ley catalana, el TC levantó la suspensión de este inciso precisamente porque —entonces sí— recordó que cabía una interpretación constitucional de la referencia al «derecho a decidir»⁴⁶. En este sentido, entiendo que no es de recibo que el TC caiga en el efecto tramposo de las consideraciones políticas, obviando su verdadera función jurídico-constitucional que tan claramente había expresado en su STC 42/2014 cuando, al formular esta interpretación conforme con la CE de los principios asociados al denominado derecho a decidir, daba plena cabida a cualesquiera acuerdos políticos en el marco constitucional que pudieran resultar adecuados para resolver la crisis político-territorial que ha generado el proceso soberanista en Cataluña.

3. CONSIDERACIONES FINALES

23. Pese a que el contexto político del momento pueda explicar el *humus* independentista de la Ley catalana e, incluso, el poco fundamentado y excesivo carácter preventivo de las alegaciones del Gobierno, creo que en esta ocasión el TC no ha estado a la altura de sus responsabilidades como jurisdicción constitucional. Aunque la ley, como ya he dicho, es más bien mala, la STC 228/2016 que me ha ocupado resulta, también, a mi juicio, más bien pobre. Reitera, en parte, el reconocimiento constitucional de la acción

⁴⁴ STC 42/2014, de 25 de marzo, FJ 3.

⁴⁵ *Ibid.*, FJ 4.

⁴⁶ Auto 122/2015, de 7 de julio, FJ 5.

exterior autonómica, insistiendo en la fundamentación de esta proyección exterior en las competencias autonómicas, algo ya sabido y que no aporta mayor valor añadido; y en parte, con fundamentos jurídicos poco sólidos y solventes, contradictorios con su propia jurisprudencia y con desconocimiento de algunas de las realidades actuales del Derecho internacional y de las relaciones internacionales contemporáneas, expresa reticencias políticas y un excesivo *humus* de carácter preventivo. Lo que no concuerda con lo que debería ser, propiamente, un juicio de constitucionalidad.

24. Como el propio TC ha dicho en otras ocasiones, como jurisdicción constitucional no le corresponde pronunciarse sobre eventuales o hipotéticas interpretaciones y, en este sentido, no proceden pronunciamientos preventivos a través de los cuales se pretenda evitar una posible y no producida aplicación de determinados preceptos en contradicción con la CE. Si esto se produjera, es decir, si la aplicación de la norma produce —y no solo que pueda producir— vulneración de la CE, el ordenamiento jurídico ofrece otros cauces, ante la jurisdicción ordinaria o ante el mismo TC, para evitar que tales situaciones se produzcan. Entiendo, así, que no cabe pronunciarse sobre meras eventualidades, que es lo que acaba haciendo el TC en esta sentencia. Es decir, impugnación preventiva y sentencia preventiva también, ambas reprobables, como es reprobable la escasa calidad técnico-normativa de la Ley catalana y su alta imprecisión y poco valor normativo. Pero de la imprecisión y del *humus* que desprende la Ley catalana no debía derivarse necesariamente un pronunciamiento de inconstitucionalidad como el que se comenta, que tiene, a mi juicio, un claro carácter preventivo.

25. La acción exterior de las Comunidades Autónomas se fundamenta en la autonomía política que la CE les reconoce y garantiza, y ello, obviamente, puede generar conflictos políticos y jurídicos en materia de acción exterior que deriven del ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas y de las del Estado. Solo la mutua lealtad institucional y el respeto de la distribución competencial en un Estado de estructura compuesta podrán facilitar la relación entre las distintas Administraciones, y podrán permitir solventar los problemas políticos y jurídicos que necesariamente se presentarán. En consecuencia, sobre la base del diálogo, la negociación y los acuerdos que resulten necesarios para definir la acción exterior del Estado y resolver los conflictos políticos que puedan surgir —ya que los jurídicos tienen los cauces judiciales de resolución—, entiendo que habrá de buscarse el necesario —aunque complejo— equilibrio entre el principio de la unidad de acción exterior del Estado y la misma distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.

Palabras clave: Constitución Española, relaciones internacionales, acción exterior autonómica, Generalidad de Cataluña, diplomacia pública, relaciones consulares, derecho a decidir.

Keywords: Spanish Constitution, international relations, external action of the Autonomous Communities, Generalidad de Cataluña, public diplomacy, consular relations, the right to decide.

FALTA DE JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES
ESPAÑOLES PARA CONOCER DE DELITOS CONTRA
EL MEDIO AMBIENTE (PESCA IUU) COMETIDOS
POR ESPAÑOLES MEDIANTE BUQUES DE PABELLÓN
EXTRANJERO EN ALTA MAR
(Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2016,
asunto *Vidal Armadores*)

Miguel GARCÍA GARCÍA-REVILLO*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y JURÍDICOS.—3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.—4. EL VOTO PARTICULAR.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

1. Por Sentencia de 23 de diciembre de 2016, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (TS), por cuatro votos contra uno, estimó el recurso de casación¹ interpuesto por la defensa de los imputados contra el Auto de la Audiencia Nacional (AN), de 15 de junio de 2016², donde este órgano, ratificando a su vez el Auto del Juzgado Central de Instrucción (JCI) núm. 3, de 9 de mayo de 2016³, afirmaba la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de un presunto delito contra el medio ambiente con arreglo a los arts. 335.1 y 4 y 336 del Código Penal (CP) cometido por nacionales españoles mediante buques de pabellón extranjero en alta mar. En dicha sentencia, el TS, además de casar y anular el auto recurrido, rechazando la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del caso, decidió el sobreseimiento libre, con el consiguiente archivo de las actuaciones y la puesta en libertad de los imputados.

* Profesor Titular de Derecho internacional público de la Universidad de Córdoba (miguelgarcia@uco.es). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 10 de mayo de 2017.

¹ STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 23 de diciembre de 2016.

² AAN (Sala de lo Penal, Sección 4.ª), de 15 de junio de 2016 (Auto núm. 365/16, rollo de Apelación núm. 333/16).

³ Diligencias Previas núm. 114/15.

2. Se trata de resoluciones judiciales de gran trascendencia mediática⁴ y jurídica, tanto para el Derecho procesal interno español como para el Derecho internacional (DI), al plantearse por primera vez la cuestión de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de delitos de pesca INDNR (ilegal, no declarada, no reglamentada) o IUU (por sus siglas en inglés, *illegal, unreported and unregulated*) cometidos por nacionales españoles mediante buques de pabellón extranjero en alta mar («aguas internacionales», en las palabras del TS).

2. ANTECEDENTES FÁCTICOS Y JURÍDICOS

3. En concreto, los hechos imputados habrían sido presuntamente cometidos por tres buques (*Shongua*, *Yongding* y *Kunlun*) de pabellón de Guinea Ecuatorial (cuestionado por el fiscal) y propiedad de armadores españoles (el conjunto empresarial Vidal Armadores, radicado en Galicia), sorprendidos por la Patrulla Naval de Nueva Zelanda, en enero de 2015, cuando se dedicaban a la pesca de la merluza austral en aguas antárticas sometidas a la Convención sobre la Conservación de los Recursos Vivos Marinos Antárticos (más conocida por sus siglas en inglés, CCAMLR), de 20 de mayo de 1980, de la que es parte España⁵, presuntamente sin licencia.

4. A raíz de estos hechos, la titular del JCI núm. 3 de la AN imputó a los nacionales españoles implicados un delito contra la protección de la fauna, previsto en los arts. 335.1 y 4 y 336 del CP, en concurso con otros delitos de pertenencia a grupo criminal, blanqueo de capitales y falsedad documental, derivados del primero. Por otra parte, accediendo a la petición del fiscal, la jueza instructora había acordado, en una resolución anterior, la prisión provisional de los imputados.

5. Cuestionada por la defensa la jurisdicción de los tribunales españoles, por entender que no se cumplían las condiciones exigidas por el art. 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), concretamente en sus apartados 2 y 4, el JCI pronunció el 9 de mayo de 2016 un Auto por el que, desestimando las pretensiones de la defensa, afirmaba la jurisdicción de dichos tribunales para conocer del caso. En relación con el delito ambiental imputado, la instructora, en los Razonamientos Jurídicos del Auto, apoya la jurisdicción de los tribunales españoles en el citado art. 23 de la LOPJ, cuyos apartados 2⁶

⁴ Véase, por ejemplo, el diario *El Mundo*, de 14 de marzo de 2016 (<http://www.elmundo.es/cronica/2016/03/14/56e3f37546163f3e638b4588.html>) y la *Voz de Galicia*, de 29 de diciembre de 2016 (http://www.lavozdegalicia.es/noticia/maritima/2016/12/29/supremo-archiva-causa-contra-vidal-armadores-pesca-pirata-antartida/0003_201612G29P34991.htm).

⁵ BOE núm. 125, de 25 de mayo de 1985.

⁶ Según el art. 23.2 de la LOPJ: «También conocerá la jurisdicción española de los delitos que hayan sido cometidos fuera del territorio nacional, siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieran adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho y concurrieren los siguientes requisitos: a) Que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un Tratado internacional o de un acto normativo de una Organiza-

y 3⁷ reproduce, conectándolo con los arts. II, III y XXI de la Convención CCAMLRL antes referida. No analiza, en cambio, si los hechos eran punibles según la legislación del Estado del pabellón (Guinea Ecuatorial), afirmando, respecto a la nacionalidad de los buques implicados, que se trataba de pabellones de conveniencia. Más específico es, en cambio, el Auto, en cuanto al delito de integración en grupo criminal (art. 570 ter del CP), para cuyo conocimiento apoya la jurisdicción procesal española en el art. 23.4.j) de la LOPJ.

6. Por su parte, la Sala de lo Penal de la AN ratifica en su Auto de 15 de junio de 2016 la resolución de la jueza instructora, apelada por la defensa de los imputados, apoyando explícitamente la jurisdicción de los tribunales españoles, respecto al delito ambiental imputado, en el art. 23 de la LOPJ. A este respecto, en cuanto a la exigencia de que el hecho fuera punible en el lugar de ejecución, la AN, en los Fundamentos Jurídicos del Auto, afirma que la Convención CCAMLRL «permite la extensión de la jurisdicción española para investigar y conocer los supuestos hechos con apariencia delictiva sujetos a escrutinio», citando al efecto los arts. II, XXI, XXII y XXIV de dicho tratado.

7. Por otro lado, la AN sostiene que «podemos acogernos a otros tres textos normativos para afirmar la jurisdicción española sobre los hechos que se investigan», citando al respecto el art. XIV de la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de flora y fauna silvestres⁸ (más conocida por sus siglas en inglés, CITES), de 3 de marzo de 1973, el art. 45 de la Constitución Española y el art. XXI de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código Penal⁹. Por lo demás, respecto a los delitos de constitución, financiación o integración en grupo u organización criminal, o los delitos cometidos en el seno de los mismos, la AN confirma la base legal de la jurisdicción de los tribunales españoles sobre el art. 23.4.j) de la LOPJ, como hiciera en su momento el JCI.

ción internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados siguientes; b) Que el agraviado o el Ministerio Fiscal interpongan querrela ante los Tribunales españoles; c) Que el delincuente no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena».

⁷ Según el art. 23.3 de la LOPJ: «Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos:

- a) De traición y contra la paz o la independencia del Estado.
- b) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente.
- c) Rebelión y sedición.
- d) Falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales.
- e) Falsificación de moneda española y su expedición.
- f) Cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado.
- g) Atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles.
- h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española.

i) Los relativos al control de cambios».

⁸ BOE núm. 181, de 30 de julio de 1986.

⁹ BOE núm. 152, de 23 de junio de 2010.

3. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

8. Frente a la posición tanto del JCI como de la Sala de lo Penal de la AN, la Sala de lo Penal del TS entiende, en su Sentencia de 23 de diciembre de 2016, que los juzgados y tribunales españoles no tienen jurisdicción para conocer de los delitos imputados. En opinión del TS, «ni la Convención para la Conservación de los Recursos Marinos Vivos del Antártico, ni los preceptos indicados de la LOPJ proporcionan las bases necesarias para la proclamación jurisdiccional»¹⁰.

9. Respecto a la aplicabilidad del art. 23.2 de la LOPJ, el TS sostiene que «la extensión de la jurisdicción española impone, por definición, la referencia que proporciona otro Estado que, conforme al primero de los presupuestos exigidos por el apartado a), ha de contar con una legislación penal que incrimine en su propio territorio la conducta imputada», de modo que la doble incriminación actúa «como *conductio sine qua non* para que el delito cometido fuera de España por un español o por un extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad con posterioridad al hecho imputado, pueda ser investigado y enjuiciado por los tribunales españoles». De este modo, según el alto tribunal:

«de forma bien plástica podría decirse que el ciudadano español o el extranjero naturalizado que viajan más allá de nuestras fronteras, no llevan en su mochila un Código Penal con vocación de reprimir hechos cometidos allí donde tales conductas no han sido penalmente desvaloradas por el legislador del país de destino».

10. En el presente caso, concluye a este respecto el TS, «carece de sentido invocar la aplicación de este precepto, pues el hecho reputado delictivo fue cometido, según aclara la querrella entablada por el Ministerio Público, en aguas internacionales», sin que esta circunstancia quede desvirtuada por el hecho de que esas aguas se encuentren en la zona de aplicación de la Convención CCAMLR¹¹.

11. Por otra parte, extendiendo su análisis también al art. 23.3 de la LOPJ, entiende igualmente el TS que los hechos objeto de querrella tampoco pueden ser encajados en ninguno de los tipos penales mencionados en ese apartado. En palabras de la Sala:

«Este precepto —clara expresión del principio real o de protección— no incorpora ninguno de los delitos imputados en la querrella del Fiscal al repertorio de aquellas infracciones penales que pueden ser perseguidas por los tribunales españoles, sea cual fuere el lugar de comisión. Los delitos contra el medio ambiente por pesca ilegal (arts. 335 o 336 CP), falsedad documental (arts. 390 y 392 CP) o integración en grupo u organización criminal (arts. 570 ter 1 y 570 quater 2 y 3 CP) no protegen, a juicio del legislador, un bien jurídico de valor singular para la comunidad nacional, hasta el punto de que resulte justificado romper las barreras impuestas por el principio de territorialidad».

¹⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 23 de diciembre de 2016, Fundamento 6.º

¹¹ *Ibid.*

12. Únicamente el delito de blanqueo de capitales, al establecer el art. 301.4 del CP su castigo aunque los actos de los que estos procedan «hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero», permitiría su persecución extraterritorial. Sin embargo, en opinión del TS:

«mal puede hablarse de una actividad de blanqueo de capitales si las ganancias no provienen de un delito. La necesidad de un delito antecedente —una *actividad delictiva* dice textualmente el art. 301 del CP— opera como una exigencia del tipo, sin el cual el juicio de subsunción se desmorona»¹².

13. De hecho, según la sentencia, asumiendo las alegaciones de la defensa, es en el art. 23.4.d) de la LOPJ¹³ donde se enumeran los delitos cometidos «en los espacios marinos» (*sic*), y en tal disposición «el listado [también] se olvida de los delitos por los que el Fiscal formula querrela»¹⁴.

14. Por lo demás, en cuanto a la base ofrecida por la Convención CCA-MLR, que el TS analiza en conexión con la «cláusula de cierre» establecida por el art. 23.4.p) de la LOPJ¹⁵, considera la sentencia que «la lectura de los principales preceptos de la Convención invocada en las resoluciones objeto de recurso [arts. III, XXI, XXII y XXIV] no revela un propósito de las partes contratantes de imponer la persecución penal obligatoria de las infracciones de pesca en la captura de austromerluza»¹⁶, a lo que añade que «el mismo tono programático, ajeno a toda nota de imperatividad, se aprecia en las previsiones del Reglamento 601/2004 CE del Consejo, de 22 de marzo, referido a las Medidas de control a actividades pesqueras en la zona de la Convención para la Conservación de Recursos Vivos Marinos Antárticos»¹⁷.

4. EL VOTO PARTICULAR

15. Frente a la posición mayoritaria, el Magistrado Del Moral García formuló un Voto Particular en el que expresó su discrepancia con la sentencia

¹² STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 23 de diciembre de 2016, Fundamento 7.º

¹³ Según esta disposición: «Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: d) Delitos de piratería, terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos, contra los derechos de los ciudadanos extranjeros y delitos contra la seguridad de la navegación marítima que se cometan en los espacios marinos, en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte».

¹⁴ STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 23 de diciembre de 2016, Fundamento 8.º

¹⁵ Según esta disposición: «Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: p) Cualquier otro delito cuya persecución se imponga con carácter obligatorio por un Tratado vigente para España o por otros actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea miembro, en los supuestos y condiciones que se determine en los mismos».

¹⁶ STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 23 de diciembre de 2016, Fundamento 8.º

¹⁷ *Ibid.*, Fundamento 8.º *in fine*. Este reglamento se encuentra publicado en el DO L núm. 97, de 1 de abril de 2004.

respecto a la recurribilidad en casación del auto impugnado y a la ausencia de jurisdicción de los tribunales españoles para conocer del caso.

16. Respecto a la recurribilidad en casación del Auto de la AN, el magistrado discrepante afirma que, sirviéndose de diversas «piruetas exegéticas», entre las que se incluye la de torcer «el axioma de que a la casación solo acceden las resoluciones definitivas, es decir, aquellas que ponen fin al proceso» salvo las excepciones muy contadas previstas en la ley, la sentencia «rompe las costuras del sistema legal de recursos frente a resoluciones interlocutorias». En palabras del magistrado:

«Se alumbra una decisión que, en lo que alcanzo a conocer, carece de cualquier precedente. Es no solo insólita, sino inédita: el Tribunal Supremo resolviendo una casación decreta *ex novo* (es decir, no por la vía de confirmar una resolución precedente) el sobreseimiento libre de unas diligencias previas en tramitación»¹⁸.

17. Además de la discrepancia de índole procesal interna, el magistrado entiende, respecto a la cuestión jurisdiccional, que, en el estado en el que se encontraban las actuaciones (en fase de instrucción) no había base material ni jurídica suficiente para «concluir con rotundidad, como hace la sentencia mayoritaria, que la jurisdicción penal española carece de competencia para conocer de ninguno de los diversos hechos que se están investigando»¹⁹. A este respecto, en cuanto a la aplicación del principio de personalidad (art. 23.2 de la LOPJ) señala en su Voto Particular que, para entender si concurre o no el requisito de la doble incriminación, hay que estar «al pabellón del barco, Guinea Ecuatorial, que determina su nacionalidad y atrae la jurisdicción», subrayando, a este respecto, que, sobre la legislación de dicho país, «nada consta o nada se ha indagado», resultando «precipitado presumir que no existe norma penal alguna en tal nación que fuese aplicable»²⁰.

18. Por otro lado, considera el magistrado discrepante «un argumento forzado y artificioso, que aletea tácitamente en el discurso de la mayoría, entender que, como en sí la actividad de pesca no se realiza *en* la embarcación, sino *desde* la embarcación, el hecho se habría producido en alta mar, es decir en *tierra de nadie* (o, mejor, para salvar la paradoja, en *aguas de nadie*)»²¹. A estos efectos, afirma:

«Esa exégesis, unida a una interpretación del principio de personalidad tan estricta como la manejada por la mayoría, lleva a consecuencias que se me antojan inasumibles. El principio de personalidad no permite perseguir una conducta que se ha realizado en un país cuya legislación no la castiga. Pero creo que no es correcto de ahí colegir que los espacios terrestres, marinos o espaciales, situados al margen de toda soberanía nacional, se convierten en pleno siglo XXI en *ciudades sin ley*, donde todo se puede hacer, salvo los delitos en los que rige el

¹⁸ STS (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), de 23 de diciembre de 2016, Voto Particular del Magistrado del Moral García, apartado II.

¹⁹ *Ibid.*, apartado III.

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

principio de justicia universal y que conforman un listado amplio pero en cualquier caso limitado y con notables ausencias»²².

5. CONSIDERACIONES FINALES

19. La novedad del caso que comentamos, tanto por los aspectos de Derecho procesal interno español brevemente referidos como, en lo que concierne al Derecho internacional público, por tratarse de la primera vez en la que se planteaba la extensión de la jurisdicción de los tribunales españoles para conocer de un delito ambiental relativo a la pesca INDNR o IUU, cometido por nacionales españoles mediante buques de pabellón extranjero en alta mar, le dota de un alto interés jurídico, además del mediático ya referido.

20. Frente a la abundancia de asuntos en los que se ha extendido la jurisdicción de los tribunales españoles, en virtud del principio de justicia universal (art. 23.4 de la LOPJ), a delitos cometidos a bordo de buques de pabellón extranjero, por ejemplo, por tráfico de drogas²³, el asunto que nos ocupa resulta difícilmente comparable a otros ya resueltos, por lo que es una incógnita lo que pueda suceder en el futuro con la persecución penal del tipo de conductas descrito. De mantenerse en futuras resoluciones la posición de la Sala de lo Penal del TS, en su Sentencia de 23 de diciembre de 2016, en el sentido de que, a los efectos del principio de personalidad (art. 23.2 de la LOPJ), el delito medioambiental imputado no es punible en el lugar de ejecución cuando es cometido por buques extranjeros en «aguas internacionales» (alta mar), con independencia de lo que establezca al respecto la legislación del Estado del pabellón de los buques desde los cuales se pesca, así como que tampoco resultan de aplicación a estos casos, para extender la jurisdicción de los tribunales españoles más allá de nuestro territorio, los principios de protección (art. 23.3 de la LOPJ) y jurisdicción universal (art. 23.4 de la LOPJ), al Estado español no le quedará otra opción que, o bien proceder a la modificación legislativa de la citada Ley Orgánica, para introducir expresamente las conductas descritas entre las cubiertas por los supuestos de los apartados 2, 3 o 4 de su art. 23, o bien renunciar a la persecución penal de este tipo de actos, asumiendo que nuestro país da por cumplidas sus obligaciones internacionales de lucha contra la pesca IUU únicamente mediante su represión por vía administrativa. Dadas las peculiaridades del caso, y la contundencia del Voto Particular emitido contra la mayoría, quizás sea aún pronto para sacar conclusiones de cierto alcance.

Palabras clave: pesca IUU, Derecho del Mar, delitos contra el medio ambiente, pabellón de conveniencia.

Keywords: IUU fishing, Law of the Sea, environmental crimes, flag of convenience.

²² *Ibid.*

²³ Véanse, por ejemplo, entre las más recientes, STS (Sala de lo Penal, Pleno), de 24 de julio de 2014, STS (Sala de lo Penal), de 24 de julio de 2014 y STS (Sala de lo Penal), de 11 de diciembre de 2014, en los tres casos con imputados de nacionalidad extranjera.

Sección coordinada por C. ESPÓSITO (Derecho internacional público), F. GARAU (Derecho internacional privado) y J. L. DE CASTRO (Relaciones Internacionales)

RECENSIONES

Nota de la Dirección: para el presente número de la *REDI* se realizaron las recensiones de las obras que se citan a continuación. Por cuestión de espacio no ha sido posible incluirlas en este número, remitiéndose su publicación al primer número de 2018.

ACOSTA SÁNCHEZ, M. A., *Las fronteras internacionales de España en África: Melilla*, Madrid, Reus, 2016, por José Manuel SOBRINO HEREDIA.

ÁLVAREZ, J. E., *The Impact of International Organizations on International Law*, Leiden, Boston, Collected Courses of the Xiamen Academy of International Law, Brill/Nijhoff, 2017, por Ricardo ARREDONDO.

COMBALÍA, Z.; DIAGO DIAGO, M. P., y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. (coords.), *Derecho e Islam en una Sociedad Globalizada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, por Carmen RUIZ SUTIL.

GARCÍA ÁLVAREZ, L., *Competencia judicial internacional, daños ambientales y grupos transnacionales de sociedades*, Granada, Comares, 2016, por María FONT I MAS.

GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., y LÓPEZ JARA, M., *El desarrollo y consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea. La implementación del Programa de Estocolmo*, Madrid, Tecnos, 2016, por Cástor Miguel DÍAZ BARRADO.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, C., *La dimensión de género en los Tribunales Penales Internacionales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, por Isabel LIROLA DELGADO.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (coord.), «La Ley Orgánica 16/2015 sobre Privilegios e Inmunidades: Gestión y Contenido», *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, núm. 55, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2016, por Francisco JIMÉNEZ GARCÍA.

MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P., y PALAO MORENO, G. (dirs.), *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, Valencia, Registradores de España, Tirant lo Blanch, 2017, por María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ.

- ORIHUELA CALATAYUD, E. (coord.), *Crímenes internacionales y justicia penal. Principales desafíos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, por Julio JORGE URBINA.
- OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C. (dir.), *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson, 2017, por Georgina GARRIGA SUAU.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, 2 tomos, 3.^a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters, 2016, por Santiago CAVANILLAS MÚGICA.
- STRONG, S. I.; FACH GÓMEZ, K., y CARBALLO PIÑEIRO, L., *Derecho comparado para abogados anglo- e hispanoparlantes. Culturas jurídicas, términos jurídicos y prácticas jurídicas*, Reino Unido, Edward Elgar Publishing, 2016, por Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN.
- TORRES CAMPRUBÍ, A., *Statehood under Water. Challenges of Sea-Level Rise to the Continuity of Pacific Islands States*, Leiden-Boston, Brill/Nijhoff, 2016, por Antonio REMIRO BROTONS.

ARENAL, C. DEL y SANAHUJA, J. A. (coords.), *Teorías de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015.

Presentamos en estas páginas un relevante trabajo colectivo que sin duda habrá de convertirse en un referente en el estudio de las Teorías de las Relaciones Internacionales para toda la comunidad científica internacionalista de habla hispana. Como señalan los autores en las primeras páginas de Presentación, el libro pretende la consecución de tres objetivos: en primer lugar, ofrecer una visión panorámica de las principales corrientes teóricas en el panorama actual de las Relaciones Internacionales; en segundo, erigirse en un texto con vocación pedagógica y docente; y, en tercer lugar, recoger una muestra representativa de lo que bien pudiera denominarse la Escuela Española de Relaciones Internacionales. Y tras una lectura de los doce capítulos que integran sus casi 400 páginas, bien puede afirmarse que se cumplen muy satisfactoriamente los tres objetivos señalados.

En primer lugar, el libro nos ofrece una muestra analítica detallada y pormenorizada de las principales corrientes teóricas que caracterizan hoy a nuestra disciplina y que han alterado sustancialmente

el mapa canónico tradicional vigente hasta finales del siglo xx. Y este es, precisamente, el principal aporte del libro que ahora presentamos: ofrecer al lector (estudiantes de Relaciones Internacionales, profesores e investigadores internacionistas así como a personas interesadas por el acontecer y la reflexión sobre el medio internacional) un instrumento sintético (todos los capítulos cuentan con alrededor de treinta páginas cada uno) y a la vez muy riguroso sobre la amplitud de corrientes que caracterizan a las Relaciones Internacionales, desde las que integran el *mainstream* o corriente principal de la disciplina, hasta aquellas otras ubicadas en lo que anteriormente señalábamos como márgenes de la disciplina; pero que cada día van ocupando un mayor espacio también en el seno de la academia internacionalista española, como este libro evidencia de una forma bastante nítida.

Tras un primer capítulo firmado por Celestino del Arenal («Americanocentrismo y Relaciones Internacionales: la seguridad nacional como referente») en el que el autor aborda de forma crítica

el etnocentrismo y especialmente el americanocentrismo que ha caracterizado a las Relaciones Internacionales desde sus orígenes, a la vez que pone de manifiesto los pasos hacia la superación del mismo que se están dando como consecuencia de las nuevas corrientes reflectivistas; una sucesión de capítulos van recorriendo los diferentes enfoques teóricos, incluyendo tanto aportaciones sobre el análisis de las corrientes principales como esas otras más minoritarias y novedosas (aunque en muchas ocasiones esta «novedad» cuenta ya con más de dos décadas de desarrollo). Sucesivamente encontramos artículos dedicados al Realismo (firmado por Leire Moure Peñín de la Universidad del País Vasco), al Liberalismo (Rafael Grasa de la Universidad Autónoma de Barcelona), al debate Neoliberalismo/Neorrealismo (Esther Barbé y Juan Pablo Soriano de la Autónoma de Barcelona), a la Teoría Crítica (José Antonio Sanahuja de la Universidad Complutense), al Socialconstructivismo (Josep Ibáñez de la Universidad Pompeu Fabra), al Postestructuralismo (Noé Cornago Prieto de la Universidad del País Vasco), al Feminismo (Irene Rodríguez Manzano de la Universidad de Santiago de Compostela) y, por último, a la Teoría de la Sociedad Internacional/Escuela Inglesa (Caterina García Segura de la Pompeu Fabra). En todos los casos, no se trata simplemente de caracterizar cada corriente teórica, sino también de complementar el análisis con las aportaciones más novedosas en cada una de ellas. Además de este análisis panorámico y omnicompreensivo del debate teórico en las Relaciones Internacionales que se deriva de los capítulos anteriormente señalados, el libro se detiene también en el abordaje teórico de dos subdisciplinas como son los Estudios de seguridad y las Teorías de la integración, aspectos ambos que ocupan un lugar relevante en la agenda internacional.

Es precisamente esta visión panorámica de la Teoría de las Relaciones In-

ternacionales la que dota al trabajo que presentamos de una marcada vocación pedagógica y docente. Este trabajo es, *de facto*, un instrumento perfecto para la impartición de la asignatura de «Teoría de las Relaciones Internacionales» así como de «Introducción a las Relaciones Internacionales». Los nuevos Grados de Relaciones Internacionales y los nuevos dobles Grados que incluyen estos estudios como uno de sus componentes troncales, surgidos a la luz de la reforma operada en el marco del Espacio Europeo de Educación Superior («proceso de Bolonia») que están surgiendo por doquier en el seno de la universidad española, así como los numerosos posgrados en diferentes aspectos de las relaciones internacionales y el análisis de la sociedad internacional, cuentan desde ahora mismo con un material docente de máxima calidad.

Finaliza el libro con un capítulo escrito por Rafael Calduch Cervera sobre «la Escuela Española de Relaciones Internacionales» en la que el profesor de la Complutense, tras conceptualizar lo que debemos entender por «escuela» en el ámbito científico, reivindica la existencia de la misma, sus orígenes como consecuencia del magisterio de D. Antonio Truyol i Serra, expone sus supuestos teóricos y sus características. Aunque sin ánimo de exhaustividad, como él mismo señala, el autor realiza un recorrido por las tres generaciones que, hasta la fecha, componen esa Escuela Española de Relaciones Internacionales, sus integrantes y sus líneas de investigación predominantes. Sobre la vitalidad de esta Escuela Española da muestra este libro sobre el que, si bien hay que señalar que «no están todos los que son» indudablemente no podemos negar que todos los que sí están lo son realmente. Concluimos con las palabras de Calduch cuando afirma que «los fundamentos nucleares del programa de investigación que inició Truyol hace más de seis décadas siguen teniendo plena vigencia en la actualidad y que le corresponde a esta escuela, por derecho

propio, el mérito de haber introducido, desarrollado y consolidado en España la investigación y el estudio de las Relaciones Internacionales» (p. 376).

José Luis DE CASTRO
 Universidad del País Vasco/Euskal
 Herriko Unibertsitatea
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.2.2017.4.01>

BECKER LORCA, A., *Mestizo International Law: A Global Intellectual History 1842-1933*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, 420 pp.

El libro escrito por el Profesor Arnulf Becker Lorca merece sin duda el *ESIL Book Prize* otorgado en 2016. El autor examina las dinámicas y evolución, entre el siglo XIX y 1933, de la interacción con el Derecho internacional de juristas provenientes de la «semi-periferia», conformada por pueblos que, sin gozar del mismo poder y estatus que los occidentales, no estaban sometidos a una subyugación abierta y plena. Un argumento central es que, tras unos primeros pasos tímidos de aprendizaje del contenido y la lógica del Derecho internacional tal y como era concebido según la entonces prevalente narrativa eurocéntrica, animados por el propósito de defender intereses de sus pueblos aquellos internacionalistas acabaron apropiándose del idioma del Derecho internacional y transformándolo en algunos aspectos, de forma que ya no privilegiase en exceso o exclusivamente a los poderes centrales, merced a la cristalización y al robustecimiento de principios sobre igualdad soberana, independencia y no intervención, que podían invocarse por Estados débiles frente a formas de injerencia que antes abundaban.

El autor culmina su narrativa histórica con el análisis de la adopción de la Convención de Montevideo sobre Derechos y Deberes de los Estados, demostrando que fue más revolucionaria de lo que se reconoce, en tanto al proponer una concepción de reconocimiento meramente declarativo de la identidad estatal y al indicar elementos objetivos sobre la emergencia y existencia del Estado dio al traste con la distinción antes esgrimida por algunos entre Estados civilizados,

semi-civilizados y no civilizados, que se invocaba para justificar tratos diferenciados que entrañaban explotación o desventajas, tema del que ya se ha ocupado el Profesor Antonio Remiro Brotons (cabe considerar que la opinión prevalente de que el Estado Islámico no es un Estado puede reflejar una aceptación contemporánea de criterios cualitativos sobre estatalidad, que comparto pues impiden legitimar abusos contrarios al Derecho imperativo).

Sobre aquellas cuestiones, como se indica en el libro y ha sido observado por Simon Chesterman, un hecho curioso es que el estatus de Japón mejoró cuando demostró un incremento en su poderío y capacidad de influencia o dominación sobre pueblos vecinos, lo que cuestiona sobre los curiosos estándares con los que se medía la «civilización». Además, con buen tino Becker señala que a Estados como el ruso y el otomano no se les trataba como iguales a pesar de su poderío militar, lo que según el autor tiene una explicación que subyace con frecuencia en las relaciones internacionales: la economía, toda vez que ninguno estaba en el centro de entramados emergentes de la economía y las transacciones internacionales que surgían desde otros centros.

Otra idea central del libro que se advierte desde sus primeras páginas es que los internacionalistas son en ocasiones actores políticos, argumento que comparto y recuerda la postura de Rosalyn Higgins sobre cómo en lugar de obsesionarnos con nociones formales de subjetividad conviene examinar las dinámicas formales e informales de participación

de numerosos actores en lo que Myres McDougal llamó procesos jurídicos internacionales o, lo que es lo mismo, modalidades de interacción con el Derecho internacional animados por ciertos objetivos. Becker Lorca sustenta esta idea exponiendo proyectos, propuestas y debates impulsados por internacionalistas asiáticos y latinoamericanos.

Examinando cómo aquellos diplomáticos y juristas se abrieron cada vez más paso en los círculos de las negociaciones y la doctrina, el autor ofrece una idea persuasiva: su influencia creció cuanto más se les conocía personalmente en el «centro», bien sea gracias a sus estudios y a contactos interpersonales, que demostraban que se les debía tomar en serio; o por la lectura de las obras de los «semi-periféricos» publicadas en francés, alemán o inglés por parte de internacionalistas occidentales. Estas dinámicas son tan relevantes hoy como lo fueron entonces, como confirma el empleo del inglés como *lingua franca* hoy día. Aunque en un comienzo los «semi-periféricos» traducían las obras del «centro» para que sus compatriotas aprendiesen sobre Derecho internacional en un proceso de «apropiación», como en la modernización de Japón, los «semi-periféricos» posteriormente presentaron ideas y argumentos propios, en textos y conferencias, reivindicando los intereses de sus pueblos, como aconteció con Drago, Calvo, Álvarez, Yepes, Barbosa y otros.

Aunque sus iniciativas no siempre tuvieron éxito (generando un desencanto en Japón que pudo influir en su militarismo, lo que refleja la necesidad de que el Derecho ofrezca espacios para la resolución pacífica y efectiva de controversias, como aquellas sobre la autodeterminación de pueblos coloniales), sí incidieron tras múltiples esfuerzos en algunos cambios que finalizaron, formalmente, prácticas y doctrinas como aquellas sobre tratados desiguales (término defendido por juristas chinos), jurisdicción consular o

protección diplomática armada (*gunboat diplomacy*), que padeció Venezuela.

Pese a la persistencia de desigualdades de poder bélico y económico, el nuevo lenguaje del Derecho internacional ofrecía conceptos comunes que permitían presentar narrativas de contestación, lo que sigue aconteciendo, como explica Jan Klabbers en su libro *International Law*. Sin embargo, así como en el siglo XIX la semi-periferia optó por el discurso del Derecho positivo porque en el pasado algunos argumentos naturalistas justificaron la dominación, para lograr la finalización de prácticas odiosas en el siglo XX fue necesario que los internacionalistas semi-periféricos abandonasen un discurso clásico ya cuestionado en el centro y adoptasen una narrativa moderna. Esta capacidad de adaptación a nuevas sensibilidades teóricas, sociológicas y de ideas comunitarias contribuyó al éxito de algunas de sus iniciativas, dada la mayor receptividad a aquellos discursos. También fue crucial convencer a representantes de grandes poderes, como demuestra la Convención de Montevideo, pues frente a anteriores fracasos su negociación prosperó cuando se logró obtener el apoyo de los Estados Unidos, tras un cambio de administración más favorable a las pretensiones latinoamericanas.

Otros argumentos centrales del libro son que la idea de que el Derecho *internacional* tuvo un origen eminentemente europeo es ficticia y servía a ciertas políticas; y que la consolidación y expansión por el orbe de un Derecho de relaciones desiguales no supuso una verdadera «mundialización» o «universalización», que tan solo se alcanzó cuando la semi-periferia pudo tener cierta influencia, convirtiéndose al Derecho internacional en un Derecho «mestizo», al fin moldeado en parte por diferentes pueblos, ideas y Estados.

Nicolás CARRILLO SANTARELLI
 Universidad de La Sabana, Colombia
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.2.2017.4.02>

GINEBRA MOLINS, M. E. *et al.* (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: Su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, 2016, 479 pp.

El creciente carácter transfronterizo de las sucesiones ha sido el germen del Reglamento sobre sucesiones, un texto complejo que genera no pocas dudas en cuanto a su interpretación en algunos de sus pasajes. En este contexto, el Col·legi de Notaris de Catalunya y la Universitat de Barcelona celebraron en los años 2014 y 2015 sendas Jornadas con el objetivo de facilitar el conocimiento de su contenido y de valorar su impacto en el Derecho español y catalán. La presente obra reúne las ponencias allí presentadas.

La contribución más relevante de la misma radica en el análisis del Reglamento de forma temática y con un enfoque eminentemente práctico llevado a cabo por un elenco de autores procedentes tanto del ámbito del notariado cuanto del mundo universitario. Por este motivo, resulta muy bienvenida esta iniciativa en la que catorce autores especialistas en la materia aportan su visión crítica sobre el Reglamento planteando, en ciertos casos, cuestiones polémicas que dejan abiertas y sin respuesta y disipando, en otros, algunas de las dudas que proyecta el texto anticipándose, así, a la tarea interpretativa que tiene por delante el TJUE sobre ciertos aspectos controvertidos del Reglamento.

En primer lugar, se analizan los aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de los derechos reales y de régimen económico matrimonial en la ponencia del notario Serrano de Nicolás. Especial relevancia presenta el tratamiento que hace de los derechos reales en relación con el Reglamento y su desconocimiento y adaptación a la *lex rei sitae*, diseccionando las reglas y criterios para adaptar los derechos reales en un Estado miembro que no los reconozcan y analizando las dificultades que este proceso conlleva.

Este tema se complementa con el trabajo del Profesor Tarabal Bosh, que

se encuentra a mitad de la obra, en el que aborda la adaptación de derechos reales a efectos sucesorios, destacando que la aplicación del Reglamento plantea cuestiones prácticas importantes aún sin resolver respecto a la invocación de los efectos de un derecho real en otros ordenamientos jurídicos donde resulten desconocidos, como sucede con la figura del *trust* reconocida en los sistemas del *common law*.

A continuación, la Profesora González Beilfuss participa con un interesante y riguroso trabajo sobre las ineludibles cuestiones relacionadas con el ámbito de aplicación del Reglamento y la problemática que la inadecuada selección de fuentes puede acarrear en cada caso.

El sistema de competencia pergeñado por el Reglamento es tratado por la Profesora Álvarez Torné que pone de manifiesto las dificultades que en la práctica puede plantear su aplicación y critica algunas de las soluciones que este instrumento aporta, por ejemplo, a la hora de afrontar el reconocimiento y ejecución de decisiones emitidas en materia sucesoria por autoridades nacionales no judiciales no vinculadas por las reglas de competencia del Reglamento o por autoridades situadas en terceros Estados.

Las siguientes contribuciones se centran en el estudio de la ley aplicable a las sucesiones. En primer lugar, el Profesor Forner Delaygua analiza las ventajas e inconvenientes que presentan las distintas conexiones —residencia habitual y nacionalidad del causante— previstas por el Reglamento para determinar la ley aplicable al fondo de la sucesión por causa de muerte.

A su vez, el Profesor Álvarez González es el encargado del tratamiento conjunto del reenvío, la aplicación de disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de

determinados bienes, y el orden público. Aspectos tan dispares entre sí que consigue tratar de forma interrelacionada a través del hilo conductor que forman los aspectos comunes a estos tres expedientes, a saber, la aplicación del Derecho extranjero, la solución mediatizada por el sistema plurilegislativo español en esta materia, y su posible incidencia en la quiebra del principio de unidad en materia de ley aplicable a la sucesión previsto en el Reglamento.

Por su parte, el análisis de los requisitos de forma necesarios para la validez de las disposiciones *mortis causa* y la ley aplicable a la validez formal de estas disposiciones testamentarias son estudiados por la Profesora Arnau Raventós.

En fin, el apartado relativo a la ley aplicable queda completado con la ponencia de la Profesora Ginebra Molins dedicada al estudio sobre los criterios de determinación de la ley aplicable a las sucesiones transfronterizas en los estados plurilegislativos, como es el caso español, y al análisis de los problemas interpretativos que plantea la aplicación del Reglamento en esta materia.

Los pactos sucesorios y su tratamiento en el Reglamento de sucesiones se abordan en la ponencia del Profesor Font i Segura que tiene por objeto el estudio de la noción de pacto sucesorio —y su delimitación frente a otros institutos como el de la donación— y de los obstáculos que surgen a la hora de aplicar las reglas de competencia judicial internacional a los litigios relativos a pactos sucesorios suscitados con anterioridad a la muerte del causante, planteando, así, cuestiones complejas aún sin resolver.

El reconocimiento y ejecución de resoluciones procesales, otro de los aspectos fundamentales que regula el Reglamento, es desarrollado por el Abogado y ex Magistrado Bayo Delgado que lleva

a cabo una profunda reflexión sobre los problemas prácticos que plantea esta cuestión.

Por su parte, el Certificado Sucesorio Europeo es objeto de estudio en dos ponencias: la primera, del Notario Gómez Taboada en la que hace una breve aproximación a esta figura y crítica de manera fundada el papel que desempeña el Certificado dentro del sistema español de adquisición de la herencia y su equiparación a los tradicionales títulos sucesorios en la Ley 29/2015; la segunda, del registrador de la propiedad Valle Muñoz que examina las consecuencias registrales del mencionado Certificado y aboga por adoptar una postura amplia en cuanto al alcance de la calificación registral debido a la ausencia de práctica en esta materia.

La función notarial en el Reglamento de sucesiones es analizada por el Profesor Carrascosa González quien tras un prolijo y minucioso repaso de las funciones de los notarios en materia sucesoria destaca que el Reglamento ha supuesto un reforzamiento de su posición institucional.

Cierra la obra la ponencia dedicada al análisis de los derechos y obligaciones dimanantes del Reglamento para las personas afectadas por una sucesión de carácter transnacional que firma el Notario Domingo Castellá, destacando su interesante y práctica investigación de Derecho comparado en la UE en relación a los Derechos sucesorios y las legítimas.

En definitiva, se trata de una obra de referencia y de obligada lectura tanto para los profesionales cuanto para los académicos que desarrollen su actividad en el marco de las sucesiones transnacionales.

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ
Universidad de Alicante

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.2.2017.4.03>

SIERRA NOGUERO, E., *El seguro de responsabilidad civil derivada de la navegación de buques*, Madrid, Fundación Mapfre, colección «Cuadernos de la Fundación», núm. 217, 2016, 473 pp.

El aseguramiento de la responsabilidad civil derivada de la navegación es un fenómeno complejo y dotado de gran especificidad. Una obra que lo aborde solo puede ser llevada a buen puerto por un auténtico especialista en la materia, como el Profesor Eliseo Sierra. Su trabajo denota un gran conocimiento del medio regulado, de la práctica y usos del sector y, por supuesto, de la compleja regulación legal. Si bien la obra se centra esencialmente en la perspectiva del Derecho español, no olvida la realidad internacional en la que se desenvuelve la navegación marítima y su aseguramiento, por lo que da cumplida cuenta de los elementos de internacionalidad que se dan en la mayor parte de los casos. A este respecto, destaca el protagonismo tradicional que ha tenido el Reino Unido en este ámbito, lo que explicaría la frecuencia con la que se incluyen cláusulas de sumisión a los Tribunales de dicho Estado, así como de elección de la ley inglesa. En fin, también cabe destacar que la obra se beneficia de las recientes novedades legislativas y jurisprudenciales cuyo análisis incorpora: en primer lugar, la nueva Ley de Navegación Marítima de 2014 y, en el terreno de las decisiones judiciales, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, de 14 de enero de 2016, dictada a raíz del asunto del buque *Prestige*. El trabajo contiene abundantes referencias bibliográficas, normativas y jurisprudenciales, y también de otros documentos de gran interés para la materia estudiada, como los formularios-tipo y los clausulados de condiciones generales de distintas entidades, los trabajos preparatorios de legislación y las Resoluciones de la Organización Marítima Internacional.

La obra se divide en ocho capítulos. Los dos primeros tratan de las cuestio-

nes de carácter general, sin cuyo análisis sería imposible entender el contexto en el que se produce la regulación particular de cada tipo de seguro. El primer capítulo constituye una pieza fundamental, puesto que contextualiza adecuadamente el mercado asegurador en este ámbito, sus usos y prácticas. Resulta de sumo interés el análisis del sistema de los clubes de protección e indemnización (clubes P & I), y en especial de los que se integran en el Grupo Internacional de Clubes P & I. El autor pone claramente de relieve las especificidades de dicho sistema, basado en una mutualización del riesgo, que se explicaría por la eventualidad de tener que satisfacer indemnizaciones muy elevadas y que posibilita que, en último término, el riesgo se reparta entre el conjunto de la industria naviera agrupada en torno a los clubes. Explica cómo funciona el mecanismo de los clubes que se integran en el Grupo Internacional —asociación que integra a trece clubes—, y en especial la regla de pago previo y su negativa a admitir la acción directa, salvo en aquellos casos en que venga legalmente impuesta. El trabajo revela la enorme importancia del Grupo Internacional en la práctica, circunstancia que explicaría el trato deferente que habría recibido por parte de los poderes públicos, y que obedecería al interés en contar con un sistema que permita ofrecer coberturas muy elevadas, que las compañías aseguradoras, o incluso un único club que actuara aisladamente, difícilmente podrían ofrecer.

El segundo capítulo sistematiza la regulación en España de la responsabilidad civil derivada de la navegación marítima como interés asegurable, sin perjuicio del análisis más detallado, en los capítulos posteriores, de las particu-

laridades de cada tipo de seguro. De la nueva Ley de Navegación Marítima destacaría la regulación, con carácter indisponible, del seguro de responsabilidad civil como un seguro de nacimiento de deuda, no de pago previo o de reembolso, y el reconocimiento de la acción directa (art. 465). Queda clara, por tanto, la posibilidad de acción directa del perjudicado frente al asegurador del responsable cuando al contrato de seguro se le aplique la ley española. El problema se dará cuando el contrato esté sometido a una ley extranjera, y el autor ilustra esta situación mediante el ejemplo de las acciones de terceros perjudicados frente a un club P & I, cuyos contratos suelen incluir la condición de pago previo por el asegurado, y normalmente se someten a ordenamientos —singularmente el inglés— que excluyen dicha acción directa. El Profesor Sierra expone, entonces, los distintos argumentos en favor de admitir la acción directa prevista por la ley española en tales casos: aplicación directa de las normas españolas que prevén la acción directa, o bien entender que la posibilidad de acción directa en materia de seguro de responsabilidad civil formaría parte del orden público económico español. Sin embargo, admite que la cuestión es discutible, y que la nueva Ley de Navegación Marítima no habría impuesto claramente una solución de este tipo, probablemente porque los armadores españoles necesitan a los clubes P & I extranjeros. Por ello, es de gran interés otra posibilidad que la obra también analiza, la que brinda el Reglamento 864/2007, de 11 de julio, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, cuyo art. 18 prevé que el perjudicado pueda actuar directamente contra el asegurador del responsable si

así lo dispone la ley aplicable al contrato de seguro o bien la ley aplicable a la obligación extracontractual, alternativa que claramente favorece a dicho perjudicado. Una vez sentadas las bases generales de la regulación, los demás capítulos se dedican al análisis detallado de tipos concretos de seguro en el ámbito objeto de estudio, a saber: el obligatorio de responsabilidad civil genérica, el de daños derivados de la contaminación por hidrocarburos, el de muerte o lesiones de los pasajeros, el seguro obligatorio de las embarcaciones deportivas o de recreo, la novedosa regulación por el legislador gallego del seguro obligatorio de responsabilidad civil de las embarcaciones pesqueras de bajura y, por último, la obra termina con el examen de otros seguros cuyos textos reguladores todavía no han entrado en vigor (contaminación por sustancias distintas de los hidrocarburos, repatriación, muerte o incapacidad de los marineros y remoción de pecios).

En definitiva, nos encontramos ante una obra de gran interés, que contiene mucha información y un análisis sistemático y detallado de los problemas que plantea el seguro de responsabilidad civil por hechos de la navegación. Resultará muy útil, en primer lugar, para los especialistas en la materia, pero no solo para ellos, puesto que una característica muy destacable del trabajo es su estructurada presentación y su claridad expositiva, que permiten seguir con facilidad los argumentos desarrollados. En definitiva, convierten en fácil un tema que es complejo. Desde luego, no es poco.

Miguel GARDEÑES SANTIAGO
 Universitat Autònoma de Barcelona
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.2.2017.4.04>

VVAA, *Mélanges offerts à Charles Leben. Droit international et culture juridique*, Paris, Editions A. Pedone, 2015, 592 pp.

La obra objeto de esta recensión tiene el propósito de rendir un merecido homenaje a uno de los iusinternacionalistas franceses más destacados de las últimas décadas.

Charles Leben nació en 1945 en Tashkent (entonces la URSS y ahora Uzbekistán), donde sus padres se habían refugiado como consecuencia de la invasión de Polonia en 1939 por las tropas alemanas. Pasada la Segunda Guerra Mundial, llegó a Francia en 1947 donde realizó su formación y donde fue profesor de Derecho internacional público en diferentes universidades hasta llegar en 1991 a la Université Panthéon-Assas (Paris II). En esta universidad codirigió desde 1994 hasta su jubilación en 2010 el prestigioso *Institut des Hautes Études Internationales*.

En su larga carrera universitaria ha publicado importantes trabajos que, reflejo de su incansable curiosidad científica y de su enorme cultura jurídica, tienen por objeto materias muy diversas. Entre ellos se pueden destacar dos ámbitos principales: los relativos a las sanciones, contramedidas y jurisdicción internacional, por un lado, y los que tienen por objeto las inversiones internacionales, en particular el arreglo de diferencias, por otro lado.

La obra y el pensamiento jurídico del Profesor Charles Leben están forjados a partir de sus numerosos trabajos sobre algunos de los juristas fundamentales del siglo XX, en especial, Hans Kelsen, al que ha dedicado varios estudios, Chaiman Perelman y Herbert L. Hart. El resultado es un pensamiento jurídico en el que se puede identificar «una defensa muy vigorosa de un positivismo que rehúsa el recurso al Derecho natural y una defensa simultánea tanto más vigorosa de un positivismo no formalista, nutrido de valores y de historia. Esta defensa de los valores, pero integrados en el Derecho,

este tener cuenta permanente la historia permean toda su concepción» (Florence Poirat, «Ce “quelque chose qui n'est pas étranger a la justice” où le droit international entre inachèvement et anéantissement», en esta obra, p. 528, trad. propia). «Se trata pues de un positivismo singular —continúa esta misma autora—, alejado del positivismo voluntarista, formalista, de tipo kelseniano y que puede desconcertar a los menos imaginativos asociando esta reivindicación de valores a la voluntad de comprender el Derecho y no de construirlo. Porque lo que parece contar en el fondo, es la defensa de esta justicia, la aprehensión permanente de lo justo, del bien sin duda de una cierta manera, y el recuerdo de la experiencia histórica que debe conducir a establecer un modelo de ordenamiento jurídico» (pp. 529-530, trad. propia).

Esta manera de concebir el Derecho le llevó a defender que el Derecho internacional no puede ser entendido como un conjunto de mandatos reforzados con la posibilidad de imponer sanciones en caso de incumplimiento. Para él, el Derecho internacional, como consecuencia de la influencia de la obra de H. L. Hart, es el resultado de la combinación de un conjunto de normas primarias y de normas secundarias. Para Charles Leben, un ordenamiento jurídico exige al menos un mínimo de normas secundarias. Ahora bien, siguiendo el pensamiento jurídico de autores que han ejercido una gran influencia sobre él en este aspecto particular, Ch. Perelman y A. Kojève, el Derecho es «un universo de juicios» y la característica esencial de un ordenamiento jurídico es la actividad judicial. Por ello, en un trabajo fundamental de 1989, afirmó que «la existencia de jurisdicción internacional no constituye una simple tentativa de aclimatar en un sistema jurídico hostil un modo de aplicación y de interpretación del Derecho propia

de los sistemas internos. Es, al contrario, el criterio decisivo del hecho de que la sociedad interestatal constituya un verdadero ordenamiento jurídico» («La jurisdiction internationale», en «La fonction de juger», *Droits, Revue française de théorie juridique*, abril 1989, pp. 143-155, en particular, pp. 143-144, trad. propia). Dadas las dificultades prácticas que existen en la comunidad internacional para el ejercicio de la jurisdicción internacional, para el propio Profesor Leben, el criterio decisivo para considerar al Derecho internacional como un ordenamiento jurídico es, siguiendo en este punto a A. Kojève, la justiciabilidad potencial de las reglas jurídicas o de las situaciones («Droit: quelque chose qui n'est pas étranger à la justice», *Droits*, 1990, pp. 35-40, en particular, p. 38).

Toda su obra científica y su carrera académica destilan una manera de ser jurista y un estilo riguroso, preciso, sólido y sutil que se apoya en una extraordinaria formación jurídica en la Teoría General del Derecho. A ello se añade su apertura de espíritu, su modestia, un carácter sobrio y caballeroso y un trato exquisito en lo personal. Por todo ello, se puede afirmar sin rubor alguno que el Profesor Charles Leben es un auténtico maestro del Derecho internacional que recibe por medio de esta obra un bien merecido homenaje.

La obra objeto de la presente revisión contiene 32 trabajos de otros tantos autores. Dichas colaboraciones cubren un buen número de temas que están sistematizados alrededor de tres ejes temáticos. El primero es el de Derecho internacional general y contiene estudios sobre las fuentes y sobre la aplicación de las normas, en particular, sobre la jurisdicción internacional. Entre ellos algunos merecen ser destacados de forma específica.

P. M. Dupuy identifica en su colaboración las dificultades que el concepto y la expresión de *normas imperativas* han

tenido para su incorporación a la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Esta primero aceptó dicha noción pero solo mucho más tarde utilizó la expresión de normas imperativas o de *ius cogens*. Dichas dificultades han operado por medio de dos tipos de argumentaciones. La primera ha consistido en la distinción entre las obligaciones *erga omnes* derivadas de normas imperativas y la regla del consentimiento a la jurisdicción de la Corte (asuntos del *Timor*, párr. 29, *fosfatos de Nauru*, párrs. 48-55, *Congo c. Ruanda*, párr. 64 y genocidio (*Bosnia-Herzegovina c. Serbia*), párrs. 64 y 161). La segunda se ha basado en la distinción entre reglas primarias (las normas imperativas) y reglas secundarias (las relativas a las inmunidades de los Estados) que operarían con carácter previo [asunto de las *Inmunidades (Alemania c. Italia)*, párr. 94].

E. Tourme-Jouannet, por su parte, defiende la existencia de una regla secundaria de reconocimiento de carácter implícito (no formulada de forma explícita, por tanto) en el seno del Derecho internacional que reconoce el poder normativo del juez en su actividad jurisprudencial. Argumenta que en los ordenamientos jurídicos existen reglas de reconocimiento implícitas sobre los modos de creación del Derecho. En el caso del Derecho internacional, afirma esta autora, existe una práctica implícita de los Estados en favor del poder normativo del juez internacional y, además, una práctica concordante implícita del juez internacional (que no está formulada de forma explícita) que admite que la jurisprudencia no es solo un medio auxiliar sino que el juez tiene la facultad de elaborar principios normativos nuevos para decidir el litigio que le es sometido (p. 229).

El segundo eje temático de la obra reúne las colaboraciones sobre Derecho internacional económico entre las que destacan las relativas a las inversiones internacionales, uno de los ámbitos que más ha trabajado el Profesor Ch. Leben, y al arbitraje internacional en materia de

inversiones, en especial, en el marco del Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias.

Por último, el tercer bloque temático está constituido por los trabajos agrupados bajo el rótulo de «teoría del Derecho y cultura jurídica» y tienen por objeto el estudio de algunos juristas que han tenido alguna influencia en el Profesor Ch. Leben (como H. Kelsen o N. Bobbio) o un conjunto de temas variados.

En suma, es de justicia felicitar también a los discípulos del Profesor Ch. Leben que se han encargado de sacar adelante esta iniciativa, Florence Poirac, Raffaëlle Maison y Jean Matringe. Me sumo, por tanto, al reconocimiento público de la doctrina iusinternacionalista al Profesor Leben.

Ángel J. RODRIGO

Universitat Pompeu Fabra

<http://dx.doi.org/10.17103/redi.69.2.2017.4.05>

REGLAS EDITORIALES

1. La publicación de trabajos y contribuciones en la Revista está abierta a todos los especialistas nacionales y extranjeros, en particular los integrantes de la Comunidad Iberoamericana y de la Unión Europea. Los únicos criterios de contenido determinantes para la publicación en la Revista son el interés y el adecuado desarrollo y calidad científica de los mismos, que se garantizan a través de un proceso anónimo de evaluación científica por pares.

Todas las contribuciones deberán ser originales e inéditas. No se aceptarán trabajos ya publicados en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Si un autor desea que un trabajo previamente publicado en la *Revista Española de Derecho Internacional* vuelva a serlo en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la *Revista Española de Derecho Internacional*, indicando el número, año y páginas.

El envío de trabajos debe realizarse conforme a las instrucciones que siguen (pueden consultarse también en la página web de la revista: <http://www.revista-redi.es/>), antes del **1 de noviembre y del 15 de mayo**, para los números 1 y 2, respectivamente.

Los Estudios no deberán superar los 80.000 caracteres; cada contribución al Foro o a la Práctica deberá limitarse a 20.000 caracteres, y las reseñas a 6.000. La cifra indicada incluye espacios y notas al pie de página.

2. Estudios. Los trabajos destinados a la sección de Estudios se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan en <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

Los interesados podrán remitir sus aportaciones por correo electrónico a la Secretaria de la Revista, Prof.^a Dra. Marta Requejo (marta.requejo@mpi.lu) o a la Directora de la Revista, Prof.^a Dra. Araceli Mangas (amangas@der.ucm.es). Se acusará recibo de todos los originales en el plazo de treinta días desde su recepción.

La Dirección decidirá la publicación de los trabajos sobre la base de dos informes de evaluación emitidos por sendos especialistas ajenos a la organización editorial de la Revista aplicándose el método doble ciego. Se valorarán la creatividad, rigor, metodología, propuestas y aportaciones de los

trabajos. Se dará preferencia a los estudios que tengan en cuenta las líneas editoriales del Consejo de Redacción, que serán adoptadas y publicación con suficiente antelación para cada número.

El proceso interno de evaluación garantizará el anonimato. La publicación podrá quedar condicionada a la introducción de cambios con respecto a la versión original. Igualmente se requerirá, en su caso, al autor para que realice las modificaciones formales necesarias de acuerdo con las reglas de estilo.

La comunicación de la decisión sobre la publicación, la publicación previa revisión o la no publicación, será motivada y no excederá de seis meses. Los autores de trabajos aceptados para publicación podrán ser requeridos para la corrección de pruebas de imprenta, que habrán de ser devueltas en el plazo de una semana. No se permitirá la introducción de cambios sustanciales en las pruebas, quedando éstos limitados a la corrección de errores o datos puntuales con respecto a la versión aceptada.

3. Foro. Esta Sección, no fija, incluirá contribuciones en forma de debate entre dos o más autores de cualquiera de las áreas de interés de la Revista, sobre temas de actualidad identificados durante el semestre previo a la publicación del número de que se trate. En principio la participación en el Foro será por invitación de la Revista; no obstante, la propuesta a la Dirección de un asunto actual, acompañada de posibles autores para la misma, será tomada en consideración.

Son coordinadores de la Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. Luis Hinojosa (*hinojosa@ugr.es*).

— Derecho internacional privado, Prof.^a Dra. Blanca Vilà (*blancavilacosta@gmail.com*).

— Relaciones internacionales, Prof. Dr. José Luis de Castro (*jose Luis.decastro@ehu.eus*).

Los trabajos destinados a la sección de Foro se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan aquí.

4. Práctica española en materia de Derecho internacional. Esta Sección, no fija, incluirá la práctica nacional (decisiones judiciales, práctica administrativa o diplomática) más relevante en las tres áreas (Relaciones internacionales, Derecho internacional público y Derecho internacional privado). Las normas de estilo se encuentran en <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

Son coordinadores de la Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. José Manuel Sobrino (*j.sobrino@udc.es*).

— Derecho internacional privado, Prof. Dr. Manuel Desantes (*manuel.desantes@ua.es*).

— Relaciones internacionales, Prof.^a Dra. Irene Rodríguez (*irene.rodri-guez@usc.es*).

5. Bibliografía. En principio, sólo se publicarán las reseñas, reseñas o comentarios encargados por el coordinador respectivo. Las colaboraciones para esta sección tendrán un máximo de 6.000 caracteres y la presentación se hará a espacio y medio en papel formato DIN A4 (tipo de letra Times New Roman, tamaño 12) con notas entre paréntesis en el texto. No obstante, en casos excepcionales podrán aceptarse reseñas o reseñas hechas sin encargo previo, enviándolas al coordinador respectivo para que pueda tomar una decisión. Respecto de esta sección, los libros enviados a la *REDI* (a los coordinadores, al secretario o a la directora, con indicación de que van destinados a esta sección) se incluirán en todo caso en una lista de libros recibidos.

Son coordinadores de esta Sección:

— Derecho internacional público: Prof. Dr. Carlos Espósito (*carlos.esposito@uam.es*).

— Derecho internacional privado: Prof. Dr. Federico Garau (*fgaraus@uib.es*).

— Relaciones internacionales: Prof. Dr. José Luis de Castro (*jose Luis.decastro@ehu.es*).

Los trabajos destinados a la sección de Práctica se enviarán en lengua castellana siguiendo las normas de estilo que se precisan en <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

6. Cualquier incumplimiento de las presentes normas constituirá motivo para el rechazo del original remitido.

7. Información. Cualquier otra información puede obtenerse en la dirección en Internet: <http://revista-redi.es/ES/10/menu-superior/inicio.html> o dirigiéndose

— a la Secretaria, Marta Requejo Isidro, Senior Research Fellow, Max Planck Institute, 4, rue Alphonse Weicker, L-2721 Luxembourg, correo-e: marta.requejo@mpi.lu

— o a la Directora de la *Revista*, Araceli Mangas Martín (Departamento de Derecho internacional público y privado, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 28040 Madrid, España, correo-e: amangas@der.ucm.es).

Note aux auteurs: les règles de style, ainsi que les lignes éditoriales de la Revue, se trouvent ici: <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

Note to contributors: the editorial rules and lines are published under <http://www.revista-redi.es/ES/14/menu-superior/envio-de-trabajos.html>.

