



**75** Años  
1948-2023

**REDI**

Revista Española de  
Derecho Internacional

*Vol. 75, núm. 1, 2023*

---



REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO INTERNACIONAL



REVISTA ESPAÑOLA  
DE  
DERECHO  
INTERNACIONAL

VOLUMEN 75  
2023, NÚM. 1  
ENERO-JUNIO

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES

—  
TIRANT LO BLANCH

VALENCIA-2023

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

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



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

© ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH

C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

TELEF.: 96/361 00 48 - 50

FAX: 96/369 41 51

Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)

[www.tirant.com](http://www.tirant.com)

Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)

ISSN: 0034-9380

E-ISSN: 2387-1253

Depósito legal: V-520-1958

Maqueta: Innovatext

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

Responsabilidad Social Corporativa:

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

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL

## DIRECTOR

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ  
Universidad de Sevilla

## CONSEJO DE REDACCIÓN

Joana ABRISKETA URIARTE  
Universidad de Deusto

Jorge CARDONA LLORENS  
Universidad de Valencia

Miguel GARDEÑES SANTIAGO  
Universidad Autónoma de Barcelona

Rafael GRASA HERNÁNDEZ  
Universidad Autónoma de Barcelona

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS  
Universidad de Barcelona

Leire MOURE PEÑÍN  
Universidad del País Vasco

Andrés RODRÍGUEZ BENOT  
Universidad Pablo de Olavide

Helena TORROJA MATEU  
Universidad de Barcelona

## CONSEJO ASESOR

Paz ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA  
Universidad de Oviedo

Celestino DEL ARENAL MOYÚA  
Universidad Complutense de Madrid

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS  
Universidad Complutense de Madrid

Elisa PÉREZ VERA  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Fausto POCAR  
Universidad de Milán

Tullio R. TREVES  
Universidad de Milán

Fulvio ATTINÀ  
Universidad de Catania

Andrea BONOMI  
Universidad de Lausana

Araceli MANGAS MARTÍN  
Universidad Complutense de Madrid

Wagner MENEZES  
Universidad de São Paulo

Fabian SALVIOLI  
Universidad de La Plata

Arlene B. TICKNER  
Universidad del Rosario

## SECRETARÍA DE LA REVISTA

Josep IBÁÑEZ MUÑOZ  
Universidad Pompeu Fabra

### *Redactores*

David Carrizo Aguado - Guillem Gabriel - Laura Movilla -  
Montserrat Pintado Lobato - Antonio Sánchez -  
Alejandro Sánchez Frías

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Página web / Website: [www.revista-redi.es](http://www.revista-redi.es)

Correo-e / E-mail: [redi@revista-redi.es](mailto:redi@revista-redi.es)

## SUMARIO/CONTENTS

	Pág.
EDITORIAL.....	13

### I. ESTUDIOS/ STUDIES

ESPINELLA MENÉNDEZ, Ángel, <i>Eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación internacional</i> .....	19
— Effectiveness of the agreements resulting from international mediation	
FERNÁNDEZ ARRIBAS, Gloria, <i>Cambio climático, inestabilidad y desplazamientos en el Sahel. desafíos y respuesta por parte de la Unión Europea</i> .....	49
— Climate change, instability and displacement in the sahel. challenges and European Union's response	
GARCÍA PÉREZ, Rafael, <i>El conflicto de Ucrania: la relación euroatlántica y los intereses estratégicos de Europa</i> .....	75
— The conflict in Ukraine: the euro-atlantic relationship and the strategic interests of Europe	
RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Jorge, <i>La regulación internacional de la posesión del armamento nuclear tras la entrada en vigor del tratado de prohibición de armas nucleares. Nuevos y viejos debates en un escenario internacional convulso</i> .....	107
— The international regulation of the possession of nuclear weapons after the entry into force of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons. New and old debates in a turbulent international scene	
TORRALBA MENDIOLA, Elisa C., <i>La aplicación de las leyes de policía contenidas en directivas de la Unión Europea. El ejemplo de la regulación de la cadena alimentaria</i> .....	137
— The enforcement of overriding mandatory provisions contained in directives of the European Union. The example of regulation in the food chain	
ZIRION LANDALUZE, Iker, <i>Una invitación a repensar la disciplina desde las aproximaciones del tercer mundo al derecho internacional</i> .....	161
— An invitation to rethink the discipline from the approaches of the third world to international law	

### II. FORO/FORUM

#### SANCIONES COMO RESPUESTA A LA AGRESIÓN CONTRA UCRAANIA/ SANCTIONS AS A RESPONSE TO THE AGRESSION AGAINST UKRAINE

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín; GARDEÑES SANTIAGO, Miguel, <i>Nota introductoria</i> .....	189
— Introductory note	
GARCÍA RICO, Elena del Mar, <i>A vueltas con las sanciones en el Derecho Internacional actual: el caso paradigmático de la Federación Rusa</i> .....	193
— Back and forth on sanctions in contemporary international law: the paradigmatic case of the Russian Federation	

PAREDES PÉREZ, José Ignacio, <i>Las sanciones económicas de la Unión Europea contra Rusia y Bielorrusia: una lectura en clave de derecho internacional privado</i> .....	203
— Economic sanctions of the European Union AGAINST Russia and Belarus: an interpretation from private international law	
PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, <i>Sanciones de la Unión Europea A Rusia: de Crimea a la guerra en Ucrania</i> .....	213
— The sanctions of the European Union against Russia: from Crimea to the war in Ukraine	

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

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

DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, <i>España anuncia su decisión de denunciar el Tratado sobre la Carta de la Energía</i> .....	225
— Spain announces its decision to denounce the Energy Charter Treaty	
GARRIDO MUÑOZ, Asier, <i>La declaración española de intervención ante la Corte Internacional de Justicia en el asunto “alegaciones de genocidio en virtud de la convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Ucrania c. Federación Rusa)”</i> .....	237
— The spanish declaration of intervention before the International Court of Justice in the case “allegations of genocide under the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Ukraine v. Russian Federation)”	

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

PASCUA PONCE, Marta Patricia, <i>Eficacia en España de un poder de representación otorgado al amparo de un ordenamiento extranjero en la actual legislación y en la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.</i> ..	247
— Foreign power of representation effectiveness in Spain under the current legal framework and doctrine of the Spanish Directorate-General for Legal Security and Certification	

### IV. BIBLIOGRAFÍA/ BIBLIOGRAPHY

#### RECENSIONES/ BOOK REVIEWS

BADÍA MARTÍ, Anna María y HUICI SANCHO, Laura (dirs.), <i>El Brexit y sus consecuencias</i> , Marcial Pons, Madrid, 2022, 169 pp., por Andrés BAUTISTA-HERNÁEZ .....	273
--	-----

BELINTXON MARTÍN, Unai (dir.), <i>La transmisión de la empresa familiar. Cuestiones de Derecho Europeo e Internacional</i> , Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 213 pp., por David CARRIZO AGUADO .....	275
BENEYTO PÉREZ, José María y JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (dirs.), <i>Concepto y fuentes del Derecho Internacional</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 687 pp., por Araceli MANGAS MARTÍN .....	277
CUARTERO RUBIO, María Victoria y VELASCO RETAMOS, José Manuel (dirs.), <i>La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 424 pp., por Antonia DURÁN AYAGO .....	279
DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, <i>Derecho privado de Internet</i> , 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 1612 pp., por José Ignacio PAREDES PÉREZ .....	281
DEL CASTILLO, Lilian (dir.), <i>Cortes y tribunales internacionales. Organización, competencia, procedimiento y jurisprudencia</i> , Astrea, Buenos Aires, 2021, 536 pp., por Eduardo JIMÉNEZ PINEDA .....	283
ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, <i>La relación laboral internacional</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 653 pp., por Guillermo PALAO MORENO .....	285
GARCÍA PÉREZ, Rafael, <i>La ampliación de la plataforma continental española</i> , Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 235 pp., por Elena CONDE PÉREZ .....	287
GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio, <i>La libertad de expresión 4.0 en el sistema del Convenio europeo de derechos humanos</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 268 pp., por José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN.....	288
HORRACH-ARNO, Josep Gunnar, <i>Jurisdicción y ley aplicable en materia de competencia desleal en el marco de la economía de las plataformas virtuales</i> , Marcial Pons / AEPDIRI, Madrid, 2022, 377 pp., por María Pilar CANEDO ARRILLAGA .....	290
JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo, <i>El arbitraje internacional y el Derecho del mar</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 629 pp., por Gabriela Alexandra OANTA .....	292
LARA AGUADO, Ángela (coord.), <i>Guía de buenas prácticas para la efectividad de los derechos de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones de movilidad transfronteriza desde las perspectivas de género y de la infancia</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 540 pp., por Diana MARÍN CONSARNAU .....	293
PASTOR PALOMAR, Antonio, <i>Acuerdo de Comercio y Cooperación de la UE y EURATOM con el Reino Unido</i> , Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 315 pp., por Santiago RIPOL CARULLA .....	295
PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis y CORTÉS MARTÍN, José Manuel (coords.), <i>Un mundo en continua mutación: desafíos desde el Derecho internacional y el Derecho de la UE. Liber Amicorum Lucía Millán Moro</i> , Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 950 pp., por Javier ROLDÁN BARBERO .....	297
QUINZÁ REDONDO, Pablo, <i>Uniones registradas en la Unión Europea</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 200 pp., por María Pilar DIAGO DIAGO .....	300
RODRÍGUEZ PINEAU, Elena y TORRALBA MENDIOLA, Elisa (dirs.), <i>La protección de las transmisiones de datos transfronterizas</i> , Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 412 pp., por Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO.....	302
SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, <i>El principio de justicia universal en el Derecho español</i> , Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 207 pp., por Irene VÁZQUEZ SERRANO .....	304

SANZ CABALLERO, Susana (dir.), <i>La Unión Europea y el reto del Estado de Derecho</i> , Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 294 pp., por Paulina ASTROZA SUÁREZ .....	306
TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad y ESPÓSITO, Carlos (dirs.), <i>Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos. III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia</i> , 2022, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, Madrid, 274 pp., por María Dolores BOLLO AROCENA.....	308
TORROJA MATEU, Helena, <i>La libre determinación de los pueblos, ¿Un derecho a la independencia para cualquier pueblo?</i> , Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 199 pp., por Javier A. GONZÁLEZ VEGA.....	310

## EDITORIAL

Con este primer número del volumen 75 se comienza a vislumbrar buena parte de los profundos cambios en los que está inmersa la Revista con objeto de mejorar su calidad y difusión, a fin de rendir un mejor servicio a la comunidad científica. Tras obtener el sello de calidad de la Fundación Española de Ciencia y Tecnología (FECYT) en 2019, bajo la dirección de Araceli Mangas Martín, y su renovación hasta la convocatoria de 2022, bajo la dirección de Jorge Cardona Lloréns, nos proponemos cumplir los criterios necesarios para su selección e inclusión en las bases de datos Web of Science (WoS), para lo que debemos ingresar primero en el índice de citas de fuentes emergentes (ESCI), y Scopus. Estas indexaciones se añadirían a las de ANEP, CARHUS PLUS+, ERIH PLUS, Dialnet, e-Dialnet, Dulcinea, ÍNDICES CSIC, Google Scholar, IFLP, IN-RECJ (1994-2009), IPSA, ISOC, Catálogo Latindex, Miar, PIO, RAS, RESH, Sumaris, CBUC, Ulrichs, vLex, HeinOnline y JSTOR.

Con este fin, la Revista propuso a la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI), que desde hace años ostenta su titularidad y promueve su publicación, la adopción de distintas decisiones estratégicas.

En primer lugar, a partir de este número, la REDI se publica en formato electrónico con pleno acceso abierto a través de la página web de la Revista ([www.revista-redi.es](http://www.revista-redi.es)).

En segundo lugar, junto a las otras Revistas de la AEPDIRI —el Spanish Yearbook of International Law (SYbIL) y la Revista Electrónica de Estudios Internacionales (REEI)— la REDI se publica por una nueva editorial. Tras la extinción del convenio de edición que manteníamos desde 2010 con la editorial Marcial Pons, que ha permitido estos años la publicación de la Revista a plena satisfacción, se ha celebrado un nuevo convenio con la editorial Tirant lo Blanch para la edición de las tres Revistas. De este modo, la Revista se edita a partir de este volumen 75 (2023) mediante la plataforma *Open Journal Systems* (OJS) en formato electrónico de acceso abierto, pudiéndose no obstante imprimir cada número bajo demanda.

En tercer lugar, con la ayuda de Tirant lo Blanch, e inspirados en la imagen tradicional de la REDI, hemos diseñado un nuevo logo, una nueva portada y, en particular, una nueva página web, alojada en el mismo dominio en el que se ha alojado hasta ahora la edición electrónica de la Revista y que, generosamente, nos ha cedido Marcial Pons. Para mejorar la gestión de la Revista se ha creado en ese dominio una cuenta de correo-e ([redi@revista-redi.es](mailto:redi@revista-redi.es)), que servirá de cauce de comunicación entre la Revista y sus autores y lectores.

En cuarto lugar, hemos adoptado otras medidas para mejorar la difusión de la Revista y la interacción con autores y lectores: de un lado, con objeto de fomentar el debate académico, tratamos de incorporar una herramienta en la sección del Foro de la nueva página web para introducir comentarios a las distintas colaboraciones publicadas en dicha sección de cada número; y, de otro, a partir de la cuenta de correo-e, estamos incorporando la REDI a las redes sociales, en particular a Twitter (@revista\_REDI) y a LinkedIn. Igualmente, seguiremos tratando de impulsar, junto con la AEPDIRI, el SYbIL y la REEI, la creación de un blog conjunto. Todas estas medidas nos ayudarán a reforzar la especial vocación que la REDI ha tenido, desde sus orígenes, de integración con Latinoamérica y la Comunidad Iberoamericana, lo que nos condujo no hace muchos años a incorporarnos a la Red Latinoamericana de Revistas y publicaciones de Derecho Internacional (RELAREDI).

Finalmente, se han aprobado los ajustes necesarios en la normativa aplicable a la Revista, particularmente a sus Directrices Generales, para armonizarlas con las otras reglas, directrices, normas y recomendaciones aplicables (por ejemplo, sobre celebración de elecciones a los Consejos de la REDI o sobre el buen gobierno del Consejo Asesor) y con el nuevo formato y proceso editorial. Igualmente, hemos revisado las “Directrices éticas”, la definición del “Enfoque y ámbito”, las condiciones para el “Envío de manuscritos” y las “Normas de publicación”; estas últimas han sido en gran medida armonizadas con las direcciones de las otras Revistas de la AEPDIRI.

Este número de la REDI es, además, muy especial, pues es el volumen 75 de la Revista. Y hemos pensado que, no habiéndose conmemorado anteriormente ningún aniversario, eso es motivo de celebración. En efecto, aunque la REDI se publicó por primera vez en 1948, habiéndose cumplido por tanto en 2022 los 75 años de su fundación, la fusión en un solo volumen (volumen XXXI) de los correspondientes a 1978 y 1979 traen consigo que el volumen 75 se corresponda con el que se publica este año. Y, en este sentido, la Revista lucirá en los números de 2023 un logo conmemorativo e incluirá en el número 2 de 2023 diversos manuscritos conmemorativos de ese aniversario, entre otros, un balance de los contenidos de la Revista en estos 75 años desde la perspectiva de las tres áreas de conocimiento englobadas en la AEPDIRI, esto es, el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado y las Relaciones Internacionales.

La historia de la Revista es ya muy dilatada desde aquel lejano 1948, cuando se fundara en el “Instituto Francisco de Vitoria” del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), y desde entonces se han publicado más de cien números y setenta y cuatro volúmenes. Entre 1948 y 1974 se sucedieron tres “épocas”: la primera, hasta 1963, bajo la dirección conjunta de Antonio de Luna y García, Fernando M.<sup>a</sup> de Castiella y Maíz y Federico de Castro y Bravo; la “segunda etapa”, bajo la dirección de Mariano Aguilar Navarro, entre 1964 y 1968; y la tercera, bajo la dirección de Luis García Arias, entre 1969 y 1974, siendo subdirector Antonio Truyol y Serra, que tras el fallecimiento de Luis García Arias asumiría de hecho la dirección en 1973 y formalmente en 1975. En estas etapas, además de la Dirección, la REDI contó con una Secretaría y un Consejo Editorial, que tuvo un Presidente y un Vicepresidente entre 1969 y 1974 y que hacía las veces de los actuales Consejo de Redacción y, sobre todo, Consejo Asesor.

La transición democrática en España y la aprobación de la Constitución española de 1978 trajeron consigo cuatro novedades para la REDI durante la “nueva etapa” bajo la dirección de Antonio Truyol y Serra (1975-1988).

(i) El CSIC se reestructuró y, entre otros ajustes, desapareció el “Instituto Francisco de Vitoria”, en el que se incardinó hasta entonces la REDI; no obstante, la Revista siguió dependiendo del CSIC hasta 1994 (a través de su “Instituto de Ciencias Jurídicas” desde 1991).

(ii) La REDI recibió el apoyo incondicional de la AEPDIRI, legalmente constituida en 1978. Ya entonces, la AEPDIRI hizo saber a la REDI su deseo de encontrar en ella un órgano de expresión, y la Dirección y el Consejo de Redacción de la Revista, al tiempo que se congratularon vivamente del nacimiento de la Asociación, agradecieron cordialmente su apoyo y brindaron gustosos las páginas de la Revista para que manifestaran en ellas su autorizada voz.

(iii) Se inició un proceso de reestructuración orgánica de la Revista. En 1975 el Consejo Editorial se sustituyó por un Patronato que, en 1987, se convertiría en el Consejo Asesor; un año después, en 1976, se creó el Consejo de Redacción de la REDI, que hasta 1987 incluía, junto a los consejeros, a la Dirección de la Revista, al Redactor-jefe (puesto que existió entre 1978 y 1988 para encabezar al equipo de Redactores que se había incorporado a la REDI en 1969) y a la Secretaría.

(iv) Y, asimismo, se incorporan por primera vez profesoras a los órganos de la Revista. Habiendo sido también pionera en publicar en la Revista, en 1965, estando la REDI bajo la dirección de Mariano Aguilar Navarro, Elisa Pérez Vera fue la primera en formar parte del Patronato, cuando este sustituyó en 1975 al antiguo Consejo Editorial. Poco después estaría acompañada por Victoria Abellán Honrubia, que se incorporó en 1978. Por otra parte, Fanny Castro-Rial Garrone sería la primera mujer en ocupar la Secretaría Acadé-

mica de la Revista, en 1980, y, en tanto que tal, la primera en formar parte del Consejo de Redacción creado a mediados de 1976. Después, se normalizaría la presencia de profesoras en el Patronato, el Consejo de Redacción, el Consejo Asesor y la Secretaría Académica. Hubo de esperarse a 2001, no obstante, para que Paz Andrés Sáenz de Santa María fuera la primera Directora de la Revista, puesto en el que la sucedieron Alegría Borrás Rodríguez (2009) y Araceli Mangas Martín (2016).

Publicada por el CSIC hasta 1994, la REDI se empezó a editar bajo la dirección de Julio D. González Campos por el Boletín Oficial del Estado (BOE), entre 1994 y 2010, con la colaboración de la Universidad Carlos III de Madrid hasta 1996, y, después, en 2010, bajo la dirección de Alegría Borrás, como hemos dicho, por Marcial Pons, lo que se ha prolongado hasta 2022. En estos años, bajo la dirección de otros profesores de la “escuela de Oviedo de Derecho Internacional” (Luis I. Sánchez Rodríguez, entre 1998 y 2001, y Paz Andrés Sáenz de Santa María, entre 2001 y 2009), de Alegría Borrás (2009–2015), de Araceli Mangas Martín (2016–2019) y de Jorge Cardona Lloréns (2020–2022), se especifica el reparto de la coordinación de cada sección de la REDI entre los miembros del Consejo de Redacción y se llevan a cabo algunos cambios motivados por la adaptación de la REDI a las exigencias de las certificaciones de calidad y las indexaciones, que se suman a la ya entonces consolidada incorporación de evaluadores externos ajenos a los órganos de la Revista para la evaluación por pares mediante proceso de doble ciego, la creación de una página web de la Revista, o la internacionalización del Consejo Asesor a partir de 2012. Desde 2009, la REDI ha sido accesible en abierto en formato electrónico a través de su página web a partir del volumen 58 (2006), con la salvedad de los dos últimos números, y desde el volumen 1 (1948) a través de suscripción a HeinOnline o JSTOR. Es deseo del Consejo de Redacción poder ofrecer en el futuro a través de su página web el acceso abierto también a los números de la REDI entre 1948 y 2005.

Durante sus más de 75 años de existencia, la estructura de la REDI ha variado, manteniendo durante todo este tiempo una sección doctrinal (que hoy se denomina “Estudios”) y otra que incorpora reseñas o resúmenes bibliográficos (“Bibliografía”). Junto a esas secciones, se mantienen actualmente la publicación de un “Editorial” y, sin periodicidad fija, la sección del “Foro”, que recoge debates doctrinales sobre asuntos de actualidad, y la sección sobre la “Práctica española”, que da continuidad de alguna forma a las “clásicas” crónicas de la práctica y la jurisprudencia españolas que durante tantos años dieron a conocer a través de la REDI la práctica y las decisiones judiciales españolas de relevancia internacional.

El actual Director de la Revista y su inmediato predecesor se han dirigido recientemente al Consejo Asesor, no solo para agradecer a sus miembros su disponibilidad y servicios prestados, sino también para, conforme a lo dispuesto en las Directrices Generales de la Revista, informarles de los cam-

bios que se suceden y recabar las observaciones y propuestas que juzguen oportunas, en particular sobre el enfoque y ámbito de la Revista y las líneas editoriales aprobadas por el Consejo de Redacción.

La dirección de la Revista así como todos los miembros del Consejo de Redacción y el Secretario Académico esperamos que el esfuerzo realizado suponga una contribución al progreso de la ciencia internacionalista.

El Consejo de Redacción



# I. ESTUDIOS/ STUDIES

## EFICACIA DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL *EFFECTIVENESS OF THE AGREEMENTS RESULTING FROM INTERNATIONAL MEDIATION*

Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ\*

### RESUMEN

#### EFICACIA DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

La eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación internacional se regula de forma sustancialmente distinta en función de si se requiere un título público (modelo publicista de la UE) o si es suficiente un acuerdo meramente privado (modelo privatista de la UNCITRAL). Esta tensión entre modelos normativos afecta a la atribución de efectos de los acuerdos, a su reconocimiento y a su posible anulación. A día de hoy, este régimen jurídico se construye sobre respuestas parciales y fraccionadas, que han generado un panorama un tanto caótico.

**Palabras clave:** Mediación internacional. Acuerdos resultantes de la mediación. Eficacia. Controles de reconocimiento. Procedimiento de reconocimiento. Anulación de los acuerdos.

### ABSTRACT

#### EFFECTIVENESS OF THE AGREEMENTS RESULTING FROM INTERNATIONAL MEDIATION

The effectiveness of the agreements resulting from international mediation is regulated in a substantially different way depending on whether a public title is required (EU publicist model) or a merely private agreement is sufficient (privatist model of UNCITRAL). This tension between legal models affects the attribution of effects of the agreements, their recognition and their possible avoidance. Nowadays, this legal regime is built on partial and fractional responses, which have generated a somewhat chaotic scene.

**Keywords:** International mediation. Agreements resulting from mediation. Effectiveness.

---

\* Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Oviedo (espiuell@uniovi.es). Este artículo se adscribe al Proyecto PID 2021-123452OB-I00, "Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (FEDER, UE), en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación. Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas por última vez el 15 de noviembre de 2022.

Controls of recognition. Proceeding of recognition. Avoidance of agreements.

**SUMARIO:** 1. MODELOS NORMATIVOS PARA LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.—1.1. Tensiones normativas.—1.2. Modelo publicista: la necesidad de una autoridad pública.—1.3. Modelo privatista: la desaparición de la autoridad pública.—1.4. Una idea fuerza: la compatibilidad entre modelos.—2. ATRIBUCIÓN DE EFECTOS A LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.—2.1. Atribución por autoridad en el modelo publicista.—2.1.1. La formalización del título público.—2.1.2. Controles para la formalización del título ejecutivo.—2.1.3. Alcance del título público: efectos ejecutivo, registral y de cosa juzgada.—2.2. Atribución *ex lege* en el modelo privatista.—2.2.1. La necesidad de una norma de atribución de efectos.—2.2.2. Consecuencias de la atribución: la posible desaparición de acuerdos “extranjeros”.—3. CONTROLES PARA LA EFICACIA DEL ACUERDO RESULTANTE DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.—3.1. La minimización de controles en el modelo publicista.—3.1.1. Problemática en la UE: una regulación parcial.—3.1.2. Problemática en el Derecho estatal: desaparición del principio de confianza.—3.2. La maximización de controles en el modelo privatista.—3.2.1. Controles sobre las partes.—3.2.2. Controles sobre la composición y el contenido.—3.2.3. La tibieza del modelo de acuerdos registrados.—3.3. Controles comunes en ambos modelos.—3.3.1. El control del orden público y de disponibilidad.—3.3.2. El control olvidado de incompatibilidad.—4. PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.—4.1. El procedimiento para los documentos públicos.—4.1.1. Un procedimiento genérico.—4.1.2. La importancia de la “instancia de parte”.—4.2. El procedimiento para los acuerdos privados.—4.2.1. La aplicación de un ejecutivo a acuerdos privados internacionales.—4.2.2. La importancia del control de oficio.—5. ANULACIÓN DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL.—5.1. Una acción común a los modelos privatista y publicista.—5.1.1. Competencia judicial internacional para la acción de anulación.—5.1.2. Ley aplicable a la acción.—5.2. Una acción específica adicional en el modelo publicista: la autenticidad del documento.—5.3. Efectos de la anulación del acuerdo resultante de la mediación.—6. CONCLUSIONES.

## 1. MODELOS NORMATIVOS PARA LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

### 1.1. Presentación: tensiones normativas

Un acuerdo resultante de la mediación internacional es un pacto entre varias partes que sustituye a una decisión judicial y pone fin a un conflicto transfronterizo<sup>1</sup>. Precisamente por ese efecto equivalente a una resolución, aparece una tensión entre modelos normativos en función de si debe intervenir o no una autoridad. Así, un acuerdo resultante de la mediación podría concebirse como un mero pacto privado, como el que propugna UNCITRAL;

<sup>1</sup> Vide PALAO MORENO, Guillermo, “Mediación y Derecho internacional privado”, *El arreglo pacífico de controversias internacionales: XXV Jornadas AEPDIRI: Córdoba, 20-22 de octubre de 2011*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 649-674, esp. pp. 650-658; PRIBETIC, Antonin, I., «The “Third Option”: International Commercial Mediation», *World Arbitration & Mediation Review*, vol. 1, 2007, n° 4, pp. 563-587, esp. pp. 563-567. Para la contextualización de la mediación en el comercio internacional, vide ALEXANDER, Nadja, “Nudging Users Towards Cross-Border Mediation: Is it Really About Harmonised Enforcement Regulation?”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, n° 2, pp. 405-418; STRONG, Stacie I., “Realizing Rationality: An Empirical Assessment of International Commercial Mediation”, *Wash. & Lee L. Rev.*, vol. 73, 2016, pp. 1973-2085.

pero también requerir la intervención de una autoridad que lo eleve a documento público o lo homologue judicialmente, como ha articulado la UE<sup>2</sup>.

El régimen jurídico de la eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación será sustancialmente distinto en función de si se opta por un modelo UE (publicista) o por un modelo UNCITRAL (privatista). Por ello, se tomará esta tensión como hilo conductor de este trabajo a la hora de determinar la atribución de efectos (núm. II), el reconocimiento de estos (núm. III y IV) y la posible anulación de estos acuerdos (núm. V).

A día de hoy, este régimen jurídico se construye sobre respuestas parciales y fraccionadas, que han generado un panorama un tanto caótico. Contribuyen a este panorama tres factores de política legislativa. En primer lugar, la separabilidad de efectos: el legislador muchas veces se ha centrado en el efecto ejecutivo del acuerdo y ha dejado sin regular otros efectos, si los hubiere, como el de cosa juzgada o de acceso del acuerdo a los registros. En segundo lugar, la presencia de una regulación genérica: no siempre habrá una normativa específica para la eficacia de los acuerdos resultantes de la mediación, sino una calificación genérica como documentos públicos o como acuerdos homologados judicialmente. Y, en tercer lugar, la presencia de una regulación sectorial en la UE: la eficacia del acuerdo de mediación puede variar notablemente según la materia. Este trabajo confrontará distintas materias, precisamente para valorar si es posible referirse o no a una teoría general sobre la mediación internacional.

## 1.2. Modelo publicista: la necesidad de una autoridad pública

El modelo publicista se construye sobre la elevación a instrumento público del acuerdo resultante de la mediación internacional<sup>3</sup>. A partir de ese momento, las normas regulan cómo dar eficacia transfronteriza a los documentos públicos, siendo irrelevante que este derive o no de una mediación<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. PALAO MORENO, Guillermo, “Mediación y Derecho...”, *loc. cit.*, pp. 670-673.

<sup>3</sup> Vide PÉREZ MARTÍN, Lucas Andrés, “La mediación en España, el momento del cambio de paradigma. Estudio comparado con la UE”, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, n° 2, 2018, pp. 443-463, esp. pp. 458-459. En Derecho comparado, vide CHUA, Eunice, “Enforcement of International Mediated Settlements without the Singapore Convention on Mediation”, *SaCLJ*, vol. 31, 2019, pp. 572-597.

<sup>4</sup> Vide AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen, “Impulso de la mediación en Europa y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva”, *REEI*, n° 25, 2013, pp. 1-35; FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana, “Mediación familiar transfronteriza en el ámbito europeo”, *La Ley Derecho de familia*, n° 17, 2018, paginación electrónica, § IV. El hecho de que intervenga una autoridad no debería convertir al acuerdo en una “resolución” pues no tiene una función decisoria, cfr. JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *CDT*, n° 2, 2022, pp. 555-579, esp. p. 558. En su momento, se había planteado una cuestión prejudicial sobre si el divorcio notarial del Código Civil español debía equipararse a una resolución judicial o a un documento público, cuestión finalmente archivada. Vide la Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Alemania) el 10 de mayo de 2022, asunto C-304/22, *DOUE* 2022/C, 318/36. Si bien el Reglamento “Bruselas II.bis” no regula claramente

También es posible la homologación judicial del acuerdo, pero no será objeto preferente de este estudio por su equiparación a resoluciones o transacciones judiciales, y porque el verdadero éxito de la mediación está en aquellos casos en los que no intervienen órganos jurisdiccionales<sup>5</sup>.

Este modelo publicista ha sido acogido en la UE de una forma plena, porque no solo se actúa sobre las normas de reconocimiento del Estado de destino, sino también sobre las normas de elevación a documento público en el Estado de origen, donde el acuerdo adquiere efectos. En este sentido, todos los Estados miembros de la UE tienen la obligación de habilitar una autoridad pública con competencia para convertir el acuerdo de mediación en un título ejecutivo, de conformidad con la Directiva 2008/52<sup>6</sup>. Hay, no obstante, una argumentación circular en dicha Directiva: por un lado, garantiza el derecho de las partes a solicitar la fuerza ejecutiva del acuerdo<sup>7</sup>; pero, por otro, precisamente permite la denegación de esa solicitud cuando “*la legislación de ese Estado miembro no contemple su carácter ejecutivo*”<sup>8</sup>. Romper ese círculo exige que la legislación de un Estado miembro solo puede negar el efecto ejecutivo si está justificado y es acorde con el efecto útil de la Directiva. Serán muy pocos casos en lo que esto ocurra y, de hecho, la Directiva, en su considerando 19, pone uno de los escasos ejemplos: si “*la obligación especificada en el acuerdo no tuviese fuerza ejecutiva por su propia índole*”, por ejemplo, si se trata de una mera declaración de voluntades o de unos acuerdos que no son susceptibles de ejecución forzosa.

---

esta cuestión (vide STJUE 15 de noviembre de 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, C-646/20, ECLI:EU:C:2022:879), sí lo hace el nuevo Bruselas II.ter, considerando estos divorcios notariales no constitutivos como documentos públicos y no resoluciones. Cuestión distinta es que el estado civil no es mediable, aunque el principio de acuerdo de divorcio puede derivar de una mediación relativa a la convivencia familiar. Vide PALAO MORENO, Guillermo, “Crisis matrimoniales internacionales y autonomía de la voluntad”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2013, pp. 451-531, esp. pp. 482-484.

<sup>5</sup> Vide, acertadamente, YBARRA BORES, Alfonso, “Mediación familiar internacional, la Directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles y su incorporación al derecho español”, *REEI*, núm. 23, 2012, pp. 1-26, esp. pp. 22-23, destacando lo paradójico de que un acuerdo resultante de mediación tenga finalmente que necesitar de una autoridad judicial para conferirle carácter ejecutivo.

<sup>6</sup> Artículo 6.2 de la Directiva; en España, artículo 25 de la Ley 5/2012 y, en el mismo sentido, el artículo 11 del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, *BOCG*, núm. 97-1, de 22 de abril de 2022. La Directiva armoniza la mediación transfronteriza cuando una de las partes reside o tiene domicilio en un Estado miembro distinto al de cualquiera de las otras partes. El hecho de que los ordenamientos nacionales la hayan extendido a mediaciones domésticas no convierte a estos en disposiciones de Derecho de la UE, STJUE de 14.6.2017, C-75/16, *Menini y Rampanelli*, ECLI:EU:C:2017:457. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, *DOUE*, L136, de 24 de mayo de 2008.

<sup>7</sup> Artículo 6.1 *ab initio*.

<sup>8</sup> Artículo 6.1 *in fine*. A mayor abundamiento, en lo que respecta a la mediación en materia de responsabilidad parental, el considerando 21 da a entender que no pretende una armonización de legislaciones. Según este, en esta materia “*la presente Directiva no debe alentar a las partes a eludir la legislación del Estado miembro en cuestión mediante gestiones encaminadas a dotarlo de fuerza ejecutiva en otro Estado miembro*”.

Aparte de este modelo completo, el modelo publicista ha sido acogido por otros instrumentos de forma parcial. Numerosas normas de Derecho Internacional Privado (DIPr) ponen el acento en el Estado de destino y en cómo un documento público de otro Estado se ejecuta en su territorio. Pero no entran en la atribución de efectos en el Estado de origen. Esta es una cuestión que corresponde a la legislación procesal de este Estado, sin armonización o unificación de esta cuestión. Así ocurre con el Convenio de Lugano de 2007<sup>9</sup> y por los pocos convenios bilaterales firmados por España, que se refieren a la ejecución de documentos públicos<sup>10</sup>. Además, España lo ha generalizado en la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, aplicable en defecto de norma europea o internacional.

### 1.3. Modelo privatista: la desaparición de la autoridad pública

El modelo publicista es radicalmente distinto al propuesto por UNCTRAL. El importante Convenio de Singapur sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación<sup>11</sup>, así como su Ley Modelo<sup>12</sup>, parten de un paradigma totalmente distinto: el acuerdo resultante de la mediación es un pacto privado que puede tener eficacia en los Estados parte en el Convenio.

Pero también el Derecho de la UE, exponente del modelo publicista de ejecución del acuerdo de mediación como documento público, ha experimentado cierta transición hacia la ejecución de documentos privados, siempre y cuando se encuentren registrados. Así sucede en el Reglamento (UE) 1111/2019, en lo que respecta a las crisis matrimoniales y la responsabilidad parental (Bruselas II.ter)<sup>13</sup>. A día de hoy esta previsión parece pensada para los acuerdos como el de Derecho francés suscritos por abogados y registrados

---

<sup>9</sup> Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE*, L 339, de 21 de diciembre de 2007.

<sup>10</sup> Podrían destacarse los convenios con Brasil, Argelia, Marruecos y Mauritania.

<sup>11</sup> Aprobado en Nueva York el 20 de diciembre de 2018 y abierto a la firma en Singapur el 7 de agosto de 2019.

<sup>12</sup> Ley Modelo sobre mediación comercial internacional y acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación, aprobada por Resolución 73/199, de 20 de diciembre de 2018. Básicamente la Ley Modelo dispone lo mismo que la Convención, pero se hace en una Ley Modelo, un instrumento de *soft law* que no es directamente aplicable. Los Estados promulgarán actos internos que pueden tomar como modelo esa Ley, adaptarla a sus necesidades y modificarla en función de sus intereses. Vide, STRONG, Stacie I., "Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation", *Legal Studies Research Paper Series Research Paper*, n° 28, 2014, pp. 1-54.

<sup>13</sup> Vide DIAGO DIAGO, María del Pilar, "Formas alternativas de resolución de conflictos", en PALAO MORENO, Guillermo (dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores: Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 283-296, sobre el impulso de la mediación en este Reglamento. Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, *DOUE*, L 178/1, de 25 de junio de 2019.

ante notario, sin elevación a escritura pública<sup>14</sup>, pero cabría plantearse su impacto en acuerdos resultantes de la mediación registrados.

Curiosamente, la figura del acuerdo registrado, a los efectos de su reconocimiento y ejecución, no está recogida en el ámbito patrimonial del Reglamento 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I.bis)<sup>15</sup>, pese a que son materias con mayor disponibilidad por las partes que el estado civil y la responsabilidad parental. Tampoco se prevé en otros instrumentos del Derecho de familia y sucesiones, donde la mediación puede tener un notable impacto<sup>16</sup>.

#### 1.4. Una idea fuerza: la compatibilidad entre modelos

Presentados los modelos publicista y privatista, aparece una idea fuerza oculta en la relación entre los distintos instrumentos: la compatibilidad de modelos en función de la estrategia de las partes. Un mismo acuerdo de mediación puede tratar de ejecutarse por su contenido o por su continente. Por su continente, cabría el reconocimiento y ejecución como documento público, a diferencia de lo que ocurre con el arbitraje<sup>17</sup>. Por su contenido, se trataría de ejecutar el acuerdo de voluntades, a partir de su carácter privado.

A día de hoy hay indicios para afirmar la compatibilidad entre los modelos. La UE, precursora de un modelo publicista, no prohíbe que los Estados miembros puedan ir más allá y regular un sistema de reconocimiento

<sup>14</sup> Artículo 229 del Código Civil francés, que contempla un contrato de divorcio refrendado por sus abogados y registrado ante un notario, que solo controla las exigencias formales y el transcurso de un periodo de reflexión de quince días, pero no la validez del acuerdo. Vide GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, "Party Autonomy in International Family Law", *R. des C.*, t. 408, 2020, pp. 89-361, esp. pp. 312-318; MARCHAL ESCALONA, Nuria, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 164-165; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, "La desjudicialización del divorcio...", *loc. cit.*, p. 559. El Reglamento Bruselas II.ter los define como documentos que no son públicos, pero que sí que están registrados por una autoridad pública (artículo 2.2.3), en comparación con los acuerdos puramente privados cuya circulación no está autorizada por el Reglamento (considerando 14).

<sup>15</sup> Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DOUE*, L 351, de 20 diciembre de 2012.

<sup>16</sup> Como es el caso de los Reglamentos (UE) 11103/2016 y 1104/2016, ambos del Consejo, de 24 de junio de 2016, sobre regímenes económicos matrimoniales y de parejas de hecho registradas (*DOUE*, L 183, de 8 de julio de 2016). También es el caso del Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, sobre alimentos (Reglamento Bruselas III, *DOUE*, L 7, de 10 de enero de 2009). Tampoco el Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento y del Consejo, de 4 de julio de 2012 (*DOUE*, L 201, de 27 de julio de 2012), a los efectos de la mediación en materia de sucesiones, se refiere a esta figura, más allá de una referencia en el artículo 8 a la posibilidad de resolver extrajudicialmente las diferencias en el Estado miembro cuya ley fue elegida por el causante.

<sup>17</sup> En el arbitraje, la elevación del laudo a instrumento público no tiene efectos en el modo de ejecución. Vide PALAO MORENO, Guillermo, "Las relaciones entre las convenciones de Singapur sobre mediación de 2018 y de Nueva York sobre arbitraje de 1958: entre el mito y la realidad" en BARONA VILAR, Silvia (ed.), *Meditaciones sobre mediación*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 201-227

de acuerdos privados resultantes de la mediación, por ejemplo, como el propuesto por UNCITRAL en su Ley Modelo. Si la UE permite la circulación de laudos arbitrales al margen de su sistema jurídico, con más motivo debe admitirse la circulación de acuerdos privados resultantes de la mediación, en la que no hay una solución impuesta por un tercero<sup>18</sup>. En este contexto, la Directiva sobre mediación, con referencia expresa a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, no parece que haya hecho una armonización de máximos sino más bien de mínimos<sup>19</sup>.

La compatibilidad expuesta tiene dos matices. Primero, a la luz de la jurisprudencia del TJUE en algún punto cuestionable, la UE conserva la competencia exclusiva para ratificar la Convención de Singapur de 2018, al haber regulado tanto el procedimiento de mediación como el reconocimiento de efectos<sup>20</sup>. Por tanto, la UE controlará la política externa de los Estados miembros en lo que respecta a admitir el reconocimiento de acuerdos privados resultantes de la mediación. La hipotética ratificación de la Convención por la UE haría aplicable, salvo declaración en contra, la Convención al reconocimiento de acuerdos privados incluso entre Estados miembros, y al margen de que se vehiculicen o no a través de un documento público europeo. Se trata de un cambio tan estructural que hace poco probable que la UE ratifique el texto, pese a las bondades de dicha ratificación en las relaciones con terceros Estados<sup>21</sup>.

Cabe hacer un segundo matiz desde la perspectiva de los Estados miembros: países como España no han hecho uso del margen competencial que

---

<sup>18</sup> Sobre la no aplicación del Derecho procesal de la UE al arbitraje, vide STJUE de 20 de junio de 2022, *London Steam-Ship Owners' Mutual Insurance Association*, C-700/20, ECLI:EU:C:2022:488.

<sup>19</sup> Cfr. CHÉLIZ INGLÉS, M<sup>a</sup> Carmen, "La UE y la armonización de la regulación en materia de mediación: ¿hacia una mediación obligatoria en todos los Estados miembros?", *Revista de Estudios Europeos*, n<sup>o</sup> 71, 2018, pp. 189-205, p. 191. Ello se ve corroborado por artículo 6.1 de la Directiva, que todavía da un margen de actuación a las legislaciones de los Estados miembros en lo que respecta al carácter ejecutivo del acuerdo. También por el considerando 22 de la Directiva, que establece la no afectación de la Directiva "a las normas de los Estados miembros aplicables a la ejecución de acuerdos". Esta tendencia se ve corroborada por el Reglamento Bruselas II.ter, que reconoce una nueva realidad en la legislación de los Estados miembros: la circulación de los acuerdos privados registrados, que no parecen vetados en el sector de la mediación.

<sup>20</sup> La competencia compartida entre Estados miembros y UE podría justificarse en que la UE ha regulado la circulación del acuerdo resultante de la mediación como título público y no como acuerdo privado, pero la jurisprudencia hace una interpretación extensiva de la competencia exclusiva de la UE. Vide Dictamen del TJUE 1/03, de 7 de febrero de 2006, ECLI:EU:C:2006:81, sobre la firma del Convenio de Lugano; Dictamen de TJUE 1/13, de 14 de octubre de 2014, ECLI:EU:C:2014:2303, sobre la aceptación de la adhesión de terceros Estados al Convenio de La Haya de 1980 de sustracción de menores. Vide, como resumen de todos los comentarios al respecto, BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil", Iustel, 2006, pp. 1-12, p. 6 (también en *RJC* n<sup>o</sup> 3, 2006).

<sup>21</sup> Vide PALAO MORENO, Guillermo, "La Convención de Singapur sobre mediación desde la perspectiva de la Unión Europea: algunas reflexiones", *Revista Vox*, n<sup>o</sup> 13, 2021, p. 27-46; *id.*, "La Convención de Singapur entra en vigor: ¿Un impulso definitivo para la mediación comercial transfronteriza?", *Revista Jurídica Hispano-Alemana*, n<sup>o</sup> 1, 2021, pp. 19-24, esp. pp. 23-24.

ofrece la Directiva 2008/52 y taxativamente establecen que la ejecución del acuerdo de mediación “solo” (*sic*) se producirá si ha sido elevado a documento público<sup>22</sup>. El Proyecto de Ley sobre eficiencia procesal sigue y consolida esta senda.

## 2. ATRIBUCIÓN DE EFECTOS A LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

### 2.1. Atribución por autoridad en el modelo publicista

#### 2.1.1. *La formalización del título público*

De conformidad con la Directiva 2008/52 sobre mediación, el carácter ejecutivo se obtiene en virtud de sentencia o resolución de una autoridad judicial o en virtud de acto auténtico de otras autoridades, básicamente, los notarios<sup>23</sup>. En el caso de la elevación a escritura pública, esta se produce a petición de las dos partes o una con consentimiento expreso de la otra, sin necesidad de intervención del mediador<sup>24</sup>.

En España, los notarios, como autoridad del Estado donde se otorga el documento por elección de las partes, tienen competencia para formalizar cualquier acuerdo, aunque dicho acuerdo no haya tenido ninguna relación con el ordenamiento y el territorio españoles. Además, aunque la Ley 5/2012<sup>25</sup> se refiere únicamente a notarios<sup>26</sup>, también debe afirmarse la competencia para la elevación a instrumento auténtico de los consulados en ejercicio de funciones notariales<sup>27</sup>. Para ello, el contenido del acuerdo debe regirse por la

<sup>22</sup> Artículo 27.2.

<sup>23</sup> Vide PALAO MORENO, Guillermo, “Mediación y Derecho...”, *loc. cit.*, pp. 670-673; FORCADA MIRANDA, Francisco Javier, *Sustracción internacional de menores y mediación familiar*, Madrid, Sepin, 2015, pp. 128-120. En el caso de homologación judicial, los tribunales competentes serán aquellos que puedan conocer de esa materia en cuanto al fondo, cfr. CHÉLIZ INGLÉS, M<sup>a</sup> Carmen, *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 186-189. En caso de mediación intrajudicial, será competente el tribunal ante el que se estaba desarrollando el proceso, vide, en el ámbito comparado, SUSSMAN, Edna, “The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement”, en ROVINE, Arthur W. (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2008*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 343-359 (disponible en [https://sussmanadr.com/docs/Enforcement\\_Fordham\\_82008.pdf](https://sussmanadr.com/docs/Enforcement_Fordham_82008.pdf), pp. 1-24, esp. pp. 16-17).

<sup>24</sup> Así lo asume el artículo 27.2 de la Ley 5/2012, aunque con una sistemática y contextualización un tanto extrañas, pues se regula no en referencia de la exportación de un acuerdo regido por el Derecho español, sino en el de importación de un acuerdo de mediación “*que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera*”. Curiosamente en la fase de importación de un acuerdo para su ejecución en España no va a resultar fácil obtener el consentimiento de la parte que se plantea incumplir. Vide PÉREZ MARTÍN, Lucas Andrés, *loc. cit.*, pp. 458-459.

<sup>25</sup> Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, *BOE*, núm. 162, de 7 de julio de 2012.

<sup>26</sup> *Vid.* artículos 25.1 y 27.2 de la Ley 5/2012, cuya redacción no cambia en el Proyecto de Ley de eficiencia procesal.

<sup>27</sup> Anexo III del Reglamento de la organización y régimen del Notariado, Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del

ley española, las partes deben ser de nacionalidad española o el acuerdo debe versar sobre un bien inmueble radicado en territorio español<sup>28</sup>. En todo caso, es preciso avanzar en esta lectura clásica: si el acuerdo de mediación va a sustituir a una resolución judicial, el notario español debería comprobar que los tribunales españoles habrían sido competentes para conocer del fondo<sup>29</sup>. Así se eliminarán futuros problemas de reconocimiento del acuerdo.

### 2.1.2. *Controles para la formalización del título ejecutivo*

Toda autoridad española, judicial, notarial o consular, formalizará el título ejecutivo conforme a la ley española<sup>30</sup>. A estos efectos, deben verificarse dos extremos: el cumplimiento de los requisitos de la Ley y que el contenido del acuerdo no es contrario a Derecho<sup>31</sup>.

El cumplimiento de los requisitos de la Ley de mediación es sencillo si se trata de una mediación seguida conforme a la ley española, cuyo acuerdo se quiere formalizar para su posterior exportación. También si la mediación se rigió por la ley de un Estado miembro, que comparte los estándares europeos de la Directiva. Sin embargo, este control es más complejo cuando se trata de un acuerdo de una mediación regida por el Derecho de un tercer Estado. Debe valorarse la presencia de unos principios funcionalmente equivalentes a los recogidos por el Derecho español: voluntariedad y libre disposición; igualdad de las partes e imparcialidad de los mediadores; neutralidad y confidencialidad; y comportamiento leal y respetuoso, en el marco de la buena fe<sup>32</sup>. Para valorar el grado de incumplimiento, debe utilizarse un estándar internacional, según el cual los incumplimientos han tenido que ser decisivos para la celebración del acuerdo de transacción.

El segundo control notarial para formalizar el título ejecutivo está relacionado con que el acuerdo no sea contrario a Derecho<sup>33</sup>. Se trata de una expresión muy amplia que debe ser concretada en tres niveles.

---

Notariado, *BOE*, núm. 189, de 07 de julio de 1944.

<sup>28</sup> En este sentido, el artículo 11.1 del Código civil debería jugar como norma de competencia consular, por mucho que no fuera la función original para la que se creó.

<sup>29</sup> Vide, sobre la aplicación de las normas de competencia judicial a autoridades no jurisdiccionales, JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, "El concepto de órgano jurisdiccional en los reglamentos europeos de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 121-162, esp. pp. 127-131.

<sup>30</sup> Como expresión de la regla "auctor regit actum", que tiene una mención parcial en el apartado 3 del artículo 11 del Código civil.

<sup>31</sup> Artículo 25.2. En el mismo sentido, vide artículo 11.4 del Proyecto de Ley de eficiencia procesal.

<sup>32</sup> Vide FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia, "Reconocimiento y declaración de ejecutividad de los acuerdos de mediación transfronterizos", en LÓPEZ SIMÓ, Francisco, y GARAU SOBRINO, Federico (coord.), *Mediación en materia civil y mercantil. Análisis de la normativa de la UE y española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 338-354, § 36.

<sup>33</sup> Artículo 6.1 de la Directiva; artículo 25.1 de la Ley 5/2012, que no se ve alterado por el Proyecto de Ley de eficiencia procesal.

i) Primer nivel: control conforme al Derecho material español. La calificación como materia disponible por las partes y, por tanto, susceptible de mediación debe hacerse conforme a la ley española, por mucho que la Ley utilice la expresión disponible “conforme a la legislación aplicable”.

ii) Segundo nivel: control conforme al DIPr del sistema español<sup>34</sup>. Habrá que valorar, en primer lugar, la ley aplicable al contenido del acuerdo. Asimismo, aunque la redacción no sea del todo clara, habrá un control de capacidad de las partes para celebrar los acuerdos conforme a su ley nacional<sup>35</sup>. También se controlará la legalidad del consentimiento prestado conforme a la ley aplicable<sup>36</sup>, teniendo en cuenta el orden público español en lo que respecta a consentimiento obtenido con violencia, intimidación o error.

iii) Tercer nivel: un control acumulado conforme a la ley española y conforme a la ley que rigió la mediación. Un notario español no debe atribuir efecto ejecutivo a un acuerdo que no lo tiene conforme a la ley española<sup>37</sup>. Pero tampoco si no lo tiene conforme a la ley que rige la mediación. La base legal para este control está en el considerando 21 de la Directiva<sup>38</sup>. Es un considerando muy acertado en su idea, pues se trata de evitar fraudes y de eludir que acuerdos sin efecto ejecutivo, según el ordenamiento de referencia para la mediación, lo adquieran por solicitarse en otros Estados miembros. Pero es un considerando errático en su formulación: aparte de que debería estar en la parte dispositiva, el considerando está restringido a las crisis matrimoniales y a la responsabilidad parental, cuando debería jugar en toda materia. Además, en lugar de referirse al Estado cuyo ordenamiento rigió la mediación, se refiere al Estado donde se celebró el acuerdo, que no es exactamente lo mismo. La versión española tiene, por último, un error de traducción<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> El Considerando 19 de la Directiva 2008/52 lo señala expresamente; no así la Ley 5/2012.

<sup>35</sup> Artículo 9.1 de Código civil.

<sup>36</sup> La falta de una norma de conflicto al respecto llevó, en un primer momento, a la aplicación de la misma ley nacional que rige la capacidad. Pero debe recordarse que algunos instrumentos de Derecho internacional privado someten el consentimiento a la ley rectora del contenido. Vide artículo 10 del Reglamento 593/2008 “Roma I”, en materia de mediación contractual; sendos artículos 24 del Reglamento 2016/1103 de regímenes económicos matrimoniales y del Reglamento 2016/1104 de parejas de hecho registradas, en lo que respecta a mediación en estas materias. No parece claro ni en el Reglamento 864/2007 “Roma II” (acuerdo en materia extracontractual), ni en el Protocolo de La Haya de 2007 (acuerdo en materia de alimentos), ni en el Convenio de La Haya de 1996 (acuerdo en materia de responsabilidad parental) ni en el Reglamento nº 650/2012 (acuerdo en materia sucesoria).

<sup>37</sup> La Ley 5/2012 no es especialmente clara en este punto, pero sí la Directiva 2008/52 que se refiere al supuesto en el que la legislación del Estado miembro donde se formula la solicitud de formalización de título no contempla su carácter ejecutivo. Cfr. artículo 6.1.

<sup>38</sup> Este señala que, en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental, no hay que alentar a que las autoridades de un Estado miembro doten de fuerza ejecutiva al acuerdo, si no la tiene en el Estado donde se celebró.

<sup>39</sup> La versión española se refiere al Estado en el que el acuerdo ha sido celebrado “o” al Estado en el que se solicita se le dé carácter ejecutivo. Las versiones inglesa y francesa son más acertadas, porque se refieren a un único Estado y no a dos, el Estado en el que el acuerdo ha sido celebrado “y” donde se solicitó el carácter ejecutivo.

### 2.1.3. *Alcance del título público: efectos ejecutivo, registral y de cosa juzgada*

La Directiva 2008/52 deja claro que el efecto ejecutivo va unido a la formalización del instrumento público. Guarda un criticable silencio, en cambio, respecto del efecto registral y el de cosa juzgada.

Por lo que respecta al efecto registral, la ley del Estado del registro determinará si se precisa o no documento público para la inscripción de cualquier tipo de acuerdo. En cualquier caso, en la Directiva 2008/52 la verdadera falla se encuentra en el silencio sobre el efecto de cosa juzgada. Cabe sostener, como interpretación uniforme europea, que en la UE el acuerdo resultante de la mediación, si se eleva a documento público, tiene un efecto de cosa juzgada al menos relativo, de modo que el conflicto resuelto en la mediación no se puede reproducir en un proceso judicial<sup>40</sup>. No cabe volver a juzgar lo ya acordado<sup>41</sup>. Prueba de ello es que no cabe una acción declarativa por un posible incumplimiento o por discrepancias en la interpretación del acuerdo; cuestiones que deben resolverse en un proceso ejecutivo, una vez que haya un instrumento auténtico. Nada de lo señalado se ve alterado por el hecho de que quepa una acción de nulidad o anulación del acuerdo. Como se verá, este tipo de acciones se refieren a la capacidad, consentimiento, forma y contenido del propio acuerdo, pero en modo alguno permiten volver a debatir el conflicto ni entrar en el fondo de la discrepancia<sup>42</sup>.

## 2.2. *Atribución ex lege en el modelo privatista*

### 2.2.1. *La necesidad de una norma de atribución de efectos*

En el modelo privatista, los efectos del acuerdo de mediación se atribuyen *ex lege* sin intervención de autoridad<sup>43</sup>. En la Convención de Singapur los efectos ejecutivos y de cosa juzgada de un acuerdo resultante de la mediación

---

<sup>40</sup> En España, vide artículo 23.4 de la Ley 5/2012 estableciendo que “solo” cabe la acción de nulidad, prueba de la garantía del efecto de cosa juzgada, sin perjuicio de que en el artículo 28.4 del Anteproyecto de Ley del Ministerio de Justicia, de 19 de febrero de 2010, se señalaba de una forma más clara. El Proyecto de Ley de eficiencia procesal no cambia este precepto. A mayor abundamiento, cabe recordar que el efecto de cosa juzgada de las transacciones está recogido expresamente en los artículos 1809 y 1816 Cc. Sobre las carencias de la Directiva en este sentido, vide Tilma, Vicent., *Lessons Learnt from the Implementation of the EU Mediation Directive: The Business Perspective*, Bruselas, Directorate General for Internal Policies, 2011, pp. 1-15, esp. p. 12.

<sup>41</sup> Vide FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia, *loc. cit.*, § 29.

<sup>42</sup> La Directiva guarda silencio sobre la admisibilidad de acción de nulidad contra el acuerdo resultante de la mediación.

<sup>43</sup> Vide, en detalle, ESPLUGUES MOTA, Carlos, “La Convención de Singapur de 2018 sobre mediación y la creación de un título deslocalizado dotado de fuerza ejecutiva: una apuesta novedosa, y un mal relato”, *REDI*, t. 72, 2020-1, pp. 53-80. La idea fuerza de este Convenio no se señala expresamente, pero se deduce de todas y cada una de sus disposiciones. En ningún momento se refiere a la necesidad de que el acuerdo de transacción se contenga en un instrumento público. Además, en ningún momento se establecen controles como la legalización y apostilla para asegurarse la autenticidad de un documento público. Por último, en todo momento presume la existencia de fuerza ejecutiva de un acuerdo de tran-

a primera vista parece que están atribuidos directamente por dicha norma internacional como “principios generales” (*sic*), sin referencia a ninguna ley nacional<sup>44</sup>. En particular, por lo que respecta al efecto de cosa juzgada, así lo confirma el hecho de que el rechazo al reconocimiento del acuerdo procede si no es “definitivo” o “vinculante”, según lo estipulado “en el propio acuerdo”, esto es, según la voluntad de las partes y no según lo dispuesto en ninguna ley estatal<sup>45</sup>.

Sin embargo, aparece un factor corrector que permite concluir que los “principios generales” de la Convención necesitan el respaldo de una ley nacional. No en vano, el acuerdo pueda dejar de reconocerse “si no puede cumplirse” con arreglo al ordenamiento estatal de referencia<sup>46</sup>. En consecuencia, si el acuerdo no es ejecutivo en el Estado de origen, parece que no debe serlo en los demás Estados partes. Asimismo, si en el Estado de referencia el acuerdo no es sustitutivo de una resolución judicial, tampoco parece que pueda cumplirse en sus propios términos conforme al ordenamiento de origen.

### 2.2.2. *Consecuencias de la atribución: la posible desaparición de acuerdos “extranjeros”*

En un modelo privatista, el carácter extranjero del acuerdo puede fijarse en función del ordenamiento de referencia de dicho acuerdo, y no, como ocurre en el modelo publicista, en función de la nacionalidad de la autoridad expedidora, porque no existe<sup>47</sup>.

sacción. Vide DEASON, Ellen E., “Enforcement of Settlement Agreements in International Commercial Mediation: A New Legal Framework?”, *Dispute Resolution Magazine*, 2015, pp. 32-38.

<sup>44</sup> Cfr. su artículo 3 bajo un título genérico de “principios generales”. Vide CHUA, Eunice, “The Singapore Convention on Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution”, *Asian Journal of International Law*, vol. 9, 2019, pp. 195-205, § B.

<sup>45</sup> Artículo 5.1.b).ii). Vide ESPLUGUES MOTA, Carlos, *loc. cit.*, p. 68. Algo similar ocurre en el Convenio de Nueva York de 1958 sobre laudos arbitrales. Su artículo III exige a los Estados firmantes la obligación de reconocer la “autoridad de la sentencia arbitral” y conceder su ejecución, sin referirse a que el laudo tenga que tener este efecto en el Estado de origen.

<sup>46</sup> La Convención se refiere a la ley elegida por las partes y, en su defecto, la ley que la autoridad que está dando efectos al acuerdo considere aplicable, cfr. artículo 5.1.b).i).

<sup>47</sup> Por ejemplo, en un modelo privatista inspirado en el arbitraje, el acuerdo resultante de mediación sería extranjero y, por tanto, necesitaría reconocimiento, en función de la sede de la mediación, es decir, si el acuerdo se ha celebrado en un Estado distinto de aquel en el que se quiere hacer efectivo. Cfr. artículo I.1 de la Convención de Nueva York. Cuando la sede coincida con el Estado de destino, el reconocimiento sería exigible si el Estado de destino no considera nacional o propio al acuerdo de transacción. En el modelo publicista de la UE, internacionalidad y extranjería se separan. La internacionalidad es exigida por la Directiva 2008/52; la extranjería por los reglamentos de DIPr. Así, puede ocurrir que un acuerdo alcanzado en una mediación puramente interna —y por tanto ajeno al ámbito de aplicación de la Directiva— necesita finalmente un reconocimiento transfronterizo como acuerdo extranjero por una internacionalidad sobrevenida (traslado de domicilio de una de las partes, movimiento internacional de patrimonio...). A la inversa, una mediación internacional, y que ha podido estar afectada por el ámbito de aplicación de la mediación, puede dar lugar a un título otorgado por autoridad española, que no precisará de reconocimiento en España. Vide, en general, GÓMEZ JENÉ, Miguel, “El carácter transfronterizo del conflicto sometido a mediación”, en LÓPEZ SIMÓ, Francisco y GARAU SOBRINO, Federico (coord.), *op. cit.*, pp. 325-338.

Sin embargo, la Convención de Singapur ha optado por un modelo distinto: no importa la calificación de un acuerdo como extranjero ni el ordenamiento de referencia, sino la calificación de la situación como internacional, por tener las partes sus establecimientos en Estados distintos o por cumplirse una parte sustancial de las obligaciones en el extranjero<sup>48</sup>.

La desaparición del elemento extranjero tiene consecuencias prácticas importantes. Por un lado, la Convención sustituye el concepto de “reconocimiento” por el de “eficacia”, sea el acuerdo extranjero o no. Por otro lado, al no haber un Estado de origen, la Convención de Singapur no tiene una aplicación estrictamente *inter partes* entre Estados firmantes del Convenio. En este sentido, pese a que la UE no ha ratificado el texto, la Convención tiene ciertos efectos en el momento de “exportación” de los acuerdos de Estados miembros a países que sí aplican la Convención<sup>49</sup>.

### 3. CONTROLES PARA LA EFICACIA DEL ACUERDO RESULTANTE DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

#### 3.1. La minimización de controles en el modelo publicista

##### 3.1.1. *Problemática en la UE: una regulación parcial*

El reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación como documentos públicos parte de una minimización de controles, dado que la autoridad expedidora del título ha realizado ya un control de validez del acuerdo en un primer momento. Por ello, en el segundo momento, el del reconocimiento y ejecución de los efectos, pueden reducirse los controles.

Esta realidad es especialmente visible en el ámbito de la UE, donde aparece una nueva dimensión del principio de confianza comunitaria: como el acto del documento público ha sido controlado en el Estado de origen y lo ha sido conforme a estándares europeos fijados por la Directiva 2008/52, no va a ser controlado “a máximos” en el Estado de destino. De esta forma, desaparece el reconocimiento conflictual, el control de la validez del acuerdo en cuanto a capacidad, consentimiento, fondo y forma, como también desaparece el control de la autenticidad del documento.

La principal carencia de las normas de DIPr de la UE es que se centran en el efecto ejecutivo y no regulan los posibles efectos restantes de los documentos públicos, especialmente, el efecto de cosa juzgada, verdadero valor añadido de los acuerdos de mediación, que necesita de una respuesta a nivel

---

<sup>48</sup> Vide, en detalle, ESPLUGUES MOTA, Carlos, *loc. cit.*, pp. 63-69. En esta situación quizá se constata la principal separación de la Convención de Singapur respecto del camino indicado por el Convenio de Nueva York en materia de laudos arbitrales. Este reserva el reconocimiento y la atribución de efecto ejecutivo a laudos extranjeros, y no somete a ese reconocimiento a laudos internacionales propios.

<sup>49</sup> Bielorrusia, Georgia, Turquía, Ecuador, Honduras, Kazajistán, Catar, Arabia Saudí, Singapur y Fiji.

européo y no de cada Estado. Este silencio es palpable en los instrumentos en materia patrimonial<sup>50</sup>, de sucesiones, de regímenes económicos de matrimonio y de parejas de hecho<sup>51</sup>, y de alimentos<sup>52</sup>.

Afortunadamente, el Reglamento Bruselas II.ter ha dado un salto cualitativo en materia de crisis matrimoniales y responsabilidad parental y marca la que debe ser la tendencia de la próxima generación de instrumentos. Por primera vez regula todos los efectos de los documentos públicos, no solo el ejecutivo; y ello va a tener un notable impacto en los acuerdos resultantes de la mediación en esta materia, porque su efecto de cosa juzgada se va a reconocer por normas europeas.

Además, este Reglamento obliga a la autoridad del Estado de origen a comprobar que la autoridad expedidora del título tendría una competencia equivalente a la de los tribunales de conformidad con el Reglamento<sup>53</sup>. Si el acuerdo va a ser sustitutivo de una sentencia, tiene que provenir de los Estados de los que pueden provenir las sentencias<sup>54</sup>. Se trata de una previsión positiva porque refuerza la coherencia del sistema y da un mismo régimen a las resoluciones que a los acuerdos de mediación sustitutivos de aquellas. No obstante, en su déficit, debe destacarse que este control de la competencia no debería jugar respecto de documentos públicos que no van a ser sustitutivos de una sentencia.

Este novedoso control tiene un gran potencial para futuras revisiones de otros instrumentos de la UE. Por ejemplo, en el ámbito patrimonial, y *de lege ferenda*, tanto la autoridad expedidora de origen, como la autoridad del Estado de destino, cuando reconoce el acuerdo, deberían comprobar que el acuerdo resultante de la mediación respeta las normas de competencia judicial internacional en materia exclusiva<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Artículos 58 a 60 del Reglamento Bruselas I.bis.

<sup>51</sup> Artículos 58 y 59 de sendos instrumentos. Aunque sí regula el efecto probatorio, no se pronuncia sobre el resto de efectos, principalmente el de cosa juzgada y el registral.

<sup>52</sup> El Reglamento Bruselas III sobre alimentos también se refiere únicamente al efecto ejecutivo y en una clave de ejecución directa sin procedimiento alguno ni oposición a la ejecución, sin ni siquiera controlar el orden público.

<sup>53</sup> Artículo 66.2.a). Vide RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, María Ángeles, “La eficacia extraterritorial de documentos públicos y acuerdos”, en CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz (dir), *Estudios del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 267-279, esp. pp. 276-277. Vide, en relación con la situación precedente, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “Competencia judicial internacional y contenido de los acuerdos de mediación en la sustracción internacional de menores”, en AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen, y QUINZÁ REDONDO, Pablo, *Tratado de Mediación*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 183-204, p. 199.

<sup>54</sup> Vide, respecto del anterior Reglamento, CHÉLIZ INGLÉS, M<sup>a</sup> Carmen, *La sustracción internacional de menores y la mediación: retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 288-315.

<sup>55</sup> En estos casos, no cabe el acuerdo de las partes (art. 25.4) y, por lo tanto, tampoco debería haber un acuerdo de mediación que no haya sido elevado por las autoridades del Estado cuyas autoridades tendría competencia exclusiva para dictar una resolución. Vide JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “La desjudicialización del divorcio...”, *loc. cit.*, p. 561, refiriéndose a cómo los documentos públicos sustitutivos

### 3.1.2. *Problemática en el Derecho estatal: desaparición del principio de confianza*

Las normas de DIPr estatal tienen una aplicación doble por razón de la materia y por razón del espacio. Por razón de la materia, aun cuando se trate de documentos públicos provenientes de Estados miembros, se aplicará para hacer valer los efectos registral y de cosa juzgada, no regulados en la mayoría de instrumentos del DIPr europeos, salvo en el Reglamento Bruselas II.ter. Por razón del espacio, el Derecho estatal se aplicará a los documentos públicos provenientes de Estados que no sean miembros de la UE ni parte en convenios firmados por España. En estos casos, además de la regulación de los efectos registral y de cosa juzgada, se regula el efecto ejecutivo.

En este contexto, el acuerdo resultante de la mediación debería someterse a un régimen unitario de controles, al margen del efecto que se precise. Debe tenerse en cuenta, además, que, a diferencia del ámbito europeo, no hay un principio de confianza en la autoridad de origen.

Lejos de este planteamiento, la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional<sup>56</sup>, la Ley 20/2011 del Registro Civil<sup>57</sup> y la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria<sup>58</sup> dan regímenes distintos para el efecto registral y para el efecto ejecutivo, además de guardar silencio sobre el efecto de cosa juzgada que pueden tener los acuerdos de mediación. Es verdad que hay controles coincidentes: el respeto al orden público; la intervención del notario extranjero con funciones equivalentes al notario español<sup>59</sup>; la autenticidad del documento; y la necesidad de los mismos efectos en el Estado de origen que los pretendidos en España<sup>60</sup>. Pero en términos generales la dispersión normativa genera incoherencias y puede suceder que un acuerdo “ejecutable” no sea “inscribible”. En efecto, el control de la validez del acuerdo por capacidad, consentimiento, contenido y forma se reserva únicamente para el efecto registral y no

---

de resoluciones implican un reconocimiento general de la sumisión como criterio de competencia. Por el contrario, no debe haber un control de competencia en materia de foros de protección, consumidores, seguros y trabajadores, porque en todos esos casos sí hay competencia por acuerdo posterior al nacimiento del litigio, previsión equivalente a la competencia de un notario para elevar un acuerdo de mediación, una vez surgida la diferencia.

<sup>56</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, *BOE*, núm. 182, de 31 de julio de 2015.

<sup>57</sup> Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, *BOE*, núm. 175, de 22 de julio de 2011.

<sup>58</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, *BOE*, núm. 158, de 03 de julio de 2015.

<sup>59</sup> Disposición adicional III, apartado 1, letra b) de la Ley 15/2015, de la jurisdicción voluntaria, y artículo 43 de la Ley 29/2015, de cooperación jurídica internacional, que define el documento público como aquel en el que la autenticidad se refiere a la firma y el contenido. Repárese, no obstante, que en el ámbito registral debe controlarse la regularidad del documento en el Estado de origen y que fue otorgado por una autoridad competente conforme a la legislación de dicho Estado.

<sup>60</sup> Ello no obsta a que los controles operen de forma más flexible en el ámbito registral, en cuanto a la posible presunción de autenticidad del documento no legalizado ni apostillado; en cuanto a la intensidad de la vulneración del orden público, que en este ámbito debe ser manifiesta; y a que el documento debe inscribirse en España si lo prevé nuestra legislación y por mucho que en el Estado de origen no sea inscribible.

para el resto de efectos<sup>61</sup>. Además de incoherencias, hay omisiones: debería comprobarse que el acuerdo no vulnera las competencias exclusivas de tribunales españoles, *mutatis mutandis*, de los notarios españoles para elevar a documento público acuerdos de mediación cuando son sustitutivos de sentencias en materias exclusivas.

### 3.2. La maximización de controles en el modelo privatista

#### 3.2.1. Controles sobre las partes

En el modelo privatista, representado por la Convención de Singapur de 2018, el hecho de que no haya intervención de autoridad pública en el momento de formalización del acuerdo provoca que se maximicen los controles en un segundo momento, el de reconocimiento y ejecución en el Estado de destino.

Así, la Convención no reconoce el acuerdo si una de las partes tenía algún tipo de incapacidad<sup>62</sup>. Nada se dice sobre el ordenamiento de DIPr aplicable para controlar la capacidad: si el del Estado de destino o si el del Estado conforme a cuyo ordenamiento se celebró el acuerdo de mediación. Lo más coherente sería reconocer el acuerdo resultante de la mediación si la persona era capaz conforme la norma de conflicto del ordenamiento de referencia del acuerdo, a salvo que esa incapacidad sea una cuestión de orden público en el Estado de destino.

#### 3.2.2. Controles sobre la composición y el contenido

El acuerdo tampoco se reconoce si es nulo, ineficaz o no puede cumplirse<sup>63</sup>. Aparece aquí un reconocimiento conflictual, pues la nulidad depende de que se cumplan los requisitos de consentimiento, forma y fondo. El ordenamiento de referencia para este control es el elegido por las partes; en defecto de elección, se estará a la ley que la autoridad del Estado de destino considere aplicable. Hay un control añadido sobre el contenido del acuerdo: no se reconoce el acuerdo si las obligaciones no son claras o comprensibles<sup>64</sup>. En este caso, ya no estamos ante un control por remisión a una ley nacional, sino un control basado en una interpretación internacional uniforme.

A los controles sobre el contenido del acuerdo, se unen dos controles sobre el propio procedimiento de mediación del que deriva la composición de dicho acuerdo<sup>65</sup>. Uno, respecto del mediador, pues no se reconoce el acuerdo si no se revelaron circunstancias sobre su imparcialidad o independencia,

---

<sup>61</sup> No quiere decirse que el acuerdo se haya regido por las leyes a las que remite el DIPr españoles, pero sí que también sea válido conforme a estas.

<sup>62</sup> Vide ESPLUGUES MOTA, Carles, *loc. cit.*, p. 73.

<sup>63</sup> Artículo 5.b).i). Vide ESPLUGUES MOTA, Carles, *loc. cit.*, pp. 73-75.

<sup>64</sup> Artículo 5.c).

<sup>65</sup> Vide artículos 5.e) y f) y, al respecto, ESPLUGUES MOTA, Carles, *loc. cit.*, pp. 75-76.

circunstancias con una repercusión sustancial o una influencia indebida en una de las partes<sup>66</sup>. El segundo control es sobre las normas aplicables a la mediación, ya no se reconoce el acuerdo si el mediador ha incumplido gravemente las normas aplicables a la mediación o a su persona<sup>67</sup>. La medición de esa repercusión sustancial, esa influencia indebida o ese incumplimiento grave, se realiza a través de un test *sine qua non*: de haberse conocido estas circunstancias, la parte afectada no habría celebrado el acuerdo<sup>68</sup>.

### 3.2.3. *La tibieza del modelo de acuerdos registrados*

Como ya se ha señalado, el Reglamento Bruselas II.ter tiene la novedad de regular el reconocimiento de los acuerdos privados registrados, y lo hace con una equiparación al régimen de los documentos públicos. Sin embargo, hay diferencias fundamentales, que no han sido tenidas en cuenta. En el reconocimiento de un documento público, hay un principio de confianza comunitaria en la autoridad del Estado de origen, que hace una serie de controles para elevar a público el acuerdo, controles que, además, en el ámbito de la mediación, están armonizados por la Directiva 2008/52. Nada de ello ocurre en los acuerdos registrados en los que la autoridad pública del Estado de origen no se pronuncia sobre la validez del acto. Es desproporcionado, por tanto, exigir en el momento de reconocimiento solamente los mismos controles que al documento público. Se echa en falta un reconocimiento conflictual, en tanto acuerdo válido por capacidad, consentimiento, forma y fondo, que acompañe a los controles de naturaleza más procesal, en tanto que sustitutivo de una resolución<sup>69</sup>.

Pero no solo se trata de añadir otro tipo de controles al reconocimiento, sino que, además, algunos de los controles previstos deben funcionar de forma distinta. Así sucede con el eventual control de la “competencia”. Los ordenamientos estatales decidirán qué acuerdos pueden inscribirse o no en sus registros; una vez admitido el registro de un acuerdo, se controlará si el

---

<sup>66</sup> Vide MCCORMICK, Khory y ONG, Sharon, “Through the Looking Glass: An Insider’s Perspective into the Making of the Singapore Convention on Mediation”, *Singapore Academy of Law Journal*, n° 31, 2019, pp. 520-546, esp. pp. 540-544.

<sup>67</sup> Sobre la importancia de normas de referencia en el proceso de mediación, vide DEASON, Ellen E., “Procedural Rules for Complementary Systems of Litigation and Mediation-Worldwide”, *Notre Dame L. Rev.*, vol. 80, 2005, pp. 553-592; WOLSKI, Bobette, “Enforcing Mediated Settlement Agreements (MSAs): Critical Questions and Directions for Future Research”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, n° 1, pp. 87-117. Sobre las distintas modalidades de mediación, vide CHERN, Cyril, *International commercial mediation*, Londres, Informa Law, 2008, pp. 129 y ss.; BOULLE, Laurence Joseph, “International Enforceability of Mediated Settlement Agreements: Developing the Conceptual Framework”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 7, 2014, n° 4, pp. 35-68.

<sup>68</sup> Vide TASENDE ITURVIDE, Ignacio Jorge, “Reflexiones sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n° 37, 2020, pp. 71-91, esp. p. 86.

<sup>69</sup> Vide JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “La desjudicialización del divorcio...”, *loc. cit.*, p. 561, sobre los riesgos de que un reconocimiento puramente procesal provoque que no se controlen aspectos esenciales relativos al consentimiento del acuerdo.

acuerdo se ha registrado en un Estado, cuyas autoridades habrían sido competentes para dictar una resolución<sup>70</sup>.

### 3.3. Controles comunes en ambos modelos

#### 3.3.1. *El control del orden público y de disponibilidad*

Cabe referirse a controles comunes a los modelos publicista y privatista. En este sentido, el reconocimiento y la ejecución no deben vulnerar el orden público del Estado de destino<sup>71</sup>.

No obstante, en el modelo publicista el control del orden público debe englobar algunas situaciones que en la Convención de Singapur tienen entidad propia, tales como la no revelación de circunstancias de imparcialidad e independencia relativas al mediador o la vulneración de normas de la mediación. Para subsumir estas circunstancias en el control del orden público, la irregularidad debe ser de tal gravedad que se verifique que la parte afectada no habría celebrado el acuerdo de conocer esta circunstancia. La exigencia de esa gravedad reforzada se justifica en tres razones. Primera, la normativa europea exige una vulneración “manifiesta” del orden público. Segunda, el control del orden público no debe vaciar el principio de confianza comunitaria, pues ya ha habido una autoridad que ha elevado el acuerdo a instrumento auténtico, sobre la base de la Directiva 2008/52 y de un orden público europeo. Y, tercera razón, en las normas de la UE, lo que debe vulnerar el orden público es la “ejecución” del acuerdo, no tanto algún vicio en la generación del acuerdo.

En la Convención de Singapur, el acuerdo resultante de la mediación tampoco se reconoce si afecta a materia no disponible a la mediación en el Estado de destino, control acertado cuando se “privatiza” un arreglo de controversias. Nada de esto se contempla en el modelo publicista de la UE, de los convenios y de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional. Habría que entender que reconocer o ejecutar un acuerdo sobre materia no disponible en el Estado de destino puede vulnerar su orden público, por despojar al poder judicial de funciones que le son propias. En todo caso, los tribunales del Estado de destino deben flexibilizar este control si el acuerdo cumple los estándares de una resolución extranjera susceptible de reconocimiento, habida cuenta de que el acuerdo sería en una materia no disponible pero sin llegar a vulnerar el orden público.

---

<sup>70</sup> La expresión literal del artículo 64 del Reglamento Bruselas II.ter es “*acuerdos registrados en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II*” y resulta criticable. Formalmente, los Estados no ejercen competencia, sino sus autoridades; materialmente, en este caso ni siquiera hay ejercicio de la competencia sobre un proceso declarativo, sino simplemente un registro competente para proceder a la inscripción del acuerdo.

<sup>71</sup> En el caso del Derecho de la UE, debe tratarse de una vulneración manifiesta.

### 3.3.2. *El control olvidado de incompatibilidad*

Un acuerdo resultante de la mediación no debe reconocerse si es incompatible con otro acuerdo posterior entre las mismas partes o con una versión modificada del primer acuerdo, susceptibles de tener efectos en el Estado de destino<sup>72</sup>. La Convención de Singapur se muestra atinada en este punto. En el modelo publicista, el Reglamento Bruselas II.ter recoge esta posibilidad por primera vez en el ámbito de la UE, a diferencia del resto de normas europeas, convenios y de la Ley 29/2015 de cooperación, que no han previsto esta lógica contractual de que un pacto posterior prima sobre el anterior<sup>73</sup>.

Por otra parte, uno de los rasgos definitorios del acuerdo resultante de la mediación internacional es que puede sustituir a una resolución. Ello obliga a no reconocer el acuerdo resultante de la mediación si es incompatible con una resolución judicial. Los efectos de una resolución no pueden verse alterados por un acuerdo de mediación; cuestión distinta es un acuerdo sobre el cumplimiento voluntario de la resolución. Solo el Reglamento Bruselas II.ter recoge este planteamiento<sup>74</sup>. Ni la Convención de Singapur ni la mayoría de normas de reconocimiento de la UE ni la Ley 29/2015 de cooperación jurídica contemplan este control.

Analizadas la incompatibilidad del acuerdo con otro pacto o con una resolución, también debe defenderse la situación inversa: una resolución judicial no debe reconocerse si es incompatible con un acuerdo resultante de la mediación con efecto de cosa juzgada equiparable a una resolución, salvo que el acuerdo haya sido anulado<sup>75</sup>. De nuevo, solo el Reglamento Bruselas II.ter da cabida a este planteamiento a diferencia del resto de normas de la UE. La Convención de Singapur no se ocupa de este tema porque entiende que es una cuestión de reconocimiento de resoluciones judiciales, no del reconocimiento del acuerdo resultante de la mediación.

## 4. PROCEDIMIENTO PARA LA EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

### 4.1. El procedimiento para los documentos públicos

---

<sup>72</sup> Vide FITCHEN, Jonathan, *The private international law of authentic instruments*, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 438-439 y 455-456.

<sup>73</sup> Se deja al margen los documentos públicos y acuerdos registrados en materia de estado civil, en los que prima el acuerdo anterior por un principio de seguridad jurídica (art. 68.1 Reglamento Bruselas II.ter). Pero ya se ha destacado que el estado civil no es con carácter general una materia mediable.

<sup>74</sup> No se reconoce el acuerdo resultante de la mediación si, como sustitutivo de una resolución, resulta incompatible con otra resolución del Estado de destino o de otro Estado. En el ámbito de la responsabilidad parental, donde mayor cabida tiene la mediación, el acuerdo resultante de la mediación no se reconoce si la resolución obstáculo es posterior, reconocible en el Estado de destino y afecta a las mismas partes. El Estado debe ser Estado miembro o tercer Estado donde resida el menor.

<sup>75</sup> Vide *infra* el epígrafe V de este artículo.

#### 4.1.1. *Un procedimiento genérico*

En las normas de la UE, la naturaleza híbrida del acuerdo resultante de mediación -un acuerdo de las partes pero que sustituye a una resolución- no afecta al procedimiento para la ejecución, ya que es común a resoluciones y a documentos públicos<sup>76</sup>. Así, en el ámbito patrimonial, hay una ejecución directa sin perjuicio del procedimiento de oposición<sup>77</sup>. Este procedimiento es criticable, pues se prevé un control de las condiciones de hasta en tres instancias primera, apelación y recurso ulterior, cuando la generación anterior de normas solo planteaba un control en dos instancias, apelación y recurso ulterior. En una futura revisión de la normativa, sería mucho más atractiva para la mediación la ejecución directa del acuerdo, incluyendo en el propio proceso de ejecución los controles europeos necesarios.

En el Derecho de fuente estatal, la Ley 5/2012 de mediación remite a la Ley de cooperación jurídica internacional<sup>78</sup>, pero esta guarda un llamativo silencio respecto de los acuerdos resultantes de la mediación y de su singularidad, el poder ser sustitutivo de una resolución judicial<sup>79</sup>. A día de hoy, y conforme a la literalidad, cabe sostener una ejecución directa de los acuerdos resultantes de la mediación como documento público<sup>80</sup>. No cabe ejecución porque no hay ninguna intervención judicial y el notario extranjero no interviene con una función decisora<sup>81</sup>. Interesa destacar la expresión utilizada por la Ley de mediación: el notario, español o extranjero, al elevar a público un acuerdo de mediación, lo está “declarando ejecutable”<sup>82</sup>, lo que sustituye al ejecución, que también es una “declaración de ejecutividad”.

En la práctica, este planteamiento es especialmente ágil e incentivador para llegar a acuerdos de mediación. Se generan dos ventajas competitivas ciertamente curiosas. La primera y fundamental, frente a las transacciones

<sup>76</sup> El artículo 27.1 de la Ley 5/2012 remite a lo que dispongan las normas de la UE y los distintos tratados y convenios. En la jurisprudencia, vide SAP Alicante de 8 de febrero de 2019, JUR 2019\143591; y, al respecto, HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, “Acuerdos de mediación en un contexto transfronterizo: reflexiones desde la jurisprudencia española”, en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dirs.), *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 57-77.

<sup>77</sup> Vide FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, Silvia, *loc. cit.*, § 34.

<sup>78</sup> Artículo 27.2.

<sup>79</sup> La Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional se limitó a reformar la Ley 5/2012 de mediación a través de su disposición final III.

<sup>80</sup> Artículo 56 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional; art. 523 LEC. Vide FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho Internacional Privado*, 12ª ed., Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2022, § 188.

<sup>81</sup> Vide otra opinión en AAP Tarragona de 24 de enero de 2019, ECLI:ES:APT:2019:60A, sosteniendo que, al existir efecto de cosa juzgada, sustituye a una resolución y debe reconocerse con el ejecución que corresponde a estas. En la doctrina, HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, *loc. cit.*, pp. 57-77; CHÉLIZ INGLÉS, María del Carmen, “La Convención de Singapur y los acuerdos de mediación comercial internacional”, *REEI*, nº 41, 2021, pp. 1-30, p. 28.

<sup>82</sup> Vide esta expresión en el apartado 2 del artículo 27 de la Ley 5/2012 (precepto no alterado por el Proyecto de Ley de eficiencia procesal).

judiciales, que sí precisan de *execuátur*<sup>83</sup>. La segunda ventaja competitiva es que la ejecución de los acuerdos de mediación en la Ley de cooperación jurídica es más ágil y atractiva que la ejecución en el marco de la UE. Entre Estados miembros, donde hay mayores vínculos de integración jurídica, hay más trabas y obstáculos a la ejecución del acuerdo de mediación que entre España y terceros Estados, con los que no haya instrumentos de cooperación.

#### **4.1.2. La importancia de la “instancia de parte”**

En el ámbito del Derecho patrimonial de la UE, los controles funcionan a instancia de parte. A los efectos de la ejecución, se exige que la parte oponente inste un procedimiento de denegación de la ejecución<sup>84</sup>; a los efectos de un reconocimiento automático e incidental, se exige “petición de cualquier parte interesada”<sup>85</sup>. Se trata, a mi juicio, de una opción equivocada. La intervención de la autoridad pública pierde fuerza y la vulneración del orden público depende de las partes. Además, el carácter no mediable de la materia es una cuestión que trasciende a las partes y requiere por definición el control por una autoridad a iniciativa propia. Y no cabe salvar esta inconsistencia sobre la base del principio de confianza comunitaria. No se olvide que la autoridad del Estado miembro de origen que elevó a público el documento no va a controlar el orden público del Estado miembro de destino. Precisamente por estas razones, debe saludarse positivamente la normativa de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional, que introduce los controles de oficio, como también lo hacen otras normas de la UE sobre Derecho de familia y sucesiones.

## **4.2. El procedimiento para los acuerdos privados**

### **4.2.1. La aplicación de un *execuátur* a acuerdos privados internacionales**

La Convención de Singapur de 2018 se refiere a la ejecución del acuerdo en el Estado de destino, sin mayor detalle<sup>86</sup>. A mi juicio, queda a criterio del Estado de destino si establece algún tipo de procedimiento previo de homologación o *execuátur* o si cabe una ejecución directa<sup>87</sup>. Argumento a favor

<sup>83</sup> Artículo 51 que remite al artículo anterior, que expresamente exige *execuátur*.

<sup>84</sup> Artículo 58 del Reglamento Bruselas I.bis.

<sup>85</sup> Artículo 45.1 del Reglamento Bruselas I.bis.

<sup>86</sup> Artículo 3.1.

<sup>87</sup> Vide BOULET, Jean-Christophe, “The Singapore Convention and the Metamorphosis of Contractual Litigation”, *Cardozo J. Conflict Resolution*, vol. 20, p. 1220; FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana, “The Singapore Convention on International Commercial Mediation”, <https://anafernandeztresguerras.com/en/el-convenio-de-singapur-sobre-mediacion-comercial-internacional/>. Vide otra opinión en CHÉLIZ INGLÉS, María del Carmen, “La Convención de Singapur...”, *loc. cit.*, p. 28, señalando que la Convención de Singapur permite la ejecución directa. Es verdad que el Informe del Grupo de Trabajo II, A/CN.9/861, párr. 84, se refiere a la “ejecución directa” en el Estado de destino, pero lo hace para

de exigir un *execuátur* en el Estado de destino sería la falta de controles previos de un título privado, que haría oportuno un procedimiento específico de homologación; argumento en contra, el diseño del *execuátur* más bien para resoluciones judiciales y no para acuerdos privados de las partes.

En cualquier caso, el Convenio debería referirse al reconocimiento de todo acuerdo extranjero, referido a la ley de un Estado distinto al de destino, y no al reconocimiento de todo acuerdo “internacional”, que también regula la eficacia del acuerdo en su Estado de origen, razón por la que el Convenio sustituye el concepto de “reconocimiento” por el de “eficacia”. No obstante, debe entenderse que la Convención de Singapur ni prohíbe ni exige un procedimiento de *execuátur* en el Estado de origen sobre acuerdos internacionales propios; simplemente remite a la legislación de ese Estado y exige un control de las condiciones para dar eficacia al acuerdo.

Asimismo, la Convención de Singapur no ha querido recuperar la vieja práctica del doble *execuátur*, nacida en ciertos sectores del arbitraje y que sería un retroceso<sup>88</sup>. En el Estado de destino se recurrirá al procedimiento de *execuátur* si fuera necesario, pero este no se puede hacer depender de que se haya obtenido un *execuátur* en el Estado conforme al cual se celebró el acuerdo de mediación.

#### **4.2.2. La importancia del control de oficio**

En el modelo privatista de la Convención de Singapur, en el Estado de destino hay dos controles que se efectuarán de oficio, aunque no sean alegados por la parte que se opone al reconocimiento, a saber: que el acuerdo de mediación verse sobre una materia disponible en el Estado de destino y que no sea contrario al orden público. Se trata de una previsión acertada, tomada del arbitraje, porque, como ya se indicó, son controles que no pueden quedar a la apreciación de las partes por afectar a intereses generales del ordenamiento del Estado de destino. Sería absurdo, además, que la indisponibilidad de una materia fuera un motivo disponible por las partes en clave procesal. Todo ello, además, es coherente con la concepción de la Convención de que un acuerdo resultante de la mediación es un pacto privado. En el momento

---

señalar que no se requieren trámites en el Estado de origen para acudir “directamente” al Estado de destino, sin que parezca la voluntad del Grupo de Trabajo suprimir el *execuátur* si así está contemplado en dicho Estado de destino.

<sup>88</sup> Cfr. Informe del Grupo de Trabajo II, A/CN.9/861, párrs. 81 y 83; en la doctrina, CHÉLIZ INGLÉS, María del Carmen, “La Convención de Singapur...”, *loc. cit.*, p. 16. En la práctica arbitral se había dado el denominado doble *execuátur*: en el Estado de origen del laudo también debía darse un *execuátur*, aunque no fuera un laudo extranjero; en el Estado de destino, no se reconocía el laudo extranjero sino la resolución judicial del Estado de origen que a su vez concedía el *execuátur*. Afortunadamente esta práctica no está prevista en el Convenio de Nueva York, que parte del reconocimiento del laudo y no de una decisión judicial sobre dicho laudo. Vide SHCNABEL, Timothy, “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements”, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2019, pp. 1-60.

de reconocimiento y eficacia en el Estado de destino hay una apuesta por una intervención más intensa por parte de las autoridades.

## 5. ANULACIÓN DE LOS ACUERDOS RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN INTERNACIONAL

### 5.1. Una acción común a los modelos privatista y publicista

#### 5.1.1. *Competencia judicial internacional para la acción de nulación*

Una de las carencias más importantes de la Directiva 2008/52 sobre mediación es que no regula qué acciones caben contra el acuerdo resultante de la mediación. Urge formular un principio europeo según el cual, contra dicho acuerdo, solo cabe la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, como muy acertadamente ha señalado la normativa española<sup>89</sup>. Desde el momento en el que el acuerdo de mediación tiene efecto ejecutivo, esto debería significar que no caben otras acciones declarativas sobre incumplimiento o sobre revisión o interpretación de su contenido; todo ello ya debe solventarse en el marco de los juicios ejecutivos. Ese hipotético principio europeo debería, además, compatibilizar el ejercicio de la acción de nulidad con el hecho de que el acuerdo resultante de la mediación sustituye a una resolución judicial y lo hace con un efecto de cosa juzgada. Será un acuerdo de mediación “no firme” mientras pueda interponerse la acción de nulidad contractual, pero no por ello pierde el efecto de cosa juzgada.

Esta acción judicial de nulidad del acuerdo requiere estar a las normas de DIPr generales, sin que exista una regulación específica. Al margen de la viabilidad de un arbitraje para esta acción, la competencia judicial internacional se determinará conforme a los instrumentos de DIPr que se ocupen de la materia sobre la que versa el acuerdo de mediación. Así se señala expresamente en lo que respecta a los acuerdos de mediación en materia de sucesiones<sup>90</sup> y a los acuerdos de mediación sobre el régimen económico matrimonial o de parejas de hecho<sup>91</sup>.

La aplicación de las normas de DIPr en función de la materia a la que se refiera el acuerdo de mediación no está expresamente recogida en los instrumentos de Derecho patrimonial. Aun así, parece admisible la aplicación del Reglamento Bruselas I.bis y el Convenio de Lugano, que, en modo alguno, excluyen la mediación de su ámbito. De esta forma, habría competencia exclusiva si el acuerdo resultante de la mediación versa sobre el arrendamiento

---

<sup>89</sup> Artículo 23.4 de la Ley 5/2012, cuya redacción no cambia en el Proyecto de Ley de eficiencia procesal. Vide otra opinión en el Derecho comparado en ZELLER, Bruno y TRAKMAN, Leon, “Mediation and Arbitration: the Process of Enforcement”, *Uniform Law Review*, vol. 24, 2019, n° 2, pp. 449-466, § IV.

<sup>90</sup> Artículo 59.3 del Reglamento europeo de sucesiones.

<sup>91</sup> Sendos artículos 58.3.

de inmuebles, en cuyo caso conocerán de la nulidad los tribunales del Estado del bien inmueble. También si el acuerdo de transacción versa sobre la liquidación de activos de una sociedad, siendo competentes los tribunales del domicilio de la sociedad<sup>92</sup>.

Al margen de este caso concreto, con carácter general los tribunales competentes serán los elegidos por las partes, ya de forma genérica para la relación jurídica, ya de forma específica para el acuerdo de mediación. En defecto de elección, la acción debe interponerse ante el tribunal del domicilio del demandado. Podrían jugar, además, los foros especiales en lo que respecta a acuerdos de mediación en dichas materias. En el ámbito de la mediación contractual, resurge un viejo problema: cuál es el tribunal del lugar donde se tiene que cumplir la obligación que sirve de base a la demanda, cuando esta se basa en la nulidad del acuerdo de mediación, es decir, cuando no hay una conexión territorial con un lugar<sup>93</sup>. Habrá que estar, a mi juicio, al tribunal del lugar donde se tenía que cumplir la obligación que originó el conflicto que se resolvió por la mediación.

La solución de estar al DIPr aplicable en función de la materia del acuerdo de mediación tiene desventajas competitivas en relación con el arbitraje<sup>94</sup>. Ciertamente, esta solución puede propiciar una pluralidad de tribunales competentes y que no haya una competencia exclusiva de un único tribunal. Ello tiene un grave efecto colateral: la posibilidad de que existan varios ordenamientos jurídicos de referencia para la anulación del acuerdo. No sucederá en situaciones puramente europeas cuando las normas de conflicto hayan sido unificadas por la UE; pero sí en situaciones vinculadas a terceros Estados o en materias en las que no ha habido unificación europea. Aumenta la inseguridad jurídica y el riesgo de ciertas contradicciones, porque podría ocurrir que unos tribunales declarasen nulo un acuerdo que es válido conforme al ordenamiento de referencia a la mediación. A la inversa, podría declararse válido un acuerdo que no lo fuera según el ordenamiento de referencia que se aplicó a la mediación. Nada de ello sucede en el arbitraje, donde, al fijarse la sede del arbitraje como ordenamiento jurídico de referencia, se está atribuyendo competencia exclusiva a los tribunales de un único Estado para poder anular el laudo<sup>95</sup>. Máxima seguridad jurídica y menos riesgo de contradicciones en el arbitraje en comparación con la mediación.

---

<sup>92</sup> Otras cuestiones sobre las que hay competencias exclusivas según el artículo 24 del Reglamento Bruselas I.bis, como la validez o nulidad de la persona jurídica, su disolución o la invalidez de un acuerdo de un órgano societario, nulidad de inscripciones o validez o nulidad del registro de bienes inmateriales, no parecen normalmente susceptibles de mediación por ser materias indisponibles. Vide STIPANOWICH, Thomas J., y LAMARE, J. Ryan, "Living with ADR: Evolving Perceptions and Use of Mediation, Arbitration and Conflict Management in Fortune 1000 Corporations", *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 19, 2014, pp. 1-67.

<sup>93</sup> Artículo 7.1 del Reglamento Bruselas I.bis.

<sup>94</sup> Vide una comparación en ESPLUGUES MOTA, Carlos, *loc. cit.*, pp. 77-78.

<sup>95</sup> Vide FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización", *REDI*, 2005-2, t. LVII, pp. 605-637. Cuestión distinta

### 5.1.2. *Ley aplicable a la acción*

Respecto de la ley aplicable a la acción de anulación, la nulidad del contrato puede deberse al contenido del acuerdo, sometido a su propia ley rectora. Además, el acuerdo debe respetar el orden público y a las leyes de policía del Estado donde se ejercita la acción de impugnación. De nuevo hay en este planteamiento una desventaja competitiva respecto del arbitraje. En el arbitraje, al haber un ordenamiento jurídico de referencia, solo la vulneración de las normas de orden público de ese ordenamiento implica la anulación del laudo. Los ordenamientos de los restantes Estados pueden dejar de reconocer el laudo en su territorio, pero no expanden su orden público al resto de Estados con una resolución de anulación del laudo. Hay un orden público expansivo, el del ordenamiento de referencia, que puede anular el laudo con vocación extraterritorial; y un orden público recesivo, el del resto de Estados, que no reconocerán el laudo en su territorio, pero no tratarán de anularlo con proyección extraterritorial. Nada de esto está presente en la mediación: todo Estado donde se interponga la acción de anulación expandirá su orden público al resto de ordenamientos.

La anulación del acuerdo también puede basarse en la falta de capacidad suficiente o en un vicio del consentimiento. Con carácter general, las cuestiones de capacidad serán resueltas en España por la ley de la nacionalidad del otorgante, salvo que los instrumentos de DIPr contemplen alguna previsión al respecto. En la mediación en materia contractual, podrá jugar la excepción de interés nacional<sup>96</sup>. También se presentan problemas de representatividad: si la persona firmante tiene autoridad suficiente para vincular a una persona jurídica por el acuerdo de transacción, cuestiones que se determinarán por la ley rectora de dicha persona jurídica. También podría ocurrir que se impugne el acuerdo del órgano de administración por el que se decide que una sociedad firme el acuerdo de mediación<sup>97</sup>.

La anulación del acuerdo podría, igualmente, deberse a cuestiones de forma. Cabe descartar que la Directiva 2008/52 juegue como ley de policía europea en este punto. Se refiere a la necesidad de que el acuerdo conste por escrito para que tenga efecto ejecutivo, pero no para que el acuerdo de voluntades

---

sería que el acuerdo resultante de la mediación se incorpore a un laudo de conformidad, ANDERSON, D. Quek, "Litigating Over Mediation – How Should the Courts Enforce Mediated Settlement Agreements?", *Singapore Journal of Legal Studies*, 2015, pp. 105-134, § 81; LALAGUNA HOLZWARTH, Marta, "Métodos híbridos, aplicación de las cláusulas de MED-ARB, ARB-MED y otras variantes", en FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana (dir.), *Interacción entre mediación y arbitraje en la resolución de los litigios internacionales del Siglo XXI*, Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pp. 137-166, esp. pp. 155 y ss.

<sup>96</sup> Si, entre personas físicas presentes en un mismo Estado, la parte era capaz para firmar el acuerdo resultante de la mediación según la ley del lugar de celebración, este acuerdo será válido salvo que la contraparte conociera o pudiera haber conocido dicha incapacidad, cfr. artículo 13 del Reglamento "Roma I".

<sup>97</sup> Esto ha planteado algún problema en el ámbito de la competencia judicial internacional, vide STJUE de 12 de mayo de 2011, BVG, C-144/10, ECLI:EU:C:2011:300.

sea válido como negocio jurídico privado<sup>98</sup>. Las disposiciones de forma del Reglamento “Roma I” solo se refieren a acuerdos resultantes de la mediación que entren en su ámbito de aplicación<sup>99</sup>. No serían aplicables, por tanto, a los acuerdos de mediación en materia de daños<sup>100</sup>, ni en materia de familia<sup>101</sup>.

## 5.2. Una acción específica adicional en el modelo publicista: la autenticidad del documento

A lo expuesto debe añadirse que, en el modelo publicista, cabe una acción de anulación del documento público. En ella se ataca el título público y, en particular, su autenticidad o irregularidad, por ejemplo, por defectos del documento o falta de firma. Se trata de una acción contra el instrumento público, el soporte, que en modo alguno afectará a la validez del acuerdo de la relación jurídica privada, es decir, el acuerdo de mediación como tal. En estos casos, se aplicará la ley de la autoridad que expide el documento público y solo las autoridades de ese Estado deberían ser competentes para la impugnación del instrumento público. Esta conclusión no está claramente recogida en los instrumentos de DIPr en materia patrimonial. Sí se ocupan de esta materia los Reglamentos europeo de regímenes económicos matrimoniales y de parejas de hecho<sup>102</sup>, y el Reglamento europeo de sucesiones<sup>103</sup>, que acertadamente señalan que todo recurso relativo a la autenticidad de un documento público se interpondrá ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y se resolverá conforme a su Derecho.

## 5.3. Efectos de la anulación del acuerdo resultante de la mediación

El ejercicio de una acción de anulación del acuerdo resultante de la mediación puede conllevar la suspensión de efectos de dicho acuerdo mientras se sustancie el procedimiento. Una vez dictada sentencia, esta puede conllevar la anulación del acuerdo y con ello la pérdida de todo efecto.

En la Convención de Singapur de 2018 expresamente se indica que debe denegarse la eficacia del acuerdo resultante de la mediación si es nulo o inefi-

<sup>98</sup> Artículo 6.1.

<sup>99</sup> Artículo 11. El acuerdo es formalmente válido si se ajusta a la ley rectora del fondo o a la ley del lugar de celebración, o en caso de celebración a distancia, a la ley del lugar donde se encuentre cualquiera de las partes o e sus representantes. Todo ello sin perjuicio de las normas especiales sobre consumidores y bienes inmuebles.

<sup>100</sup> El Reglamento 864/2007 “Roma II” se refiere a la validez formal de los actos unilaterales, aunque podría extenderse a los acuerdos de mediación (art. 21). De esta forma, el acuerdo sería válido si se ajusta a la ley del fondo o a la ley del lugar de celebración.

<sup>101</sup> El Reglamento europeo sobre regímenes económicos matrimoniales se refiere a la validez formal de la elección de ley y de las capitulaciones matrimoniales (art. 25). Cabría plantearse la aplicación por analogía de esta última previsión. El Protocolo de La Haya de 2007 no contiene previsión alguna sobre la forma de los acuerdos alcanzados por las partes en materia de alimentos.

<sup>102</sup> Sendos artículos 58.2.

<sup>103</sup> Artículo 59.2.

caz<sup>104</sup>. Hay, no obstante, dos carencias. Una menor y salvable, que el motivo se formula genéricamente y no se concreta que en este caso hay una sentencia de anulación. Otra mayor, el Convenio no se refiere al caso de que la eficacia del acuerdo se halle suspendida por estar *sub iudice*. En estos casos, en lugar de dar preferencia a la suspensión acordada por el tribunal que conoce de la acción de anulación, se ha optado por que la autoridad que conoce de la eficacia del acuerdo pueda aplazar su decisión o solicitar garantías apropiadas<sup>105</sup>.

En cualquier caso, la situación de la Convención de Singapur es mejor que la de las normas de la UE, convencionales y estatales que siguen un modelo publicista. Nada se dispone ni en las normas de elevación a público de un acuerdo ni en las de reconocimiento sobre el impacto de la interposición de la acción y de la eventual sentencia de anulación<sup>106</sup>. Pese a este silencio, debe considerarse que la interposición de una acción puede suspender los efectos del acuerdo y que la eventual sentencia puede anular dicho acuerdo y su eficacia. Puede encontrarse base legal en la exigencia de que el acuerdo tenga fuerza ejecutiva en el Estado de origen. Si el acuerdo ha sido suspendido o anulado, ha perdido su fuerza ejecutiva en el Estado de origen, por lo que procede denegar su elevación a escritura pública y su posterior reconocimiento. La referencia al efecto ejecutivo debe extenderse también al efecto de cosa juzgada. Si se trata de la inscripción del acuerdo en un registro, habrá que estar a la legislación del Estado de registro sobre si procede algún tipo de anotación preventiva.

## 6. CONCLUSIONES

Primera, un mismo acuerdo de transacción puede reconocerse por su contenido, como pacto privado, o por su continente, como documento público o resolución judicial de homologación. Por ello, los Estados miembros de la UE pueden desarrollar sus sistemas estatales conforme a la Ley Modelo UNCITRAL sobre eficacia de acuerdos privados, en tanto que no afecten a las normas de la UE sobre reconocimiento de documentos públicos.

Segunda, no obstante, España ha optado por un modelo íntegramente publicista en la atribución de efectos a los acuerdos resultantes de mediación. En la elevación a título público, al control de la disponibilidad de la materia conforme al Derecho material español y al control conforme al DIPr del sistema español sobre la validez del acto, debe añadirse la constatación de que el acuerdo es ejecutivo tanto conforme a la ley española, como conforme a la ley rectora de la mediación. Además, dado que el acuerdo de

---

<sup>104</sup> Artículo 5.1,b), inciso i).

<sup>105</sup> Artículo 6.

<sup>106</sup> Ello contrasta con las normas de arbitraje, pues, a instancia de parte, puede denegarse el reconocimiento y la ejecución si el laudo ha sido anulado o suspendido por las autoridades del ordenamiento de referencia, artículo V.1.e) del Convenio de Nueva York.

mediación va a sustituir a una resolución judicial, la autoridad española debería asegurarse de que los tribunales españoles habrían sido competentes para conocer del fondo.

Tercera, el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de la mediación como títulos públicos parte de una minimización de controles, sin entrar en la validez del acto, dado que la autoridad de origen ha realizado ya un control del acuerdo en el momento de elevación a público. En todo caso, si el acuerdo va a ser sustitutivo de una resolución, debería provenir de los Estados de los que pueden provenir las sentencias, previsión no recogida por ninguna norma salvo por el Reglamento Bruselas II.ter.

Cuarta, en el modelo privatista, los efectos del acuerdo de mediación se atribuyen *ex lege* sin intervención de autoridad. Así lo hace la Convención de Singapur, pero una parte podría oponerse al reconocimiento si carece de los efectos ejecutivos o de cosa juzgada en el ordenamiento de referencia de la mediación. La ausencia de intervención de autoridad pública en el momento de formalización del acuerdo justifica que, en el momento de reconocimiento y ejecución, se maximicen los controles sobre las partes, la composición y el contenido.

Quinta, respecto de los acuerdos privados registrados referentes a la mediación, a los controles propios del reconocimiento procesal debería incorporarse un reconocimiento conflictual sobre la validez del acto, en tanto que no haya sido efectuado en el momento del registro.

Sexta, sea como fuere, deben existir controles comunes a ambos modelos publicista y privatista: al pacífico control del orden público, debe sumarse un control de la disponibilidad de la materia ignorado en las normas de la UE y estatales, y el control de la incompatibilidad del acuerdo con otro acuerdo o con una resolución judicial, solo recogido adecuadamente por el Reglamento Bruselas II.ter.

Séptima, en cuanto al procedimiento de ejecución, en el futuro la UE debe optar por una ejecución directa del acuerdo incluyendo los controles necesarios sin un proceso *ad hoc* de oposición a la ejecución, como ya permite la Ley de cooperación jurídica internacional. La Convención de Singapur debería referirse al reconocimiento y ejecución de todo acuerdo extranjero, regido por la ley de un Estado distinto al de destino, y no a la eficacia de todo acuerdo internacional, incluso en el Estado de origen. En cualquiera de los casos, el control del orden público y, en su caso, de la disponibilidad de la materia debería jugar de oficio, como establece el Convenio de Singapur, y no a instancia de parte, como prevén algunas normas de la UE en el ámbito patrimonial.

Octava, la acción de anulación del acuerdo resultante de la mediación se rige por las normas de DIPr aplicables a la materia a la que se refiera el acuer-

do de mediación. Cuando se impugne la autenticidad del documento público, son exclusivamente competentes los tribunales del Estado de la autoridad expedidora, que aplicará su propia ley. Nada de esta acción sobre la autenticidad del título afectará a la validez del acuerdo como acto jurídico. Hay, no obstante, una desventaja competitiva en relación con el arbitraje: al no existir un tribunal exclusivamente competente para la anulación, ni un ordenamiento jurídico de referencia, aumenta el riesgo de resoluciones contradictorias entre varios tribunales.

Novena, como valoración global, el Derecho de la UE se ha centrado en exceso en el efecto ejecutivo del acuerdo de la mediación y obvia el resto de efectos, especialmente el de cosa juzgada, la verdadera singularidad del acuerdo de mediación. Se exceptúa el Reglamento Bruselas II.ter, que debe marcar la tendencia de los instrumentos de la próxima generación.

Décima, en cualquier caso, la intervención normativa de la UE confirma su competencia exclusiva para la eventual ratificación de la Convención de Singapur de 2018, a la luz de la jurisprudencia, en ocasiones heterodoxa, del TJUE. Una hipotética ratificación haría aplicable la Convención al reconocimiento de acuerdos privados incluso entre Estados miembros, y al margen de que se vehiculicen o no a través de un documento público europeo (salvo alguna declaración de la UE en sentido contrario en el momento de ratificación). Se trata de un cambio estructural que hace poco probable que la UE ratifique el texto, pese a los beneficios que ello podría tener en las relaciones con terceros Estados.



**CAMBIO CLIMÁTICO, INESTABILIDAD  
Y DESPLAZAMIENTOS EN EL SAHEL. DESAFÍOS  
Y RESPUESTA POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA**

*CLIMATE CHANGE, INSTABILITY AND DISPLACEMENT IN  
THE SAHEL. CHALLENGES AND EUROPEAN  
UNION'S RESPONSE*

Gloria FERNÁNDEZ ARRIBAS\*

**RESUMEN**

**CAMBIO CLIMÁTICO, INESTABILIDAD Y DESPLAZAMIENTOS EN EL SAHEL.  
DESAFÍOS Y RESPUESTA POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA**

El Sahel constituye una de las zonas del planeta más degradadas medioambientalmente, así como una de las zonas más conflictivas. La unión de estos factores convierte al Sahel en una zona de gran inestabilidad, en la que se puede comenzar a observar los posibles efectos del cambio climático en sociedades con escasez de recursos para su adaptación. El estudio de la movilidad en el Sahel como consecuencia de efectos climáticos adversos, así como la normativa aplicable, unido al análisis de los posibles conflictos que puedan surgir entre comunidades como consecuencia de los efectos del cambio climático, constituyen un elemento esencial para comprender la situación actual y futuros acontecimientos en la zona. Por otra parte, el Sahel es una región de gran interés para la Unión Europea dada su proximidad y debido al hecho de que su inestabilidad le afecta de manera especial, principalmente en materia migratoria y de seguridad. Por ello, en este trabajo se analiza también cuál ha sido la respuesta de la UE a los efectos del cambio climático en el Sahel, así como a la necesidad de estabilizar la región.

**Palabras clave:** Sahel, Unión Europea, desplazamientos, conflictos, cambio climático, seguridad, securitización.

**ABSTRACT**

**CLIMATE CHANGE, INSTABILITY AND DISPLACEMENT IN THE SAHEL.  
CHALLENGES AND EUROPEAN UNION'S RESPONSE**

The Sahel is one of the most environmentally degraded areas in Earth, as well as one of the most conflicting regions. The combination of these factors makes the Sahel an area of great instability, where it can be observed the potential effects of climate change on societies with insufficient resources for adaptation. The study of the mobility in the Sahel as a consequence of adverse climatic effects, as well as the law applicable, together with the analysis of possible conflicts that may arise between communities as a consequence of the effects of climate

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (gfernandez@upo.es). Este trabajo ha sido financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, de la Junta de Andalucía, en marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020. Objetivo específico 1.2.3. «Fomento y generación de conocimiento frontera y de conocimiento orientado a los retos de la sociedad, desarrollo de tecnologías emergentes») en marco del proyecto de investigación de referencia UPO 1380865. Porcentaje de cofinanciación FEDER 80%.

change, constitute an essential element for understanding the current situation and future developments in the area. Moreover, the Sahel is a region of great interest to the EU given its proximity and the fact that its instability has a particular impact on it, mainly in terms of migration and security. This paper therefore, also analyses the EU's response to the effects of climate change in the Sahel and the need to stabilize the region.

**Keywords:** Sahel, European Union, displacements, conflicts, climate change, security, securitization.

**SUMARIO:** 1. EL SAHEL: EL “PUNTO CALIENTE” DE ÁFRICA.—2. DESPLAZAMIENTOS EN EL SAHEL: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA.—2.1. La ambigüedad jurídica que afecta a los desplazados internos.—2.2. La controvertida protección internacional de los desplazados climáticos transfronterizos: la normativa regional.—2.3 La libre circulación en el Sahel.—3. ¿CONFLICTOS COMO CONSECUENCIA DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL SAHEL?—3.1 La relación entre cambio climático y conflictos.—3.2. El Sahel y la conexión entre clima y conflicto.—4. UNIÓN EUROPEA Y EL SAHEL.—4.1. La lucha contra el cambio climático en África como objetivo de la UE.—4.2. La securitización como respuesta de la Unión.—5. CONCLUSIONES: LA NUEVA ESTRATEGIA PARA EL SAHEL ¿FINALMENTE EN CAMINO HACIA UNA ACCIÓN EFECTIVA?

## 1. EL SAHEL: EL “PUNTO CALIENTE” DE ÁFRICA

En la reciente cumbre de la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN) celebrada en Madrid en junio de 2022, junto con la guerra en Ucrania y la adhesión de Suecia y Finlandia a la Alianza Atlántica, una de las cuestiones más mencionadas y señaladas por los medios de comunicación fue la inclusión del flanco sur entre las prioridades de la OTAN, una cuestión que ya venía reclamando España desde hacía años<sup>1</sup>.

Con esta mención al flanco sur de la OTAN no se hace referencia exclusivamente a la región del Mediterráneo o el Magreb, sino que apunta más abajo, siendo uno de los lugares objeto de atención el Sahel. En este sentido, el nuevo concepto estratégico señalaba que

“NATO's southern neighbourhood, particularly the Middle East, North Africa and Sahel regions, faces interconnected security, demographic, economic and political challenges. These are aggravated by the impact of climate change, fragile institutions, health emergencies and food insecurity. This situation provides fertile ground for the proliferation of non-state armed groups, including terrorist organisations. It also enables destabilising and coercive interference by strategic competitors”<sup>2</sup>.

Los Estados que forman parte de la mencionada región del Sahel no están oficialmente definidos, así, mientras que el Plan de Apoyo de Naciones Uni-

<sup>1</sup> ARTEAGA, Félix, “El Flanco sur de la OTAN”, *El País*, 8 de Julio de 2016. Disponible en: <https://www.realinstitutoelcano.org/archive/opinion/el-flanco-sur-de-la-otan/>

<sup>2</sup> NATO 2022 Strategic Concept. Adopted by Heads of State and Government at the NATO Summit in Madrid 29 June 2022. Disponible en:

[https://www.nato.int/nato\\_static\\_fl2014/assets/pdf/2022/6/pdf/290622-strategic-concept.pdf](https://www.nato.int/nato_static_fl2014/assets/pdf/2022/6/pdf/290622-strategic-concept.pdf)

das para el Sahel recoge diez países: Burkina Faso, Camerún, Chad, Gambia, Guinea, Mali, Mauritania, Níger, Nigeria y Senegal<sup>3</sup>; otros organismos incluyen también a Sudan y Eritrea<sup>4</sup>.

En todo caso, uno de los asuntos destacados en el concepto estratégico era el cambio climático como elemento que vendría a agravar la situación de seguridad, económica o política en estos países. En este sentido, el Panel Intergubernamental sobre cambio climático venía a señalar el Sahel como el “*hot spot*” climático<sup>5</sup>, al tratarse una región donde se ha producido un aumento de la temperatura entre 1970 y 2006 de 1 °C con carácter general, y de 2 °C en algunas zonas<sup>6</sup>, considerándose en todo caso que la temperatura en el Sahel aumenta 1,5 °C por encima de la media mundial<sup>7</sup>. Pero en relación con las temperaturas, las previsiones para el futuro son aún más dramáticas, ya que algunos estudios estiman que para 2080 las temperaturas pueden haber aumentado hasta 4,3 °C respecto de la era preindustrial<sup>8</sup>. Este aumento de temperaturas tendría efectos en la humedad del suelo, produciendo la evapotranspiración y afectando al suministro de agua<sup>9</sup>.

Pero el Sahel no se enfrenta solo a un aumento de temperaturas ya que, junto con periodos de sequías y la desertificación, aumentan las fuertes precipitaciones y las inundaciones, como en el caso de Níger, país en el que dichos fenómenos han aumentado desde 1980<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> UN Support Plan for the Sahel. Disponible en:

[https://www.un.org/africarenewal/sites/www.un.org.africarenewal/files/English%20Summary%20Report\\_0.pdf](https://www.un.org/africarenewal/sites/www.un.org.africarenewal/files/English%20Summary%20Report_0.pdf)

<sup>4</sup> United Nations Human Rights office of the High Commissioner, “The slow onset effects of Climate Change and Human Rights Protection for cross-border migrants”, 2018. Disponible en:

<https://digitallibrary.un.org/record/1480422>

<sup>5</sup> NIANG, Isabelle *et al.*, “Africa”, en BARROS *et al.* (eds.) *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part B: Regional Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press Cambridge, 2014.

<sup>6</sup> United Nations Environmental Program, “Livelihood Security, Climate Change, Migration and Conflict in the Sahel”, 2011. Disponible en:

<https://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/8032;jsessionid=789F22D4FC1F42149C4085A7D-2BF4999>

<sup>7</sup> Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “Informe: Como el cambio climático afecta a los derechos humanos de los migrantes de la región del Sahel”, 11 noviembre 2021. Disponible en:

<https://www.ohchr.org/es/stories/2021/11/report-how-climate-change-affects-human-rights-sahel-region-migrants>

<sup>8</sup> ACNUR, “Climate Risk Profile: Sahel”, p. 6. Disponible en:

<https://www.unhcr.org/publications/brochures/61a49df44/representative-concentration-paths-climate-risk-profile-sahel-region.html>

<sup>9</sup> *Ibid* p. 8

<sup>10</sup> ACNUR, “Bridging the Divide in Approaches to Conflict and Disaster Displacement: Norms, Institutions and Coordination in Afghanistan, Colombia, the Niger, the Philippines and Somalia”, 2021, p. 30. Disponible en:

<https://www.unhcr.org/publications/brochures/6244008a4/bridging-divide-approaches-conflict-disaster-displacement-norms-institutions.html>

El Sahel es por tanto una de las regiones más degradadas medioambientalmente y una de las más vulnerables al cambio climático<sup>11</sup>, y ello en una zona en la que entre el 60% y el 70% de la población es rural<sup>12</sup> y dependiente por tanto de los recursos naturales. Estas disrupciones climáticas van a afectar de manera negativa a los modos de subsistencia, reduciendo la tierra cultivable y ganadera, así como los recursos hídricos, afectando por tanto la seguridad alimentaria<sup>13</sup>, lo cual tendrá consecuencias para la salud<sup>14</sup>. Pero no son solo los problemas alimenticios los que afectarán a la salud, ya que, como señalaba ACNUR, podían establecerse conexiones entre el aumento de casos de malaria y aumento de precipitaciones, así como entre el aumento de casos de meningitis y aumento de las temperaturas<sup>15</sup>, pudiendo también aumentar la mortalidad en un 19% para el 2080 debido a los efectos de las olas de calor<sup>16</sup>.

La situación descrita se considera que podría dar lugar al aumento de los desplazamientos<sup>17</sup> como única opción para sobrevivir, provocando estos

<sup>11</sup> United Nations, Department of Economic and Social Affairs, "Building climate resilience and peace, go hand in hand for Africa's Sahel – UN forum", 2018. Disponible en: <https://www.un.org/hi/desa/building-climate-resilience-and-peace-go-hand-hand-africa-%E2%80%99s-sahel-%E2%80%93-un-forum>

<sup>12</sup> United Nations Environmental Program, "Livelihood Security...", *op. cit.* p. 16

<sup>13</sup> D'ORSI, Cristiano y NALDI, Gino, "Climate-Induced displacement in Sahel: A question of classification", *IRRC*, vol. 103, 2021, núm. 918, p. 1032.

<sup>14</sup> Véase el reciente informe de la Organización Mundial de la Salud sobre crisis humanitaria en el Sahel. "WHO Emergency Appeal: Humanitarian crisis in the Sahel", World Health Organization, Junio 2022. Disponible en:

[https://cdn.who.int/media/docs/default-source/documents/emergencies/sahel\\_appeal-june-2022.pdf?sfvrsn=85a4f661\\_1&download=true](https://cdn.who.int/media/docs/default-source/documents/emergencies/sahel_appeal-june-2022.pdf?sfvrsn=85a4f661_1&download=true)

<sup>15</sup> ACNUR, "Climate Risk Profile...", *op. cit.*, p. 16

<sup>16</sup> *Ibidem.*

<sup>17</sup> En los informes de distintas organizaciones se puede observar un aumento de desplazamientos en la región. Así los desplazamientos internos en la región del Sahel han aumentado de las 217.000 personas desplazadas en 2013 a 2,1 millones a finales de 2021. ACNUR, "Decade of Sahel conflict leaves 2.5 million people displaced", 14 enero de 2022. Disponible en:

<https://www.unhcr.org/news/briefing/2022/1/61e137ac4/decade-sahel-conflict-leaves-25-million-people-displaced.html>. Por otra parte, el informe de 2019 del Internal Displacement Monitoring Center señalaba que en Malí se habían registrado más de 140.000 nuevos desplazamientos en el primer semestre de 2019, una cifra superior a la de todo el 2018. Respecto de Burkina Faso fue de 173.000, la más alta jamás registrada en el país, y en Níger fue de 42.000, el 80% de todo el 2018. IDMC, "African Report on Internal Displacement", diciembre 2019. Disponible en:

<https://www.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/201912-Africa-report.pdf>.

Del mismo modo, analizando los informes anuales del IDMC, se puede observar un aumento de las personas desplazadas internamente debido a conflictos o desastres naturales. Así, tomando como referencia siete de los países del Sahel (Burkina Faso, Camerún, Chad, Mali, Níger, Nigeria y Sudán) el número de personas desplazadas entre 2019 y 2021 aumentó en 383.200. IDMC, "Global Report on Internal Displacement", 2020. Disponible en:

<https://www.internal-displacement.org/sites/default/files/publications/documents/2020-IDMC-GRID.pdf>. IDMC, "Global Report on Internal Displacement", 2022.

<https://www.internal-displacement.org/publications/2022-global-report-on-internal-displacement>

Según la Organización Mundial de Migraciones, en 2019 se habían producido 328.000 nuevos desplazamientos internos en la región occidental de África, que incluye la mayoría de países del Sahel, señalando por otra parte la dificultad de controlar los desplazamientos entre países debido a la libre circulación entre los países de ECOWAS. Organización Mundial de las Migraciones, "Environmental

también efectos negativos en el medioambiente debido, por ejemplo, a la deforestación por el aumento de tierras cultivables o al agotamiento de recursos en las zonas en las que se van instalando, provocando en este caso una migración de los acogidos junto con los que ya residían en la zona, lo que se conoce como “*creeping migration*”<sup>18</sup>. Y junto con ello nos encontramos con los conflictos armados, que pueden verse generados o exacerbados como consecuencia de los efectos del cambio climático<sup>19</sup>.

Ante esta situación, cabe plantearse cómo la misma puede afectar a la Unión Europea (UE), no solo desde el punto de vista de la seguridad, tal y como lo enfocaba la OTAN, sino también desde el punto de vista migratorio, ya que, si por el momento la mayoría de los desplazamientos son intrarregionales, los desplazamientos hacia la UE también aumentan<sup>20</sup>.

En este trabajo pretendemos por tanto analizar en primer lugar, cómo el cambio climático puede afectar a los desplazamientos en el Sahel, señalando también la normativa existente en la región para regular dichos movimientos de personas. En segundo lugar, y dada la conexión que se plantea en algunos estudios entre cambio climático y conflictos, analizaremos en este caso cómo las mencionadas migraciones y la escasez de recursos pueden afectar a la seguridad en la región, generando por tanto la huida y el desplazamiento de personas por motivos de seguridad.

Una vez determinada la situación en Sahel, el tercer epígrafe se centrará en analizar la aproximación de la UE hacia el Sahel, centrándonos por un lado en la

---

Migration, Disaster Displacement and Planned Relocation in West Africa”, 2021. Disponible en: [https://environmentalmigration.iom.int/sites/g/files/tmzbdl1411/files/documents/environmental-migration-disaster-displacement-in-west-africa\\_final.pdf](https://environmentalmigration.iom.int/sites/g/files/tmzbdl1411/files/documents/environmental-migration-disaster-displacement-in-west-africa_final.pdf).

<sup>18</sup> United Nations Environmental Program, “Livelihood Security...”, *op. cit.* p. 16

<sup>19</sup> ACNUR, “Climate Risk Profile...”, *op. cit.*, p. 2; United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, “Human Rights, Climate Change and Migration in the Sahel”, 2021, p. 5. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2021-11/HR-climate-change-migration-Sahel.pdf>

<sup>20</sup> Según Frontex en 2020, a pesar de haberse producido una disminución de entrada de migrantes irregulares en Europa, la ruta migratoria del África Occidental experimentó su mayor aumento desde 2009, año desde el que se tienen informes. Frontex, “Irregular migration into EU last year lowest since 2013 due to COVID-19”, News Release, 1 agosto 2021. Disponible en:

<https://frontex.europa.eu/media-centre/news/news-release/irregular-migration-into-eu-last-year-lowest-since-2013-due-to-covid-19-j34zp2> La mayoría de las personas interceptadas procedía de Mauritania, Senegal y Gambia. Así analizando los datos que Frontex sobre detección de migrantes irregulares que cruzan la frontera procedente de los países del Sahel analizados en este trabajo, desde el año 2009 se pudo observar un incremento progresivo del número de personas migrantes, situándose el pico máximo en el año 2016 con la interceptación de 131.378 personas. Progresivamente fue descendiendo hasta el año 2020, y produciéndose de nuevo un incremento desde 2021 con 16.057 personas y de 14.268 personas migrantes hasta agosto de 2022. Frontex, “Detections of illegal border-crossing statics (updated monthly)”, disponible en <https://frontex.europa.eu/we-know/migratory-map/>.

Sobre el aumento de flujos migratorios con anterioridad a 2009 véase DE MELO, JAIME, “Sahel, Africa, and the European Migration challenge: Now and to Come”, *Fondation pour les études et recherches sur le développement international*, 2017. Disponible en:

<https://ferdi.fr/dl/df-HAvKHDpOD3QrqJxwv1Xv5Nyo/presentation-sahel-africa-and-the-european-migration-challenge-now-and.pdf>

respuesta de la UE a los efectos del cambio climático en la región, y en segundo lugar y de manera más extensa, a las cuestiones de seguridad, ya que las mismas han ocupado un parte importante de la agenda de la Unión en la región.

## 2. DESPLAZAMIENTOS EN EL SAHEL: UNA APROXIMACIÓN JURÍDICA

Las migraciones en el Sahel han sido siempre un medio de adaptación al clima<sup>21</sup>, por lo tanto, se trata de una región con un alto índice de movilidad tanto intraestatal como regional. Así, son habituales las migraciones de la población dedicada al pastoreo de norte a sur cuando llegan los periodos de sequía, y también son frecuentes las migraciones estacionales del campo a la ciudad cuando acaba el periodo agrícola<sup>22</sup>.

Pero a pesar de que las migraciones han sido siempre parte del modo de vida de la región, los efectos del cambio climático pueden aumentarlas y dar lugar a nuevos movimientos no asociados a los tradicionales, o a que dichas migraciones en vez de estacionales se conviertan en permanentes. En este sentido, se señalan habitualmente dos tipos de efectos que pueden provocar estos desplazamientos de personas: los efectos de carácter repentino o *sudden-onset effects*, que serían por ejemplo las inundaciones y que afectarían de manera inmediata en la vida de las personas<sup>23</sup>; y los efectos de carácter progresivo o *slow-onset effects*, que serían aquellos relativos a las sequías, aumento del nivel del mar, salinización o desertificación, y que vendrían a hacer la vida insostenible<sup>24</sup>.

El posible cambio en el patrón de desplazamientos tiene consecuencias en la regulación jurídica de dichos desplazamientos o el estatuto jurídico de dichas personas, ya que, si bien el cruce de fronteras era habitual en relación con la trashumancia, la securitización de las fronteras<sup>25</sup> o la reciente pandemia asociada al COVID-19 han venido a dificultar el cruce de las mismas. Y si, como señalábamos, tanto los desplazamientos temporales, intraestatales o regionales pasan a convertirse en permanentes, se

<sup>21</sup> United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, “Human Rights, Climate Change...” *op. cit.*, p. 4. ARHIN-SAM, Kwaku *et al.*, “The (in)formality of mobility in the ECOWAS region: The paradoxes of free movement”, *South African Journal of International Affairs*, vol. 29, núm. 2, 2022, p. 9 y ss. Sobre las tendencias migratorias en Mali y Sudan véase “Changing Climate, Changing Realities: migration in the Sahel”, British Red Cross, 2022, pp. 41-44. Disponible en:

file:///Users/gloria/Downloads/Full%20report%20ChangingClimate\_ChangingRealities\_MigrationInTheSahel.pdf

<sup>22</sup> United Nations Environmental Program, “Livelihood Security...”, *op. cit.* p. 19-23. En todo caso, tal y como señalaba un estudio de la Cruz Roja, el efecto del clima en las migraciones puede tener diversos resultados según el país, o el tipo de efecto climático, de modo que por ejemplo en algunos casos los efectos climáticos adversos pueden aumentar las migraciones a corto plazo, pero disminuir las de largo plazo. British Red Cross, *op. cit.*, pp. 14-15.

<sup>23</sup> D’ORSI y NALDI, *op. cit.*, p. 1031

<sup>24</sup> *Ibidem.*

<sup>25</sup> ARHIN-SAM *et al.*, *op. cit.* p. 3.

entiende necesario determinar el estatuto jurídico o derechos de entrada y residencia de estas personas desplazadas en los casos de desplazamientos transfronterizos.

## 2.1. La ambigüedad jurídica que afecta a los desplazados internos.

Los efectos climáticos disruptivos en el medio ambiente provocan, en la mayoría de los casos<sup>26</sup>, desplazamientos internos, en relación con los cuales la única normativa específica existente de ámbito internacional consistiría en normas de *soft law*<sup>27</sup>, lo que genera una vulnerabilidad jurídica al no ser estas normas de obligado cumplimiento para los Estados<sup>28</sup>.

De este modo, en el ámbito internacional nos encontramos con los Principios Rectores sobre los Desplazamientos Internos de la Comisión de Derechos Humanos<sup>29</sup> y el Manual para la Protección de los Desplazados Internos<sup>30</sup>. El primero de ellos recoge los derechos y garantías que deben ser reconocidos a aquellas personas víctimas de desplazamientos internos forzados, y que resultaría de aplicación también a los desplazados por cuestiones climáticas, ya que los principios rectores consideran a los desplazados internos como

“personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”<sup>31</sup>.

Independientemente de que en el término catástrofe natural encuadremos únicamente aquellas provocadas por el hombre, o por otra parte solo los *sudden-onset effects*<sup>32</sup>, ACNUR señala en el Manual para la Protección de los

<sup>26</sup> THOMAS, Alice, “Protecting People Displaced by Weather-Related Disasters and Climate Change: Experience from the Field”, *Vermont Journal of Environmental Law*, vol. 15, núm. 4, 2014, p. 811.

<sup>27</sup> Si bien es cierto que siempre sería de aplicación la normativa en materia de Derechos Humanos o el Derecho Humanitario, dependiendo de las circunstancias. En todo caso, Phuong señala que la misma contiene lagunas que no permiten ejercer una protección apropiada para estas personas. PHUONG, CATHERINE., *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 48 y ss.

<sup>28</sup> Sobre su implementación por los Estados véase BAGSHAW, Simon, *Developing a Normative Framework for the Protection of Internally Displaced Persons*, Brill Nijhoff, Leiden, 2005, pp. 139 y ss. Por otra parte Fomekong también señala la vulnerabilidad de las comunidades que acogen a estos desplazados, vid. FOMEKONG, Steve, “Why communities hosting internally displaced persons in the Sahel need stronger and more effective legal protection”, *IRRC*, vol. 103, núm. 918, 2021, pp. 923-957.

<sup>29</sup> Comisión de Derechos Humanos, Informe del Representante del Secretario General, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos: Adición : Principios Rectores de los desplazamientos internos, 11 Febrero 1998, E/CN.4/1998/53/Add.2.

<sup>30</sup> ACNUR, Manual para la Protección de los Desplazados Internos, Junio 2010. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11306.pdf>

<sup>31</sup> *Ibid.* Artículo 2.

<sup>32</sup> Véase United Nations Office for Disaster Risk Reduction (UNDRR), “Terminology on Disaster Risk Reduction”. Disponible en:

Desplazados Internos que no se trata de una lista exhaustiva<sup>33</sup>, al incorporarse la expresión “en particular”, por lo que podrían entrar tanto las personas desplazadas por los *sudden-onset* como por lo *slow-onset effects* de carácter o no antropogénico. Por otra parte, Catherine Phuong señala que no se trata propiamente de una definición jurídica sino de una identificación de los beneficiarios, ya que la finalidad no es crear una categoría de personas con derechos, sino mejorar los derechos ya existentes que en el ámbito internacional tienen los desplazados<sup>34</sup>.

Junto con esta regulación de carácter internacional y de *soft law* es necesario mencionar la Convención de la Unión Africana para la Protección y la Asistencia de los Desplazados Internos en África<sup>35</sup>, que viene a ser un texto de obligado cumplimiento para los Estados partes. Este texto tiene su base en los Principios Rectores ya mencionados con el objetivo de ofrecer protección a largo plazo durante los desplazamientos<sup>36</sup>, pero va más allá, por ejemplo, analizando el origen de los desplazamientos, así como la responsabilidad de actores no estatales<sup>37</sup>. En todo caso, debemos señalar que Eritrea, Guinea, Senegal y Sudan no han ratificado dicha Convención, y que de los países del Sahel que la han ratificado, en 2020 solo cinco de ellos habían adoptado normativa nacional relativa a la protección de los desplazados internos<sup>38</sup>.

Por tanto, la protección de estas personas sigue encontrándose en un estado precario, y no solo por las limitaciones propias de los Estados, sino por la falta de protección jurídica.

## 2.2. La controvertida protección internacional de los desplazados climáticos transfronterizos: la normativa regional.

La complicada aplicación de la Convención sobre el Estatuto de Refugiado de 1951 a los desplazados climáticos transfronterizos ha sido ampliamente estudiada<sup>39</sup>, por lo que en este epígrafe nos centraremos en la posi-

<https://www.undrr.org/terminology/disaster#:~:text=A%20serious%20disruption%20of%20the,environmental%20losses%20and%20impacts.>

<sup>33</sup> ACNUR, Manual para la Protección..., *op. cit.* p.8

<sup>34</sup> PHUONG, *op. cit.* p. 57.

<sup>35</sup> Unión Africana, Convención de la Unión Africana para la protección y la asistencia de los desplazados internos en África (“Convención de Kampala”), 22 octubre 2009.

<sup>36</sup> Véase MARU, Mehari Taddele., *The Kampala convention and its contributions to international law*, Eleven International Publishing, The Hague, Netherlands; Portland, Oregon, 2014, pp. 199 y ss.

<sup>37</sup> ADEOLA, Romola, *The Internally Displaced Person in International Law*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2020, p. 72.

<sup>38</sup> Estos Estados serían: Mali, Níger, Nigeria, Somalia y Sudan. *Ibid.* p. 85.

<sup>39</sup> Véase entre otras obras: WESTRA, Laura, *Environmental Justice and the Rights of Ecological Refugee*, Routledge, Londres, 2009; McADAM, Jane, *Climate Change, Forced Migration and International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012; SCOTT, Matthew, *Climate Change, Disaster, and the Refugee Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2012; BORGES, Isabel., *Environmental Change, Forced Displacement and International Law. From legal protection gaps to protection solutions*, Routledge, Londres, 2019; FELIPE PÉREZ, Beatriz, *Las migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico inter-*

ble aplicación de la normativa regional sobre protección de refugiados para determinar si los mismos serían objeto de protección bajo dicho paraguas, siendo por tanto la norma objeto de estudio la Convención de la OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, de 1969<sup>40</sup>.

El periodo de descolonización en el que fue adoptada esta normativa determina la definición que la misma realiza de personas refugiadas, ya que amplía la definición de la Convención de 1951, de modo que junto con la mencionada definición incluida en el artículo 1.1, se establece en el artículo 1.2 que

“El término “refugiado” se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad”.

Este concepto más amplio de la aplicación del término refugiado ha llevado a considerar su posible aplicación a las personas que huyen del país como consecuencia de los efectos adversos del cambio climático, siempre que dichos efectos supusieran “acontecimientos que perturben gravemente el orden público”. En este caso es necesario por tanto determinar qué se considera como orden público en dicha Convención, surgiendo aquí diversidad de opiniones. Marina Sharpe considera que el concepto de “orden público” es bastante amplio en línea con el objetivo de carácter humanitario de la propia Convención consistente en expandir la protección, por lo que entrarían en dicho concepto los efectos adversos del cambio climático como las sequías o las inundaciones<sup>41</sup>. Alice Edwards considera que dependerá del concepto y la situación y que en todo caso afecta al orden administrativo, social, político o moral<sup>42</sup>. En todo caso, para James C. Hathaway la definición del art. 1.2 es aplicable a personas que huyen de desastres provocados por el hombre<sup>43</sup>, además de señalar que en dicha definición no se aprecia que las víctimas de desastres naturales deban ser responsabilidad de la comunidad internacional<sup>44</sup>; en sentido contrario se pronuncia Tamara Wood, que considera que la

---

nacional, Cizur Menor, Aranzadi, 2019; BORRÁS PENTINAT, Susana, *Flujos migratorios y refugiados climáticos*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2021.

<sup>40</sup> Organización para la Unidad Africana, Convención de la OUA por la que se regulan los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, 10 Septiembre 1969, 1001 U.N.T.S. 45

<sup>41</sup> SHARPE, Marina., *The Regional Law of Refugee Protection in Africa*, Oxford University Press, Oxford, 2018, p. 50.

<sup>42</sup> EDWARDS, Alice, “Refugee status determination in Africa”, *African Journal of International and Comparative Law*, vol. 14, núm. 2, 2006, p. 218.

<sup>43</sup> HATHAWAY, James C., *The Law of Refugee Status*, Butterworths, London, 1991, p. 16-21.

<sup>44</sup> *Ibid.* p. 17

expresión “acontecimientos que perturben gravemente el orden público” no establece distinción entre eventos naturales o provocados por el hombre<sup>45</sup>.

Dada esta diversidad de opiniones el recurso a la práctica de los Estados es también habitual en dichos trabajos, si bien la misma tampoco puede considerarse decisiva ya que, además de escasa, es diversa. En este sentido, tal y como señala Marina Sharpe, mientras Kenia realizó un reconocimiento *prima facie* conforme al art. 1.2. de los somalíes que huían de la sequía en 2011; Uganda, por el contrario, consideró que las personas procedentes de República Democrática del Congo que entraron en su territorio huyendo de la erupción del volcán del Monte Nyiragongo no eran refugiados<sup>46</sup>.

En todo caso, no existe dicha práctica en el Sahel, moviéndose estas personas en el ámbito de los migrantes, por lo que entra en juego en este caso la normativa en materia de cruces de fronteras.

### 2.3. La libre circulación en el Sahel

En la región del Sahel pueden señalarse dos procesos de integración regional que vienen a facilitar el movimiento de personas entre Estados, y por lo tanto la adaptación a los efectos del cambio climático: la Comunidad de Estados Sahelo-Saharianos (CEN-SAD), y la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDAO).

En el primero de los casos, la CEN-SAD fue creada en 1998 por seis Estados, formando actualmente parte veinticinco, entre los que se incluyen todos los Estados de la región del Sahel, y estableciéndose entre otros objetivos promover la libre circulación de personas, bienes y servicios<sup>47</sup>. En todo caso, es necesario señalar que no se han realizados grandes avances en la materia, probablemente debido, como señala Inocent Moyo, a que la inestabilidad en la región ha impactado negativamente en el desarrollo de un área de libre comercio<sup>48</sup>.

Pero el proceso que presenta un interés particular en esta materia es el CEDAO, un proceso de integración mucho más desarrollado que el anterior y que otros procesos de integración africanos<sup>49</sup>, y con mayores objetivos, estableciendo entre ellos la supresión de los obstáculos a la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como el derecho de residencia

---

<sup>45</sup> WOOD, Tamara. “Who Is a Refugee in Africa? A Principled Framework for Interpreting and Applying Africa’s Expanded Refugee Definition”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 31, núm. 2-3, 2019, p. 307

<sup>46</sup> SHARPE, *op. cit.*, p. 50

<sup>47</sup> Treaty establishing the Community of Sahel-Saharan States, 1998. Artículo 3.

<sup>48</sup> MOYO, Inocent., “Regional Integration and Challenges of Implementation in Africa: Some Missing Gaps”, en OLORUNTOBA, Samuel Ojo., FALOLA, Toyin. (eds.), *The Palgrave Handbook of African Political Economy*, Palgrave Handbooks, Cham, 2020, p. 980.

<sup>49</sup> OPANIKE, Abimbola, y ADULOJU, Ayodeji Anthony, “ECOWAS Protocol on Free Movement and Trans-border Security in West Africa”, *Journal of Civil and Legal Sciences*, vol. 4, num. 3, 2015, p.1

y establecimiento entre los Estados miembros<sup>50</sup>. En todo caso, es necesario advertir que no todos los países que forman la región del Sahel son partes de CEDAO, ya que quedan fuera Camerún, Chad, Mauritania, y atendiendo al concepto amplio de Sahel, también quedarían fuera Eritrea y Sudan.

Con el fin de conseguir el objetivo de la libre circulación se adoptó en 1979 el Protocolo sobre Libre Circulación de Personas y Mercancías<sup>51</sup>, que permite la entrada y residencia en otro Estado parte siempre que se posea un documento válido de viaje y un certificado internacional de salud.

Este Protocolo no viene a solucionar los problemas relacionados con las migraciones como medio de adaptación al cambio climático en la región, siendo el principal de los motivos el hecho de que el derecho de entrada y residencia debía, según establecía el Protocolo<sup>52</sup>, implementarse progresivamente por los Estados durante los siguientes 15 años, no siendo ese el caso en todos los Estados y observándose diferencias entre los mismos, así como incumplimientos<sup>53</sup>. Y todo ello a pesar de contar además con dos Protocolos suplementarios que vendrían a garantizar dicha implementación, uno sobre derecho de residencia adoptado en 1986<sup>54</sup>, y otro sobre derecho de establecimiento adoptado en 1990<sup>55</sup>.

Por otra parte, una vez ejercido el derecho de libre circulación se establece un derecho de estancia de 90 días que puede ser extendido siempre previa solicitud a la autoridad competente, pero quedando en todo caso en manos de los Estados el derecho a denegar la estancia y entrada conforme a su normativa nacional en materia migratoria, por lo que como señala Jerry Ukaigwe, la responsabilidad de calificar a una persona como inmigrante inadmisibile reside exclusivamente en el Estado<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> Treaty of 28 May, 1975 establishing the Economic Community of West African States (ECOWAS), Artículo 3 d) iii.

<sup>51</sup> Economic Community of West African States (ECOWAS), *Protocol Relating to Free Movement of Persons, Residence and Establishment*, 29 May 1979, A/P 1/5/79.

<sup>52</sup> *Ibid.* Artículo 2.2.

<sup>53</sup> Esta falta de cumplimiento tiene también su base en el hecho de que la CEDAO rara vez adopte sanciones contra los Estados por incumplimiento de la normativa, prefiriendo la vía diplomática veáse ARHIN-SAM, *et al.*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>54</sup> Economic Community of West African States (ECOWAS), *Supplementary Protocol on the Second Phase (Right of Residence) of the Protocol on Free Movement of Persons, the Right of Residence and Establishment*, 1 July 1986, A/SP 1/7/86.

<sup>55</sup> Economic Community of West African States (ECOWAS), *Supplementary Protocol on the Implementation of the Third Phase (Right of Establishment) of the Protocol on Free Movement of Persons, the Right of Residence and Establishment*, 29 May 1990, A/SP 2/5/90. En relación el incumplimiento por los Estados es interesante señalar que en este caso el Tribunal de Justicia de la CEDAO indicó en el asunto Pinheiro, que el Protocolo no reconoce a los particulares *locus standi* ante el tribunal para iniciar procedimientos contra los Estados por violación de normas de Derecho Comunitario. Por tanto, según señalaba el Tribunal, el particular tendría dos opciones, bien solicitar a su propio Estado que iniciase acciones contra el Estado infractor, o bien iniciar dichas acciones ante los tribunales nacionales del Estado infractor. ECW/CCJ/JUD/11/12 Kemi Pinheiro (SAN) v The Republic of Ghana, 2012, párrs. 48-49.

<sup>56</sup> UKAIGWE, Jerry., *ECOWAS Law*, Springer, Londres, 2016, p. 265. En todo caso, como señala el informe de Cruz Roja, "migration-related policies and practices within the Sahel have been shown

Por último, la falta de un mecanismo institucionalizado de control de fronteras ha aumentado la inseguridad en la región, con las fuerzas de seguridad permitiendo el contrabando, y extendiéndose así los efectos de los conflictos existentes<sup>57</sup>.

En todo caso, y a pesar de las dificultades señaladas, la movilidad se sigue llevando a cabo de manera informal en los países de la CEDAIO y la región del Sahel, y ello debido, entre otras cuestiones, a la porosidad de las fronteras, el escaso control de las mismas por los gobiernos, la propia práctica migratoria de la región, en muchos casos de carácter estacional y unida también a la conexión entre comunidades de distintos territorios, y especialmente a la necesidad propia de los ciudadanos de hacer frente a las necesidades de supervivencia<sup>58</sup>.

### 3. ¿CONFLICTOS COMO CONSECUENCIA DEL CAMBIO CLIMÁTICO EN EL SAHEL?

#### 3.1. La relación entre cambio climático y conflictos

La relación entre cambio climático y conflictos de mayor o menor intensidad es un tema recurrente en los estudios relativos a los efectos del cambio climático. Ya en 2012 Naciones Unidas publicaba un informe<sup>59</sup> en el que unía conflictos con recursos renovables, entre los que se incluían la tierra y el agua, y hacía referencia al informe de Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente publicado en 2009 en el que se señalaba que en los últimos 60 años el 40% de las guerras civiles podían asociarse con recursos naturales<sup>60</sup>.

En esta línea son también numerosos los estudios que han señalado al Sahel como región ejemplificativa de conflictos provocados como consecuencias de efectos climáticos adversos y escasez de recursos naturales<sup>61</sup>. De este modo, la conexión ha sido habitualmente la siguiente: el cambio climático

---

to contribute to humanitarian vulnerabilities among migrants, through administrative and financial barriers to obtaining resident and work permits, and legal and societal barriers to healthcare and education services, housing, and employment”, British Red Cross, *op. cit.* p. 20.

<sup>57</sup> OPANIKE, y ADULOJU, *op. cit.*, pp. 2-3.

<sup>58</sup> ARHIN-SAM *et al.*, *op. cit.*, p. 11. Véase también Instituto de Estudios Estratégicos, *op. cit.* p. 68.

<sup>59</sup> United Nations Interagency Framework Team for Preventive Action, “Renewable Resources and Conflict”, 2012. Disponible en:

[https://www.un.org/en/land-natural-resources-conflict/pdfs/GN\\_Renew.pdf](https://www.un.org/en/land-natural-resources-conflict/pdfs/GN_Renew.pdf)

<sup>60</sup> United Nations Environment Program, “From Conflict to Peacebuilding. The Role of Natural Resources and the Environment”, 2009. Del mismo modo el Global Risks Report de 2022, señalaba entre los principales riesgos las consecuencias de una transición climática desigual y las migraciones, señalando en todo caso como el cambio climático podría ser un factor de desplazamiento. “Global Risks Report 2022”, World Economic Forum, 11 de enero de 2022. Disponible en:

<https://www.weforum.org/reports/global-risks-report-2022/>

<sup>61</sup> BÄCHLER, Günther, *Violence through Environmental Discrimination. Causes, Rwanda Arena, and Conflict Model*, Kluwer Academic Publishers, London, 1998; United Nations Environment Programme, “From Conflict to Peacebuilding...”, *op. cit.* El Instituto Español de Estudios Estratégicos también calificaba el cambio climático como “una amenaza global”. Instituto Español de Estudios

provoca sequía y desertificación, esto provoca a su vez escasez de recursos, lo que da lugar a la aparición de nuevas migraciones que provocarán nuevos conflictos o alimentarán los ya latentes<sup>62</sup>.

Frente a estas posiciones es posible afirmar que la mayoría de los estudios no consideran el cambio climático como único conductor o generador de conflictos, si bien el mismo puede tener una influencia mayor o menor según los diferentes estudios.

Es opinión generalizada que el cambio climático va unido a una serie de factores que pueden dar lugar de manera conjunta al surgimiento de conflictos y que son económicos, políticos y sociales<sup>63</sup>, como la pobreza, instituciones débiles, la presión demográfica o la marginalización de grupos. Así, el Secretario General de Naciones Unidas establecía en su informe sobre “El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad” que

“En los lugares donde se prevé que el cambio climático constituirá una grave amenaza para el bienestar humano, en particular los lugares en que la gente es especialmente vulnerable debido al bajo nivel de desarrollo humano y a la fragilidad de las instituciones de gobierno, las repercusiones para la seguridad tienden a ser más pronunciadas, incluida la posibilidad de que se produzcan tensiones sociales y políticas y conflictos armados”<sup>64</sup>.

De este modo, señalaba cómo el cambio climático también afectaba a dichos factores, y era considerando como un “efecto multiplicador de amenazas, es decir, un factor que puede actuar por diversas vías (...) para exacerbar las causas ya existentes de conflictos e inseguridad”<sup>65</sup>. Así, el cambio climático puede alterar la estabilidad política de los Estados más pobres y subdesarrollados, surgiendo una violencia relacionada con cuestiones medioambientales<sup>66</sup>.

En este epígrafe nos centraremos en todo caso en analizar si los efectos del cambio climático señalados en el Sahel, junto con los factores mencionados, podrían dar lugar al surgimiento de conflictos, sin llegar a establecer

---

Estratégicos, “Seguridad y desarrollo sostenible en el Sahel: un enfoque regional”, Documento de Trabajo 01/ 2017, p. 63.

<sup>62</sup> BENJAMINSEN, Tor, “Climate Change and Human conflict in the Sahel”, en VILLALÓN, Leonardo (ed.), *The Oxford Handbook of the African Sahel*, Oxford University Press, Oxford, 2021, p. 270

<sup>63</sup> HAMRO-DROTZ, Dennis, “Livelihood security: Climate change, migration and conflict in the Sahel”, en BOB, Urmilla y BRONKHORST, Salomé, *Conflict-sensitive adaptation to climate change in Africa, Climate Diplomacy Series*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2014, p. 197; RALEIGH, Clionadh, “Political Marginalization, Climate Change, and Conflict in African Sahel States”, *International Studies Review*, vol. 12, núm. 1, 2010, p. 70; OLUMBA, Ezenwa E. *et al.*, “Conceptualising eco-violence: moving beyond the multiple labelling of water and agricultural resource conflicts in the Sahel”, *Third World Quarterly*, vol. 43, núm. 9, 2022, p. 6.

<sup>64</sup> ONU: Asamblea General, El cambio climático y sus posibles repercusiones para la seguridad: Informe del Secretario General, 11 Septiembre 2009, A/64/350, p. 6

<sup>65</sup> *Ibidem*.

<sup>66</sup> RALEIGH, *op. cit.* p. 69.

previsiones de futuro dado que, como se ha señalado, existe una incertidumbre sobre los efectos a largo plazo que pueda tener el cambio climático<sup>67</sup>.

### 3.2. El Sahel y la conexión entre clima y conflicto

El Sahel se considera una de las regiones en la que los efectos del cambio climático pueden ser más dañinos, ya que se trata de una región en la que existe una mezcla de sequías, inseguridad alimentaria, migraciones, insurrecciones armadas, proliferación de armas y cambio climático<sup>68</sup>. A ello, según señala Clionadh Raleigh, es necesario unir y prestar especial atención a la marginalización política y económica de determinados grupos sociales, lo que provocaría desigualdades y conflictos<sup>69</sup>. De este modo, es necesario señalar que, en el Sahel, entre 1990 y 2002, se produjeron un tercio de los conflictos en África<sup>70</sup>.

En el caso del Sahel los conflictos pueden dividirse en tres tipos: conflictos entre el Estado y grupos rebeldes, conflictos entre grupos rebeldes, y conflictos entre comunidades<sup>71</sup>. Y de entre ellos los más frecuentes suelen ser conflictos entre comunidades, siendo el más estudiado y referenciado el conflicto entre comunidades agrícolas y pastoriles.

Este conflicto existente desde hace décadas puede servir para determinar la influencia del cambio climático en los mismos. En los países del Sahel existe una política de marginalización de las comunidades pastoriles, siendo la política de los Estados el beneficiar la adquisición de tierras por comunidades agrícolas<sup>72</sup>. Las comunidades pastoriles son nómadas y realizan migraciones estacionales hacia el sur en busca de agua cuando llega la época de sequía. Con los años y debido a la degradación ambiental de la tierra de cultivo, las comunidades agrícolas han ido expandiendo sus tierras impidiendo así la trashumancia de las comunidades pastoriles que, por otra parte, y debido al cambio climático, comienzan antes las migraciones, convirtiéndose en algunos casos en permanentes, y provocando entonces una lucha por unos recursos que cada vez son más escasos<sup>73</sup>.

Estos enfrentamientos entre comunidades por los recursos han dado lugar en muchos casos a situaciones de violencia, calificadas como “*eco-violence*”, y que conllevan una violencia estructural contra la población<sup>74</sup>. Así,

---

<sup>67</sup> Von UEXKULL, Nina, “Linkages between climate variability, vulnerability and armed conflict in sub-Saharan Africa. A review”, en BOB y BRONKHORST, *op. cit.* p. 162; ACNUR, *Global Trends*, 2021.

<sup>68</sup> BENJAMINSEN, *op. cit.* p. 270.

<sup>69</sup> RALEIGH, *op. cit.*, p. 70.

<sup>70</sup> Von UEXKULL, *op. cit.* p. 167. Nina Von Uexhull considera del mismo modo que se debe a condiciones ecológicas frágiles, y al ser más vulnerables a los efectos del cambio climático.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>72</sup> BENJAMINSEN, *op. cit.* p. 277.

<sup>73</sup> Véase IOM, “Informe sobre las Migraciones en el mundo 2022”, 22 de abril de 2022, p. 71. file:///Users/gloria/Downloads/WMR-2022-ES\_0.pdf

<sup>74</sup> OLUMBA *et al.*, *op. cit.* p. 6.

como ejemplo de este tipo de enfrentamiento entre comunidades, en 2018 en el estado de Benue, Nigeria, militantes Fulani (pastores) asaltaron varios asentamientos agrícolas Tiv matando a más de 70 personas y destruyendo propiedades. Del mismo modo, el 23 de marzo de 2019 agricultores Dogon armados asaltaron y mataron a 175 residentes Fulani en la aldea de Ogossagou en Malí. Estos actos provocaron también el desplazamiento de cientos de personas de las comunidades afectadas<sup>75</sup>.

El caso del Lago Chad es otro de los conflictos entre comunidades que han sido estudiados en relación con el cambio climático. En este sentido, el Lago Chad se ha reducido en un 90% desde 1963, a lo que debe unirse un rápido crecimiento de la población que lo habita, provocando así un mayor uso de las aguas para regadío e impactando en el ecosistema terrestre y acuático, reduciendo por tanto la disponibilidad de agua dulce. Esta zona está habitada por alrededor de 300 grupos étnicos, y la escasez de agua y, por tanto, de sus recursos ha provocado la intensificación de los conflictos entre los distintos grupos, principalmente agricultores, pastores y pescadores, produciéndose una competición por los recursos, transformado sus modos de vida y dando lugar a nuevas migraciones<sup>76</sup>.

Pero la influencia del cambio climático, aunque se considere menor en los conflictos entre Estados y grupos rebeldes, también ha sido analizada como uno de los factores que pueden potenciar o influenciar dichos conflictos de manera directa o indirecta. Así, durante la sequía que tuvo lugar en Mali entre 1970 y 1980 y como consecuencia de la marginalización sufrida por la comunidad pastoril Tuareg, muchos jóvenes emigraron a Libia donde fueron contratados como soldados y adoctrinados en el ideario de Gadafi. A su vuelta a Malí en los 90, el sentimiento de marginalización y las alegaciones de presunta malversación de fondos para paliar los efectos de la sequía llevó a que tomaran las armas contra el Estado<sup>77</sup>.

Por otra parte, en el caso de Nigeria, el nacimiento de Boko Haram también se ha conectado con la comunidad pastoril Fulani, siendo algunos de sus miembros los fundadores de dicho grupo<sup>78</sup>. Como señalaba el Presidente de Niger en 2019: *“La naissance et le développement de Boko Haram sont en partie liés à la paupérisation des populations du fait du retrait [des eaux] du lac Tchad qui a eu un impact sur les ressources agricoles, pastorales et halieutiques”*<sup>79</sup>

Se ha señalado que estos grupos explotan dichas tensiones medioambientales para atraer el reclutamiento, ya que ofrecen alternativas a las comuni-

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 1.

<sup>76</sup> United Nations Environmental Program, “Livelihood Security...”, *op. cit.* p. 60; HAMRO-DROT-Z, D., *op. cit.* p. 204.

<sup>77</sup> BENJAMINSEN, *op. cit.* p. 277. Instituto de Estudios Estratégicos, *op. cit.* p. 65.

<sup>78</sup> OLUMBA *et al.*, *op. cit.* p. 9.

<sup>79</sup> Sahel: un plan de plus de 350 milliards d’euros contre le réchauffement climatique, Le Monde Afrique, 1 de Marzo de 2019. [https://www.lemonde.fr/afrique/article/2019/02/26/sahel-un-plan-de-plus-de-350-milliards-d-euros-contre-le-rechauffement-climatique\\_5428390\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2019/02/26/sahel-un-plan-de-plus-de-350-milliards-d-euros-contre-le-rechauffement-climatique_5428390_3212.html)

dades rurales y acceso a los recursos<sup>80</sup>, defendiendo así mismo y en ocasiones los intereses de las comunidades marginalizadas, como en el caso de la entrada anual de ganado en el delta del Río Níger, que suponía el pago de impuestos por las comunidades ganaderas, y que los grupos yihadistas que controlan la región desde 2016 han eliminado<sup>81</sup>.

Finalmente, es necesario señalar la importancia del papel del Estado en la gestión de los efectos del cambio climático como conductor de conflictos armados.

En la mayoría de los casos los Estados no tienen un control efectivo de los territorios fuera de las ciudades, es decir en la zonas agrícolas y rurales<sup>82</sup>, que por otra parte suelen ser también las zonas más expuestas a las sequías. En estos casos, dichas comunidades autogestionan sus respuestas a los efectos del cambio climático, siendo habitual el uso de la violencia. Ello es consecuencia de la incapacidad del Estado para redistribuir y regular el uso de recursos<sup>83</sup>, además de la incapacidad para poner fin a la violencia en el momento que surge. A esto se une también una política de mala distribución de ayudas para hacer frente a los efectos por ejemplo de la sequía, o las ayudas frente a otros desastres naturales<sup>84</sup>.

Como señalaba el Secretario General de Naciones Unidas en el informe ya citado, “las condiciones, políticas, instituciones y medidas que sirvan para aliviar y manejar eficazmente esas tensiones pueden considerarse fuerzas reductoras de las amenazas”<sup>85</sup>. Por tanto, se trata de dar una respuesta por parte del Estado que permita la resiliencia de estas comunidades al cambio climático, que lleve a cabo una redistribución de los recursos, disminuya el riesgo de conflictos y sea capaz de hacer frente a la resolución de los mismos cuando surjan.

## 4. UNIÓN EUROPEA Y EL SAHEL

### 4.1. La lucha contra el cambio climático en África como objetivo de la UE

En 2021 la Comisión emitía la nueva Estrategia de la UE de adaptación al cambio climático<sup>86</sup>, en la cual se incluía un apartado dedicado a intensificar la acción internacional de la UE para promover la resiliencia climática. La

---

<sup>80</sup> International Crisis Group, “The Central Sahel: Scene of New Climate Wars?”, *Crisis Group Africa Briefing*, N°154, Dakar/Niamey/Brussels, 24 April 2020, pp. 2-3.

<sup>81</sup> BENJAMINSEN, *op. cit.*, p. 279.

<sup>82</sup> RALEIGH, *op. cit.*, p. 74.

<sup>83</sup> OLUMBA, *op. cit.*, p. 8.

<sup>84</sup> RALEIGH, *op. cit.*, p. 76.

<sup>85</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, Forjar una Europa resiliente al cambio climático — La nueva estrategia de adaptación al cambio climático de la UE. COM/2021/82 final.

<sup>86</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *op. cit.* Apartado 17.

Estrategia prestaba especial interés a África al señalar que continuaría apoyando iniciativas regionales como la Gran Muralla Verde, y otras iniciativas como la *Iniciativa de Adaptación Africana*, la *Capacidad de Riesgo Africana*, y el *Asociación para la Investigación e Innovación en África*<sup>87</sup>. Por otra parte, también señalaba que entre 2014 y 2019 se habían movilizado aproximadamente 3,5 billones de euros con el fin de apoyar la adaptación climática de la región.

De este modo, la UE a través de múltiples programas ha desarrollado proyectos dirigidos a mitigar los efectos del cambio climático, así como a desarrollar la resiliencia de las comunidades más afectadas, y ello también a través de distintos programas económicos y colaboraciones con distintas organizaciones internacionales.

En esta línea, la Unión Europea adoptó en junio de 2021 el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional, conocido como Europa Global<sup>88</sup>, que incluía entre sus objetivos la lucha contra el cambio climático<sup>89</sup>. La inclusión de este objetivo no suponía una aproximación nueva a la materia, ya que previamente la UE había creado por ejemplo, la *Global Climate Change Alliance Plus*, con la finalidad de ayudar a los países más vulnerables a hacer frente a los efectos del cambio climático; además de entrar a formar parte de la *Insuresilience Global Partnership*, una iniciativa adoptada en la conferencia climática de Bonn de 2017 con la finalidad de ayudar a los países más vulnerables a prepararse y responder ante los efectos de cambio climático y desastres naturales, y que desarrolla diversos proyectos en el Sahel<sup>90</sup>.

Retomando Europa Global, la importancia dedicada al clima se aprecia ya en los considerandos del Reglamento, en los que se establece que “se espera que las acciones contempladas en el Instrumento contribuyan a la consecución de objetivos climáticos con el 30 % de la dotación financiera total del Reglamento”, dedicando por tanto una parte sustancial de la dotación a esta materia. En este sentido, se establece que las actuaciones deben ir destinadas a mantener el aumento de la temperatura mundial por debajo del 2% respecto de la era preindustrial, y a aumentar la capacidad de los Estados para responder a los efectos adversos del cambio climático, así como aumentar la resiliencia<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> Reglamento (UE) 2021/947 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de junio de 2021 por el que se establece el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional – Europa Global, por el que se modifica y deroga la Decisión n.º 466/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (UE) 2017/1601 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE, Euratom). DOUE 209, de 14 de junio de 2021.

<sup>89</sup> *Ibid.* Art. 3

<sup>90</sup> Véase <https://www.insuresilience.org/projects/>

<sup>91</sup> Reglamento (UE) 2021/947 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de junio de 2021 por el que se establece el Instrumento de Vecindad, Cooperación al Desarrollo y Cooperación Internacional – Europa Global, por el que se modifica y deroga la Decisión n.º 466/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan el Reglamento (UE) 2017/1601 del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE, Euratom) n.º 480/2009 del Consejo, DOUE L 209/1, considerando 49.

Por otra parte, también se establece la lucha contra el cambio climático como un elemento transversal en todas las acciones y programas que se desarrollen<sup>92</sup>.

En todo caso, la acción por el clima se observa claramente en el Anexo II del Reglamento, donde se recogen los ámbitos de cooperación para los programas geográficos, con un artículo 4 dedicado exclusivamente a medio ambiente y cambio climático, y con veintidós acciones concretas, entre ellas, y que afectan especialmente a la región del Sahel: “Promover prácticas agrícolas sostenibles desde el punto de vista ambiental (...) para mejorar la mitigación del cambio climático y la adaptación a sus efectos como para promover la resiliencia medioambiental y social y unos ecosistemas sanos”; “promover la gestión integrada, sostenible, participativa y sensible a los conflictos de los recursos hídricos y cooperación en materia de aguas transfronterizas”; o “abordar los efectos universales y transregionales del cambio climático que tengan un impacto potencialmente desestabilizador sobre el desarrollo, la paz y la seguridad”.

Pero no es solamente en los programas geográficos donde se centra la lucha contra el cambio climático, ya que el Anexo III dedicado a los programas temáticos recoge también un apartado relativo al planeta como ámbito de intervención, y centrado en la lucha contra el cambio climático.

La implementación de este tipo de acciones se puede observar por ejemplo en proyectos gestionados a través de *Team Europe*, una iniciativa de la UE destinada a garantizar la coherencia y coordinación entre organismos y colaboradores participantes en distintos proyectos, y considerado un elemento esencial de las directrices de programación del Instrumento de Vecindad, Desarrollo y Cooperación Internacional. Así, junto con otros socios podemos encontrar entre las llamadas *Team Europe Initiatives*, algunas como “*Environment and Climate Change*” en Mali, el “*Green and Blue Economy*” en Guinea, o el “*Green Economy*” en Senegal.

En todo caso, la seguridad sigue siendo uno de los elementos esenciales en la aproximación de la UE a la región, y de hecho la propia Unión lo conecta con cuestiones medioambientales cuando en la estrategia de la UE de adaptación al cambio climático se establece que:

“El cambio climático multiplica las amenazas a la estabilidad y la seguridad internacionales, que afectan especialmente a las personas en situaciones ya frágiles y vulnerables. Cada vez se pone más de manifiesto la influencia del cambio climático en las condiciones subyacentes que conducen a conflictos violentos. Las actuaciones de adaptación pueden ser una herramienta valiosa para la prevención y la mediación de conflictos. Al crear resiliencia en

---

<sup>92</sup> *Ibid.*, Artículo 8.8. Véase también Comisión Europea y Servicio Europe de Acción Exterior, “Presentation of the programming guidelines of the proposed Neighbourhood, Development and International Cooperation Instrument (NDICI)”, noviembre 2020.

países frágiles afectados por conflictos, se deben tener en cuenta los objetivos de desarrollo humano y climáticos”<sup>93</sup>.

Por ello, en el siguiente apartado analizaremos cómo ha respondido la UE a las cuestiones relativas a la seguridad en esta región especialmente sensible al cambio climático.

## 4.2. La securitización como respuesta de la Unión

Si en algo coincide la doctrina en relación al enfoque de la UE respecto del Sahel es que el mismo se ha centrado en la securitización de la región, entendida como lucha contra la radicalización y la migración irregular<sup>94</sup>, en lugar de enfocarse en las causas políticas y sociales de la inestabilidad y en soluciones a largo plazo.

Los resultados de esta política han sido una inversión millonaria en Sahel<sup>95</sup> con resultados inapreciables, ya que la situación en el Sahel es para algunos igual de caótica e insegura que en 2012<sup>96</sup>, y para otros incluso peor<sup>97</sup>, como señalaba el Parlamento Europeo en 2021 “*the security-focused approach did not achieve the expected results, as regional terrorist groups continue to operate and proliferate in the region, even threatening further expansion towards the Gulf of Guinea*”<sup>98</sup>.

El Parlamento Europeo en su informe de 2012 señalaba el Sahel como una amenaza endémica para la UE<sup>99</sup>, lo que ponía de manifiesto la necesidad de superar las políticas bilaterales que venían caracterizando las relaciones de la UE

<sup>93</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *op. cit.* Apartado 18.

<sup>94</sup> Véase MARIN EGOSCOZABAL, Ainhoa., “Políticas de la Unión Europea (UE) en el Sahel: una mirada económica para un enfoque más allá de la seguridad”, en ROCA, Alberto, y PUIG, Oriol, *El Sahel de las gentes. Más allá del síndrome de la seguridad*, Monografías CIDOB 74, CIDOB, Barcelona, 2019; BØÅS, M., “EU migration management in the Sahel: unintended consequences on the ground in Niger?” *The Third World Quarterly*, vol. 42, 2021, núm 1; RAINERI, Luca y BALDARO, Edoardo, “Resilience to What? EU Capacity-Building Missions in the Sahel”, en CUSUMANO, Eugenio y HOFMAIER, Stefan, (eds.), *Projecting Resilience Across the Mediterranean*, Palgrave Macmillan, Cham, 2019; GURNEY, Joe, “Security and Stability in the Sahel: The EU’s 2021 Integrated Strategy”, *IDRN*, 2021 27 Mayo; SCHMAUDER, Anna, “Strategic Missteps: Learning from a failed EU Sahel Strategy”, *Clingendael*, 9 Noviembre 2020; STEVENS, Friso y KOOL, Dorith, “The EU as a Soft Power Superpower: Why a Green Marshall Plan for the Sahel Is Imperative”, *Egmont Paper* 117, Junio 2022.

<sup>95</sup> Véase ROMERA PINTOR, Antonio Javier, “La acción de la Unión Europea en el Magreb y el Sahel”, *Cuadernos de Estrategia*, núm. 184, 2017, p. 194 y ss.

<sup>96</sup> BØÅS, *op. cit.* p. 61.

<sup>97</sup> GURNEY, *op. cit.* p. 2.

<sup>98</sup> PICHON, Eric, y BETANT-RASMUSSEN, Mathilde, “New EU strategic priorities for the Sahel Addressing regional challenges through better governance”, *European Parliamentary Research Service*, Julio 2021, p. 6.

<sup>99</sup> SIMON, Luis, MATTELAER, Alexander y HADFIELD, Amelia, “A Coherent EU Strategy for the Sahel”, Directorate-General for External Policies, European Parliament, 2012, p. 20.

con los países del Sahel<sup>100</sup> y enfocarse en una política de carácter regional. Este nuevo enfoque regional ya tuvo su principal manifestación en la Estrategia de la UE en el Sahel 2011-2020, adoptada por el Consejo en marzo de 2011<sup>101</sup>, en la que se unía desarrollo y seguridad, entendiendo que se ofrecía de este modo un enfoque integral a las amenazas en el Sahel<sup>102</sup>. Así, se consideraba necesario reforzar la capacidad de los países para luchar contra la radicalización y la migración irregular, considerando estos elementos como generadores de fragilidad de los Estados, si bien los mismos eran elementos inherentes y consecuencia de la fragilidad que ya presentaban dichos Estados<sup>103</sup>.

En todo caso, esta Estrategia puso en práctica una pléyade de instrumentos por parte de la UE, que iban desde la tradicional cooperación al desarrollo al envío de misiones militares, junto con la creación de fondos específicos, y que constituyen una muestra de la acción exterior de la Unión.

En primer lugar, la Estrategia de la UE para el Sahel se implementó a través del Plan de Acción Regional para el Sahel 2015-2020 adoptado por el Consejo en abril de 2015<sup>104</sup>, señalando que se utilizarían todos los instrumentos de los que disponía la UE, pero especialmente los programas indicativos regionales y nacionales del Fondo Europeo para el Desarrollo, así como las misiones militares y civiles y el Instrumento para contribuir a la Paz y la Estabilidad.

Respecto del primero de ellos, el Fondo Europeo para el Desarrollo, es necesario señalar que es un instrumento no financiado a través de los presupuestos de la UE, tratándose por tanto de una financiación a través de aportaciones específicas de los Estados miembros, siendo la Comisión la encargada de administrarlo<sup>105</sup>.

Como elemento para completar esta actuación de la UE en el Sahel, y de manera más general en África, se creó en 2015 el Fondo Fiduciario de Emergencia de la UE para África, cuyo Acuerdo Constitutivo establecía en su art. 2 la región del Sahel como una de las zonas en la que se llevarían a cabo las actuaciones de dicho Fondo<sup>106</sup>. Este Fondo recibiría financiación

---

<sup>100</sup> DÍEZ ALCALDE, Jesús, "Cooperación Unión Europea-África Occidental: Garantizar la seguridad compartida", *IEEE*, núm. 43, 2013, p. 8.

<sup>101</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, "Council Conclusions on a European Union Strategy for Security and Development in the Sahel", 21 Marzo 2011.

<sup>102</sup> PLANK, Friederich, y BERGMANN, Julian, "The European Union as a Security Actor in the Sahel", *ERIS*, vol. 8, núm. 3, 2021, pp. 391 y ss.

<sup>103</sup> RAINERI, y BALDARO, *op. cit.*, p. 171.

<sup>104</sup> CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, "Council conclusions on the Sahel Regional Action Plan 2015-2020". Bruselas, 20 April 2015 (OR. en) 7823/15.

<sup>105</sup> Véase el Reglamento (UE) 2015/322 del Consejo, de 2 de marzo de 2015, sobre la aplicación del 11º Fondo Europeo de Desarrollo, DOUE L 58 de 3 de marzo de 2015. Véase VAN VOOREN, Bart, y WESSEL, Ramses A., *EU External Relations Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 337-339.

<sup>106</sup> *Agreement establishing the European Union Emergency Trust Fund for Stability and Addressing the Root Causes of Irregular Migration and Displaced Persons in Africa*, 12 noviembre 2015

no solo de la UE y sus Estados miembros, sino también de Estados no partes como Noruega o Suiza. Por lo tanto, mediante este Fondo se creaba un nuevo instrumento para financiar actividades<sup>107</sup> que contribuyeran a la paz y estabilidad en la región, sin bien el mismo seguía enfocado en seguridad y especialmente en cuestiones migratorias, de hecho, la creación del Fondo fue adoptada en la Cumbre de La Valeta sobre migración de 2015<sup>108</sup>. En este caso, se crea también una estructura administrativa para la gestión de dicho Fondo, como la Junta del Fondo Fiduciario (Trust Fund Board) y el Comité Operativo (Operational Committee), con representantes tanto de la Comisión en nombre de la UE, como de los Estados contribuyentes<sup>109</sup>. Este Fondo fue sustituido por el Fondo Europeo de Apoyo a la Paz<sup>110</sup>, no centrado ya exclusivamente en África y enfocado en financiar las misiones PCSD y la asistencia a terceros Estados y organizaciones internacionales en materia de capacidades militares y operaciones de apoyo a la paz.

En línea con el enfoque en seguridad, la Unión Europea adoptó también en 2014 el Instrumento para contribuir a la Paz y la Estabilidad<sup>111</sup>. Este Instrumento se enmarcaba en el marco financiero plurianual de la UE 2014-2020,<sup>112</sup> y estaba centrado en respuestas de carácter inmediato a situaciones de crisis en determinados países, así como en actuaciones a largo plazo relativas a prevención de conflictos, consolidación de la paz y preparación frente a situaciones de crisis, junto con medidas para responder a amenazas mundiales y transregionales. Este instrumento suponía también un elemento de conexión en la acción exterior de la UE entre la Comisión y el Servicio Europeo de Acción Exterior, ya que ambos estarían a cargo de su implementación<sup>113</sup>, lo cual permitiría contribuir a una acción exterior más coherente por parte de la UE. Por otra parte, es necesario señalar que el cambio climático

<sup>107</sup> Hasta 2021 se habían financiado 600 intervenciones en 26 países, con 4.8 billones de euros aprobados para programación. ZARDO, Federica, "Planning the Future of the EU Trust Fund for Africa", *EUROMESCO, Spot On*, núm. 22, 2021.

<sup>108</sup> Valetta Summit, 11-12 noviembre 2015. Political Declaration. Disponible en: <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2015/11/11-12/#>

Precisamente en este año el número de personas procedentes de países del Sahel que fueron detectados cruzando de manera irregular las fronteras europeas fue de 110.297, uno de los más altos desde que se tiene registro. Frontex, *op. cit.*

<sup>109</sup> Artículos 5 y 6 *Agreement establishing the European Union Emergency Trust Fund for Stability and Addressing the Root Causes of Irregular Migration and Displaced Persons in Africa*.

<sup>110</sup> Decisión (PESC) 2021/509 del Consejo de 22 de marzo de 2021 por la que se crea un Fondo Europeo de Apoyo a la Paz y se deroga la Decisión (PESC) 2015/528, DOUE L 102 de 24 de marzo de 2021.

<sup>111</sup> Reglamento (UE) n.º 230/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de marzo de 2014, por el que se establece un instrumento en pro de la estabilidad y la paz, DOUE L 77 de 13 de marzo de 2014.

<sup>112</sup> Reglamento (UE, Euratom) n.º 1311/2013 del Consejo, de 2 de diciembre de 2013, por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2014-2020, DOUE L 347 de 20 de diciembre de 2013.

<sup>113</sup> BERGMANN, Julian, "A bridge over troubled water? The Instrument contributing to Stability and Peace (IcSP) and the security-development nexus in EU external policy", *Discussion Paper, Deutsches Institut für Entwicklungspolitik*, núm 6, 2018, p. 10.

se consideró como un aspecto transversal en la programación<sup>114</sup> así como un elemento a analizar debido a su “impacto potencialmente destabilizador sobre la paz y la seguridad”<sup>115</sup>. A través de este instrumento se financiaron diversas actuaciones en todos los países del Sahel, si bien a fecha de 2017 estos países no se encontraban entre los principales beneficiarios<sup>116</sup>. En todo caso, si se analizan los informes de 2019, el Sahel adquiere una nueva relevancia, llevándose a cabo acciones relativas a mejorar las capacidades de las fuerzas de seguridad y defensa en Burkina Faso y Níger, el apoyo al componente policial de la Fuerza Conjunta del G5 Sahel, o el apoyo a la lucha contra el terrorismo en la región, especialmente en Burkina Faso<sup>117</sup>.

Estos no constituyen los únicos instrumentos con los que la UE decidió hacer frente a la amenaza que constituía la inestabilidad en el Sahel. En 2017, a iniciativa de Francia, Alemania y la Unión Europea, se lanzaba la Alianza para el Sahel, un proyecto de cooperación política para hacer frente a las amenazas ya señaladas. Este proyecto tenía un campo de actuación más limitado que los anteriores, ya que se enfocaba únicamente en cinco países del Sahel (Mauritania, Mali, Burkina Faso, Níger y Chad), socios también de dicha Alianza, y contaba con una participación más reducida de Estados miembros (Francia, Alemania, España, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Dinamarca y en su momento Reino Unido, que sigue perteneciendo a la Alianza), si bien incorporaba otros actores como el Banco Mundial, el Banco Africano para el Desarrollo, el Banco Europeo de Inversiones, y Estados como Noruega, Estados Unidos y Canadá<sup>118</sup>. Esta Alianza no constituye una nueva organización o fondo, sino que se entiende como una plataforma de cooperación entre los distintos actores participantes con el fin de gestionar la ayuda a determinados sectores. Por otra parte, es necesario señalar que, en relación con la UE, la financiación aportada a la Alianza provenía el Fondo Fiduciario para África ya mencionado.

Este instrumento parecía avanzar en cuanto al enfoque de los ámbitos de actuación necesarios para abordar la cuestión de la inestabilidad en el Sahel. En este sentido, además de la seguridad, se establecían como áreas prioritarias el empleo y educación joven, el desarrollo rural, la agricultura, la seguridad alimentaria, el clima y energía, la gobernanza y el desarrollo de servicios básicos<sup>119</sup>. En la elección de estas áreas prioritarias se advierte la participación de actores diferentes de la UE y sus Estados miembros, no centrándose por tanto en los ámbitos de especial e inmediato interés para la

---

<sup>114</sup> Artículo 2.4 f), Reglamento (UE) n.º 230/2014

<sup>115</sup> Artículo 5.2 d) Ibid.

<sup>116</sup> BERGMANN, *op. cit.*, p. 14.

<sup>117</sup> COMISIÓN EUROPEA, “Instrument contributing to Peace and Stability”, *Programme Statement, Heading 4: Global Europe*, DB2021, 2021.

<sup>118</sup> Véase Sahel Alliance <https://www.alliance-sahel.org/en/>

<sup>119</sup> Véase The European Union’s Partnership with the G5 Sahel countries. Disponible en: [http://eeas.europa.eu/sites/default/files/factsheet\\_eu\\_g5\\_sahel\\_july-2019.pdf](http://eeas.europa.eu/sites/default/files/factsheet_eu_g5_sahel_july-2019.pdf)

UE, y que venían siendo la reducción de presión migratoria y acabar con la amenaza del terrorismo<sup>120</sup>.

Finalmente, mencionaremos otro de los elementos esenciales de actuación de la UE en el Sahel, esto es, las misiones de la UE desplegadas en la zona y financiadas a través del Fondo Europeo para la Paz. Se trata de tres misiones civiles: EUCAP Sahel Mali<sup>121</sup>, EUCAP Sahel Niger<sup>122</sup> y EU RACC Sahel<sup>123</sup>; y una misión militar: EUTM Mali. Previamente, y con anterioridad a la adopción del Plan de acción Regional para el SAHEL, estuvo desplegada la misión militar EUFOR TChad/RCA<sup>124</sup>.

Centrándonos en las misiones desplegadas actualmente, las mismas vienen a cumplir con los objetivos del Plan de Acción para el Sahel, enfocándose indudablemente en la seguridad, de modo que la misión civil en Mali, que ha sido ampliada hasta 2023, tiene como objetivo reforzar las fuerzas de seguridad interior del Estado con el fin de que el mismo pueda implementar la reforma de la seguridad<sup>125</sup>.

El mismo objetivo tiene la EUCAP Sahel Niger, si bien la misma incluye también en su mandato el apoyo a la gestión y control de fronteras<sup>126</sup>, incluyendo por tanto el segundo elemento de interés esencial para la UE en el Sahel: el control de los flujos migratorios. Para ello, se modificó el mandato de la misión y la misma colaboró en el establecimiento de puestos de control fronterizo en las principales rutas migratorias y en la formación del personal encargado de gestionar dichos puestos, además de analizar las rutas migratorias y adoptar acciones en función de los cambios que puedan producirse en las mismas<sup>127</sup>. Si bien esta misión podía presentar resultados prometedores en cuanto al desarrollo de las fuerzas de seguridad interior, Luca Raineri y Edoardo Baldaro señalan que no se ha atajado la corrupción o el nepotismo que caracterizan el sector de la seguridad, y que contribuyen también a

---

<sup>120</sup> BØÅS, *op. cit.* p. 60.

<sup>121</sup> Decisión 2014/219/PESC del Consejo de 15 de abril de 2014, relativa a la misión PCSD de la Unión Europea en Mali (EUCAP Sahel Mali), DOUE L 113 de 16 de abril de 2014.

<sup>122</sup> Decisión 2012/392/PESC del Consejo, de 16 de julio de 2012, sobre la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger), DOUE L 187 de 17 de julio de 2012.

<sup>123</sup> Decisión (PESC) 2019/762 del Consejo, de 13 de mayo de 2019, por la que se modifica la Decisión 2014/219/PESC relativa a la Misión PCSD de la Unión Europea en Mali (EUCAP Sahel Mali), DOUE L 125 de 14 de mayo de 2019.

<sup>124</sup> Acción Común 2007/677/PESC del Consejo, de 15 de octubre de 2007, sobre la Operación Militar de la Unión Europea en la República de Chad y la República Centroafricana, DOUE L 279 de 23 de octubre de 2007.

<sup>125</sup> Decisión (PESC) 2021/14 del Consejo de 7 de enero de 2021 por la que se modifica la Decisión 2014/219/PESC relativa a la Misión PCSD de la Unión Europea en Mali (EUCAP Sahel Mali), DOUE L 5 de 8 de enero de 2021.

<sup>126</sup> Art. 3 c) y d) Decisión 2012/392/PESC.

<sup>127</sup> Decisión (PESC) 2016/1172 del Consejo, de 18 de julio de 2016, por la que se modifica la Decisión 2012/392/PESC sobre la Misión PCSD de la Unión Europea en Níger (EUCAP Sahel Níger), DOU L 193 de 19 de julio de 2016. Fue este año en el que el número de personas detectadas por Frontex cruzando de manera irregular la frontera y procedentes del Sahel alcanzó su pico máximo. Véase nota 20.

aquello frente a lo que pretende luchar la UE: la radicalización, la migración irregular, el tráfico de armas y el crimen organizado<sup>128</sup>.

En 2019 se modificaba la Decisión por la que se creaba la EUCAP Sahel Mali<sup>129</sup> para incluir la creación de la Célula de Asesoramiento y Coordinación Regional, centrada ésta en los países del G5 Sahel y con la finalidad de coordinar las misiones de la PCSD de la Unión en la región, apoyar a las estructuras y los países del G5 “para reforzar la cooperación regional y sus capacidades operativas en el ámbito de la defensa y la seguridad”, e informar a la Unión sobre las necesidades de la región en materia de seguridad y defensa<sup>130</sup>. Esta misión no ha estado exenta de controversias, y su efectividad parece encontrarse en duda, ya que, a su difuso mandato se une una competencia y desconfianza entre las diferentes misiones y actores de la UE en el terreno<sup>131</sup>.

Finalmente, en marzo de 2020 la UE prorrogaba la misión militar EUTM Mali, y además ampliaba su mandato centrado en el entrenamiento de las fuerzas militares malienses y apoyo a la Fuerza Conjunta del G5 Sahel para sean más operativas, incluyendo el “acompañamiento no ejecutivo hasta el nivel táctico”, lo que permitiría acompañar a las fuerzas en las operaciones y dar asistencia táctica en situaciones de combate<sup>132</sup>. A este proceso en dirección hacia una “*hard security*”<sup>133</sup>, se une la creación del Fondo Europeo para la Paz, mencionado anteriormente, y que prevé la compra de material militar para los socios con los que colabora la UE<sup>134</sup>, si bien actualmente se encuentra centrado en Ucrania<sup>135</sup>.

## 5. CONCLUSIONES: LA NUEVA ESTRATEGIA PARA EL SAHEL ¿FINALMENTE EN CAMINO HACIA UNA ACCIÓN EFECTIVA?

Como se ha señalado en este trabajo, la situación en el Sahel lejos de mejorar parece haber empeorado, y a esto se une un abandono de la presencia de

<sup>128</sup> RAINERI, y BALDARO, *op. cit.*, pp. 174-175. Véase también, LAVALLE, Chantal y VÖLKEL, Jan Claudius, “Military in Mali: The EU’s Action against Instability in the Sahel Region”, *Eur Foreign Aff Rev*, vol. 20, 2015, núm. 2 p. 162.

<sup>129</sup> Decisión (PESC) 2019/762 del Consejo.

<sup>130</sup> *Ibid.*, art. 14 bis 3.

<sup>131</sup> LÓPEZ LUCÍA, Elisa, “The European Union integrated and regionalised approach towards the Sahel. Stabilizing Mali Project Report”, *Centre FrancoPaix en résolution des conflits et missions de paix*, 2019, p. 45. Disponible en :

[https://dandurand.uqam.ca/wp-content/uploads/2019/02/2019\\_02\\_Report-Lopez-Lucia.pdf](https://dandurand.uqam.ca/wp-content/uploads/2019/02/2019_02_Report-Lopez-Lucia.pdf).

<sup>132</sup> PLANK y BERGMANN, *op. cit.*, p. 395.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 394

<sup>134</sup> Art. 1.2 b) y art. 59.5, Decisión (PESC) 2021/509 del Consejo.

<sup>135</sup> Véase Decisión (PESC) 2022/338 del Consejo, de 28 de febrero de 2022, relativa a una medida de asistencia en el marco del Fondo Europeo de Apoyo a la Paz para el suministro a las fuerzas armadas ucranianas de equipos y plataformas militares diseñados para producir efectos letales, DOUE L 60 de 28 de febrero de 2022; Decisión (PESC) 2022/339 del Consejo, de 28 de febrero de 2022, sobre una medida de asistencia con cargo al Fondo Europeo de Apoyo a la Paz para apoyar a las Fuerzas Armadas ucranianas. DOUE L 61 de 28 de febrero de 2022.

la UE en la región y la entrada de otros actores y Estados que vienen a ocupar los vacíos dejados por la UE, además de utilizar métodos descartados por la Unión para sostener a los gobiernos de la región. En este sentido, durante el reciente golpe de Estado en Burkina Faso se pudieron ver banderas rusas ondeadas por la población<sup>136</sup>, siendo además la presencia del grupo paramilitar Wagner cada vez mayor en la región<sup>137</sup>, a pesar de haber sido acusado y sancionado por la UE por la comisión de violaciones de derechos humanos, incluidas ejecuciones sumarias y torturas, o actividades de desestabilización<sup>138</sup>.

A pesar de la gran inversión económica y personal realizada por la UE, la misma no parece acercarse a los resultados esperados, siendo para muchos autores, tal y como se ha señalado, un problema de identificación de los factores que generan la inestabilidad.

En 2021 la UE aprobaba la Estrategia Integrada de la UE para el Sahel<sup>139</sup>, en la que se abandonaba el enfoque casi exclusivo en seguridad y se abría a explorar otros factores determinantes en la situación de inestabilidad del Sahel, identificándose por ejemplo tendencias a largo plazo que han venido a exacerbar las tensiones, como el cambio climático, la escasez de recursos naturales o la presión demográfica, y señalando factores a abordar más allá de la seguridad y los flujos migratorios. Del mismo modo, señalaba que dichos factores han creado nuevos retos para la región, y que se corresponden con los ya señalados por los expertos como el acceso al agua, al saneamiento o a la tierra.

En todo caso, definitivamente la UE afronta esta cuestión en la estrategia como un compromiso a largo plazo, lo que debería eliminar las opciones de respuesta cortoplacistas y que han estado enfocadas en responder a los problemas inminentes de la Unión. A pesar de ello, la UE no olvida “que la inestabilidad también contribuye a la migración irregular”, siendo ésta una de sus amenazas esenciales, pero pareciendo llevar en este caso un enfoque centrado en el origen de la misma y no en las actuaciones dedicadas a impedirlo.

<sup>136</sup> Euractiv “Is Moscow involved? Supporters of Burkina Faso coup wave Russian flags”, 3 octubre 2022. Disponible en:

<https://www.euractiv.com/section/global-europe/news/is-moscow-involved-supporters-of-burkina-faso-coup-wave-russian-flags/>

Veáse HEYWOOD, Emma *et al.*, “Burkina Faso coup raises questions about growing Russian involvement in west Africa”, *The Conversation*, 11 octubre 2022. Disponible en:

<https://theconversation.com/burkina-faso-coup-raises-questions-about-growing-russian-involvement-in-west-africa-191909>

<sup>137</sup> Veáse COEN, Téa, “The Wagner Group in Mali: Another Failed EU Strategy in Sahel?”, *FINABEL, European Army Interoperability Centre*, 19 octubre 2021. Disponible en:

<https://finabel.org/the-wagner-group-in-mali-another-failed-eu-strategy-in-sahel/>

<sup>138</sup> Reglamento de Ejecución (UE) 2021/2195 del Consejo de 13 de diciembre de 2021 por el que se aplica el Reglamento (UE) 2020/1998 relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humano, DOUE L 4451 de 13 de diciembre de 2021.

<sup>139</sup> Consejo de la Unión Europea, “Estrategia integrada de la Unión Europea en el Sahel, Conclusiones del Consejo (16 de abril de 2021)”, Bruselas, 16 de abril de 2021 (OR. fr) 7723/21.

Como elemento destacado, se encuentra el énfasis en la dimensión política, de modo que se aprecia una mayor consideración por cuestiones no relacionadas con la seguridad<sup>140</sup> y sí relativas a la gobernanza, el Estado de Derecho y la lucha contra la corrupción, pudiéndose encontrar en este caso la Unión con la dificultad de competir con actores que no plantean exigencias de tal calado a los gobiernos locales y, por tanto, no siendo sus propuestas tan “atractivas”.

Pese a todo, en la Estrategia se echa de menos un mayor enfoque en los riesgos que suponen el cambio climático en la región, y que como ha quedado puesto de manifiesto en este trabajo son de gran magnitud. Las acciones que se lleven a cabo deben tener presente este elemento, incluyendo la necesidad de crear sociedades resilientes y atendiendo las demandas de crear Estados capaces de responder a los efectos que el cambio climático tendrá sobre los modos de vida de la población.

En todo caso, dada la situación actual de inestabilidad provocada por la agresión rusa a Ucrania, no parece que nos encontremos en el momento más adecuado para evaluar los primeros resultados de la Estrategia, dado que los esfuerzos de la Unión parecen centrados ahora mismo en combatir dicha agresión. Sin dejar de señalar lo esencial de la necesidad de respuesta a la agresión, esta situación conlleva el riesgo de que cuando dejemos de mirar al este para volver la mirada al sur, la situación se encuentre ya en manos de otros actores con intereses contrarios y completamente opuestos a los de la Unión, siendo muy difícil adoptar el rol de actor de estabilización en la región que algún día pudo tener.

---

<sup>140</sup> GURNEY, *op. cit.* p. 4.

# EL CONFLICTO DE UCRANIA: LA RELACIÓN EUROATLÁNTICA Y LOS INTERESES ESTRATÉGICOS DE EUROPA

## *THE CONFLICT IN UKRAINE: THE EURO-ATLANTIC RELATIONSHIP AND THE STRATEGIC INTERESTS OF EUROPE*

Rafael GARCÍA PÉREZ\*

### RESUMEN

#### EL CONFLICTO DE UCRANIA: LA RELACIÓN EUROATLÁNTICA Y LOS INTERESES ESTRATÉGICOS DE EUROPA

Este artículo plantea una reflexión sobre las consecuencias que se pueden derivar de la actual guerra de Ucrania, del riesgo que entraña fragmentar el futuro sistema internacional en bloques enfrentados y la necesidad de que la UE defina una estrategia autónoma en defensa de sus propios intereses. En primer lugar, se analiza la divergencia de los intereses estratégicos entre las dos orillas del Atlántico, para ver, a continuación, las consecuencias que entraña la indefinición de los objetivos perseguidos en la actual guerra por los aliados occidentales y las tensiones latentes que afloran entre ellos. A continuación, es discutida la interpretación ideológica que se trata de ofrecer sobre la naturaleza del conflicto. Finalmente, se plantea la necesidad de que la Unión no incurra en la subordinación a una estrategia que conduce a la fragmentación del sistema internacional en bloques enfrentados.

**Palabras clave:** Guerra de Ucrania, estrategia, Unión Europea, Estados Unidos, OTAN, autonomía estratégica, relación transatlántica

### ABSTRACT

#### THE CONFLICT IN UKRAINE: THE EURO-ATLANTIC RELATIONSHIP AND THE STRATEGIC INTERESTS OF EUROPE

This article reflects on the consequences that can be derived from the current war in Ukraine, the risk involved in fragmenting the future international system into opposing blocs, and the need for the EU to define its own strategy in defence of its own interests. In the first place, the divergence of strategic interests between the two shores of the Atlantic is analysed to see, then, the consequences of the lack of definition of the objectives pursued in the current war by the western allies and the internal tensions that emerge between them. Next, the ideological interpretation that is offered about the nature of the conflict is discussed. Finally, the argument for the European Union not to incur in a strategic subordination that would lead to the fragmentation of the international system into blocs is proposed.

---

\* Profesor titular de Relaciones Internacionales, Universidad Pablo de Olavide ([rgarcia@upo.es](mailto:rgarcia@upo.es)). Una primera versión de este trabajo fue expuesta y discutida en un seminario celebrado en el Instituto Portugués de Relações Internacionais (IPRI) en noviembre de 2022. Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 18 de diciembre de 2022.

**Keywords:** Ukrainian war; strategy, European Union, United States of America, NATO, strategic autonomy, transatlantic relationship

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. DIVERGENCIA EN LOS INTERESES ESTRATÉGICOS. 3.—INDEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS DE GUERRA.—4. TENSIONES INTERNAS EN EL SENO DE LA ALIANZA, Y EN LA UE.—4.1. La cohesión interna de las sociedades occidentales.—4.2. La tensión entre EE.UU. y los Estados europeos por los costes de la guerra.—4.3. Divergencias en el seno de la UE.—4.3.1. *Este vs. Oeste*.—4.3.2. *Diferencias entre Francia y Alemania*. 4.4. La interpretación ideológica del conflicto y sus consecuencias.—5. ¿CÓMO NO INCURRIR EN LA DEPENDENCIA ESTRATÉGICA?—6. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde que se inició la guerra de agresión de Rusia contra Ucrania, el 24 de febrero de 2022, hemos asistido a un renacer de la Organización del Atlántico Norte (OTAN) y, de su mano, de la Unión Europea (UE). La invasión rusa de Ucrania ha supuesto la revitalización de la Alianza Atlántica como organización de defensa colectiva y como instrumento político que reafirma la solidez del vínculo trasatlántico. La Cumbre de la OTAN celebrada en Madrid a finales de junio de 2022, fue un importante éxito diplomático, y la adopción del nuevo Concepto Estratégico un paso necesario y decisivo para preparar a la Alianza ante los desafíos de la próxima década<sup>1</sup>.

Pero estos éxitos no pueden hacernos despreciar las debilidades y riesgos que enfrentamos ante una guerra cuyos objetivos finales no han sido definidos por los aliados, las tensiones subyacentes a las que se enfrenta el vínculo trasatlántico, y la repercusión que el esfuerzo de guerra puede tener sobre las sociedades europeas y norteamericana y los cambios políticos que estas tensiones pueden provocar.

Los desafíos que genera la guerra de Ucrania a la seguridad europea son máximos: una guerra convencional a gran escala sobre territorio europeo a la que se suma una doble crisis, energética y alimentaria. Crisis que se proyecta, con especial crudeza, además de Europa, sobre el entorno inmediato de nuestro continente. Supone, también, una violación flagrante de la Carta de Naciones Unidas y una quiebra del orden internacional vigente que, posiblemente, será irreversible<sup>2</sup>.

La reacción colectiva ante la guerra ha permitido revitalizar a la OTAN. De la “muerte cerebral” diagnosticada por el presidente de Francia, Emmanuel Ma-

---

<sup>1</sup> NATO: Madrid Summit Declaration. Issued by NATO Heads of State and Government participating in the meeting of the North Atlantic Council in Madrid 29 June 2022; [https://www.nato.int/cps/en/natohq/official\\_texts\\_196951.htm](https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_196951.htm).

<sup>2</sup> KRATSEV, Ivan, “Ukraine Shifting the World Order”, Institut Montaigne, 13 septiembre 2022; <https://www.institutmontaigne.org/en/analysis/rationale-behind-institut-montaignes-new-series-ukraine-shifting-world-order>.

cron<sup>3</sup>, o del desprecio mostrado por Donald Trump al denostarla como una organización “obsoleta”<sup>4</sup>, se ha pasado a un momento de verdadera euforia atlantista.

Si el entusiasmo ante el resurgir de la OTAN es prácticamente unánime, no es menor el que se manifiesta con respecto al futuro de la UE. En palabras del Alto Representante, Josep Borrell, la Unión ha dado dos respuestas<sup>5</sup> rápidas y operativas que, sin duda, han sorprendido a Rusia, acaso también a los propios europeos. En un tiempo récord, la Unión se ha “liberado” de la dependencia en el suministro del gas ruso (aunque haya sido a costa de sustituirla por la dependencia con respecto a otros suministradores). La segunda reacción sorprendente ha sido la entrega directa de ayuda, militar y económica, a Ucrania, a través de aportaciones nacionales y de un vehículo financiero específico (el Fondo Europeo para la Paz), al margen del presupuesto comunitario.

La guerra de Ucrania ha pasado a verse con enorme optimismo, alentado por las noticias favorables al gobierno de Kiev procedentes de los frentes de batalla. La percepción occidental es que el conflicto se saldrá con la derrota de Rusia, y marcará un antes y un después en el proyecto de construcción europea. Asistiremos, en consecuencia, al surgimiento de una UE reforzada, con vocación y proyección geopolítica, con más Estados miembros, ligados por unos lazos reforzados que se sustentarán en lo que ya ha sido denominado como *patriotismo europeo*<sup>6</sup>.

¿Existe razón para tanto optimismo? ¿Acaso son tan buenas las perspectivas que se ofrecen a los europeos con esta guerra? Puede imaginar el lector que mi respuesta a ambas preguntas es negativa. Las declaraciones patrióticas y los discursos optimistas son propios de los inicios de todas las guerras. Pero la experiencia nos demuestra que nunca se ha acertado a imaginar cómo puede evolucionar un conflicto abierto, y hasta dónde pueden alcanzar sus consecuencias.

En este artículo se defiende la correcta y necesaria reacción dada por los Estados europeos y la UE ante la guerra de Ucrania: apoyo al gobierno ucraniano y refuerzo de la unidad de la OTAN frente a la amenaza común. Era lo que había que hacer. Pero también se trata de lo único que Europa podía hacer. Y este es el primer elemento que quiero destacar: la falta de autonomía de la UE para definir una línea estratégica propia ante la guerra.

---

<sup>3</sup> “Emmanuel Macron warns Europe: NATO is becoming brain-dead. America is turning its back on the European project”, *The Economist*, 7 noviembre 2019; <https://www.economist.com/europe/2019/11/07/emmanuel-macron-warns-europe-nato-is-becoming-brain-dead>.

<sup>4</sup> “Trump Derides NATO as ‘Obsolete’”, *The New York Times*, 10 julio 2018; <https://www.nytimes.com/2018/07/10/world/europe/trump-nato-summit-latvia-baltics.html>.

<sup>5</sup> Son los dos mayores logros de la UE, destacados por el Alto Representante: “La doctrina Borrell’, una conversación con el Alto Representante”, *Le Grand Continent*, Bruselas, 31 octubre 2022; <https://legrandcontinent.eu/es/2022/10/31/una-conversacion-con-josep-borrell/>.

<sup>6</sup> GONZÁLEZ-BARBA, Juan, “El impacto de la guerra de Ucrania sobre la UE”, *Política Exterior*, 9 mayo 2022; <https://www.politicaexterior.com/el-impacto-de-la-guerra-de-ucrania-sobre-la-ue/>. El autor es diplomático español.

Sin duda alguna, lo hecho hasta ahora por los Estados europeos es fruto de la propia voluntad de sus gobiernos. Pero tampoco parece posible, en el contexto actual, la posibilidad de impulsar una política diferente. Y ¿por qué razón habría de impulsar Europa una política distinta con respecto a Ucrania? El motivo se debe a que los intereses estratégicos de los europeos y de EE.UU. difieren en el medio y largo plazo.

Visto desde esta perspectiva, la posición estratégica que ocupa actualmente la UE sería la de un actor internacional dependiente, sin capacidad para plantear políticas alternativas en defensa de sus propios intereses.

Para explicar esta situación podemos utilizar, a modo de ejemplo, una comparación con el juego chino llamado WEI-QI<sup>7</sup> (defensa y energía). Se trata de un juego *territorial* donde cada uno de los dos jugadores trata de lograr la parte del tablero de juego más amplia posible. El objetivo de cada jugador es imposibilitar el movimiento de las fichas del contrario. Cuando uno de los rivales no puede mover más fichas pierde la partida. Se trata de un juego extraordinariamente complejo y constituye el fundamento del pensamiento estratégico oriental.

La situación que vive la UE ante el conflicto de Ucrania sería la de falta de alternativas a la hora de definir una posición propia, no subordinada a los intereses estadounidenses. Esta situación convierte a la Unión en receptor neto de influjos geopolíticos externos<sup>8</sup>. Una situación de dependencia que impide a los europeos defender sus propios intereses estratégicos.

Para argumentar esta tesis se organiza la exposición en cuatro apartados. En primer lugar, se analiza la divergencia de los intereses estratégicos entre las dos orillas del Atlántico, para ver, a continuación, las consecuencias que entraña la indefinición de los objetivos perseguidos en la actual guerra por parte de los aliados occidentales y las tensiones internas que afloran entre ellos. A continuación, es discutida la interpretación ideológica que se trata de ofrecer sobre la naturaleza del conflicto. Finalmente, se plantea la necesidad de que los países europeos no incurran en la subordinación estratégica que conduciría a la fragmentación del sistema internacional en bloques enfrentados.

Plantear el análisis de la relación euroatlántica implica analizar las percepciones, las decisiones políticas, y las omisiones, de los actores implicados que, en el caso europeo desarrollan distintos roles de forma simultánea, en la mayoría de los casos: como miembros de la OTAN, de la UE y como Estados soberanos. Implica, también, establecer comparaciones entre actores no comparables: un Estado, como EE.UU., frente a una *entidad geopolítica*, en palabras del Ministerio español de Asuntos Exteriores, de carácter supranacional, integrada pero no soberana, como es la UE. Implica también asumir la

---

<sup>7</sup> KISSINGER, Henry, *China*, Barcelona, Debate, 2012, p. 41.

<sup>8</sup> FOJÓN LAGO, Enrique, *La evolución del orden mundial y la configuración del poder en Europa, 2001-2013*, Madrid, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, 2016, p. 241.

generalización de englobar a un colectivo heterogéneo de países, algunos de los cuales mantienen una posición internacional singular, como pueden ser los casos de Reino Unido o Turquía. Dado que los países que conforman la coalición bélica occidental que apoya a Ucrania no han explicitado divergencias, y no se dispone de documentos públicos que manifiesten la existencia de una crisis, el análisis se realiza a partir de discursos, encuestas de opinión y evaluación de los intereses nacionales, analizando las percepciones de los principales actores. De esta forma, en el estudio, los términos OTAN y UE aluden a las políticas oficiales de ambos organismos, reservando el término europeo para referirse a los intereses o percepciones de los Estados que integran la Unión.

El objetivo que persigue el artículo es plantear una reflexión sobre las consecuencias que se pueden derivar de la actual guerra de Ucrania, del riesgo que entraña fragmentar el futuro sistema internacional en bloques enfrentados y la necesidad de que la UE defina una estrategia autónoma en defensa de sus propios intereses.

## 2. DIVERGENCIA EN LOS INTERESES ESTRATÉGICOS

La divergencia entre los intereses estratégicos perseguidos desde ambas orillas del Atlántico es una realidad incómoda con la que convive la relación transatlántica desde, al menos, el término de la Guerra Fría<sup>9</sup>. Analizar esta cuestión exigiría una atención, y profundidad, que no le podemos dedicar en este artículo. Pero aun analizándolo de forma somera, las diferencias resultan apreciables a primera vista: para EE.UU., su principal objetivo estratégico es contener el ascenso de China y reforzar su hegemonía dentro del sistema internacional; para la UE, se trataría de construir un orden internacional multilateral basado en reglas y disponer de un entorno regional estable y seguro.

*Hegemonismo vs. multilateralismo*, tal vez podría ser el resumen que refleja la divergencia estratégica esencial que separa a los socios europeos de EE.UU.

Las pruebas empíricas que reflejan esta diferencia son múltiples. Un buen ejemplo para apreciarlas lo podemos encontrar comparando las intervenciones ante la Asamblea General de Naciones Unidas del presidente Biden<sup>10</sup> y del presidente del Consejo Europeo, Charles Michel<sup>11</sup>, en el mes de septiembre de 2022. Resultan manifiestas las divergencias entre uno y otro.

---

<sup>9</sup> MAHBUBANI, Kishore, *Has the West Lost it? A Provocation*, Londres, Penguin, 2018, cap. 10.

<sup>10</sup> Discurso del presidente Biden ante la 77ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 21 septiembre 2022; <https://www.whitehouse.gov/es/prensa/declaraciones-comunicados/2022/09/21/discurso-del-presidente-biden-ante-la-77-a-sesion-de-la-asamblea-general-de-las-naciones-unidas/>.

<sup>11</sup> Discurso del presidente Charles Michel en el 77º periodo de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 23 septiembre 2022; <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2022/09/23/speech-by-president-charles-michel-at-the-77th-un-general-assembly/>.

Biden enuncia una estrategia de *desacoplamiento* de la economía globalizada<sup>12</sup> creando nuevas cadenas de suministros “seguras”. Anuncia iniciativas, como el Marco Económico Indo-Pacífico o la Asociación para la Infraestructura e Inversión Mundiales, que tratan de contrarrestar la proyección internacional de China en esos ámbitos. Reclama un “liderazgo razonable” para “defender y fortalecer la democracia (...) en todo el mundo”. Y aunque afirma no buscar una nueva Guerra Fría, proclama la existencia de una contienda entre democracia y autocracia en la cual Estados Unidos “no ha de avergonzarse al promover la visión de un mundo libre, abierto, seguro y próspero”.

El camino marcado por Biden implica el abandono del multilateralismo, que pasa a ser sustituido por una cooperación entre socios democráticos, con los que establecer una comunidad democrática regida por un orden internacional basado en reglas. Michel, por su parte, fija ese mismo objetivo, pero sobre la base de un “multilateralismo eficaz”.

EE.UU. propone desglobalización, fragmentar el sistema internacional y ejercer su liderazgo en el bloque democrático. La UE habla de regulación institucional, de reformar el multilateralismo. Puede que ambos posicionamientos converjan en cuestiones concretas, y en una pretendida defensa de valores compartidos, pero divergen en el largo plazo.

Llama también la atención la posición manifestada por la mayor parte de los Estados que intervinieron ante la Asamblea General<sup>13</sup>: la defensa del no alineamiento ante la política de bloques que se anuncia o, mejor dicho, el no alineamiento empleado como “baza negociadora” en el contexto de competencia hegemónica que se está desarrollando<sup>14</sup>. La ministra de Asuntos Exteriores de Indonesia lo manifestó de una forma expresa defendiendo “a new paradigm of collaboration and engagement; instead of containment and competition”<sup>15</sup>.

Las divergencias entre los intereses de cada parte en el seno de la Alianza Atlántica resultan más evidentes, si cabe, en el terreno comercial, financiero

---

<sup>12</sup> Según el informe CE Spotlight 2022: “Fracturing of global economic and financial ties will lead to shifts in supply chains, and reduced technology and investment flows between US-and China-centred blocs over the coming decade”, CAPITAL ECONOMICS, *CE Spotlight 2022: The macroeconomic effects of fracturing*, 2022; <https://www.capitaleconomics.com/publications/ce-spotlight/macro-economic-effects-fracturing>.

<sup>13</sup> A modo de ejemplo pueden consultarse las intervenciones del Presidente de Nigeria, o de los ministros de Asuntos Exteriores de Arabia Saudita, India y República Sudafricana, entre otros; <https://gadebate.un.org/en/77/>.

<sup>14</sup> SAHAY, Tim, “Non-alignment: The BRICS’ New Bargaining Chip”, *Green* (Groupe d’Études Géopolitiques), vol. 2, 2022, núm. 1, pp. 39-42; <https://www.cairn-int.info/journal-green-2022-1-page-39.htm>. Y también: DEPETRIS, Daniel, MENON, Rajan, “The U.S. Can’t Force the Rest of the World to Support Ukraine”, *Político*, 25 mayo 2022; <https://www.politico.com/news/magazine/2022/05/25/ukraine-sidelines-regional-not-global-conflict-00034793>.

<sup>15</sup> Intervención de la Sra. Retno Marsudi, Ministra de Relaciones Exteriores de Indonesia, 26 septiembre 2022; <https://gadebate.un.org/en/77/indonesia>.

y tecnológico. La cumbre de 2021 entre EE.UU. y la UE<sup>16</sup>, dedicó el grueso de su agenda a tratar de resolver múltiples cuestiones acumuladas en los siete años transcurridos desde la anterior reunión. Cuestiones como las subvenciones a la construcción de aeronaves civiles y la guerra arancelaria sobre el comercio de acero y aluminio pudieron ser encauzadas a través de la creación de marcos de negociación específicos. En otros temas, como los acuerdos fiscales en el seno de la OCDE, EE.UU. acercó su postura a la posición mayoritaria, aunque sigue sin determinarse el procedimiento que permita pagar impuestos a las compañías multinacionales en los lugares donde operan. En otros asuntos, como las vacunas contra la COVID-19, o la lucha contra el cambio climático, no se logró acercar posiciones. Y en lo que respecta a las subvenciones a la producción, la soberanía tecnológica, el comercio electrónico y los flujos de datos, las espadas siguen en alto<sup>17</sup>.

La llegada de la Administración Biden, y las circunstancias impuestas por la actual guerra, no han conseguido atemperar estas tensiones<sup>18</sup>. Las raíces que las provocan siguen presentes y reflejan la percepción que EE.UU. tiene sobre sus socios europeos y asiáticos: aliados en el campo estratégico pero competidores en el terreno económico.

Esta compleja situación en la que se encuentra Europa con respecto a su aliado quedó expuesta durante la visita de Estado realizada por el presidente Macron a EE.UU. a comienzos de diciembre de 2022<sup>19</sup>. En una ocasión destinada a reforzar la alianza en la guerra de Ucrania, el eje de las intervenciones del presidente francés se focalizó sobre la Ley de Reducción de la Inflación que prepara Biden, cuya aplicación implicará la adopción de nuevas medidas proteccionistas y fuertes subvenciones a la industria propia, decisiones “*qui vont fragmenter l'Occident*”. La nueva Ley penalizará las importaciones europeas:

*“Ce risque, c'est que face aux défis que j'évoque, les États-Unis d'Amérique regardent d'abord les États-Unis d'Amérique, ce qui est normal — nous faisons*

---

<sup>16</sup> CONSEJO EUROPEO: Cumbre UE-EE.UU., Bruselas, 15 junio 2021; <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/international-summit/2021/06/15/#:-:text=del%2015%20de%20junio%20de,balance%20de%20los%20progresos%20realizados>.

<sup>17</sup> Una evaluación sobre estos expedientes puede consultarse en el informe elaborado por la Cámara de Comercio de los EE.UU.: U.S. CHAMBER OF COMMERCE, *Transatlantic Relations: Convergence in Principle, Divergence in Fact*, 27 mayo 2021; <https://www.uschamber.com/international/transatlantic-relations-convergence-principle-divergence-fact>.

<sup>18</sup> “No era cosa de Trump: el proteccionismo de Biden tensa la relación entre la UE y EEUU”, *El Confidencial*, 3 diciembre 2022; [https://www.elconfidencial.com/economia/2022-12-03/trump-biden-proteccionismo-eeuu-europa\\_3532563/](https://www.elconfidencial.com/economia/2022-12-03/trump-biden-proteccionismo-eeuu-europa_3532563/). “Von der Leyen advierte a Biden de ‘una respuesta adecuada’ por los subsidios americanos a coches y baterías eléctricas”, *El País*, 4 diciembre 2022; <https://elpais.com/economia/2022-12-04/von-der-leyen-advierte-a-biden-de-una-respuesta-adecuada-por-los-subsidios-americanos-a-coches-y-baterias-electricas.html>.

<sup>19</sup> ELYSEE: *Visite d'Etat du Président Emmanuel Macron aux États-Unis d'Amérique, du 29 novembre au 2 décembre 2022*; <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2022/11/30/visite-detat-du-president-emmanuel-macron-aux-etats-unis-damerique>

*pareil — regardent ensuite leur rivalité avec la Chine. Ainsi, en quelque sorte, l'Europe, et donc la France, deviennent une sorte de variable d'ajustement*"<sup>20</sup>.

Las diferencias entre europeos y estadounidenses se ponen en evidencia a la hora de identificar sus respectivas prioridades estratégicas.

No cabe duda respecto a la prioridad que otorga Washington a la contención de China y al escenario regional Indo-Pacífico. La nueva Estrategia de Seguridad Nacional de EEUU, aprobada en octubre de 2022<sup>21</sup>, diferencia claramente entre China, a la que cataloga como un desafío "global"<sup>22</sup>, y Rusia, que representa una amenaza "*immediate and persistent*"<sup>23</sup>, pero localizada, en el tiempo (a corto plazo) y en el espacio (limitada a Europa).

Desde la perspectiva estadounidense, el continente europeo no va a ser el escenario principal del conflicto hegemónico entre grandes potencias que se está dirimiendo. Lo será Asia Oriental y el espacio Indo-Pacífico<sup>24</sup>. Rusia quedará relegada, como amenaza, a un segundo plano, más aún tras su agresión a Ucrania que va a limitar sus iniciativas internacionales por un largo periodo de tiempo.

Europa ha pasado a convertirse en un escenario secundario para los Estados Unidos<sup>25</sup> y, en consecuencia, su compromiso con los europeos puede decrecer en el futuro. No se debería olvidar cómo EE.UU. dejó a sus aliados asiáticos en una situación comprometida con su retirada unilateral del Acuerdo Comercial Transpacífico<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> "A Washington, Emmanuel Macron lance l'offensive au nom de l'Europe", *Le Monde*, 1 diciembre 2022; [https://www.lemonde.fr/international/article/2022/12/01/face-a-joe-biden-emmanuel-macron-lance-l-offensive-au-nom-de-l-europe\\_6152458\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2022/12/01/face-a-joe-biden-emmanuel-macron-lance-l-offensive-au-nom-de-l-europe_6152458_3210.html). Ver también, la muy ilustrativa entrevista al ministro de Economía, evaluando la visita: *Interview de M. Bruno Le Maire, ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté Industrielle et Numérique, à France Inter le 5 décembre 2022, sur les relations commerciales avec les Etats-Unis*; <https://www.vie-publique.fr/discours/287452-bruno-le-maire-05122022-politique-economique>.

<sup>21</sup> THE WHITE HOUSE: *National Security Strategy*, Washington 12 octubre 2022; <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Biden-Harris-Administrations-National-Security-Strategy-10.2022.pdf>.

<sup>22</sup> "The PRC is the only competitor with both the intent to reshape the international order and, increasingly, the economic, diplomatic, military, and technological power to do it", *Ibidem* p. 23.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 25.

<sup>24</sup> "Even as President Putin's war continues, we will remain focused on the most serious long-term challenge to the international order – and that's posed by the People's Republic of China", BLINKEN, A.J., *The Administration's Approach to the People's Republic of China*, The George Washington University Speech, Washington, 26 mayo 2022; <https://www.state.gov/the-administrations-approach-to-the-peoples-republic-of-china/>.

<sup>25</sup> SIMÓN, Luis, DESMAELE, Linde, y BECKER, Jordan, "Europe as a Secondary Theater? Competition with China and the Future of America's European Strategy", *Strategic Studies Quarterly*, vol. 15, 2021, núm. 1, pp. 90-115; [https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/SSQ/documents/Volume-15\\_Issue-1/Simon.pdf](https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/SSQ/documents/Volume-15_Issue-1/Simon.pdf)

<sup>26</sup> LEE, Hiro, ITAKURA, Ken, "U.S. Withdrawal from the Trans-Pacific Partnership and the Effects of Alternative Trade Integration Scenarios in the Asia-Pacific", *The Japan Society for the Promotion of Science*, March 2017; [https://faculty.washington.edu/karyiu/confer/sea17/papers/Lee\\_Hiro.pdf](https://faculty.washington.edu/karyiu/confer/sea17/papers/Lee_Hiro.pdf).

Ante estas circunstancias, la UE debería evitar dejarse arrastrar por la inercia de unas relaciones transatlánticas muy condicionadas por la actual guerra y afrontar la amenaza real que supone convertirse en una *variable d'ajustement* de la política estadounidense hacia China. La posición europea ante el conflicto de Ucrania debería ser fijada con tanta firmeza como prudencia y, dada la posibilidad de que se produzcan cambios en la posición estadounidense hacia la UE, avanzar en el desarrollo de una defensa colectiva propia, sin debilitar por ello la alianza militar en el seno de la OTAN<sup>27</sup>. Esta línea de comportamiento debería verse reflejada en la identificación de los objetivos que persiguen los aliados en esta guerra.

### 3. INDEFINICIÓN DE LOS OBJETIVOS DE GUERRA

La indefinición de los objetivos bélicos perseguidos por la coalición occidental en la guerra de Ucrania resulta reveladora. Tras ella se enmascara la fortaleza de la unidad interna de la OTAN y refleja la ambigüedad estratégica en la que nos movemos.

¿Cuáles son los objetivos que persigue la Alianza al apoyar a Ucrania en su guerra contra Rusia? No es una cuestión menor, como se puede apreciar con sólo enunciar las distintas posibilidades que se han ido poniendo sobre la mesa<sup>28</sup>.

En las primeras semanas de guerra, los aliados occidentales señalaron como sus principales objetivos la defensa de la Carta de las Naciones Unidas y de la democracia en Ucrania. En la primavera, algunos responsables políticos, como el Secretario de Defensa Lloyd Austin, identificaron como objetivo estratégico el debilitar a Rusia de forma permanente, sin llegar a aclarar si el objetivo final sería provocar un cambio de régimen<sup>29</sup>.

El objetivo formalmente declarado es el restablecimiento del Derecho Internacional. Se trata, desde luego, de un fin legítimo y necesario. Pero, ¿qué supone en la práctica su aplicación? Pueden contemplarse, al menos, tres escenarios:

- Una vuelta al *statu quo ante*, pero ¿a qué punto anterior? ¿antes de la agresión de febrero de 2021 o a marzo de 2014?, ¿con Crimea o sin

<sup>27</sup> BISCOP, Sven, *The New Force Model: NATO's European Army?*, EGMONT Institute, Bruselas, septiembre 2022; [https://www.egmontinstitute.be/app/uploads/2022/09/Sven-Biscop\\_PolicyBrief285\\_vFinal.pdf?type=pdf](https://www.egmontinstitute.be/app/uploads/2022/09/Sven-Biscop_PolicyBrief285_vFinal.pdf?type=pdf); SIMÓN, Luis, *Autonomía estratégica y defensa europea después de Ucrania*, Madrid, R.I. Elcano, 2022; [https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/autonomia-estrategica-y-defensa-europea-despues-de-ucrania/#\\_ftn7](https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/autonomia-estrategica-y-defensa-europea-despues-de-ucrania/#_ftn7).

<sup>28</sup> DERVIS, Kemal, *What are the West's strategic goals in the Ukraine war?*, Brookings Institution, 29 agosto 2022; <https://www.brookings.edu/opinions/what-are-the-wests-strategic-goals-in-the-ukraine-war/>.

<sup>29</sup> "U.S. wants Russian military 'weakened' from Ukraine invasion, Austin says", *The Washington Post*, 25 abril 2022; <https://www.washingtonpost.com/world/2022/04/25/russia-weakened-loyd-austin-ukraine-visit/>.

Crimea? ¿Negando cualquier tipo de concesión territorial a Rusia?

- Retirada de Rusia de todos los territorios ocupados, ¿sin hacer ninguna concesión a Rusia? ¿Con Ucrania dentro de la OTAN y la UE o asumiendo un estatuto de neutralidad?
- Llevar a cabo una guerra larga, de desgaste, con el objetivo de debilitar a largo plazo a Rusia, siguiendo el modelo de la guerra contra Sadam Husein. De forma que, tras lograr la derrota militar rusa, se imponga un régimen de sanciones (para financiar la reconstrucción de Ucrania) y de aislamiento internacional que persiga promover un cambio de régimen.

No resulta difícil prever que la consecución de cada uno de estos objetivos plantea un conflicto de naturaleza muy diferente, que exigiría un nivel de esfuerzo por parte de los aliados que, con toda probabilidad, pondrá a prueba la unidad de la OTAN. Pero también comprometerá el apoyo social interno a una guerra cuyos costes se harán sentir de forma creciente sobre las condiciones de vida de la población.

Las encuestas publicadas a finales de 2022 reflejan una cierta *fatiga* entre el electorado estadounidense<sup>30</sup>. Aunque una mayoría de los encuestados continúan apoyando la ayuda económica a Ucrania (66%), la entrega de armamento (65%) y las sanciones contra Rusia (75%), se muestran crecientemente divididos sobre la forma de gestionar el conflicto: un 27% manifiesta que EE.UU. debería intervenir directamente para poner fin a la guerra lo antes posible, frente a un 29% que piensa que se debería retirar el apoyo a Ucrania de forma progresiva. La mayor polarización se produce con respecto a la duración de la guerra. El 48% se manifiesta a favor de sostener a Ucrania “mientras sea necesario” (el 58% en la anterior encuesta de julio de 2022) frente a un 47% que defiende que Washington debería instar a Ucrania a alcanzar una paz negociada lo antes posible (38% en julio)<sup>31</sup>.

El presidente ucraniano, Volodimir Zelenski, respondió de forma inmediata a estas encuestas<sup>32</sup> reiterando su negativa a firmar un acuerdo de paz con Rusia bajo el argumento de que Moscú lo acabaría incumpliendo, tal y como ocurrió con el Memorándum de Budapest de 1994<sup>33</sup>. Zelenski esta-

<sup>30</sup> SMELTZ, Dina, KAFURA, Craig, y SULLIVAN, Emily, *Growing US Divide on How Long to Support Ukraine*, The Chicago Council on Global Affairs, 5 diciembre 2022; [https://globalaffairs.org/research/public-opinion-survey/growing-us-divide-how-long-support-ukraine?utm\\_source=media&utm\\_campaign=rpt&utm\\_medium=email&utm\\_term=fall-Ukraine-data](https://globalaffairs.org/research/public-opinion-survey/growing-us-divide-how-long-support-ukraine?utm_source=media&utm_campaign=rpt&utm_medium=email&utm_term=fall-Ukraine-data).

<sup>31</sup> “Support slipping for indefinite U.S. aid to Ukraine, poll finds”, *The Washington Post*, 5 diciembre 2022; <https://www.washingtonpost.com/world/2022/12/05/american-support-ukraine-poll/>.

<sup>32</sup> “Zelenski reafirma su negativa a firmar un acuerdo de paz con Rusia asegurando que acabará violándolo”, *Europa Press*, 6 diciembre 2022; <https://www.europapress.es/internacional/noticia-zelenski-reafirma-negativa-firmar-acuerdo-paz-rusia-asegurando-acabara-violandolo-20221206003454.html>.

<sup>33</sup> El Memorándum de Budapest sobre garantías de seguridad fue un acuerdo suscrito por Ucrania, Rusia, Reino Unido y Estados Unidos en diciembre de 1994 por el cual, tras la adhesión de Ucrania

blecía unas condiciones para la negociación que sólo podrán ser cumplidas logrando una victoria total sobre Rusia<sup>34</sup>, en línea con lo manifestado por el presidente del Parlamento ucraniano meses antes<sup>35</sup>, en respuesta a las declaraciones efectuadas por el presidente Macron<sup>36</sup> sobre la necesidad de “no humillar a Rusia” para dejar abierta una salida diplomática al conflicto.

Las condiciones políticas y el curso de la guerra al inicio del invierno conducen a prolongar el conflicto de forma indefinida. Una guerra de desgaste de resultados inciertos<sup>37</sup>. Una guerra larga que pondrá a prueba la cohesión interna de la Alianza, de la propia UE y de la ciudadanía con respecto a sus gobiernos. Probablemente, la política de “*not without Ukraine*”, enunciada por Antony Blinken<sup>38</sup>, acabará siendo replanteada.

#### 4. TENSIONES INTERNAS EN EL SENO DE LA ALIANZA, Y EN LA UE

A la vista de lo expuesto, resulta pertinente plantear la capacidad de la Alianza atlántica para conservar su cohesión interna ante las vicisitudes derivadas de un conflicto largo. Se trata de una cuestión recurrente presente en todas las coaliciones bélicas de todos los conflictos. Y, tal y como ha ocurrido históricamente, las tensiones entre los aliados resultan apreciables desde el inicio mismo de la guerra.

Los riesgos que enfrenta la cohesión interna de la coalición bélica occidental son múltiples, pero pueden ser agrupados en tres escenarios: a) la fractura interna en el seno de las sociedades occidentales, b) las divergencias entre EE.UU. y la UE, y c) las divergencias entre Estados en el seno de la Unión.

---

al Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares (TNP) y la consecuente eliminación de su arsenal nuclear, los otros tres signatarios del acuerdo se comprometieron a respetar su soberanía e integridad territorial. *Memorandum on security assurances in connection with Ukraine's accession to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, Budapest, 5 diciembre 1994; <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%203007/Part/volume-3007-I-52241.pdf>.

<sup>34</sup> “(...) sólo la liberación de toda nuestra tierra y sólo llevar a los asesinos ante la justicia puede traer la paz”, “Zelenski reafirma su negativa ...”, *op. cit.*, nota 33.

<sup>35</sup> “Ukraine’s territorial integrity will never be up for negotiation, warns parliament chairman”, *Euronews – My Europe*, 8 junio 2022; <https://www.euronews.com/my-europe/2022/06/08/ukraine-s-territorial-integrity-will-never-be-up-for-negotiation-warns-parliament-chairman>. Las palabras empleadas por Verkhovna Rada, presidente del Parlamento ucraniano fueron: “Never, never the topic for negotiation will be the issue of Ukrainian sovereignty, independence and territorial integrity”.

<sup>36</sup> “Russia must not be humiliated in Ukraine, says Emmanuel Macron”, *The Guardian*, 4 junio 2022; <https://www.theguardian.com/world/2022/jun/04/russia-must-not-be-humiliated-ukraine-emmanuel-macron>.

<sup>37</sup> BLATTMAN, Christopher, “The Hard Truth About Long Wars. Why the Conflict in Ukraine Won’t End Anytime Soon”, *Foreign Affairs*, 29 noviembre 2022; <https://www.foreignaffairs.com/ukraine/hard-truth-about-long-wars>.

<sup>38</sup> BLINKEN, Anthony, [@SecBlinken], *Nothing about Ukraine without Ukraine* [Tuit], 27 enero 2022; <https://twitter.com/secblinken/status/1486728333937152003?lang=es>.

#### 4.1. La cohesión interna de las sociedades occidentales

La primera incógnita que plantea el mantenimiento de la cohesión interna de la coalición bélica tiene que ver con el apoyo de la ciudadanía a la causa de Ucrania, los efectos que puede tener sobre las condiciones de vida de la población un conflicto prolongado y las repercusiones políticas que pueden materializarse en futuras convocatorias electorales.

El apoyo de la población a una guerra, máxime si se trata de una *guerra indirecta*, como es la actual para la mayor parte de las sociedades europeas, siempre es volátil y se encuentra sujeta a múltiples variables. Por suerte, disponemos de información demoscópica que permite analizar la situación en Europa transcurrido un tiempo desde el inicio de la guerra.

En junio de 2022, el European Council on Foreign Relations (ECFR) publicó los resultados de una encuesta<sup>39</sup> realizada en diez países europeos<sup>40</sup> sobre la percepción ciudadana de la guerra. Se trataba de conocer la “resiliencia de la ciudadanía” en unos momentos en que empezaban a plantearse preguntas sobre la forma en que terminaría el conflicto y el impacto que tendría sobre los países europeos y la propia UE.

Los resultados de la encuesta muestran el cambio de opinión operado desde el inicio de la guerra. La cohesión entre las democracias europeas va a depender, en última instancia, de la capacidad de los gobiernos para mantener el respaldo ciudadano a la política de apoyo a Ucrania, a pesar de las repercusiones en las condiciones de vida de la gente. Según el ECFR, este hecho obligará a buscar un equilibrio entre las opiniones divergentes que se manifiestan en el seno de cada Estado, y entre los propios Estados miembros.

En general, los europeos no se muestran divididos sobre las causas de la guerra (tres cuartas partes atribuyen a Rusia toda la responsabilidad, salvo en Italia donde se responsabiliza también a EE.UU. y a Ucrania). La mayor parte se muestran dispuestos a solidarizarse con Ucrania, ofreciendo asistencia económica, enviando armas y aceptando refugiados. También respaldan las sanciones adoptadas contra Rusia. Donde la opinión pública europea discrepa es sobre cómo deberá ser el fin de la guerra. Un dilema que los autores de la encuesta plantean en los términos “paz *versus* justicia”.

Aunque todos los gobiernos europeos coinciden en atribuir a los ucranianos la última palabra sobre las condiciones en que pueda establecerse la paz, la encuesta refleja claras diferencias a la hora de determinar si Europa debe tratar de poner fin a la guerra lo antes posible, incluso si eso implica hacer

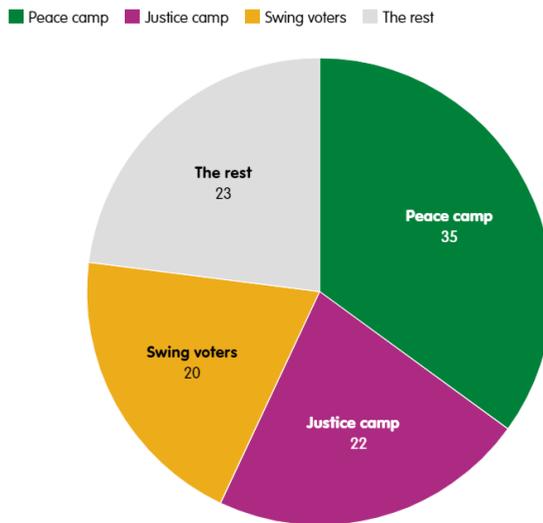
---

<sup>39</sup> KRÁSTEV, Ivan, LEONARD, Mark, *Peace versus Justice: The coming European split over the war in Ukraine*, European Council on Foreign Relations, 2022; <https://ecfr.eu/publication/peace-versus-justice-the-coming-european-split-over-the-war-in-ukraine/>.

<sup>40</sup> Las encuestas fueron realizadas en Alemania, España, Finlandia, Francia, Italia, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía y Suecia.

concesiones territoriales a Rusia (los *defensores de la paz*); o si, por el contrario, el objetivo es castigar a Rusia por su agresión y restablecer la integridad territorial de Ucrania, aunque sea a costa de asumir un conflicto prolongado (los *defensores de la justicia*). Estos resultados sitúan a los europeos en dos grupos opuestos (graf. 1): por un lado, aquellos que prefieren alcanzar un rápido acuerdo de paz, aunque sea a costa de hacer concesiones, frente a aquellos que piensan que sólo una completa derrota militar de Rusia puede asegurar la paz.

**GRÁFICO 1: Defensores del “campo de la paz” y del “campo de la justicia” (respuestas globales para todos los países, en %)**

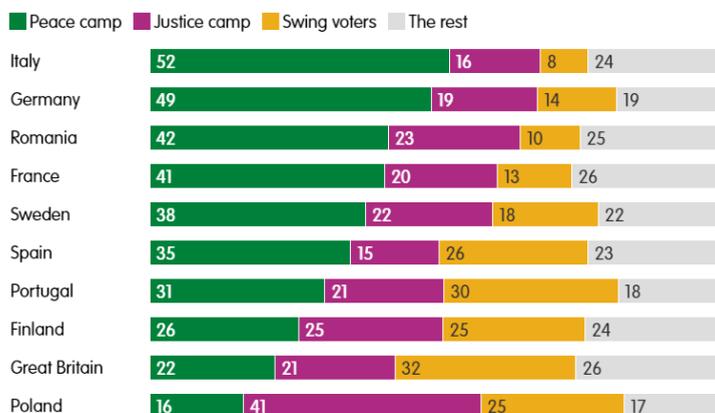


Fuente: KRÁSTEV y LEONARD, p. 6.

La encuesta refleja tres tipos de respuestas ante esta disyuntiva: el 35% se encontraría en el *campo de la paz*, frente al 22% que se inclina por el *campo de la justicia*. Entre ambos, un 20% de votantes indecisos, que muestran su rechazo a Rusia y se manifiestan preocupados por la prolongación de la guerra. La evolución de este grupo conforme se prolongue el conflicto será crucial para determinar la posición que acaben adoptando los gobiernos europeos.

Ambos campos son transversales en términos ideológicos, pero agrupándolos por países se manifiestan diferencias significativas (graf. 2). En Polonia, el *campo de la justicia* representa un 41%, frente a Italia y Alemania, donde predominan los partidarios de *la paz* (52 y 49%, respectivamente).

## GRÁFICO 2: Defensores del “campo de la paz” y del “campo de la justicia” (por países, en %)



Fuente: KRASDEV y LEONARD, p. 7.

Las opiniones de los europeos sobre las causas de la guerra varían considerablemente: más del 80% atribuyen la responsabilidad a Rusia (en Polonia, Suecia, Finlandia, Portugal y Reino Unido), en contraste con Alemania (66%), Francia (62%) e Italia (56%), país donde el 28% atribuye la culpa de la guerra a EE.UU. (9% en el resto).

Los dos temas que más preocupan a los europeos son el coste de la vida, de forma particular la incidencia de la guerra sobre los precios de la energía (Portugal, Italia y Francia registran los mayores porcentajes) y la amenaza del uso de armas nucleares por parte de Rusia (Finlandia, Polonia, Rumania y Suecia). A la vista de estos resultados podría pensarse que se están conformando dos bloques en el seno de la UE en función de su proximidad geográfica con respecto a Rusia, pero esta apreciación no es del todo correcta. Las diferencias entre Polonia y Rumanía (ambos países fronterizos con Ucrania, que acogen a un gran número de refugiados e históricamente son hostiles a Rusia) resultan significativas: el 83% de los polacos hace responsable a Rusia de la guerra (58% en Rumanía), y el 74% de los polacos consideran a Rusia el mayor obstáculo a la paz (42% de rumanos).

La conclusión a la que se llega en la encuesta es que los partidarios del *campo de la paz* son actualmente mayoritarios, y probablemente aumentarán si crece la sensación de que las sanciones económicas contra Rusia no dan los resultados esperados. La dependencia de Ucrania con respecto de la ayuda occidental para mantener el esfuerzo de guerra parece absoluta por lo que resulta probable que sea en este frente, el respaldo internacional a su causa,

más aún que en el campo de batalla, donde se pueda dirimir el resultado final de esta guerra<sup>41</sup>.

Por otra parte, el respaldo que ofrece la sociedad estadounidense a la causa ucraniana parece más homogéneo. Según un estudio de Gallup<sup>42</sup>, el 66% de los encuestados apoya a Ucrania en la recuperación de todo su territorio, incluso si eso supone una guerra larga con Rusia. Y este apoyo es transversal, en términos ideológicos: el 56% de los republicanos, el 70% de independientes y el 90% de los demócratas apoyan que EE.UU. ayude a Ucrania todo el tiempo que sea necesario.

Tampoco parece que la prolongación del conflicto haga especial mella en el estado de opinión general. Según el Pew Center<sup>43</sup>, el 55% de los estadounidenses (mayo de 2022) se mostraban muy preocupados por la posibilidad de que Ucrania fuera derrotada. Cuatro meses después, solo el 38% manifestaba esa inquietud. Evolución semejante puede apreciarse con respecto a aquellos que piensan que EE.UU. no está haciendo todo lo posible por ayudar a Ucrania: del 35% que manifestaba esa opinión en mayo se pasó al 18%, en septiembre.

Aunque los autores de la encuesta no ofrecen una explicación sobre esta reducción, es posible que la menor preocupación que muestran las encuestas se deba no tanto a una *fatiga* por la guerra como a las victorias encadenadas por Ucrania en los frentes de batalla. Así parece indicarlo la encuesta realizada por la Universidad de Maryland (octubre de 2022)<sup>44</sup>: un 48% de los encuestados pensaba que Rusia estaba perdiendo la guerra. Y un 60 % se mostraba dispuesto a pagar más cara la energía con tal de ayudar a Ucrania. En general, los estudios publicados reflejan un elevado nivel de consenso en la sociedad estadounidense a favor de ayudar a Ucrania “*whatever it takes, as long as it takes*”.

Estas tendencias de fondo explican el escaso efecto que tuvo la guerra en las elecciones intermedias celebradas en noviembre de 2022, donde no se llegó a producir la victoria republicana que se auguraba. Aunque el ala trumpista de los republicanos intentó jugar esa baza en la campaña, no obtuvo los resultados esperados<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> RACHTMAN, Gideon, “The west must hold its nerve on Ukraine”, *Financial Times*, 30 mayo 2022; <https://www.ft.com/content/5d415345-e9cf-4138-80d3-debdf9396d72>.

<sup>42</sup> YOUNIS, Mohamed, *Americans Back Ukrainian Goal of Reclaiming Territory*, Gallup, 15 septiembre 2022; <https://news.gallup.com/poll/401168/americans-back-ukrainian-goal-reclaiming-territory.aspx>.

<sup>43</sup> DANILLER, Andrew, CERDA, Andy, *As war in Ukraine continues, Americans' concerns about it have lessened*, Pew Research Center, 22 septiembre 2022; <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/09/22/as-war-in-ukraine-continues-americans-concerns-about-it-have-lessened/>.

<sup>44</sup> “Public support for Ukraine remains high in the U.S., survey shows”, *The Washington Post*, 20 octubre 2022; <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/10/20/us-support-ukraine-war-midterms/>

<sup>45</sup> El líder de la minoría republicana en el Congreso, Kevin McCarthy abogó por no entregar un cheque en blanco a Ucrania: “I think people are going to be sitting in a recession and they're not going to write a blank cheque to Ukraine”. “House Republicans divided over aid to Ukraine ahead of

Por la misma razón, las tendencias que refleja la encuesta del ECFP, permiten comprender por qué las sociedades europeas son más proclives a manifestar en términos políticos su descontento frente a la guerra, y los costes económicos que implica.

A comienzos de septiembre de 2022 se celebró en Praga una gran manifestación (alrededor de 70.000 asistentes) para protestar por el aumento del precio de la energía y exigir el fin de las sanciones contra Rusia<sup>46</sup>. Desde entonces, se han sucedido las protestas celebradas con periodicidad semanal, de menor tamaño, pero significativas por su persistencia, en diversos países de Europa Central, en especial Alemania<sup>47</sup>. Los manifestantes proceden de un espectro ideológico diverso, pero les une la decepción con sus respectivos gobiernos para hacer frente a la crisis energética y sus consecuencias socioeconómicas.

Parece evidente que la prolongación de la guerra, con un final incierto en el horizonte cercano, alimenta las dudas en el seno de la coalición occidental sobre la eficacia de las sanciones a Rusia, el alcance de la ayuda entregada a Ucrania y la necesidad de definir una estrategia militar propia por parte de la UE. En opinión de Jim Townsends, antiguo subsecretario adjunto de Defensa durante la Administración Obama, las fricciones surgirán en el momento en que la UE intente cambiar alguna de las políticas seguidas hasta el momento, por ejemplo, “en lo que respecta a las sanciones contra Rusia o conversaciones de paz”<sup>48</sup>.

Ni todos los aliados pueden percibir las amenazas de la misma manera, ni pueden estar dispuestos a realizar los mismos sacrificios. Existe el riesgo de que esta evidencia se pueda traducir en una divergencia creciente conforme el esfuerzo bélico se haga más exigente. De hecho, esas tensiones ya han empezado a manifestarse<sup>49</sup>.

---

midterms”, *The Guardian*, 18 octubre 2022; <https://www.theguardian.com/us-news/2022/oct/18/republicans-ukraine-midterm-elections>.

<sup>46</sup> La manifestación fue convocada por el partido de extrema derecha Libertad y Democracia Directa (SPD) y el Partido Comunista aprovechando la debilidad política del gobierno de coalición (formado por cinco partidos) y un creciente deterioro de las condiciones de vida, con una tasa de inflación del 18%. En la manifestación se corearon consignas a favor de la neutralidad y en contra de la acogida a más refugiados ucranianos que, en esas fechas, superaban los 400.000. “Thousands gather at ‘Czech Republic First’ rally over energy crisis”, *The Guardian*, 4 septiembre 2022; <https://www.theguardian.com/world/2022/sep/04/czech-republic-prague-protest-sanctions-energy-crisis-gas-russia>.

<sup>47</sup> “Ordinary Germans are paying’: anti-war protests stretch across central Europe”, *Financial Times*, 21 noviembre 2022; <https://www.ft.com/content/fedc259f-bf96-4a22-b032-bc181d4dd51d>.

<sup>48</sup> “No queremos ser títeres de la OTAN’: ¿se está acabando el romance atlantista de la UE?”, *El Confidencial*, 27 noviembre 2022; [https://www.elconfidencial.com/mundo/2022-11-27/queremos-titeres-otan-romance-atlantista-ue\\_3529027/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2022-11-27/queremos-titeres-otan-romance-atlantista-ue_3529027/).

<sup>49</sup> SHAPIRO, Jeremy, *The coming transatlantic rift over Ukraine*, ECFR, 2022; <https://ecfr.eu/article/the-coming-transatlantic-rift-over-ukraine/>.

## 4.2. La tensión entre EE.UU. y los Estados europeos por los costes de la guerra

En la estructura de la seguridad occidental se ha establecido un desigual reparto de funciones entre los miembros de la Alianza según el cual los EE.UU. aportan la mayor parte de los gastos de la defensa colectiva<sup>50</sup>. Cuando se ha producido una intervención en conflictos armados, Washington ha aportado el músculo mientras que los aliados europeos han realizado acciones de apoyo, salvo el Reino Unido, y, en términos generales, su contribución financiera ha sido más significativa<sup>51</sup>. Estos desequilibrios han alimentado un discurso estadounidense victimista que reprocha a los europeos la falta de compromiso con su propia seguridad, tachándolos de “gorrones” (*free riders*)<sup>52</sup>.

Lograr un “reparto de la carga” (*burden-sharing*) equitativo constituye un elemento crítico para la cohesión y funcionalidad de la OTAN y las circunstancias bélicas actuales tensan aún más las percepciones contrapuestas entre ambas orillas del Atlántico que durante la presidencia de Donald Trump alcanzaron niveles de ruptura, al menos en el terreno de las declaraciones públicas<sup>53</sup>.

El actual conflicto en Ucrania está confirmando los términos en que se ha producido el debate público desde que la OTAN estableciera el compromiso de inversión en defensa, en 2014 exigiendo a todos los Estados miembros dedicar un mínimo del 2% del PIB a sus presupuestos militares. Pero esta perspectiva, focalizada de forma casi exclusiva sobre los gastos de defensa, no toma en consideración otros elementos presentes en los costes asumidos por cada aliado de forma que se genera una imagen distorsionada sobre la desigualdad en la distribución de la carga compartida en el seno de la Alianza<sup>54</sup>.

En la evaluación de los costes de la actual guerra se suele realizar una contabilidad cuando menos sesgada. La evaluación realizada por el Kiel Institute for the World Economy<sup>55</sup> refleja el desigual esfuerzo asumido por cada miembro en el apoyo prestado a Ucrania. En líneas generales, el estudio llega a la

---

<sup>50</sup> KOIVULA, Tommi, OSSA, Helja, “Historical Dynamics of Burden-Sharing”, en KOIVULA, Tommi, OSSA, Helja, *NATO's Burden-Sharing Disputes. Past, Present and Future Prospects*, Springer, 2022, pp. 159-174

<sup>51</sup> RILEY, J.P. 2002. “The Partnership of Unequals: A Short Discussion on Coalition War.” *Defence Studies* vol. 2, 2002, núm. 3, pp. 103–118. DOI:10.1080/14702430208405042.

<sup>52</sup> “Obama Criticizes the ‘Free Riders’ Among America’s Allies”, *The New York Times*, 10 marzo 2016; <https://www.nytimes.com/2016/03/10/world/middleeast/obama-criticizes-the-free-riders-among-america-allies.html>

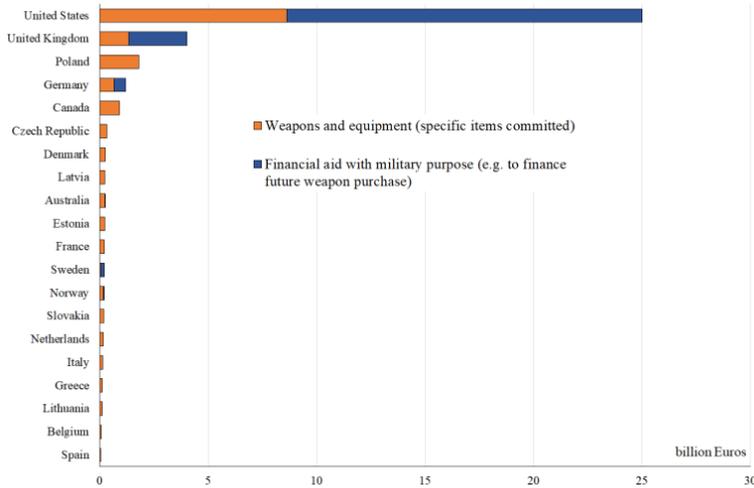
<sup>53</sup> OZTIG, Lacin Idil, “The transatlantic alliance in the Age of Trump”, *Global Change, Peace & Security*, vol. 32, 2020, núm. 3, pp. 297–315; DOI: 10.1080/14781158.2020.1813700.

<sup>54</sup> MCGERTY, Fenella, KUNERTOVA, Dominika, SARGEANT, Madison, y WEBSTER, Andrew, “NATO burden-sharing: past, present, future”, *Defence Studies*, vol. 22, 2022, núm. 3, pp. 533-540; DOI : 10.1080/14702436.2022.2082953.

<sup>55</sup> BUSHNELL, Katelyn, FRANK, André, FRANZ, Lukas, KHARITONOV, Ivan, SCHRAMM, Stefan y TREBESCH, Christoph, *The Ukraine Support Tracker: Which countries help Ukraine and how?*, Kiel, Kiel Institute for the World Economy, 2022; <https://www.ifw-kiel.de/fileadmin/Dateiverwaltung/>

conclusión de que el grueso de la ayuda militar procede de EE.UU. y la ayuda financiera de la UE, reproduciendo así la tradicional división de funciones.

**GRÁFICO 3: Ayuda militar a Ucrania (incluida la financiera)  
de los principales donantes entre el 24 de enero y 3 de agosto de 2022  
(en miles de millones €)**

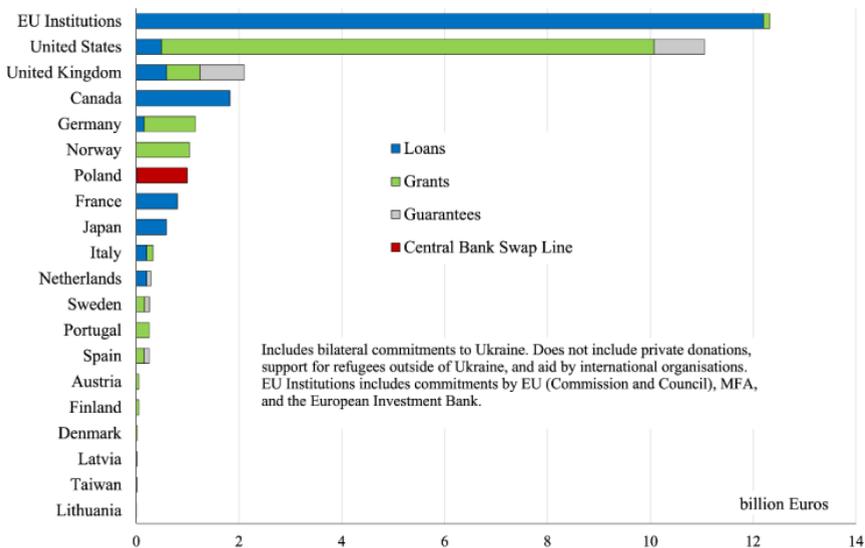


Fuente: Kiel Institute, p. 25

El gráfico 3 muestra los veinte mayores donantes que han entregado a Ucrania ayuda militar en forma de armas, equipos y ayuda financiera con fines militares en los primeros seis meses de guerra. El predominio estadounidense es manifiesto, pero la situación se equilibra al compararla con la ayuda financiera prestada.

*IfW-Publications/-ifw/Kiel\_Working\_Paper/2022/KWP\_2218\_Which\_countries\_help\_Ukraine\_and\_how\_/KWP\_2218\_Version5.pdf.*

**GRÁFICO 4: Ayuda financiera a Ucrania de los principales donantes entre el 24 de enero y 3 de agosto de 2022 (en miles de millones €)**



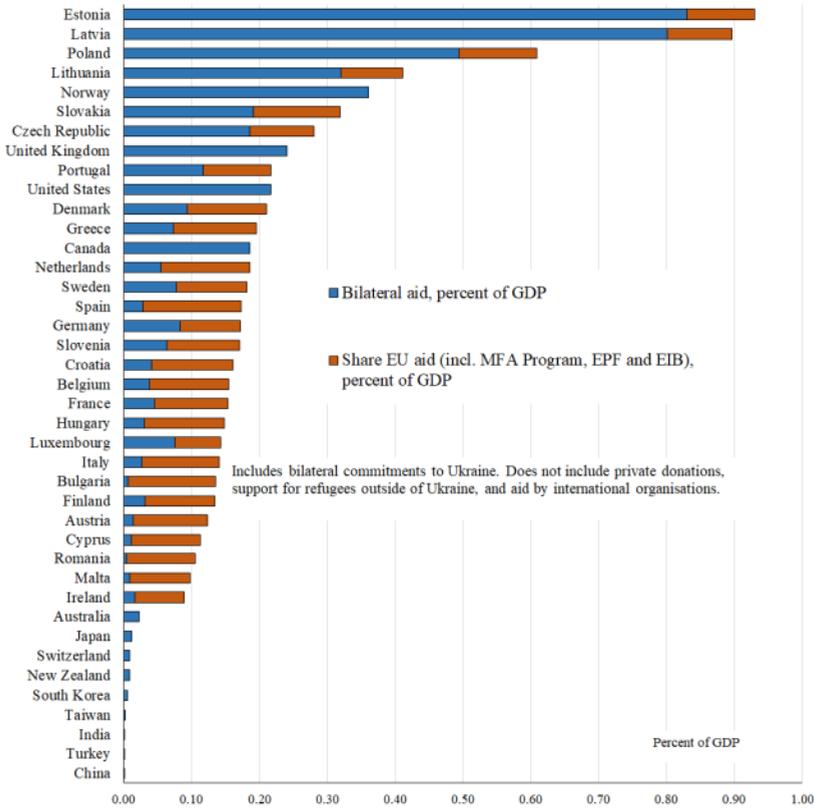
Fuente: Kiel Institute, p. 26

El gráfico 4 muestra a los veinte principales donantes que han ofrecido asistencia financiera a Ucrania en forma de préstamos (azul), subvenciones (verde), garantías financieras (gris), y líneas de créditos *swap*<sup>56</sup>, emitidas por los bancos centrales (rojo).

Si transformamos en términos relativos estos datos, y los vinculamos a la parte proporcional del PIB de cada país (fig. 5), la imagen tradicional del *burden-sharing* se modifica y muestra otro tipo de divergencias entre los miembros de la Alianza. En términos proporcionales, el esfuerzo asumido por los Estados bálticos y Polonia es infinitamente superior al resto.

<sup>56</sup> Los acuerdos *swap* son convenios de intercambio financiero que comprometen flujos financieros regulares. Normalmente se corresponden al pago de intereses. En la práctica, funcionan como un crédito.

**GRÁFICO 5: Apoyo gubernamental a Ucrania, incluida la participación en la ayuda de la UE, entre el 24 de enero y 3 de agosto de 2022 (% sobre el PIB de cada Estado)**



Fuente: Kiel Institute, p. 24

El gráfico 5 muestra los compromisos de los principales donantes teniendo en cuenta la participación de cada Estado en los vehículos de ayuda aportados por la UE: asistencia financiera, Fondo Europeo para la Paz (EPF) y ayuda humanitaria.

Todo procedimiento de evaluación de costes que atienda en exclusiva a la ayuda directa entregada a Ucrania siempre ofrecerá un saldo favorable a EE.UU., dando así argumentos para su perenne reclamación de mayor compromiso a sus aliados. Pero esta estimación de costes es, cuando menos, incompleta. Debería ajustarse en términos que permitieran su comparación, referenciándola con respecto al PIB o al número de habitantes de cada Estado. También debería reflejar los costes indirectos que provoca la guerra en términos de inflación, estancamiento económico e impacto social.

Según un informe del Banco Europeo de Inversiones<sup>57</sup>, desde que comenzó la guerra, las previsiones de crecimiento económico para Europa se han revisado a la baja (-1,3% con respecto a las estimaciones previas), al tiempo que la previsión de inflación creció como consecuencia del precio de las materias primas (cuadro 1). Probablemente, la interrupción en las cadenas de suministros y el impacto de las sanciones económicas a Rusia empujarán a la economía europea hacia la recesión.

**CUADRO 1: Consenso sobre previsiones económicas para 2022  
(crecimiento en % y revisión en puntos porcentuales)**

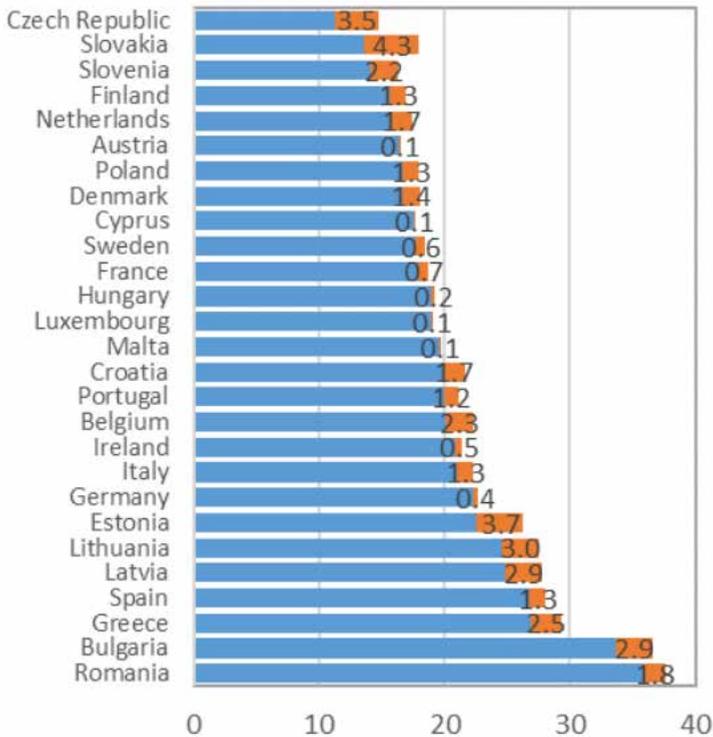
	Real GDP growth			GDP growth (2022 forecast)			Inflation (2022 forecast)		
	2019	2020	2021	7 Feb.	9 May	Revision	7 Feb.	9 May	Revision
Euro area	1.6	-6.4	5.3	3.9	2.7	-1.2	3.9	6.8	+2.9
US	2.3	-3.4	5.7	3.7	2.7	-0.9	5.2	7.2	+2.0
UK	1.7	-9.3	7.4	4.3	3.8	-0.5	7.0	9.7	+2.7

Fuente: European Investment Bank, p. 4

A la contabilidad de la ayuda directa se le debería sumar el impacto en las economías nacionales del coste derivado de las sanciones aplicadas contra Rusia, así como el incremento de la factura energética que deberán asumir los países europeos al tener que sustituir el suministro ruso de gas y petróleo. El aumento de los precios tiene una repercusión directa e inmediata sobre las condiciones de vida de la población que, en algunos países se traduce en un incremento del riesgo de pobreza (gráfico 6).

<sup>57</sup> EUROPEAN INVESTMENT BANK: *How bad is the Ukraine war for the European recovery?*, Luxemburgo, EIB, 2022; [https://www.eib.org/attachments/publications/how\\_bad\\_is\\_the\\_ukraine\\_war\\_for\\_the\\_european\\_recovery\\_en.pdf](https://www.eib.org/attachments/publications/how_bad_is_the_ukraine_war_for_the_european_recovery_en.pdf).

**GRÁFICO 6: Personas en riesgo de pobreza e incremento previsto en 2022 (en %)**



Fuente: European Investment Bank, p. 9

Si sólo nos fijamos en la ayuda directa, el liderazgo estadounidense es incuestionable. Si evaluamos económicamente el sacrificio provocado por la guerra, el coste recae de forma más intensa sobre las sociedades europeas, en especial las fronterizas con Rusia. Puede entenderse, en consecuencia, la disparidad de criterios que puede aflorar entre los aliados si se discute una estrategia para intentar acortar, o prolongar, el conflicto. Ante la persistente indefinición de los objetivos perseguidos en la guerra, y ante la evidencia de que se afronta un conflicto de larga duración, resulta previsible que antes o después surgirán las tensiones en el seno de la coalición. Cuanto mayor sea el impacto social causado por el esfuerzo bélico mayor presión sentirán los gobiernos para apoyar un acuerdo de paz que ponga término al conflicto.

#### 4.3. Divergencias en el seno de la UE

Como puede observarse por los datos ofrecidos, las líneas de fractura potencial entre los aliados occidentales son múltiples y transversales. Van más

allá de las diferencias tradicionales entre *orientales* y *occidentales*, y se manifiestan igualmente en el seno de ambos grupos.

#### 4.3.1. *Este vs. Oeste*

Existen diferencias fundamentales entre los Estados miembros de la UE no tanto sobre el conflicto de Ucrania, sobre el que comparten una política común que se está ejecutando con una gran unidad de acción, sino sobre la percepción que se tiene de Rusia y, en consecuencia, la relación que la Unión debe establecer con este Estado vecino en el futuro. Estas diferencias van a seguir existiendo más allá de la actual guerra y son consecuencia de la memoria compartida que conservan los países de Europa Oriental sobre la ocupación infringida por la Unión Soviética (URSS) tras la Segunda Guerra Mundial. Para los ciudadanos de estos países, la lucha de los ucranianos es un trasunto de su propia emancipación respecto de la URSS. Se trata de una memoria que no comparten el resto de los socios europeos. Si la construcción europea se edificó sobre la reconciliación franco-alemana, la atribución de la responsabilidad de la guerra al nazismo y la superación de los nacionalismos, nada de eso se ha producido en Europa Oriental donde las políticas de la memoria alimentan una suerte de revanchismo histórico por el que se identifica a Rusia con la URSS. La invasión de Ucrania refuerza de forma extraordinaria esa percepción.

La guerra en Ucrania ha expuesto diferencias fundamentales en las narrativas entre Europa Central y los antiguos Estados miembros de la UE, en particular Francia y Alemania<sup>58</sup>. La invasión rusa de Ucrania ha cambiado los equilibrios políticos de Europa. El centro de gravedad se ha desplazado hacia el Este. Europa Central está ganando un nuevo protagonismo y trata de imponer su visión divisiva del continente que implica la exclusión de Rusia, y relega al resto de las amenazas que lo circundan a una posición secundaria. Todo ello implica, al mismo tiempo, un cuestionamiento, por ahora moral, del eje franco-alemán por parte de estos países. Su percepción es que Francia y Alemania creen, erróneamente, que todavía pueden fijar la orientación de la política exterior de la UE.

Polonia, los Estados bálticos y la República Checa, advirtieron en repetidas ocasiones<sup>59</sup> sobre el peligro de mirar a Europa *a través de una lente rusa*. El primer ministro polaco, Mateusz Morawiecki, lo ha manifestado de forma expresiva: “*We were right, you were wrong when it came to Russia*”<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> DEMPSEY, Judy, *Ukraine Exposes Europe's Competing Narratives About Russia*, Carnegie Europe, 4 octubre 2022; <https://carnegieeurope.eu/strategieurope/88084>.

<sup>59</sup> “We told you so! How the West didn't listen to the countries that know Russia best”, *Politico*, 9 marzo 2022; <https://www.politico.eu/article/western-europe-listen-to-the-baltic-countries-that-know-russia-best-ukraine-poland/>.

<sup>60</sup> “Prime minister of Poland: We warned Germany and the West about Putin. We were ignored”, *National Post*, 17 agosto 2022; <https://nationalpost.com/opinion/prime-minister-of-poland-we-warned->

Sin embargo, en París y Berlín, las élites políticas no acaban de aceptar este reproche y pervive el convencimiento de que cuando termine la guerra habrá que restaurar las relaciones con Rusia y definir una estrategia común desde la UE.

Cuando Emmanuel Macron advirtió sobre “no humillar a Rusia” se produjo una ola de indignación en los países europeos orientales y desató la ira del gobierno ucraniano<sup>61</sup>. Las reticencias del canciller alemán Olaf Scholz a enviar armamento pesado a Ucrania causaron los mismos efectos<sup>62</sup>.

Es cuestión de tiempo que estas diferencias repercutan a nivel político. Y los procesos electorales, una vez más, ofrecen la ocasión propicia. En Polonia, el Partido Ley y Justicia, nacionalista, conservador, euroescéptico y antialemán, que ocupa actualmente el gobierno, está realizando una persistente campaña contra Alemania de cara a las elecciones que se celebrarán en 2023, exigiendo que Berlín pague una reparación millonaria por la ocupación nazi<sup>63</sup> y acusando a Alemania de no hacer lo suficiente por Ucrania<sup>64</sup>. La posibilidad de una nueva victoria electoral de estas fuerzas multiplica las incertidumbres sobre la cohesión interna de la Unión.

#### 4.3.2. *Diferencias entre Francia y Alemania*

También la relación franco-alemana se encuentra sujeta a crecientes tensiones. En los últimos meses se han hecho públicos los desencuentros entre ambos socios por todo tipo de motivos: militares (adquisición o fabricación de aviones de combate y sistemas de defensa aérea), económicos (construcción de nuevos gasoductos, gestión de la crisis energética) o fiscales (un paquete de 200.000 millones de euros para proteger a la industria y a los consumidores alemanes del aumento de los precios de la energía que el gobierno de Berlín aprobó sin avisar previamente a Francia)<sup>65</sup>. Las divergencias también se manifiestan en el terreno estratégico, por la dirección que debe de adoptar la política de defensa europea y, por la relación con China (el gobierno alemán ha autorizado la venta de una parte del puerto de Hamburgo a la com-

*germany-and-the-west-about-putin-we-were-ignored*.

<sup>61</sup> “La colère de l’Ukraine alors que Macron dit ‘N’humiliez pas la Russie’”, *Actualités*, 4 junio 2022; <https://actualites.cyou/la-colere-de-lukraine-alors-que-macron-dit-nhumiliez-pas-la-russie/>.

<sup>62</sup> “Alemania claudica y da luz verde al envío de armas pesadas a Ucrania, según medios”, *El Confidencial*, 26 abril 2022; [https://www.elconfidencial.com/mundo/2022-04-26/alemania-da-luz-verde-al-envio-de-armas-pesadas-a-ucrania\\_3414423/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2022-04-26/alemania-da-luz-verde-al-envio-de-armas-pesadas-a-ucrania_3414423/).

<sup>63</sup> “Poland formally demands €1.3 trillion from Germany in WWII reparations”, *Euronews*, 10 abril 2022; <https://www.euronews.com/2022/10/03/poland-formally-demands-13-trillion-from-germany-in-wwii-reparations>.

<sup>64</sup> “Polish government steps up anti-German rhetoric ahead of re-election bid”, *Notes from Poland*, 3 septiembre 2022; <https://notesfrompoland.com/2022/09/03/polish-government-steps-up-anti-german-rhetoric-ahead-of-re-election-bid/>.

<sup>65</sup> “Analysis: Behind facade of unity, Franco-German relations falter as crises mount”, *Reuters*, 26 octubre 2022; <https://www.reuters.com/world/europe/behind-facade-unity-franco-german-relations-falter-crises-mount-2022-10-26/>.

pañía china COSCO<sup>66</sup>). De hecho, la situación creada obligó a celebrar una cumbre bilateral para recomponer la unidad ante la guerra<sup>67</sup>.

Alemania es el país que concentra el mayor número de críticas de sus socios europeos, acusado de actuar crecientemente por su propia cuenta. Aunque la iniciativa presentada por el canciller Olaf Scholz, en su discurso en la Universidad Carolina de Praga en septiembre de 2022<sup>68</sup>, trata de desmentir esas percepciones<sup>69</sup>, lo cierto es que su propuesta de *Zeitenwende*<sup>70</sup> (punto de inflexión), en la política alemana e internacional, está cosechando más desconfianza que adhesiones.

Tampoco parece haber plena coincidencia sobre la iniciativa francesa<sup>71</sup> de crear una Comunidad Política Europea, que celebró su primera reunión en octubre de 2022<sup>72</sup>. Está por ver qué resultados puede obtener este foro que se suma a una larga lista de instituciones continentales ya existentes. Alemania ha apoyado la iniciativa francesa, pero el canciller ha rebajado su alcance al considerarla un foro complementario para vincular a la Unión a Estados europeos que no forman parte de la UE ni son candidatos<sup>73</sup>. En su opinión, el nuevo foro debería reunirse una o dos veces al año para debatir cuestiones como seguridad, energía o el cambio climático.

A pesar de la unidad de acción en el eje franco-alemán, parece evidente que se está dirimiendo una rivalidad soterrada por el ejercicio del liderazgo

<sup>66</sup> El acuerdo inicial fijaba la venta de un 35% de la empresa portuaria que fue rebajado al 24,9%. “El Gobierno alemán permite la entrada limitada de capital chino en el puerto de Hamburgo”, *El País*, 26 octubre 2022; <https://elpais.com/internacional/2022-10-26/el-gobierno-aleman-permite-la-entrada-limitada-de-capital-chino-en-el-puerto-de-hamburgo.html>.

<sup>67</sup> “France and Germany seek to move beyond tensions with Paris talks”, *Financial Times*, 26 octubre 2022; <https://www.ft.com/content/d9e3a2fb-a8ef-42ce-81cb-e5a0e9ba4f80>.

<sup>68</sup> MENNERAT, Pierre, “Discurso de Praga: entender el giro de Scholz sobre la Unión”, *Le Grand Continent*, 29 agosto 2022; <https://legrandcontinent.eu/es/2022/08/29/discorso-de-praga-entender-el-giro-de-scholz-sobre-la-union/>.

<sup>69</sup> “Alemania, como país en el corazón del continente, hará todo lo que esté en su mano para acercar el Este y el Oeste, el Norte y el Sur de Europa”, *Ibidem*.

<sup>70</sup> SCHOLZ, Olaf, “Nach der Zeitenwende”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 17 julio 2022; <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/faz-bk-ukraine-2063006>.

<sup>71</sup> “Emmanuel Macron propose de créer une ‘communauté politique européenne’ pour accueillir notamment l’Ukraine”, *Radio France*, 9 mayo 2022; <https://www.radiofrance.fr/franceinter/emmanuel-macron-propose-de-creer-une-communaute-politique-europeenne-pour-accueillir-notamment-l-ukraine-5330205>.

<sup>72</sup> A la reunión asistieron los veintisiete Estados miembros de la UE más Albania, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Georgia, Islandia, Kosovo, Liechtenstein, Macedonia del Norte, Moldavia, Montenegro, Noruega, Reino Unido, Serbia, Suiza, Turquía y Ucrania. CZECH PRESIDENCY OF THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, European Political Community, Prague Summit 6 octubre 2022; <https://czech-presidency.consilium.europa.eu/en/presidency/prague-summit/european-political-community/>.

<sup>73</sup> MARTINEZ, Sissy, DROIN, Mathieu, *The European Political Community: A Successful Test?*, Center for Strategic and International Studies, 11 octubre 2022; <https://www.csis.org/analysis/european-political-community-successful-test>.

européu y por la orientación que pueda adoptar la posición internacional de la UE en el futuro<sup>74</sup>.

### 4.3. La interpretación ideológica del conflicto y sus consecuencias

Tanto desde la OTAN, como desde EE.UU. y la UE, se insiste repetidamente en identificar a Rusia, y por extensión a China, como una amenaza a los valores que encarna Occidente, identificados con la libertad, la democracia y el respeto a las normas<sup>75</sup>. La construcción de este discurso sobre valores va más allá del maniqueísmo propio de todo escenario de guerra al establecer las diferencias entre el “bien”, que inevitablemente encarnamos nosotros, frente al “mal”, que obviamente representan los otros.

Pero la guerra de Ucrania no es un conflicto por los valores, cuando menos, no lo es en su dimensión esencial. Claro que China encarna valores muy diferentes a los que defiende la UE, pero no representa un desafío ideológico como lo pudo representar la URSS. Las amenazas a nuestro sistema democrático no vienen de las acciones de proselitismo que pueda emprender el partido comunista chino, sino del trumpismo o del auge del populismo antieuropeista. No fueron agentes rusos o chinos los que tomaron al asalto el Capitolio de Washington o los que preparaban un golpe de Estado en Alemania<sup>76</sup>. Aunque los actos de desinformación promovidos por Rusia favorezcan esas dinámicas, su origen se encuentra en el seno de nuestras propias sociedades<sup>77</sup>.

La guerra de Ucrania es un conflicto de poder entre grandes potencias con el objetivo de definir y ampliar sus respectivas áreas de influencia. La insistencia occidental, y particularmente estadounidense, en presentarlo como una guerra ideológica centrada en los valores<sup>78</sup>, constituye un error de diagnóstico. Un error interesado, que refleja una cierta nostalgia de la

<sup>74</sup> “Espero que el interregno no lleve a la desaparición del orden posterior a 1945’, una conversación con Wolfgang Ischinger” (presidente de la Conferencia de Seguridad de Munich hasta 2022), *Le Grand Continent*, 11 mayo 2022; <https://legrandcontinent.eu/es/2022/05/11/espero-que-el-interregno-no-lleve-a-la-desaparicion-del-orden-posterior-a-1945-una-conversacion-con-wolfgang-ischinger/>.

<sup>75</sup> ROMERO, Carmen, “Agenda OTAN 2030 y Concepto Estratégico 2022”, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, vol. 8, 2022, núm. 1, pp. 113-120; DOI: 10.18847/1.15.7. Carmen Romero es Subsecretaria General Adjunta para Diplomacia Pública de la OTAN.

<sup>76</sup> En esa dirección apunta la intervención de la policía alemana al desmantelar el grupo *Reichsbürger*: “Der Prinz, der Putsch und der Pöbel”, *Süddeutsche Zeitung*, 7 diciembre 2022; <https://www.sueddeutsche.de/politik/reichsbuerger-afd-razzia-terror-rechtsextremismus-verschwuerungstheorie-1.5710842?reduced=true>.

<sup>77</sup> Y, en algunas ocasiones, estos actos antidemocráticos son promovidos desde los propios gobiernos (LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel, *Cómo mueren las democracias*, Barcelona, Ariel, 2018) o desde las grandes compañías tecnológicas (BREMNER, Ian, “The Technopolar Moment. How Digital Powers Will Reshape the Global Order”, *Foreign Affairs*, noviembre-diciembre de 2021; <https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2021-10-19/ian-bremmer-big-tech-global-order?>).

<sup>78</sup> “En la contienda entre la democracia y la autocracia, Estados Unidos, y yo como presidente, defendemos una visión para nuestro mundo que se basa en los valores de la democracia”. Discurso del presidente Biden ..., *op.cit.*, nota 10.

Guerra Fría<sup>79</sup>. Analizar la influencia de esa nostalgia sobre el pensamiento estratégico estadounidense nos llevaría muy lejos, y no es el momento para ello. Señalemos, tan sólo, algunas de las razones que permiten explicar el uso instrumental que tiene para la estrategia estadounidense categorizar a la guerra de Ucrania como *guerra de valores*.

El primer argumento tiene que ver con la extraordinaria polarización política que divide a la sociedad norteamericana que se manifiesta de forma crecientemente violenta en casi todos los ámbitos. De forma excepcional, la animadversión que siente mayoritariamente la sociedad estadounidense contra China y Rusia se convierte en el único punto de convergencia que comparten demócratas y republicanos. La búsqueda de ambos partidos por el favor popular favorece un *crescendo* anti-ruso y anti-chino, cada vez más radical, que trata de aglutinar al país frente a un enemigo exterior<sup>80</sup>.

En segundo lugar, se trataría de reeditar los alineamientos ideológicos de la época bipolar a nivel global. La construcción de un bloque pro-occidental bajo liderazgo estadounidense se justifica mejor apelando a los valores democráticos que a la animadversión contra China. Pero no parece nada claro que vayan a ser los valores occidentales los que consigan seducir a los países del Sur global para que opten por el bando estadounidense. Como se puso de manifiesto en las intervenciones ante la Asamblea General, estos países tratan de preservar su autonomía e intentan negociar con unos y otros en función de sus propias necesidades. Parece difícil que EE.UU. y la UE puedan revertir esta situación sin realizar un despliegue financiero y comercial que, a día de hoy, parece fuera de su alcance en escenarios como Asia, África o, incluso, en los pequeños Estados del Pacífico<sup>81</sup>.

En su estrategia de desglobalizar y fragmentar al sistema internacional, los EE.UU. se enfrentan a China, pero China, al menos en el terreno declarativo, no participa en esa política divisiva. Para China, el mundo no volverá a dividirse en dos campos hostiles como durante la Guerra Fría. La “re-campificación” (“*re-campification*”) del mundo no se producirá mientras “*China maintains a clear strategic mind and strategic determination*”<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> HEER, Jet, “Cold War Nostalgia Fuels a Dangerous New Anti-China Consensus”, *The Nation*, 15 marzo 2022; <https://www.thenation.com/article/world/china-cold-war-larping/>.

<sup>80</sup> “The War Caucus Always Wins. The new \$857 billion defense bill lines the pockets of contractors and pushes the U.S. toward a new Cold War”, *The Intercept*, 7 diciembre 2022; <https://theintercept.com/2022/12/07/ukraine-weapons-russia-china-ndaa/>.

<sup>81</sup> “Wang Yi Expone Tres Principios de Cooperación en Seguridad China-Islas Salomón”, Ministerio de Asuntos Exteriores de la RPCh, 26 mayo 2022; [https://www.fmprc.gov.cn/esp/wjwb/wjzb/zyhd/202205/t20220527\\_10693578.html](https://www.fmprc.gov.cn/esp/wjwb/wjzb/zyhd/202205/t20220527_10693578.html).

<sup>82</sup> FENG, Yujun, “The Post-Russia-Ukraine Conflict World: Not a ‘Splitting into Camps’, but Rather a ‘Small Divergence’”, *China Foundation for International Studies*, 22 julio 2022; <https://interpret.csis.org/translations/the-post-russia-ukraine-conflict-world-not-a-splitting-into-camps-but-rather-a-small-divergence/>.

Los aliados estadounidenses en Asia Oriental y el mundo árabe tampoco comparten la visión divisiva que promueve Washington. Tras su retirada del Acuerdo Comercial Transpacífico (2017), los aliados asiáticos desarrollaron una estrategia que les permite mantener, al mismo tiempo, una alianza de seguridad con EE.UU. y conservar una relación comercial fluida con China. Los casos de Australia, Corea del Sur, Japón y Nueva Zelanda participando en la Asociación Económica Integral Regional (RCEP, en sus siglas en inglés)<sup>83</sup>, o de Arabia Saudí, Qatar y Egipto, sumándose a la Organización de Cooperación de Shanghái<sup>84</sup>, deberían ser estudiados con atención desde Bruselas.

Dado que Europa no será el escenario principal del conflicto hegemónico entre EE.UU. y China, y que Rusia quedará relegada a un segundo plano, la importancia estratégica atribuida a Europa por Washington disminuirá con el paso del tiempo. La UE debería desarrollar una estrategia adaptada a este escenario previsible, observar el comportamiento diplomático de otros aliados estadounidenses y no resignarse a reeditar un sistema internacional dividido en bloques.

## 5. ¿CÓMO NO INCURRIR EN LA DEPENDENCIA ESTRATÉGICA?

EE.UU. y la UE no comparten los mismos intereses estratégicos en el largo plazo. Con respecto a la guerra de Ucrania ambos actores convergen en la necesidad de impedir el expansionismo ruso, pero divergen con respecto a los objetivos perseguidos. EE.UU. parece preferir una guerra prolongada con el fin de debilitar a Rusia y neutralizarla como autor geoestratégico en las próximas décadas. Por su parte, la UE teme los efectos que puede tener sobre sus sociedades una guerra larga. El efecto de las sanciones sobre su propia economía, la crisis energética y la consecuente inflación pueden degradar las condiciones de vida de la población dando pábulo a movimientos populistas anti europeístas. Teme, igualmente, que los efectos económicos de la guerra se difundan por su vecindario meridional, en especial por efecto de la crisis de alimentos, desestabilizando una región ya de por sí inestable.

Tampoco convergen los intereses de europeos y estadounidenses sobre el diseño del futuro orden mundial que EE.UU. espera sirva para lograr su objetivo de contener el ascenso de China. La restauración de un nuevo orden bi-

---

<sup>83</sup> En enero de 2022 entró en vigor el RCEP, convirtiéndose en el mayor tratado de libre comercio existente. En él participan los diez Estados miembros de la ASEAN, más China, Australia, Corea del Sur, Japón y Nueva Zelanda. VLADOS, Charis, CHATZINIKOLAOU, Dimos, y IQBAL, Alam, "New Globalization and Multipolarity: A Critical Review and the Regional Comprehensive Economic Partnership Case", *Journal of Economic Integration*, vol. 37, 2022, núm. 3, pp. 458-483; DOI: 10.11130/jei.2022.37.3.458.

<sup>84</sup> SINGH, Michael, "The Middle East in a Multipolar Era. Why America's Allies Are Flirting With Russia and China", *Foreign Affairs*, 7 diciembre 2022; <https://www.foreignaffairs.com/middle-east/middle-east-multipolar-era?>

polar que fragmente la globalización creando bloques militares y económicos enfrentados va en contra de las aspiraciones, y de las necesidades, de la UE.

De ser ciertas estas premisas, la Unión no debería seguir la estrategia divisiva estadounidense. En la conferencia anual ante los embajadores de la UE (2022) el Alto Representante, José Borrell<sup>85</sup>, realizó una manifestación inquietante, aunque la matizó con posterioridad<sup>86</sup>:

“(...) *we have decoupled the sources of our prosperity from the sources of our security (...). Our prosperity has been based on cheap energy coming from Russia (...). And the access to the big China market, for exports and imports, for technological transfers, for investments, for having cheap goods*”.

Si la UE renuncia, a un mismo tiempo, a obtener energía a precios asequibles y se retira del principal mercado mundial en pos de su seguridad, que encomienda además a EE.UU., difícilmente podrá aspirar a desempeñar algún papel internacional relevante. El desafío radica, naturalmente, en cómo articular una estrategia común a todos los europeos, que permita defender los intereses de la Unión sin debilitar la relación de seguridad con Estados Unidos. Y tener, además, capacidad política para aplicarla.

Desde que Emmanuel Macron utilizara el término *soberanía europea*, en su discurso de la Sorbona<sup>87</sup>, se ha tratado de dotar de contenido a la aspiración de que Europa disponga de “capacidad para actuar”. El canciller Scholz, apoyó explícitamente esta noción en su discurso de Praga<sup>88</sup>, y aunque fuera recibido con escepticismo, el concepto está en proceso de establecerse como principio vertebrador del discurso europeo.

Con la guerra en Ucrania, y la transición hacia un orden de seguridad de confrontación, las esperanzas de lograr una soberanía europea parecen desvanecerse. En términos militares, pocas objeciones pueden hacerse a esta percepción, pero creer que EE.UU. “ha vuelto para quedarse” y asumir la defensa de Europa como lo hizo durante la Guerra Fría puede resultar fatal para las aspiraciones europeas. Como se ha puesto de manifiesto, las prioridades estadounidenses se encuentran en otros escenarios y Europa corre el riesgo de convertirse en una simple *variable d’ajustement* en la estrategia de contención a China.

La UE no tiene capacidad para garantizar de forma autónoma la seguridad colectiva del continente ni la defensa territorial de sus miembros. La gue-

<sup>85</sup> BORRELL, Josep, “EU Ambassadors Annual Conference 2022: Opening speech by High Representative Josep Borrell”, Bruselas, 10 octubre 2022; [https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-ambassadors-annual-conference-2022-opening-speech-high-representative-josep-borrell\\_en](https://www.eeas.europa.eu/eeas/eu-ambassadors-annual-conference-2022-opening-speech-high-representative-josep-borrell_en).

<sup>86</sup> “La doctrina Borrell...” *op. cit.*, nota 6.

<sup>87</sup> MACRON, Emmanuel, *Initiative pour l’Europe – Discours d’Emmanuel Macron pour une Europe souveraine, unie, démocratique* (Sorbonne, 26 Septembre 2017), <http://www.elysee.fr/declarations/article/initiative-pour-l-europe-discours-d-emmanuel-macron-pour-une-europe-souveraine-unie-democratique/>.

<sup>88</sup> Ver nota 69.

rra de Ucrania está demostrando que la OTAN es la base de nuestra seguridad colectiva y que EE.UU. proporciona la mayor parte de esa seguridad. Pero la OTAN no puede convertirse en el actor exclusivo que defina el sistema de seguridad europeo tras la guerra en términos bipolares. El desafío radica en encontrar la forma de convivir con Rusia al tiempo que se asegura a Ucrania un futuro como Estado independiente, dentro de un régimen de seguridad compartido a escala continental<sup>89</sup>.

La urgencia de la guerra impone que los europeos coordinen mejor su rearme y el suministro de armas a Ucrania, lo cual deberá exigir la adquisición conjunta de medios de defensa. La reciente Revisión de Defensa de la UE<sup>90</sup>, identifica los principales riesgos a los que se enfrenta: adoptar decisiones de gasto desconectadas entre los Estados miembros, y establecer nuevas dependencias con respecto de proveedores externos. La colaboración debería perdurar para coordinar los objetivos nacionales de capacidades militares y mejorar la coordinación en la inversión en defensa. La UE debería de aprovechar la oportunidad que se le brinda y desplegar capacidades militares más robustas y autosuficientes desarrollando una base industrial y tecnológica a escala europea aprovechando las economías de escala<sup>91</sup>.

Si Francia parece liderar esta línea de actuación en lo que corresponde a la estrategia militar<sup>92</sup>, es Alemania la que trata de influir en la definición de una política europea contraria a la creación de bloques, a la desglobalización y al aislamiento de China. En un reciente artículo<sup>93</sup>, el canciller Scholz defiende que Occidente debe encontrar una manera de acomodar a China y otros Estados autocráticos en un orden internacional compartido. Impulsar un “punto de inflexión global” (*Zeitenwende global*) que evite una nueva Guerra Fría en una era multipolar:

*“China’s rise does not warrant isolating Beijing or curbing cooperation. (...) in a multipolar world, dialogue and cooperation must extend beyond the democratic comfort zone”.*

<sup>89</sup> CHARRIER, Landry, HEUMANN, Hans, “Time for european sovereignty”, *International Politics and Society Journal*, 5 diciembre 2022; <https://www.ips-journal.eu/topics/foreign-and-security-policy/time-for-european-sovereignty-6365/>.

<sup>90</sup> EUROPEAN DEFENCE AGENCY: EU Defence Review Calls for Greater European Cooperation to Match Defence Spending Increases, 15 noviembre 2022; <https://eda.europa.eu/news-and-events/news/2022/11/15/eu-defence-review-calls-for-greater-european-cooperation-to-match-defence-spending-increases>.

<sup>91</sup> ZERKA, Pawel, *The case for defence: How Russia’s war on Ukraine has proved France right*, European Council on Foreign Relations, 21 noviembre 2022; <https://ecfr.eu/article/the-case-for-defence-how-russias-war-on-ukraine-has-proved-france-right/>

<sup>92</sup> Revue Nationale Stratégique 2022, présentée le mercredi 9 novembre par le Président de la République; [http://www.sgdsn.gouv.fr/communiqués\\_presse/revue-nationale-strategique-2022/](http://www.sgdsn.gouv.fr/communiqués_presse/revue-nationale-strategique-2022/).

<sup>93</sup> SCHOLZ, Olaf, “The Global Zeitenwende. How to Avoid a New Cold War in a Multipolar Era”, *Foreign Affairs*, enero-febrero de 2023; <https://www.foreignaffairs.com/germany/olaf-scholz-global-zeitenwende-how-avoid-new-cold-war>.

Está por ver si la evolución de la guerra, el desempeño económico de la Unión para eludir la recesión, el respaldo de la ciudadanía y el diálogo político entre los Estados miembros permiten perfilar una estrategia común a la UE asentada en estos principios. Por el momento, la incertidumbre domina el escenario internacional.

## 6. CONCLUSIONES

A pesar de las incógnitas que entrañan todas las guerras pueden avanzarse algunas conclusiones con respecto al actual conflicto de Ucrania. En primer lugar, resulta evidente que el régimen de seguridad establecido en Europa tras la desaparición de la URSS no ha servido como instrumento de disuasión para evitar el primer conflicto interestatal en el continente desde 1945.

Reeditar una política de bloques, una nueva Guerra Fría bipolar, con una OTAN revivida implica unos costes que deberán ser evaluados, por sus efectos. Entre otros, el refuerzo de la alianza entre Rusia y China y la difusión de la tensión hacia regiones próximas creando un entorno de inseguridad perversa para Europa que puede abarcar desde el Sahel hasta el Cáucaso. También, y principalmente, asumir el desacoplamiento de la economía europea respecto del mercado asiático. Y, en última instancia, renunciar a una Europa soberana.

Desde la UE deberíamos ser conscientes de estos efectos indeseados y tratar de revertirlos. La OTAN es necesaria para la seguridad de los Estados europeos y no podemos debilitarla ni dividirla. Pero tampoco podemos aventurarnos hacia un sistema internacional definido por la existencia de un conflicto bipolar en donde la capacidad estratégica de la UE para actuar autónomamente desaparezca por completo.



LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA POSESIÓN DEL  
ARMAMENTO NUCLEAR TRAS LA ENTRADA EN VIGOR  
DEL TRATADO DE PROHIBICIÓN DE ARMAS NUCLEARES.  
NUEVOS Y VIEJOS DEBATES EN UN ESCENARIO  
INTERNACIONAL CONVULSO

*THE INTERNATIONAL REGULATION OF THE POSSESSION  
OF NUCLEAR WEAPONS AFTER THE ENTRY INTO FORCE  
OF THE TREATY ON THE PROHIBITION OF NUCLEAR  
WEAPONS. NEW AND OLD DEBATES IN A TURBULENT  
INTERNATIONAL SCENE*

Jorge RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ\*

**RESUMEN**

LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA POSESIÓN DEL ARMAMENTO  
NUCLEAR TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL TRATADO DE PROHIBICIÓN  
DE ARMAS NUCLEARES. NUEVOS Y VIEJOS DEBATES EN UN ESCENARIO  
INTERNACIONAL CONVULSO

La entrada en vigor del Tratado de Prohibición de Armas Nucleares no contó con la bienvenida del conjunto de la comunidad internacional. Al contrario: fuertes críticas desde los Estados nucleares y sus aliados apuntaron a este nuevo tratado como el responsable de poner en jaque el sistema implantado por el Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares. Sin duda el año 2022 ha brindado una oportunidad inigualable para contrastar esta postura debido a la convocatoria de las dos conferencias internacionales que han reunido a los Estados parte de ambos tratados; amén del 77 período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas donde el tema nuclear, a colación de la invasión de Ucrania, ha sido también protagonista. Este artículo pretende hacer un recorrido por las normas convencionales vigentes en el sistema nuclear internacional y abordar algunos de los debates abiertos en estos tres foros internacionales, como la compatibilidad entre ambos tratados y la posible generación de una norma consuetudinaria tras la adopción del Tratado de Prohibición de Armas Nucleares.

**Palabras clave:** armas nucleares, Tratado de Prohibición de Armas Nucleares, Tratado sobre la No Proliferación de Armas Nucleares, costumbre internacional.

---

\* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional público de la Universidad Complutense de Madrid (jorgro04@ucm.es). Todas las páginas webs mencionadas en este estudio han sido consultadas el 25 de enero de 2023.

**ABSTRACT**

**THE INTERNATIONAL REGULATION OF THE POSSESSION  
OF NUCLEAR WEAPONS AFTER THE ENTRY INTO FORCE OF THE TREATY  
ON THE PROHIBITION OF NUCLEAR WEAPONS. NEW AND OLD DEBATES IN  
A TURBULENT INTERNATIONAL SCENE**

The entry into force of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons was not welcomed by the international community as a whole. On the contrary: strong criticism from the nuclear states and their allies pointed to this new treaty as responsible for jeopardizing the system implemented by the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons. Undoubtedly, 2022 has provided an unequalled opportunity to contrast this position due to the convening of the two international conferences that have brought together the States parties to both treaties. In addition, the nuclear issue has also been protagonist on the 77th session of the United Nations General Assembly in relation to the invasion of Ukraine. This article analyzes the conventional norms in force in the international nuclear system and address some of the debates open in these three international forums, such as the compatibility between both treaties and the possible generation of a customary norm after the adoption of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons.

**Key words:** nuclear weapons, Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons, international custom.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ENCAJE DEL TPAN EN EL SISTEMA NUCLEAR INTERNACIONAL.—2.1. El sistema nuclear internacional: de las ZLAN al TPAN.—2.2. Compatibilidad del TPAN con el régimen nuclear sentado por el TNP.—3. EL TPAN Y LA COSTUMBRE INTERNACIONAL.—3.1. El TPAN entre los Estados no parte.—3.1.1. Estados miembros de una ZLAN.—a) Tratado de Bangkok.—b) Tratado de Tlatelolco.—c) Tratado de Semipalánsk.—d) Tratado de Pelindaba.—e) Tratado de Rarotonga.—3.1.2. Estados (no nucleares) que dependen actualmente de las armas nucleares para garantizar su seguridad.—3.1.3. Estados que albergan armas nucleares.—3.2. ¿“Ni ahora ni en el futuro”? 4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

Las armas nucleares han sido uno de los elementos de mayor relevancia y discusión jurídica y política internacionales durante el año 2022. La guerra en Ucrania es buena muestra de ello. Siguiendo a Pons Ràfols:

“[E]n el momento de la independencia, en 1991, Ucrania mantenía en su suelo armas nucleares, pero el Acuerdo de Budapest comportó que se cedieran a Rusia a cambio de unas garantías internacionales de seguridad que han resultado vanas. Que no se hubiera resuelto la situación de esta manera hubiera generado, sin duda, otros conflictos y problemas, pero si Ucrania hubiera seguido poseyendo armas nucleares, paradójicamente, difícilmente habría sido objeto de una agresión armada directa como la actual”<sup>1</sup>.

En efecto, la invasión de Ucrania refleja, ni más ni menos, lo que desde 1945 ha sido, más que un hecho, una obviedad: el armamento nuclear confie-

---

<sup>1</sup> PONS RAFOLS, Xavier, “La Guerra de Ucrania, las Naciones Unidas y el Derecho Internacional: algunas certezas sistémicas insostenibles”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 43, 2022, p. 27.

re al Estado que lo posee un estatus privilegiado en las relaciones internacionales y en el propio Derecho internacional; siendo considerado, a todos los efectos, “una potencia”<sup>2</sup>. Y ello así, no únicamente por la evidencia de que los Estados con asiento permanente en el Consejo de Seguridad son los mismos que los reconocidos por el Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares (TNP) como “potencias nucleares”<sup>3</sup>, sino porque esta situación de “privilegio” opera también en otros rincones del Derecho internacional, fuera de la regulación armamentística.

En definitiva, lo cierto es que la posesión de armas nucleares tiene la capacidad de condicionar el conjunto del sistema de seguridad internacional debido a lo determinante que pueden llegar a ser en un supuesto conflicto armado. Y es por ello por lo que su regulación internacional resulta sumamente crucial para la preservación de la paz y seguridad del conjunto de los Estados de la comunidad internacional, no únicamente para sus poseedores<sup>4</sup>. Empero, la centralidad de este particular no se traduce en un sistema nuclear pacífico. Pese a que la clave de bóveda de toda la regulación en la materia descansa en el TNP desde su entrada en vigor el 5 de marzo de 1970, esta norma ha venido conviviendo con cinco Zonas Libres de Armas Nucleares (ZLAN)<sup>5</sup> hacedoras de obligaciones internacionales de ámbito regional. No obstante, la irrupción del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (TPAN) y su entrada en vigor el 22 de enero de 2021, como primer tratado internacional general que prohíbe el uso de las armas nucleares, ha distorsionado la

<sup>2</sup> CARTAGENA NÚÑEZ, Ignacio, “El valor de un título: el Tratado de Prohibición del Arma Nuclear y su impacto en el régimen de no proliferación”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 99bis/2017, 2017, p. 892.

<sup>3</sup> Según el artículo 9.3 del TNP, serán considerados como Estados poseedores de armas nucleares aquellos que hubieran “fabricado y hecho explotar un arma nuclear u otro dispositivo nuclear explosivo antes del 1º de enero de 1967”. Es decir: Estados Unidos, Rusia, Francia, Reino Unido y China.

<sup>4</sup> Tal y como interpretó el magistrado Weeramantry en su voto disidente a la mencionada opinión consultiva: “Los Estados nucleares poseen esas armas pero no sería realista no tener en cuenta a quienes sufrirían los efectos una vez que se emplearan esas armas. Estos se encontrarían también entre los Estados más interesados, pues sus territorios y su población quedarían expuestos al peligro”. ICJ, *Reports*, 1996, *Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o el empleo de las armas nucleares*, 8 de julio de 1996, opinión disidente del magistrado Weeramantry, p. 302. Sin ánimo de exhaustividad, entre los numerosos trabajos que han tratado esta opinión consultiva, puede consultarse con interés: MCNEILL, John H., “Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia en los casos de armas nucleares. Primera evaluación”, *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 22, núm. 139, 1997, pp. 109-124; MATHESON, Michael J., “The Opinions of the International Court of Justice on the Threat or Use of Nuclear Weapons”, *The American Journal of International Law*, 1997, vol. 91, núm. 3, pp. 417-435; REGUEIRO DUBRA, Raquel, *La legítima defensa en Derecho internacional*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado – UNED, 2012, pp. 352-360; RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, José Luis, “El arma nuclear y el derecho internacional humanitario”, RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, José Luis y LÓPEZ SÁNCHEZ, Joaquín (eds.), *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch – Cruz Roja Española, 3ª ed., 2017, pp. 579-599; CERVELL HORTAL, María José, “Las armas nucleares y el derecho internacional”, *Anales de Derecho – Universidad de Murcia*, núm. 15, 1997, pp. 205-219.

<sup>5</sup> En curso contamos con negociaciones para una ZLAN en Oriente Medio. Véase: ORGANISMO INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA ATÓMICA, *El OIEA y una zona libre de armas nucleares en Oriente Medio*. Disponible en: <https://www.iaea.org/es/bulletin/el-oiea-y-una-zona-libre-de-armas-nucleares-en-oriente-medio>

casi universal aceptación del sistema TNP, armando un camino alternativo, pero, como veremos, complementario para alcanzar el desarme nuclear; fin último, a la postre, de ambos tratados.

Los retos que esta nueva convivencia ha puesto encima de la mesa fueron protagonistas, precisamente, de un año 2022 especialmente trascendente en cuanto al armamento nuclear y su posición en la comunidad internacional.

En primer lugar, el año se inauguró con una declaración conjunta de las 5 potencias nucleares del TNP, en la cual, el 3 de enero, hacían un llamamiento conjunto a dejar a un lado la carrera nuclear; pues, en palabras textuales, una *guerra nuclear* es una guerra “que no se puede ganar”<sup>6</sup>. En segundo lugar, el optimismo reinante tras esta declaración de intenciones se desvaneció pocas semanas después con la invasión rusa de Ucrania: viejos fantasmas acechaban y la preocupación por una guerra nuclear inundó al conjunto de la comunidad internacional<sup>7</sup>. Los ataques a la central nuclear de Zaporíyia nos trajeron de vuelta experiencias traumáticas, ya vividas en otros momentos como Chernobíbil o Fukushima, con el componente agravado de que este desastre nuclear se podría haber producido (de hecho, en el momento de escribir estas líneas aún puede ocurrir) dentro de un conflicto armado internacional<sup>8</sup>. La escalada retórica, con continuas alusiones veladas sobre un posible uso inminente de armas nucleares a raíz de estos últimos acontecimientos, hizo que Costa Rica hablara de “coerción nuclear” en la Décima Conferencia de las Partes encargada del examen del TNP (Décima Conferencia, en adelante) para describir el estado de alarma en el que se encuentra la comunidad internacional<sup>9</sup>.

De forma paralela al desarrollo del conflicto, dos eventos cruciales, sobre todo para los propósitos de este trabajo, han tenido lugar a lo largo del 2022. Por un lado, del 21 al 23 de junio, fue convocada en Viena la Primera Reunión de Estados parte del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (Primera Reunión, en adelante). Por otro lado, del 1 al 26 de agosto se celebró en Nueva York la, ya menciona, Décima Conferencia<sup>10</sup>. Asimismo, es espe-

---

<sup>6</sup> Léase el comunicado completo en: THE WHITE HOUSE, *Briefing room: Joint Statement of the Leaders of the Five Nuclear-Weapon States on Preventing Nuclear War and Avoiding Arms Races*, 3 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/01/03/p5-statement-on-preventing-nuclear-war-and-avoiding-arms-races/>

<sup>7</sup> Sobre la invasión rusa de Ucrania y la variante nuclear puede consultarse con interés: DEMUR-TAS, Alessandro, “La dimensión nuclear de la Guerra de Ucrania”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 74, núm. 2, 2022, pp. 23–55.

<sup>8</sup> Recordemos que las instalaciones como las centrales nucleares quedan especialmente protegidas por el artículo 56.1 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra.

<sup>9</sup> MISIÓN PERMANENTE DE COSTA RICA ANTE LAS NACIONES UNIDAS, *Conferencia de las Partes encargada del Examen del Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares*, 2 de agosto de 2022.

<sup>10</sup> Dicha conferencia estaba programada en un primer momento para el año 2020, pero fue aplazada dos años debido a la crisis sanitaria de la covid-19. Por segunda conferencia consecutiva no se pudo llegar a un acuerdo común entre los Estados parte, al negarse Rusia a firmar el texto final. *Vid.* NOTICIAS ONU, *Guterres decepcionado porque la conferencia sobre el Tratado de No Proliferación nuclear concluyera sin consenso*, 27 de agosto de 2022. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2022/08/1513572>

cialmente reseñable el debate acogido en el Primer Comité sobre Desarme y Seguridad de la Asamblea General de Naciones Unidas dentro del marco de su 77 período de sesiones<sup>11</sup>.

Es por todo ello que este trabajo tratará de abordar la regulación de la tenencia del armamento nuclear en el Derecho internacional, habida cuenta de los nuevos escenarios que ha propiciado la entrada en vigor del TPAN, sin obviar los condicionantes derivados de la guerra en Ucrania. El análisis propuesto se dividirá, así, en dos apartados. En primer lugar, desarrollaremos la regulación internacional convencional centrada en la posesión de armas nucleares, desde la creación de las ZLAN, hasta la entrada en vigor del TPAN. Para ello nos detendremos también en una de las críticas centrales que este tratado despertó en una parte de la comunidad internacional, desde el punto de vista del Derecho internacional: su falta de compatibilidad con el TNP. Habiendo analizado la cuestión desde el punto de vista del derecho convencional, en segundo lugar, será objeto de nuestro análisis la regulación de la posesión de armas nucleares desde el Derecho internacional consuetudinario. Para ello tomaremos como inicio la declaración de las 5 potencias nucleares del TNP tras la adopción del TPAN: “The TPNW will not be binding on our countries, and we do not accept any claim that it contributes to the development of customary international law; nor does it set any new standards or norms”<sup>12</sup>. Como comentamos anteriormente, las distintas conferencias internacionales del año 2022 ofrecen una útil muestra de la posición de los Estados con respecto al TPAN; sobre todo, de aquellos que aún no son parte, en vista de que en el momento de escribir estas líneas cuenta con 68 Estados parte. El objetivo a alcanzar será comprobar la existencia de una *opinio iuris* al respecto de cara a valorar la posible generación de una norma consuetudinaria a partir de este tratado que, en su caso, considerara prohibida la posesión de armamento nuclear.

## 2. EL ENCAJE DEL TPAN EN EL SISTEMA NUCLEAR INTERNACIONAL

### 2.1. El sistema nuclear internacional: de las ZLAN al TPAN

Los bombardeos de Hiroshima y Nagasaki en agosto de 1945 supusieron no solo el fin de la Segunda Guerra Mundial, sino la constatación de que el mundo habría de convivir desde entonces con un armamento de un poten-

<sup>11</sup> Por motivos de espacio este trabajo no aborda las negociaciones y el régimen jurídico del Plan de Acción Integral Conjunto sobre el programa nuclear de Irán de 2015 ni del New Start de 2010, que limita el número de misiles nucleares desplegados por Rusia y Estados Unidos. Es menester al menos mencionar que, pese a que el mismo fue prorrogado hasta 2026, en febrero de 2023, Rusia se retiró unilateralmente.

<sup>12</sup> P5 JOINT STATEMENT ON THE TREATY ON THE NON-PROLIFERATION OF NUCLEAR WEAPONS. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/p5-joint-statement-on-the-treaty-on-the-non-proliferation-of-nuclear-weapons>

cial destructor hasta entonces desconocido. Muestra de la preocupación de la comunidad internacional por ello, la primera Resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1946 llevaba por título “Creación de una Comisión que se encargue de estudiar los problemas surgidos con motivo del descubrimiento de la energía atómica”. Esta comisión habría de tener el mandato de “eliminar, de los armamentos nacionales, las armas atómicas, así como todas las demás armas principales capaces de causar destrucción colectiva de importancia”<sup>13</sup>. Esta Resolución fue la primera muestra de lo que ha sido de forma generalizada el sentir de la comunidad internacional acerca de las armas nucleares: instrumentos con capacidad “para destruir por completo la civilización y el ecosistema entero del planeta”<sup>14</sup>, en palabras de la CIJ. Sin embargo, este sentir generalizado hubo de convivir con un hecho diferencial: la Guerra Fría y el uso de este armamento como elemento disuasorio para sus Estados poseedores. Pese a ello, el conjunto de la comunidad internacional continuó entendiendo, como muestra la Resolución 1653 (XVI) de 28 de noviembre de 1961 de la Asamblea General, que: “El uso de armas nucleares y termonucleares es contrario al espíritu, a la letra y a los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas y, por tanto, constituye una violación directa de la misma”.

Es claro y notorio, y así lo ha reconocido la propia CIJ<sup>15</sup>, que las Resoluciones de la Asamblea General, por sí mismas, no crean obligaciones para los Estados, más allá de que puedan ser una vía para la cristalización o declaración de una norma consuetudinaria. Este no es el caso de las Resoluciones anteriores. De hecho, conocedores de ello, los Estados no poseedores de armas nucleares sí que comenzaron, tras esta Resolución, la creación de todo el armazón jurídico que diera respuesta a la amenaza que supone la mera existencia de las armas nucleares. Las ZLAN son su primera representación. Los tratados de Tlatelolco<sup>16</sup> (América Latina y el Caribe, 1967), Rarotonga<sup>17</sup> (Pacífico Sur, 1985), Bangkok<sup>18</sup> (Asia Sudoriental, 1995), Pelindaba<sup>19</sup> (África, 1996) y Semipalánsk<sup>20</sup> (Asia Central, 2006) crean todo un conjunto de zonas de la comunidad internacional, cuyos Estados parte, siguiendo como ejemplo el literal del art. 1 del tratado de 1967, se comprometen a prohibir el ensayo, uso, fabricación, producción, adquisición, almacenamiento, recibo o cualquier forma de posesión de armas nucleares, entre otras obligaciones. Estas zonas hacen un total de 104 Estados. A ellos, habríamos de añadir Mongolia, que

---

<sup>13</sup> ASAMBLEA GENERAL, *Resoluciones aprobadas de acuerdo con los informes del Primer Comité*, Doc. A/RES/1(I), 24 de enero de 1946.

<sup>14</sup> ICJ, *Reports*, 1996, *op.cit.*, párr. 35.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 70.

<sup>16</sup> 33 Estados parte.

<sup>17</sup> 13 Estados parte.

<sup>18</sup> 10 Estados parte.

<sup>19</sup> 43 Estados parte y 10 firmantes.

<sup>20</sup> 5 Estados parte.

según la Resolución de la Asamblea General 55/335 S es considerado Estado libre de armas nucleares desde el año 2000.

Empero, más allá de los tratados de naturaleza regional, el TNP, adoptado el 1 de julio de 1968, ha sido bautizado como la piedra angular del *régimen nuclear internacional*, al ser el tratado internacional general con mayor número de Estados parte en la materia. Esta norma representa el instrumento sobre el que se vienen sustentando las principales posiciones, derechos y obligaciones que mantienen los Estados en materia nuclear. A día de hoy cuenta con 191 Estados parte, por ello, la aceptación de su contenido, incluidas, claro está, las obligaciones que de él se desprenden, son prácticamente universales, con las excepciones que comentaremos más adelante.

En este sentido, es interesante detenernos aquí en un par de aspectos esenciales para comprender el *modelo nuclear* imperante. En primer lugar, el TNP distingue entre dos tipos de Estados. Por un lado, los Estados no nucleares, aquellos obligados, según su art. 2, a no recibir, tener el control, fabricar, adquirir o recibir ayuda para fabricar armas nucleares. Estas obligaciones afectan a 186 Estados, el 97% de las partes. Por otro lado, contamos con aquellos que se verán vinculados por el art. 1, los que ya denominamos “Estados nucleares” (en virtud del art. 9.3: Estados Unidos, Rusia, China, Francia y Reino Unido) y cuyos compromisos se limitan a “no traspasar a nadie armas nucleares (...) ni el control sobre tales armas o dispositivos explosivos”, ni a “ayudar, alentar o inducir en forma alguna a ningún Estado no poseedor de armas nucleares a fabricar o adquirir de otra manera armas nucleares u otros dispositivos nucleares explosivos, ni el control sobre tales armas o dispositivos explosivos”.

En segundo lugar, pese a que estamos ante un tratado internacional de regulación de las armas nucleares, su art. 6 contiene una disposición que va más allá, pues está orientada a fijar una política de desarme, sin especificar, eso sí, tiempos o procedimiento específico<sup>21</sup>. En cualquier caso, pese a que el llamamiento de este artículo es a “cada parte en el tratado”, la realidad es que, en la práctica, es una obligación dirigida a los Estados del art. 9.3, aquellos que, según el tratado, pueden seguir contando con armamento nuclear. De esta forma, siguiendo a Sánchez Cobaleda, “[e]l TNP es visto como un *intercambio* de compromisos”<sup>22</sup>, bastante desiguales, añadimos, pero “intercambio”, al fin y al cabo. Mientras que los Estados no poseedores de armas nucleares se comprometen a la no proliferación de la energía nuclear con fines militares y permiten la existencia de un “monopolio de las armas nu-

<sup>21</sup> “Cada Parte en el Tratado se compromete a celebrar negociaciones de buena fe sobre medidas eficaces relativas a la cesación de la carrera de armamentos nucleares en fecha cercana y al desarme nuclear, y sobre un tratado de desarme general y completo bajo estricto y eficaz control internacional”.

<sup>22</sup> SÁNCHEZ COBALEDA, Ana, “Revisitando el Tratado sobre la no Proliferación de las Armas Nucleares ante la Décima Conferencia de examen”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 42, 2021, p. 9. Sin resaltado en el original.

cleares”<sup>23</sup> en manos de cinco Estados, estos cinco deben, a cambio, cooperar en la investigación científica del desarrollo de la energía atómica con fines pacíficos y emprender negociaciones de buena fe para un futuro desarme nuclear controlado por la comunidad internacional<sup>24</sup>. Algo que, a día de hoy, no ha dado resultado alguno.

Siendo este el régimen aceptado por 191 Estados, lo cierto es que ha habido importantes deserciones: ni Pakistán ni India ni Israel son partes del TNP, pero, *de facto*, tienen el estatus de “potencia nuclear”. Por su parte, Corea del Norte denunció el tratado en 2003 y en 2017, tras su sexto ensayo nuclear, fue considerada como otra potencia nuclear al contar con capacidad para fabricar y detonar una cabeza atómica; convirtiéndose, desde entonces, en palabras de Garrido “en el mayor desafío del siglo XXI al régimen internacional de no proliferación”<sup>25</sup>.

En definitiva, el sistema actual permite que prácticamente todo el poder de decisión en cuanto a una política de desarme nuclear quede en manos de los Estados nucleares. Y, precisamente, es debido a ello, o por mejor decir, a su inmovilismo tras la entrada en vigor de este régimen, que los avances destinados a la concreción de este art. 6 han sido impulsados exclusivamente por los Estados no nucleares. Fueron ellos los que consiguieron aglutinar a dos tercios de los Estados miembros de Naciones Unidas en la votación (122 Estados a favor, voto en contra de Países Bajos y la abstención de Singapur) que adoptó un tratado que prohibía sin excepción la tenencia de armamento nuclear.

Numerosas han sido las ocasiones en las cuales la comunidad internacional ha recordado a los Estados nucleares la vigencia de esta obligación. Entre ellas destaca, por encima de otras, la propia CIJ en su mencionada opinión consultiva, donde incide en la vigencia de la obligación “de emprender de buena fe y concluir negociaciones encaminadas al desarme nuclear en todos sus aspectos, bajo un estricto y eficaz control internacional”<sup>26</sup>. A ello añadía

---

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>25</sup> GARRIDO REBOLLEDO, Vicente, “El programa nuclear y de misiles balísticos de Corea del Norte: implicaciones regionales y posibilidades de desnuclearización”, en *Cuadernos de Estrategia 205 – La no proliferación y el control de armamentos nucleares en la encrucijada*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2020, p. 71.

<sup>26</sup> ICJ, *Reports*, 1996, *op.cit.*, párr. 105.2. f). Dentro del caso ante la CIJ de 2016, Islas Marshall c. Reino Unido, donde la CIJ decidió no pronunciarse sobre el alcance de la obligación de negociar de buena fe el desarme nuclear, el magistrado Cançado Trindade alegó: “it was not only conventional, but also an evolving customary international obligation with an erga omnes character, affecting “the international community as a whole”, and not only the States parties to the NPT”. ICJ, *Reports*, 2016, *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear* (Islas Marshall c. Reino Unido), 5 de octubre de 2016, opinión disidente del juez Cançado Trindade, párr. 154. Sobre esta decisión de la CIJ, véase igualmente: ICJ, *Reports*, 2016, *Obligaciones respecto de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear* (Islas Marshall c. Pakistán), 5 de octubre de 2016; ICJ, *Reports*, 2016, *Obligaciones respecto*

que estamos ante una obligación de conseguir “un resultado concreto —el desarme nuclear en todos sus aspectos—”<sup>27</sup>. Y es precisamente esta idea la que dio forma al TPAN, tal cual queda recogida en su preámbulo: “Reafirmando que existe la obligación de celebrar de buena fe y llevar a su conclusión negociaciones conducentes al desarme nuclear en todos sus aspectos bajo un control internacional estricto y eficaz”.

En efecto, como resalta Díaz Galán, es reseñable que el impulso a la política de desarme a nivel internacional viniera de la mano de un instrumento como un tratado internacional<sup>28</sup>, en vez de implementar otro tipo de iniciativas<sup>29</sup>. Como anotamos anteriormente, la aparición de otro tratado internacional que condiciona la tenencia de armamento nuclear fue visto, en lenguaje de sus detractores, como “opuesto” al régimen del TNP. Pese a que más adelante ahondaremos en esta cuestión, sí es necesario aquí y ahora al menos anotar que el TPAN, aunque se conforma como un instrumento de base normativa humanitaria, al fundamentarse en las consecuencias del uso de las armas nucleares<sup>30</sup>, ambos tratados comparten el mismo objetivo: el desarme. El cambio que introduce el TPAN es que la fórmula diseñada para alcanzarlo es diferente a la de su predecesor: mientras que el TNP busca alcanzar el desarme mediante la obligación de emprender negociaciones por los Estados nucleares, algo que hasta ahora ha constituido un rotundo fracaso, el TPAN lo hace mediante la prohibición del arma nuclear. La prohibición, pues, no es el fin del tratado, solo el medio para llegar a él. Así, el TPAN se alinea con otros instrumentos de su misma naturaleza que buscan la eliminación de armamento especialmente nocivo, a través de su prohibición, en consonancia con los principios del Derecho internacional humanitario<sup>31</sup>. Y, a su vez, culmina

---

*de las negociaciones sobre la cesación de la carrera de armamentos nucleares y el desarme nuclear* (Islas Marshall c. India), 5 de octubre de 2016.

<sup>27</sup> ICJ, *Reports*, 1996, *op.cit.*, párr. párr. 99. A este respecto, puede consultarse: SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., “La obligación de negociar el desarme nuclear: ¿un objetivo judicialmente incontrolable? (Algunas cuestiones a la luz de los asuntos de las Islas Marshall)”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 397–420.

<sup>28</sup> DIAZ GALÁN, E., “Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (TPAN): un paso más en la ilicitud del empleo del arma nuclear”, *Revista de Estudios en Seguridad Internacional*, vol. 5, núm. 2, 2019, pp. 48–49.

<sup>29</sup> Sobre iniciativas que se barajaron de cara a implementar el art. 6, consúltese: LOSADA SAN JUAN, Ignacio, “The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons in the Light of IHL: An Advancement in Nuclear Disarmament?”, *Journal of the Spanish Institute for Strategic Studies*, núm. 18, 2021, pp. 489–490.

<sup>30</sup> RIETIKER, Daniel, “New Hope for Nuclear Disarmament or ‘Much Ado About Nothing?’: Legal Assessment of the New ‘Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons’ and the Joint Statement by the USA, UK, and France Following its Adoption”, *Harvard International Law Journal*, vol. 59, 2017, pp. 1–11.

<sup>31</sup> Aquí podríamos mencionar: Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (193 Estados parte), el Convenio sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas (biológicas) y tóxicas y sobre su destrucción (184 Estados parte), la Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (164 Estados parte) o la Convención sobre municiones en racimo (110 Estados parte).

el camino emprendido por la ya citada primera Resolución de la Asamblea General de 1946 y por todo el engranaje jurídico internacional construido alrededor, el cual incluiría las ya mencionadas ZLAN, el TNP y otros tratados internacionales como, v.gr, el Tratado de Prohibición Completa de los Ensayos Nucleares de 1996<sup>32</sup> (el cual aún no está en vigor pese a contar con 175 Estados parte<sup>33</sup>). Y cuyo siguiente paso lo encontraríamos en el futuro Tratado de prohibición de la producción de material fisible para la fabricación de armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares<sup>34</sup>.

En definitiva, a mi juicio, una aceptación universal del TPAN es la meta y objetivo último en el que deben culminar los esfuerzos de la comunidad internacional en su lucha por el desarme nuclear. Y lo es, únicamente, por incomparecencia, falta de voluntad y propuestas de las potencias nucleares de cara a cumplir con el art. 6 del TNP. Mientras es la propia existencia de las armas nucleares las que ponen en jaque a la propia Humanidad<sup>35</sup>, como bien anota Cristian Martín Corrales, el TPAN “es muy probable que impulse el avance hacia el desarme nuclear. Lo que sin duda ha conseguido es aumentar el coste político y diplomático asociado a la decisión de utilizar un arma nuclear o de amenazar con utilizarla”<sup>36</sup>.

## 2.2. Compatibilidad del TPAN con el régimen nuclear sentado por el TNP

En su informe final tras la Primera Reunión, los Estados parte del TPAN afirmaron que:

“Reconocemos que el Tratado sobre la No Proliferación de las Armas Nucleares es la piedra angular del régimen de desarme y no proliferación (...).

<sup>32</sup> Un análisis sobre el contenido de este tratado puede encontrarse en: AZNAR GÓMEZ, Mariano J., “El Tratado de Prohibición Completa de Ensayos Nucleares de 1996”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 48, núm. 2, 1996, pp. 379-385.

<sup>33</sup> Su anexo II, el cual regula la entrada en vigor, estipula que es necesario que los 44 Estados, que allí se enumeran, deban ser parte del tratado. Aún quedan 8: Estados Unidos, China, Irán, Israel, Egipto, India, Pakistán y Corea del Norte.

<sup>34</sup> Actualmente seguimos a la espera de que los Estados comiencen las negociaciones a este respecto. Unas conversaciones que llevan demasiado tiempo estancadas. Así se recoge en la última Resolución de la Asamblea General sobre este particular: “*Gravemente preocupada* por los años de estancamiento en la Conferencia de Desarme, lamentando que no se hayan llevado a cabo negociaciones sobre esta cuestión y aguardando con interés que la Conferencia vuelva a cumplir su mandato como único foro multilateral mundial de negociaciones sobre el desarme”. “*Insta* a la Conferencia de Desarme a que inicie de inmediato las negociaciones sobre un tratado de prohibición de la producción de material fisible para armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares partiendo de la base del documento CD/1299 y el mandato que en él figura”. El documento que la Resolución menciona es de 24 de marzo de 1995. *Vid.*: ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS, *Tratado de prohibición de la producción de material fisible para armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares*, Doc. A/RES/77/68, 14 de diciembre de 2022.

<sup>35</sup> *Vid.*: ICJ, *Reports*, 1996, *op.cit.*, párr. 35.

<sup>36</sup> MARTÍN CORRALES, Cristian, “Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares: avance hacia el desarme nuclear”, *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, núm. 97/2017, 2017, p. 19.

Como Estados partes en el Tratado sobre la No Proliferación plenamente comprometidos, reafirmamos la complementariedad del Tratado con el Tratado sobre la No Proliferación. Nos complace haber impulsado la aplicación del artículo VI del Tratado sobre la No Proliferación al haber hecho entrar en vigor una prohibición jurídica completa de las armas nucleares como medida necesaria y eficaz relacionada con el cese de la carrera armamentista y el desarme nuclear”<sup>37</sup>.

Pese a ello, lejos de interpretar este tratado como complemento del anterior, la opinión mayoritaria de los Estados nucleares y sus aliados ha tomado una dirección opuesta. Como ejemplo de ello tenemos a España, miembro del TNP y la OTAN.

El 21 de diciembre de 2020, el Grupo Parlamentario Republicano presentó una proposición no de ley “Relativa a la firma y ratificación del Tratado de Prohibición de Armas Nucleares de Naciones Unidas”. En su debate dentro de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados, el representante del Grupo Socialista, partido mayoritario del Gobierno español al momento de escribir estas líneas, condensó perfectamente los motivos que habrían de llevar a España, y a otros países en una situación estratégica similar (partes del TNP y de la OTAN), a no ser parte del TPAN, ni ahora ni en un futuro próximo:

“Creemos que la entrada en vigor del Tratado de Prohibición de Armas Nucleares va a suponer el establecimiento de dos sistemas paralelos en el ámbito del desarme nuclear: el Tratado de No Proliferación y el Tratado de Prohibición. La coexistencia de los dos sistemas con toda certeza dificultará la obtención de consensos, ya de por sí muy complicados, y además afectará a la universalidad y a la eficacia del Tratado de No Proliferación de Armas Nucleares”<sup>38</sup>.

Sin embargo, a contrario sensu, el propio TPAN se encarga de armonizar la aplicación de ambos regímenes. De hecho, el propio art. 30.2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que: “Cuando un tratado especifique que está subordinado a un tratado anterior o posterior o que no debe ser considerado incompatible con ese otro tratado prevalecerán las disposiciones de este último”. Así, yéndonos al art. 18 del TPAN, en él se contempla que: “El presente Tratado se aplicará sin perjuicio de las obligaciones contraídas por los Estados partes respecto de acuerdos internacionales vigentes en los que sean partes, cuando esas obligaciones sean compatibles con el

<sup>37</sup> PRIMERA REUNIÓN DE LOS ESTADOS PARTES EN EL TRATADO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES, *Informe de la Primera Reunión de los Estados Partes en el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares. Anexo I. Declaración de la Primera Reunión de los Estados Partes en el Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares*, Doc. TPNW/MSP/2022/6, 21 de julio de 2022, Anexo I, párr. 12.

<sup>38</sup> DIARIO DE SESIONES DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. COMISIONES. ASUNTOS EXTERIORES. AÑO 2020, XIV LEGISLATURA, Núm. 260, *Sesión núm. 10 celebrada el lunes 21 de diciembre de 2020*, pp. 17–18.

Tratado”<sup>39</sup>. La pregunta, por tanto, que cabría hacerse es: ¿cuáles serán estas “obligaciones compatibles” entre ambos tratados? La respuesta es sencilla.

Del propio texto del TNP se desprende, como ya hemos anotado previamente, que los Estados no nucleares, en virtud del art. 2, no podrán tener el control, poseer o recibir armas nucleares. Esta obligación, que afecta al 97% de sus Estados parte, es plenamente compatible con aquellas que emanan del TPAN, concretamente las de su art. 1, el cual despliega una amplia gama de prohibiciones relacionadas con la fabricación, almacenamiento o la simple posesión de armas nucleares. Concluimos así que no lo contradice, sino que lo complementa<sup>40</sup>. En consecuencia, la resolución de la problemática es clara: cualquier Estado no nuclear podrá ser parte del TPAN, con la apreciación que haremos más adelante, sin que de ello se desprenda violación alguna de sus obligaciones para el con el TNP. A este respecto, es sumamente interesante el análisis desplegado por Treasa Dunworth, donde analiza la compatibilidad de los dos tratados, teniendo en cuenta cinco de las prohibiciones incluidas en el TPAN: realizar ensayos nucleares y poseer, usar, transferir o desplegar armas nucleares. Según la mencionada autora, estas prohibiciones (y otras de las incluidas en este tratado): “far from imperiling or otherwise weakening the NPT, will in fact strengthen it including by giving effect to the Art VI (...) by reducing the incentive to proliferate”<sup>41</sup>.

En este sentido, y como ya hemos adelantado, la adopción del TPAN no responde a otro motivo que al sistemático incumplimiento del TNP, un tratado cuyo objetivo final no es la regulación *sine die*<sup>42</sup> de la tenencia de las armas nucleares (como pueda dar muestra su prórroga indefinida de 1995), sino una convivencia temporal entre Estados nucleares y no nucleares *mientras* se emprenden negociaciones de buena fe orientadas a un desarme nuclear. Pese a su defensa del régimen mantenido por el TNP, Ucrania, Estado invadido por una potencia nuclear, puntualizó durante su intervención del 10 de agosto de 2022, dentro de la Décima Conferencia: “For many years, Ukraine has been consistent in its call for the total elimination of nuclear weapons as a final purpose of nuclear disarmament and for strengthening the international

---

<sup>39</sup> Muestra de la aceptación de esta compatibilidad por parte de los Estados parte del TPAN contamos con 3 acciones que fueron aprobadas en el marco de la Primera Reunión con vistas a “poner de relieve esas complementariedades”. Véase, PRIMERA REUNIÓN DE LOS ESTADOS PARTES EN EL TRATADO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES, *Informe de la Primera Reunión de los Estados Partes...* *op.cit.*, Anexo II, párr. 11.

<sup>40</sup> De la misma opinión, véase: DUNWORTH, Treasa, “The Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons”, *American Society of International Law*, vol. 21, núm. 12, 2017. Disponible en: <https://www.asil.org/insights/volume/21/issue/12/treaty-prohibition-nuclear-weapons>

<sup>41</sup> DUNWORTH, Treasa, “Strengthening the NPT: International Law and Effective Measures for Nuclear Disarmament”, Facultad de Derecho, Universidad de Auckland, Discussion Paper, octubre 2015, p. 2.

<sup>42</sup> Losada San Juan, acerca de la naturaleza del TNP, argumentaba que, aunque no es un tratado de desarme “aimed, as its name suggests, at curbing the proliferation of this type of weapon. However, it has been considered in some quarters to be of a provisional nature, pending agreement by the nuclear-weapon states on total disarmament”. LOSADA SAN JUAN, Ignacio, *op.cit.*, p. 486.

nuclear non-proliferation regime as a tool to achieve this goal”<sup>43</sup>. Poder alcanzar este objetivo, y no otro, ha sido la intención de los Estados negociadores del TPAN.

La adopción y entrada en vigor del TPAN no implica la creación de un régimen nuclear nuevo, pese a ser un instrumento independiente, sino que se asienta, como subrayaron sus Estados parte, “en una arquitectura internacional de desarme y no proliferación nuclear rica y diversa, a la que contribuye y que complementa”<sup>44</sup>. Y es así, además, porque su misma existencia ya podía preverse en 1970 con la entrada en vigor del TNP y su art.6; o, al menos, no debió parecer extraña su adopción, habida cuenta de la inacción reinante en cuanto a la falta de aplicación de este precepto y teniendo en cuenta su contenido. Esta opinión, favorable a la complementariedad de ambos regímenes, ha sido también suscrita por el propio secretario general de las Naciones Unidas en su Agenda para el Desarme:

“The existing norms for the disarmament and non-proliferation of nuclear weapons are mutually reinforcing and inextricably linked. Non-proliferation is central to the maintenance of international peace and security, and also remains essential for preserving an international environment that is conducive to disarmament. Disarmament remains essential for sustaining non-proliferation. The two objectives are two sides of the same coin. Together, they constitute an interlocking set of reciprocal legal arrangements between the nuclear and non-nuclear”<sup>45</sup>.

Sin embargo, puede comprobarse que el TPAN sí ha sido interpretado como una amenaza para el estatus de los Estados nucleares y su posición privilegiada como únicos tenedores oficiales de armas nucleares (sin contar, además, con los 4 Estados que no son parte); concretamente, para el conjunto de Estados de la OTAN<sup>46</sup>. Y, precisamente, este sector de la comunidad internacional ha sido el que evidentemente más críticas ha descargado contra la entrada en vigor de este tratado internacional. Precisamente, Cervell Hortal afirmó que:

“La incompatibilidad de ambos tratados sería, más que un problema jurídico, una cuestión de voluntad o, incluso, una mera excusa para quienes no tienen intención alguna de renunciar a las armas nucleares. Es más, los

<sup>43</sup> STATEMENT BY THE DELEGATION OF UKRAINE, *Main Committee I of the Tenth Conference of the parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, 10 agosto de 2022.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>45</sup> OFFICE FOR DISARMAMENT AFFAIRS, *Securing our common future. An Agenda for Disarmament*, Nueva York, 2018, p. 20.

<sup>46</sup> Tal y como denunciaron los Estados parte del TPAN durante la Primera Reunión, Estados Unidos lideró ciertas acciones orientadas a impedir la universalización de este tratado, mediante severas llamadas de atención a aquellos con intención de entrar en su régimen. NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, *Defense impacts of potential United Nations General Assembly nuclear weapons ban treaty. United States Non-Paper to NATO – Committee on Proliferation*, 17 de octubre de 2016. Disponible en: [https://d3n8a8spro7vhm.cloudfront.net/ican/pages/821/attachments/original/1590165765/NATO\\_OCT2016.pdf?1590165765](https://d3n8a8spro7vhm.cloudfront.net/ican/pages/821/attachments/original/1590165765/NATO_OCT2016.pdf?1590165765)

Estados que tanto han sufrido por preservar los artículos del TNP, podrían haber mostrado igual inquietud respecto del cumplimiento de otra de las obligaciones que el mismo impone y a la que ya se ha hecho referencia: la obligación del art. VI de negociar un tratado de desarme general y completo. ¿O no lo es, por ventura, el TPAN?<sup>47</sup>.

Y es que ¿cuáles podrían ser los efectos inmediatos de que un Estado no nuclear, miembro de la OTAN, formara parte del TPAN?

Siguiendo a la mencionada autora, “aplicar el TPAN no debería generar grandes fricciones [para la gran mayoría de Estados parte del TNP] porque no tienen armas nucleares que destruir. Salvo, claro está [...] si en territorios bajo su jurisdicción o control un Estado nuclear ha desplegado estas armas”<sup>48</sup>.

En efecto, teniendo en cuenta el literal del ya mencionado art. 1 del TPAN y, concretamente, su numeral g)<sup>49</sup>, Estados como Alemania, Países Bajos, Italia, Turquía o Bélgica, que almacenan armas estadounidenses en sus territorios, no podrían seguir cumpliendo con sus compromisos con Estados Unidos, como miembros de la Alianza Atlántica; algo que, bajo el ya mencionado art. 2 del TNP, sí interpretan los Estados de la OTAN que está permitido. Una opinión, por otro lado, bastante cuestionada por Estados como Irán, Rusia<sup>50</sup> o China durante sus intervenciones en la Décima Conferencia<sup>51</sup>. De este modo, en el caso de estos cinco Estados, la cuestión es clara: será necesario un paso previo (no permitir armas nucleares en su territorio) antes de poder ser parte del TPAN. Es decir, esta incompatibilidad entre el régimen del TNP y el TPAN afectaría directamente a un total de 14 Estados de la comunidad internacional: 9 Estados nucleares y 5 Estados (aunque todo apunta a que en breve se sumará otro: Bielorrusia) que albergan armas de uno de ellos. El resto de Estados miembros del TNP no entrarían en ningún supuesto de incompatibilidad, en cuanto al cumplimiento de obligaciones internacionales se refiere.

<sup>47</sup> CERVELL HORTAL, María José, “El Tratado para la prohibición de las armas nucleares (2017): ¿utopía o realismo?”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, p. 435. En un sentido similar: AÑAÑOS MEZA, María Cecilia, “El futuro del Tratado sobre la Prohibición de Armas Nucleares en el orden nuclear mundial del siglo XXI”, *Revista Tribuna Internacional*, vol. 11, núm. 21, 2022, p.20.

<sup>48</sup> CERVELL HORTAL, María José, “El Tratado para la prohibición...”, *op.cit.*, p. 435.

<sup>49</sup> “Cada Estado parte se compromete a nunca y bajo ninguna circunstancia: (...) g) Permitir el emplazamiento, la instalación o el despliegue de armas nucleares u otros dispositivos explosivos nucleares en su territorio o en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control”.

<sup>50</sup> En el siguiente epígrafe se abordará el posterior cambio de posición de Rusia sobre este particular, a raíz del acuerdo con Bielorrusia para almacenar armas nucleares en su territorio.

<sup>51</sup> STATEMENT OF THE ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN, ON “NUCLEAR NON-PROLIFERATION”, *Main Committee II of the tenth NPT Review Conference*, 8 de agosto 2022; STATEMENT BY THE DEPUTY HEAD OF THE DELEGATION OF THE RUSSIAN FEDERATION, *Main Committee II, Tenth Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, 8 de agosto de 2022; STATEMENT BY THE H.E. AMB. LI SONG ON NUCLEAR NON-PROLIFERATION, *The Tenth NPT Review Conference*, 8 de agosto de 2022.

Por último, más allá de que en el apartado 3.1.3 se abordará la relación con el TPAN de los Estados no nucleares que albergan armamento nuclear, sí es reseñable al menos anotar aquí que Alemania, Bélgica y Países Bajos acudieron como observadores a la Primera Reunión y, pese a la reafirmación de su negativa a ser parte del TPAN, sí apostaron por una posición de “constructive dialogue”<sup>52</sup> y “practical cooperation”<sup>53</sup> entre ambos regímenes. Ello nos da muestra, en conclusión, de que no solo es necesaria la complementariedad entre los dos tratados, sino que, y a lo que aquí nos interesa, es totalmente posible.

### 3. EL TPAN Y LA COSTUMBRE INTERNACIONAL

Como ya anotamos anteriormente, los Estados nucleares fueron los primeros que se pronunciaron sobre la naturaleza jurídica del TPAN, negando la posibilidad de que hubiese contribuido a la aparición de una nueva norma consuetudinaria<sup>54</sup>. A ellos se unirían tiempo después Estados como Alemania y Países Bajos, quienes afirmaron en la Primera Reunión, en calidad de observadores que: “As non-member to the TPNW we are not bound by its provisions, nor do we accept the claim that its provisions are applicable under customary law—now or in the future”<sup>55</sup>.

En evidente contraposición, los Estados Parte del TPAN afirmaron también durante su Primera Reunión el pasado 21 de julio: “Acogemos con beneplácito la entrada en vigor del Tratado el 22 de enero de 2021. Las armas nucleares *están ahora prohibidas*, de forma explícita y extensa, en el Derecho internacional”<sup>56</sup>. La cita puede parecer demasiado ambiciosa visto el estado de la cuestión actual; con el tratado con solo 68 Estados parte y dado que no contamos con una concreción mayor de los Estados del TPAN al respecto. Y es que: *¿ahora prohibidas* en el Derecho internacional consuetudinario? ¿o en Derecho internacional convencional? Dado que la entrada en vigor del TPAN da respuesta afirmativa a la última cuestión, nos centraremos en la primera<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> STATEMENT BY THE NETHERLANDS, *First Meeting of States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW)*, 21-23 de junio de 2022

<sup>53</sup> STATEMENT BY AMBASSADOR RÜDIGER BOHN HEAD OF THE GERMAN OBSERVER DELEGATION TO THE MSP, *First Meeting of States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW)*, 21-23 de junio de 2022.

<sup>54</sup> P5 JOINT STATEMENT..., *op.cit.*

<sup>55</sup> STATEMENT BY AMBASSADOR RÜDIGER BOHN HEAD OF THE GERMAN OBSERVER DELEGATION TO THE MSP, *First Meeting of States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW)*, 21-23 de junio de 2022. Véase, igualmente: STATEMENT BY THE NETHERLANDS AT THE FIRST MEETING OF STATES PARTIES OF THE TPNW, 22 junio 2022.

<sup>56</sup> PRIMERA REUNIÓN DE LOS ESTADOS PARTES EN EL TRATADO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES, *Informe de la Primera Reunión de los Estados Partes... op.cit.*, p. 7. Sin resaltado en el original.

<sup>57</sup> Esta misma pregunta ya se puso encima de la mesa por otras autoras poco después de adoptarse el tratado: “Si el TPAN podrá o no generar una norma consuetudinaria será algo que sólo el tiempo dirá”. CERVELL HORTAL, María José, *op.cit.*, p. 437. En este mismo sentido: MUKHATZHANOVA, Gaukhar, “The Nuclear Weapons Prohibition Treaty: Negotiations and Beyond”, *Arms Control Today*,

Pretendiendo abordar este particular ajustándonos al espacio disponible, descartaremos, en primer lugar, por la todavía evidente baja aceptación del TPAN, el efecto cristalizador. Entendemos, en segundo lugar, que tampoco estamos, claramente, ante un caso de codificación. Por ello, a continuación, analizaremos la posible generación de una norma consuetudinaria por parte de este tratado. En efecto, teniendo presente que 184 Estados de los 193 de Naciones Unidas no poseen armas nucleares (pasando por alto los compromisos convencionales de 68 Estados con el TPAN), pasaremos a comprobar el comportamiento de los Estados no nucleares que aún no son parte del TPAN<sup>58</sup>, en aras de dilucidar si esa generalizada no tenencia obedece a la aparición de una *opinio iuris* al respecto.

### 3.1. El TPAN entre los Estados no parte

Antes de abordar cuál es la posición de los Estados no parte del TPAN con respecto a este tratado, trataremos de clasificarlos según sus relaciones con respecto a las armas nucleares. Pues, tal y como se avanzó en la Primera Reunión, de cara a transitar hacia su universalización para hacer efectivo así su art. 12<sup>59</sup>, “[s]e deben tener en consideración esas diferencias [entre ellos]”<sup>60</sup>. Es decir, la situación del conjunto de Estados no parte con respecto a las armas nucleares no es, evidentemente, homogénea. De ese modo, haremos nuestra la clasificación dada al respecto por los Estados parte del TPAN en la Primera Reunión, centrándonos únicamente, eso sí, en los Estados no nucleares: a) Estados miembros de una ZLAN, b) Estados (no nucleares) que dependen actualmente de las armas nucleares para garantizar su seguridad y c) Estados (no nucleares) que albergan armas nucleares.

#### 3.1.1. Estados miembros de una ZLAN

Que los 105 Estados miembros de una ZLAN (104 parte de tratados regionales, más Mongolia) cuentan con una predisposición favorable hacia una prohibición de la tenencia de armas nucleares es una evidencia. Sin embargo, encontramos realidades bastante dispares entre los Estados parte de cada uno de estos tratados regionales.

---

vol. 47, núm. 7, 2017, p. 18; BRIXEY-WILLIAMS, Sebastian, “The Legal Implication of the Nuclear Ban: Separating Fact From Fiction”, *Arms Control Wonk blog*, 26 de mayo de 2017. Disponible en: [http://www.armscontrolwonk.com/archive/1203288/brixey-williams-on-the-legal-implications-of-the-nuclear-ba](http://www.armscontrolwonk.com/archive/1203288/brixey-williams-on-the-legal-implications-of-the-nuclear-ban)

<sup>58</sup> La clave del efecto generador se encuentra en el comportamiento de los Estados no parte del tratado. Véase: ICJ, *Reports, 2004, Opinión consultiva sobre consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*, 9 de julio de 2004, párr. 89.

<sup>59</sup> “Cada Estado parte alentará a los Estados que no sean partes en el presente Tratado a firmarlo, ratificarlo, aceptarlo, aprobarlo o adherirse a él, con el objetivo de lograr la adhesión universal de todos los Estados al Tratado”.

<sup>60</sup> PRIMERA REUNIÓN DE LOS ESTADOS PARTES EN EL TRATADO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE LAS ARMAS NUCLEARES, *Informe de la Primera Reunión de los Estados Partes... op.cit.*, párr. 6.

a) *Tratado de Bangkok*

Todos los Estados parte del Tratado de Bangkok lo son también del TPAN, a excepción de Indonesia, Brunei y Myanmar, que simplemente son firmantes, pero muestran una posición muy favorable hacia formar parte del tratado en el corto plazo.

Indonesia votó a favor de la adopción del tratado y declaró que su entrada en vigor constituía “a very important milestone”<sup>61</sup>. Vota también a favor de las Resoluciones anuales de la Asamblea General que, desde 2018, animan a conseguir la universalización del tratado. Igualmente, en su declaración como Estado observador en la Primera Reunión, Indonesia animó a alcanzar la universalización del TPAN<sup>62</sup>.

Situación parecida es la de Brunei: votó a favor de la adopción del tratado y de las Resoluciones anuales y acudió como Estado observador a la Primera Reunión. Como ya hiciera Indonesia, saludó su entrada en vigor<sup>63</sup>.

De su lado, Myanmar cuenta con un contexto interno bastante inestable desde el golpe de Estado en 2021. Tal y como declaró en el 76 período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, este fue el motivo que frenó sus planes de ser parte del TPAN ese mismo año<sup>64</sup>.

b) *Tratado de Tlatelolco*

De los 33 Estados latinoamericanos parte del tratado Tlatelolco, 7 aún no son parte. De ellos, Argentina, Bahamas y Suriname no han firmado; Brasil, Colombia, Barbados y Haití sí<sup>65</sup>. No obstante, estamos hablando de un grupo de 7 Estados, ya sean firmantes o no, que ha manifestado, de una u otra forma, una notable predisposición a ser parte del TPAN en el futuro, dando, algunos de ellos, ya pasos en este sentido.

Una buena muestra de ello es que, salvo Argentina que se abstiene, estos Estados han votado sistemáticamente a favor de la Resolución anual de la

<sup>61</sup> STATEMENT BY MINISTER FOR FOREIGN AFFAIRS OF THE REPUBLIC OF INDONESIA, *Plenary Meeting to Commemorate and Promote the International Day for the Total Elimination of Nuclear Weapons*, 28 de septiembre de 2021.

<sup>62</sup> STATEMENT BY DEPUTY PERMANENT REPRESENTATIVE OF THE REPUBLIC OF INDONESIA, *General Debate of the First Committee of the 77th Session of the UN General Assembly*, 3 de octubre de 2022.

<sup>63</sup> THE REPRESENTATIVE OF BRUNEI DARUSSALAM TO THE UNITED NATIONS, *General debate of the First Committee of the 76th Session of the United Nations General Assembly*, 11 de octubre de 2021.

<sup>64</sup> STATEMENT DELIVERED BY PERMANENT REPRESENTATIVE OF THE REPUBLIC OF THE UNION OF MYANMAR TO THE UNITED NATIONS, *General Debate of the First Committee of the 76th Session of the UN General Assembly*, 7 de octubre de 2021.

<sup>65</sup> No contamos como tal a Guatemala, que ratificó el TPAN una semana antes de la Primera Reunión y, por tanto, tuvo consideración de Estado observador pues aún no había entrado en vigor cuando ésta se celebró.

Asamblea General desde 2018. Además, con la excepción de Barbados, todos ellos votaron a favor de la adopción del TPAN<sup>66</sup>.

De forma complementaria a todo lo anterior, podemos añadir declaraciones formuladas en distintos foros internacionales de Brasil<sup>67</sup>, Argentina<sup>68</sup>, Suriname<sup>69</sup> o Haití<sup>70</sup>, donde, además de alinearse con los objetivos del tratado, han mostrado su intención de valorar su contenido de cara a una próxima manifestación del consentimiento.

### c) *Tratado de Semipalántinsk*

La situación es más dispar entre los 5 miembros del Tratado de Semipalántinsk: solo Kazajistán es parte del TPAN. Kirguistán, Uzbekistán, Tayikistán y Turkmenistán no son parte de él ni participaron en su adopción.

Encontramos, no obstante, algunas diferencias sensibles entre la práctica de estos 4 Estados: Turkmenistán y Tayikistán votaron a favor de la Resolución de la Asamblea General de 2016 que aprobaba el inicio de las negociaciones en pos de un instrumento vinculante que prohibiera las armas nucleares; Kirguistán y Uzbekistán se abstuvieron. En cuanto a la Resolución anual que desde 2018 anima a la universalización del tratado: Kirguistán y Tayikistán se abstienen; Uzbekistán y Turkmenistán votan a favor. Este último, de hecho, declaró en 2021 que: “The issue of accession to the TPNW is under the consideration of the government of Turkmenistan”<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Barbados participó de las negociaciones, pero se ausentó de la votación.

<sup>67</sup> Brasil fue el único de los 7 que participó como Estado observador en la Primera Reunión. El 9 de octubre de 2018, en una declaración ante la Asamblea General de Naciones Unidas, el representante brasileño expresó que: “Our ratification process is underway. The fast pace of new signatures and ratifications has surpassed our expectations. The TPNW is an integral part of international law and of the rules-based disarmament regime”. *MISSION OF BRAZIL UNITED NATIONS, General Assembly, First Committee, General Debate Statement by H. E. Ambassador Guilherme Patriota Special Representative of Brazil to the Conference on Disarmament*, Nueva York, 9 de octubre 2018.

<sup>68</sup> En el marco del 74 período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas, Argentina alegó que. “El compromiso argentino con la necesidad de continuar trabajando hacia la consecución de un mundo libre de armas nucleares hizo que mi país participara del proceso negociador del Tratado para prohibir las Armas Nucleares. El espíritu que sustenta dicho Tratado es compartido por la Argentina, razón por la cual votó a favor de su adopción. La Argentina se encuentra analizando el impacto que este Tratado podría provocar en otros ámbitos relevantes del régimen vigente en materia de no proliferación y los usos pacíficos de la energía nuclear”. Véase: *REPRESENTANTE REPÚBLICA ARGENTINA, 74 período de sesiones Asamblea General de las Naciones Unidas. Plenario de Alto Nivel: Eliminación total de las armas nucleares*, 26 de septiembre de 2019.

<sup>69</sup> En una declaración de septiembre de 2021 ante el International Campaign to Abolish Nuclear Weapons, Suriname alegó que el TPAN se encontraba “under consideration”. Véase: <https://www.icanw.org/suriname>

<sup>70</sup> Haití mostró buena predisposición a ser parte del TPAN, tal y como afirmó el 5 de octubre de 2021 en el marco del 76 período de sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas: “Le gouvernement a pris bonne note et s'engage à compléter son adhésion au TIAN avant la première rencontre des Etats parties prévue en mars 2022”. Dicho compromiso, como es evidente, no ha sido cumplido. *MISSION PERMANENTE DE LA RÉPUBLIQUE D'HAÏTI AUPRÈS DES NATIONS UNIES A NEW YORK Wislyne Pierre, Premier Secrétaire*, 5 de octubre de 2021.

<sup>71</sup> ICAN, *Turkmenistán*. Disponible en: <https://www.icanw.org/turkmenistan>

d) *Tratado de Pelindaba*

El contexto más complejo, sin duda, es el africano, pues a la ausencia de un compromiso alto con el TPAN en la región, se une el hecho de que el Tratado de Pelindaba no cuenta con unanimidad entre los Estados africanos. De este modo, nos encontramos con distintas situaciones entre los 54 Estados africanos al tiempo de redacción de estas líneas:

- 15 Estados son miembros del TPAN y de Pelindaba<sup>72</sup>.
- 4 Estados son firmantes de Pelindaba y no miembros (ni firmantes) del TPAN<sup>73</sup>.
- 11 Estados son parte de Pelindaba y firmantes del TPAN<sup>74</sup>.
- 6 Estados firmantes de ambos<sup>75</sup>.
- 17 Estados miembros de Pelindaba y no (ni firmantes) del TPAN<sup>76</sup>.
- Sudán del Sur no es parte de ninguno de los dos.

Frente a esta aparente divergencia en cuanto a los compromisos convencionales de los Estados africanos, el representante nigeriano, en nombre Grupo africano en el marco del Primer Comité sobre Desarme y Seguridad Internacional durante el 77 período de sesiones de la Asamblea General, declaró que:

“Africa supports the objective of complete nuclear disarmament, as the utmost prerequisite for maintaining international peace and security. It is in this spirit that the African Group recalls the historical entry into force of the Landmark Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (TPNW) on 22 January 2021. The Group reaffirms its full support to the adoption of the Declaration of the First Meeting of States Parties to the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons (...). The Group also reaffirms its support for the Vienna Action Plan adopted during the First Meeting of the States Parties to the Treaty (...) to facilitate effective and timely implementation of the TPNW and its objectives and goals”<sup>77</sup>.

De este modo, los Estados africanos aparecen como la principal baza para un importante incremento de miembros del TPAN; esta declaración, de hecho, contrasta con su bajo número (15) de Estados parte. Sin embargo, en los

<sup>72</sup> Benin, Botswana, Cabo Verde, Comoras, Congo, Costa de Marfil, República Democrática del Congo, Gambia, Guinea Bissau, Lesoto, Malawi, Namibia, Nigeria, Seychelles y Sudáfrica.

<sup>73</sup> Eritrea, Liberia, Somalia y Uganda.

<sup>74</sup> Argelia, Angola, Burkina Faso, Guinea Ecuatorial, Ghana, Mozambique, Níger, Tanzania, Togo, Zambia y Zimbabue.

<sup>75</sup> Egipto, Santo Tomé y Príncipe, República Centroafricana, Sudán, Sierra Leona y Yibuti.

<sup>76</sup> Burundi, Camerún, Chad, Suazilandia, Etiopía, Gabón, Guinea, Kenia, Libia, Madagascar, Mali, Mauritania, Mauricio, Marruecos, Ruanda, Senegal y Túnez.

<sup>77</sup> STATEMENT ON BEHALF OF THE AFRICAN GROUP, *77th session of the United Nations General Assembly, First Committee General Debate on all the disarmament and international security*, 3 de octubre de 2022.

últimos meses ya se vislumbra un avance en este sentido: Cabo Verde, Congo, Costa de Marfil, República Democrática del Congo y Malawi ratificaron el TPAN en 2022. El año 2023 comenzó con la misma tendencia con la autenticación del tratado por parte de Djibouti el 9 de enero de 2023.

Es definitiva, más allá de los diferentes compromisos convencionales en materia de posesión de armas nucleares, el continente africano se posiciona en conjunto al lado de los objetivos y finalidad del TPAN.

#### e) *Tratado de Rarotonga*

De los 13 Estados parte del Tratado de Rarotonga, 4 no son parte del TPAN: Australia, Papúa Nueva Guinea, Islas Salomón y Tonga. A ello, debemos incluir el caso de 3 Estados que, no siendo parte del tratado, sí cuentan con la posibilidad de ingresar en un futuro: Palau, Federación de Estados de la Micronesia e Islas Marshall. De ellos, solo el primero es parte del TPAN.

De estos 4 Estados, tanto Papúa Nueva Guinea, como Islas Salomón y Tonga votaron favor de la adopción del tratado. Los 2 primeros también votan a favor de las Resoluciones anuales; Tonga, que participa desde 2020 en las votaciones, se abstiene.

Por su lado, Australia, pese a que como una gran parte de los Estados de la zona ha sufrido las consecuencias de los ensayos nucleares, no participó en las negociaciones del TPAN, ni votó su adopción. Del mismo modo, desde 2018 ha venido votando en contra de las Resoluciones anuales. Sin embargo, en 2022 fue la primera vez que se abstuvo en la votación, mostrando un cambio (tibio, pero cambio) en su posición; giro que se confirmó al participar como Estado observador en la Primera Reunión. Tal y como recoge el *International Campaign to Abolish Nuclear Weapons*, el Gobierno australiano calificó esta nueva situación como un “constructive engagement” con el TPAN<sup>78</sup>.

### 3.1.2. *Estados (no nucleares) que dependen actualmente de las armas nucleares para garantizar su seguridad*

Pese a que sería muy arriesgado poder determinar con exactitud cuántos Estados dependen directa o indirectamente de algún/nos Estado/s nuclear/es para garantizar su seguridad, dentro de esta clasificación encontraríamos, por supuesto, a todos los Estados no nucleares de la OTAN (donde podríamos unir ya, virtualmente, a Finlandia y Suecia), además de a otros como Japón, Corea del Sur o Bielorrusia. Empero, por motivos de espacio, a continuación, nos centraremos en aquellos que, a nuestro entender, cuentan con una práctica más determinante e interesante para nuestros objetivos; también en aquellos que solo

---

<sup>78</sup> ICAN, *Australia's reassessment of the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, 15 de noviembre de 2022. Disponible en: [https://www.icanw.org/australia\\_tpnw](https://www.icanw.org/australia_tpnw)

podrían ser estudiados en esta categoría, por no ser parte de una ZLAN (epígrafe anterior) o no contar con armas nucleares en su territorio (epígrafe siguiente)<sup>79</sup>. Hecha esta precisión, comenzaremos con los Estados de la órbita OTAN.

En primer lugar, Noruega cuenta con una opinión social muy favorable al TPAN, incluida la de seis de sus antiguos primeros ministros y seis partidos políticos, a los que se suma el Partido Laborista, principal partido del país, quien considera el TPAN, desde 2021, tras el cambio de su programa político, como: “a good initiative and contributes to increase stigma around nuclear weapons”<sup>80</sup>. La posición favorable al TPAN de una notable parte de la sociedad noruega se concretó en un informe de 2018, encargado por el Gobierno a pedido del Parlamento, donde se consideraban las variables (jurídicas y políticas) que conllevaría la membresía de Noruega a este tratado. En él se puso de relieve que los compromisos de Noruega con la OTAN impiden al Estado ser parte del TPAN<sup>81</sup>. Una posición que reafirmó en su intervención como Estado observador en la Primera Reunión: “Norway is attending this conference as an observer. This is not a step towards signing nor ratifying the TPNW, which would be incompatible with our NATO obligations. Norway stands fully behind NATO’s nuclear posture”<sup>82</sup>.

En segundo lugar, es interesante apuntar el giro que con respecto al TPAN han mostrado Finlandia y Suecia a raíz de la invasión rusa de Ucrania, al solicitar en mayo de 2022 su entrada en la OTAN. El abandono de su posición de neutralidad también repercutió en su relación con el tratado.

Finlandia venía manteniendo una política abstencionista con respecto al TPAN: se abstuvo en la Resolución de 2016 de la Asamblea General que acordaba el inicio de las negociaciones (en la que no participó), al igual que en las Resoluciones anuales que desde 2018 animaban a su universalización. Sin embargo, en la del año 2022 cambió su tendencia y votó en contra, pese a haber participado como Estado observador en la Primera Reunión<sup>83</sup>.

El caso de Suecia, no obstante, es más paradigmático, pues hablamos de un Estado que, al contrario de Finlandia, participó de las negociaciones del TPAN y votó a favor de su adopción. Y, aunque también ocupó un espacio como Estado observador de la Primera Reunión, votó en contra de la Reso-

<sup>79</sup> Aquí pudieran entrar evidentemente algunos Estados que también han sido tratado anteriormente en otro apartado (como Australia, ya analizada, aliada de Estados Unidos en la región), o que lo serán posteriormente (como Alemania, Países Bajos o Bélgica, que albergan armamento nuclear estadounidense en sus territorios, y que serán analizados en el epígrafe siguiente).

<sup>80</sup> ICAN, *Norway*. Disponible en: <https://www.icanw.org/norway>

<sup>81</sup> Puede consultarse el informe en: *Review of the consequences for Norway of ratifying the Treaty on the Prohibition of Nuclear Weapons*, 28 de noviembre de 2018. Disponible en: [https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/review\\_tpnw/id2614520/](https://www.regjeringen.no/en/dokumenter/review_tpnw/id2614520/)

<sup>82</sup> Declaración recogida en: ICAN, *Norway*. Disponible en: <https://www.icanw.org/norway>

<sup>83</sup> Véase el proyecto de Resolución y el resultado de las votaciones: ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Desarme general y completo. Informe de la Primera Comisión*, Doc. A/77/385, 14 de noviembre de 2022, párrs. 26–28.

lución anual de 2022, cuando tradicionalmente se abstenía<sup>84</sup>. Los motivos de este giro no son difíciles de entender si nos remitimos a la carta dirigida al secretario general de la OTAN, el 5 de julio de 2022, por la entonces ministra de Asuntos Exteriores: “Sweden accepts NATO’s approach to security and defense, including the essential role of nuclear weapons, intends to participate fully in NATO’s military structure”<sup>85</sup>.

Más allá de Estados europeos, en tercer lugar, podemos anotar aquí los casos de Japón o Corea del Sur<sup>86</sup>, cuyas posiciones con respecto a las armas nucleares también están condicionadas por su relación con Estados Unidos. Durante el año 2022 esta potencia nuclear reafirmó, en sendos comunicados conjuntos, su total apoyo a la seguridad de estos Estados “utilizing the full range of U.S. defense capabilities, including nuclear”<sup>87</sup>.

Pese a que tanto Japón como Corea del Sur han mostrado un comportamiento idéntico en lo referente al TPN (votan en contra de las Resoluciones anuales de la Asamblea General), Japón ha venido matizando su posición, teniendo en cuenta la gran presión social existente contraria a las armas nucleares<sup>88</sup> (al ser el único Estado que ha sufrido un ataque nuclear directo en tiempos de conflicto). Desde su Ministerio de Asuntos Exteriores se ha declarado que: “The TPNW is an important treaty that can be seen as a way out to ‘a world without nuclear weapons’”<sup>89</sup>. No obstante, su línea sigue la dirección marcada al respecto por su gran aliado militar.

En cuarto lugar, fuera de la órbita de la OTAN y Estados Unidos, Bielorrusia es otro Estado a tener en cuenta, sobre todo a raíz de los últimos acontecimientos. Pese a todo, Bielorrusia sigue sin contar, de momento, con armas nucleares en su territorio<sup>90</sup>, aunque los últimos acontecimientos (que repasaremos, al menos brevemente, a continuación) le empujan inexorablemente a ingresar en el último grupo de Estados analizados en este epígrafe.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> GOVERNMENT OFFICES OF SWEDEN, *Ministry for Foreign Affairs – H. E. Mr. Jens Stoltenberg, Secretary General. NATO Headquarters. Brussels*, 5 de julio de 2022.

<sup>86</sup> La cercanía geográfica con Corea del Norte, o la preeminencia de China como potencia en la zona del Indo Pacífico, refuerzan la alianza estratégico militar de Estados Unidos con estos dos Estados.

<sup>87</sup> JOINT STATEMENT OF THE U.S – JAPAN SECURITY CONSULTATIVE COMMITTEE (“2+2”), 6 de enero de 2022. Disponible en: <https://www.state.gov/joint-statement-of-the-u-s-japan-security-consultative-committee-22/>

<sup>88</sup> 54TH UNITED STATES – REPUBLIC OF KOREA SECURITY CONSULTATIVE MEETING, 3 de noviembre de 2022. Disponible en: <https://www.defense.gov/News/Releases/Release/Article/3209105/54th-security-consultative-meeting-joint-communicue/>

<sup>89</sup> Según el International Campaign to Abolish Nuclear Weapons, el 75% de la población japonesa considera que Japón debería ser parte del TPN. Véase: <https://www.icanw.org/japan>

<sup>90</sup> PRESS CONFERENCE BY FOREIGN PRESS SECRETARY ONO HIKARIKO, MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, 15 de junio de 2022. Disponible en: [https://www.mofa.go.jp/press/kaiken/kaiken24e\\_000139.html](https://www.mofa.go.jp/press/kaiken/kaiken24e_000139.html)

<sup>90</sup> Al momento de escribir estas líneas, el *International Campaign to Abolish Nuclear Weapons* aún no lo identifica como un Estado que albergue armas nucleares.

Pese a que con la desaparición de la URSS, Bielorrusia cedió a Rusia sus 81 cabezas nucleares, el 27 de febrero de 2022, comenzada ya la invasión de Ucrania, un referéndum aprobaba la modificación de su constitución, eliminando así su histórica neutralidad nuclear<sup>91</sup> y permitiendo, por tanto, que su íntimo aliado pudiera albergar armas nucleares en su territorio cuando ambos lo estimaran pertinente. A este respecto, Alexander Lukashenko admitió que Bielorrusia estaría dispuesta a ello en caso de que “rivals and oponents took foolish, unreasonable steps”<sup>92</sup>.

Esta amenaza se vio reflejada en la práctica el 25 de marzo de 2023, cuando Vladimir Putin anunció que se había llegado a un acuerdo para desplegar armas nucleares tácticas en Bielorrusia:

“Aquí tampoco hay nada inusual (...) Estados Unidos ha estado haciendo esto durante décadas. Ha desplegado durante mucho tiempo sus armas nucleares tácticas en el territorio de sus países aliados”<sup>93</sup>.

Una posición que, de hecho, contradecía lo defendido por este mismo Estado en el marco de la Décima Conferencia ocho meses atrás:

“There are U.S. nuclear weapons on the territory of non-nuclear bloc allies. Its practical use is being exercised with the involvement of non-nuclear members of the bloc. Such actions, which are contrary to Articles I and II of the NPT, not only continue to be a significant negative factor for international and European security, but also increase the risk of nuclear conflict and generally hamper nuclear disarmament efforts. U.S. nuclear weapons must be withdrawn to the national territory, the infrastructure of their deployment in Europe must be eliminated, and the practice of NATO ‘joint nuclear missions’ must be stopped”<sup>94</sup>.

Con este cambio, ahora Rusia, en esto sí, considera conveniente alinearse con la doctrina defendida por Estados Unidos y la OTAN, y entender que esta estrategia no va en contra de los compromisos afianzados en el TNP.

Como no podía ser de otra manera, el movimiento coordinado entre Moscú y Minsk ha sido duramente criticado. La Unión Europea, de la mano del Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, apuntó a futuras sanciones por suponer “una amenaza para la seguridad europea”<sup>95</sup>.

<sup>91</sup> DEMURTAS, Alessandro, *op.cit.*, p. 45.

<sup>92</sup> EURONEWS, Belarus ready to host ‘nuclear weapons’ in case of Western threat, says Lukashenko, 17 de febrero de 2022. Disponible en: <https://www.euronews.com/2022/02/17/belarus-ready-to-host-nuclear-weapons-in-case-of-western-threat-says-lukashenko>

<sup>93</sup> BBC, Putin asegura que Rusia desplegará armas nucleares en Bielorrusia, 25 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-6507854>

<sup>94</sup> STATEMENT BY THE DEPUTY HEAD OF THE DELEGATION OF THE RUSSIAN FEDERATION, Main Committee II, Tenth Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 8 de agosto de 2022.

<sup>95</sup> EL PERIÓDICO DE ESPAÑA, La UE amenaza con más sanciones a Rusia si envía armas nucleares a Bielorrusia, 26 de marzo de 2023. Disponible en: <https://www.epe.es/es/internacional/20230326/ue-amenaza-sanciones-rusia-envia-armas-nucleares-bielorrusia-85210358>

Por su parte, la Alta Representante de la ONU para Asuntos de Desarme, en declaraciones ante Consejo de Seguridad, alegó:

“The issue of the hosting by a non-nuclear weapon State of a nuclear-weapon State’s nuclear weapons is one that has existed for decades, across various regions and under different arrangements. *These arrangements pre-date the NPT, with the exception of the recent announcement*”<sup>96</sup>.

Sin poder entrar en profundidad a valorar estas declaraciones, sí que es interesante, al menos anotar, la diferente calificación que parece que la Alta Representante está otorgando a los acuerdos sobre almacenaje de armas nucleares en territorio de Estados no nucleares, dependiendo de si el TNP está (o estaba) en vigor; cuando, evidentemente, estamos evaluando el mismo hecho y la problemática que se plantea es la misma: si estos acuerdos violan las obligaciones de los Estados en cuanto a la no proliferación, independientemente de quienes sean los implicados.

Siendo este el convulso contexto bielorruso, lo cierto es que, pese a todo, Bielorrusia no vota en contra de las Resoluciones anuales, sino que se ha abstenido en todas, incluida la de 2022. No participó en la negociación del tratado ni votó su adopción. Su posición, lejos de ser beligerante, es complaciente con los objetivos que persigue el tratado, pese a que no considera que vaya a alcanzar sus propósitos:

“Los proponentes de la codificación internacional de normas destinadas a la prohibición completa de las armas nucleares, que iniciaron el desarrollo del Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares (TPAN) fueron indudablemente guiados por un noble objetivo. Sin embargo, seamos realistas: ¿ha llevado esto a cambios significativos en el campo del desarme nuclear? La pregunta es retórica, dado que todos los países que poseen armas nucleares, sin excepción, continúan fuera del TPAN. Es ingenuo creer que esto sucederá en un futuro previsible”<sup>97</sup>.

### 3.1.3. *Estados que albergan armas nucleares*

Como ya anotamos, de los 5 Estados de la OTAN que albergan armas nucleares estadounidenses, 3 (Países Bajos, Bélgica y Alemania) participaron como Estados observadores en la Primera Reunión; no lo hicieron Italia ni Turquía. Ciertamente, estos 3 Estados han mantenido una posición de cierta colaboración (la cual ven como necesaria de cara a alcanzar el objetivo común del desarme) con el régimen del TPAN, más allá de su firme negativa a formar parte del tratado.

<sup>96</sup> BRIEFING BY MS. IZUMI NAKAMITSU HIGH REPRESENTATIVE FOR DISARMAMENT AFFAIRS, Briefing to the Security Council on threats to international peace and security, 31 de marzo de 2023. Sin resaltado en el original.

<sup>97</sup> INTERVENCIÓN MINISTRO DE RELACIONES EXTERIORES DE LA REPÚBLICA DE BIELORRUSIA ANTE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, Día Internacional para la Eliminación Total de las Armas Nucleares, 26 de septiembre de 2022. Traducción propia.

Países Bajos participó en la negociación y votación del tratado, siendo el único voto en contra<sup>98</sup>. Previamente, se abstuvo en la votación de la Resolución de 2016 que aprobaba el inicio de las negociaciones del TPNW, mientras que los otros 4 votaron en contra. Ya anotamos con anterioridad que, en su intervención en la Primera Reunión, Países Bajos apostó por “contribute to constructive dialogue”<sup>99</sup>. Posición parecida a la que sostuvo Alemania:

“We fully share the goal of achieving a world free of nuclear weapons and we recognize the motives and the engagement of TPNW States Parties in this regard. We especially value the humanitarian perspective put forward (...). Germany is committed to engaging in constructive dialogue and exploring opportunities for practical cooperation. We are interested to hear more about the “positive obligations” of the Treaty”<sup>100</sup>.

Por su parte, Bélgica ya intentó revertir su posición con respecto a las armas nucleares y en enero de 2020 se votó una resolución del Parlamento en la cual se obligaba al Gobierno a retirar las armas estadounidenses de su territorio y pasar a ser parte del TPNW<sup>101</sup>. No fue aprobada.

### 3.2. ¿“Ni ahora ni en el futuro”?

Teniendo en cuenta todo lo anterior, pasaremos a analizar si lo que ya sostuvo Alemania en el seno de la Primera Reunión (recordemos: “we are not bound by its provisions, nor do we accept the claim that its provisions are applicable under customary law—*now or in the future*”) se corresponde con el estado actual de la cuestión. Es decir, si bien “ahora” el TPNW no cuenta con una posición en el ordenamiento internacional lo suficientemente consolidada y aceptada como para considerar sus disposiciones, también, de carácter consuetudinario, desde aquí se defenderá que, a la vista de lo ya analizado, no es posible ser tan categóricos si hablásemos, como hace Alemania, de la posibilidad de que esto (la generación de normas consuetudinarias a raíz del TPNW) pudiera ocurrir “en el futuro”. De hecho, otros Estados se han pronunciado en el sentido contrario. Por ejemplo, el Grupo árabe (18 Estados) en el Primer Comité sobre Desarme y Seguridad Internacional, en el seno del 77 período de sesiones de la Asamblea General, afirmó que:

<sup>98</sup> En 2018, el Parlamento holandés ya pidió al Gobierno reexaminar el TPNW, de cara a que pudiera ver aumentado su apoyo entre los Estados de la OTAN e, igualmente, a estudiar su compatibilidad con la legislación nacional. PAX NO NUKES, *Dutch Parliament asks for more concrete steps in nuclear disarmament*, 21 de noviembre de 2018. Disponible en: <https://nonukes.nl/dutch-parliament-calls-on-the-government-for-concrete-steps-nuclear-disarmament/>

<sup>99</sup> STATEMENT BY THE NETHERLANDS, *First Meeting of States parties of the TPNW*, 22 de junio de 2022.

<sup>100</sup> STATEMENT BY HEAD OF THE GERMAN OBSERVER DELEGATION TO THE MSP, *op.cit.*

<sup>101</sup> EUROACTIV, *Belgium debates phase-out of US nuclear weapons on its soil*, 17 de enero del 2020. Disponible en: <https://www.euractiv.com/section/defence-and-security/news/belgium-debates-phase-out-of-us-nuclear-weapons-on-its-soil/>

“El Grupo de Estados Árabes también reafirma que el Tratado sobre la prohibición de las armas nucleares, en cuyas negociaciones participó activamente el Grupo, representa una nueva fuente consuetudinaria de derecho internacional que rige la esfera del desarme, que coloca a las armas nucleares en su posición lógica como armas cuya posesión, uso o incluso amenaza de uso contradicen las normas más básicas del derecho internacional humanitario, así como la amenaza directa que representan para la paz y la seguridad internacionales”<sup>102</sup>.

En efecto, de forma general, las posiciones defendidas por los representantes estatales en conferencias internacionales o en órganos de organizaciones internacionales han sido consideradas un medio de prueba fidedigno para la constatación de la existencia de una norma consuetudinaria<sup>103</sup>. Así, en el epígrafe anterior pudimos comprobar como una importante mayoría de los Estados que aún no son parte del TPAN, no cierran, en ningún caso, la puerta a una posible manifestación del consentimiento en un futuro a corto o medio plazo, pues comparten la finalidad del tratado. Este respaldo a los objetivos marcados por el TPAN se traduce, en la práctica, en los resultados de las votaciones a las Resoluciones anuales, anteriormente comentadas, que desde 2018 llaman a universalizar este instrumento. Un número nada desdeñable de Estados no parte del TPAN han venido votando regularmente a favor de las mismas. En la más reciente, de 28 de octubre de 2022, 124 Estados (64,2% de los Estados de Naciones Unidas) apoyaron el texto que recogía un pedido “a todos los Estados que aún no lo hayan hecho a que firmen, ratifiquen, acepten o aprueben el Tratado o se adhieran a él lo antes posible”<sup>104</sup>. De esos 124, comprobamos como exactamente la mitad de esos Estados (62) no son parte del TPAN<sup>105</sup>.

En cuanto al sentido de las votaciones, sin poder analizar por motivos de espacio los porqués (algunos comentados anteriormente), sí al menos mencionar que entre las 14 abstenciones, destacan las de Arabia Saudí (uno de los Estados hegemónicos de Oriente Medio), Argentina (único Estado latinoamericano que no vota a favor), Bielorrusia (aliado de Rusia, potencia

<sup>102</sup> DECLARACIÓN DEL GRUPO ÁRABE, 77º período de sesiones de la Primera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre Desarme y Seguridad Internacional, 3 de octubre de 2022. Traducción propia. Intervenciones similares en apoyo de este tratado también fueron brindadas, entre otros, por el Grupo africano, comentado anteriormente, la CARICOM (Comunidad caribeña) o la ASEAN (Estados del Sudeste asiático).

<sup>103</sup> CARNERERO CASTILLA, Rubén, “Las normas consuetudinarias internacionales”, en LÓPEZ MARTÍN, Ana Gemma, *Derecho Internacional Público*, Madrid, Dykinson, 2022, p.107. La Comisión de Derecho Internacional, en el proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura sobre “Identificación del derecho internacional consuetudinario”, se refiere como formas de práctica de los Estados a: “el comportamiento en relación con las resoluciones aprobadas por una organización internacional o en una conferencia intergubernamental”. COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, *Identificación del derecho internacional consuetudinario. Texto del proyecto de conclusiones aprobado por el Comité de Redacción en segunda lectura*, Doc. A/CN.4/L.908, 17 de mayo de 2018, p. 2.

<sup>104</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Tratado sobre la Prohibición de las Armas Nucleares*, Doc. A/RES/77/54, 7 de diciembre de 2022.

<sup>105</sup> ASAMBLEA GENERAL, *Desarme general y completo Informe de la Primera Comisión*, Doc. A/77/385, 14 de noviembre de 2022, p. 13–14.

nuclear), Serbia (Estado candidato a entrar en la Unión Europea), Islas Marshall (Estado con un amplio historial de víctimas por ensayos nucleares) o Ucrania (Estado invadido por una potencia nuclear).

Por último, los 43 votos en contra son perfectamente entendibles: 9 Estados nucleares, 5 Estados que albergan armas nucleares, el resto de Estados de la OTAN (incluidos Suecia y Finlandia, como próximos Estados miembros y Bosnia y Herzegovina, que mantiene una estrecha relación con esta organización<sup>106</sup>), Corea del Sur y Japón que, como vimos, dependen de la seguridad brindada por Estados Unidos, y Mónaco y Estados Federados de Micronesia que desde 2018 vienen votando en contra de esta Resolución.

En definitiva, pese a que efectivamente hablamos de una Resolución de la Asamblea General que únicamente “anima” a los Estados a ser parte de un tratado internacional, es decir, no contiene ninguna disposición con carácter normativo para que hablemos de codificación o cristalización, sí se muestra como un recurso sumamente útil de cara a demostrar el sostén del TPAN en la comunidad internacional. Esto es: contamos con un apoyo notable a una Resolución que anima a los Estados a ser parte de un tratado internacional, lo que podría dar muestras de una *opinio iuris* favorable al contenido de esa norma convencional, cuyo art. 1 sí posee base normativa y ya cuenta con un seguimiento generalizado en la comunidad internacional (no posesión de armas nucleares).

Ahora bien, ¿el respaldo que esta Resolución ha venido teniendo a lo largo de los años (no menos de 123 Estados desde el año 2018<sup>107</sup>) es suficiente como para que hablemos hoy de que el TPAN ya ha generado una norma consuetudinaria?

Pese a que constatamos la existencia de un apoyo reseñable a esta Resolución, este aún no se ha traducido en un aumento considerable de manifestaciones de consentimiento hacia el tratado. La generación de una norma consuetudinaria a raíz de un tratado internacional obedece al comportamiento *generalmente aceptado como derecho* entre los Estados no parte. Y en el epígrafe anterior remarcamos los motivos que han llevado a un gran número de ellos a mantener su posición por diferentes motivos. Así podemos aludir a Estados con un peso importante en sus propias regiones como Brasil y Colombia en América Latina, Indonesia en el Sudeste Asiático o Turkmenistán en Asia central. Ejemplos, todos ellos, de una práctica, digamos, poco uniforme: votan a favor de una Resolución animando a los demás a ser parte de un tratado del que ellos mismos no lo son. En consecuencia, constatamos que, siendo este el contexto actual, no podemos afirmar que el TPAN haya genera-

<sup>106</sup> NORTH ATLANTIC TREATY ORGANIZATION, *Relations with Bosnia and Herzegovina*, 12 de julio de 2022. Disponible en: [https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics\\_49127.htm](https://www.nato.int/cps/en/natohq/topics_49127.htm)

<sup>107</sup> En el año 2018, la Resolución obtuvo 126 votos a favor, 41 en contra y 16 abstenciones. En el 2019, 123 votos a favor, 41 en contra y 16 abstenciones. En el 2020, 130 votos a favor, 42 en contra y 14 abstenciones. En el 2021, 128 votos a favor, 42 en contra y 16 abstenciones.

do una norma consuetudinaria a la vista de la (aún poco general, constante y uniforme) práctica mantenida por los Estados no parte. Es más, en el caso de que se afirmara lo contrario y se entendiera que sí, difícilmente podría asegurarse que esa costumbre tuviera carácter universal, a la vista de la más que evidente existencia de Estados que se alzarían como objetores persistentes; siendo los más claros, los Estados nucleares.

En efecto, y es que, incluso en la más optimista de las situaciones, aquella donde todos los Estados que no votaron en contra este año de la Resolución se convirtieran en Estados parte del TPAN (como muchos de ellos, de hecho, alegan): ¿entonces, sí, se generaría costumbre internacional? Aquí nos encontraríamos ante una situación donde 138 Estados (el 71,5% de los Estados de Naciones Unidas) son parte de un tratado internacional que prohíbe la posesión de las armas nucleares. En ese hipotético escenario, la discusión quedaría más abierta, dado que, aunque sí pudiéramos hablar ya de generalidad en cuanto a la práctica, 43 Estados estarían obligados a demostrar su condición de objetores persistentes, si su intención siguiera siendo no verse vinculados por esta norma consuetudinaria; algo más fácil para los 9 Estados nucleares<sup>108</sup>, que para otros que ya han sido aquí analizados. Por ejemplo, Suecia votó en octubre de 2022 en contra de la Resolución anual, sí, pero en su momento votó a favor de la adopción del TPAN. Difícil sería para muchos, como pudimos comprobar en el epígrafe anterior, demostrar su oposición constante y expresa durante el proceso de formación de esta costumbre.

En cualquier caso y, en conclusión, estaríamos ante una situación que no por incierta en este sentido, dejaría de ser bienvenida; ello significaría que gran parte de la comunidad internacional ha actuado teniendo presente que deben primar los intereses por todos compartidos, por encima de los particulares de los Estados.

#### 4. CONCLUSIONES

Durante su intervención en la Décima Conferencia, Ucrania afirmó que: “Considering that we live in the world as it is, where over 95% of the UN membership does not possess nuclear weapons, providing non-nuclear states with effective negative security guarantees should be considered as a top priority”<sup>109</sup>.

Desde la adopción del TNP, las medidas aplicadas por los Estados nucleares para garantizar la seguridad de los no nucleares en su conjunto (y no solo la de sus aliados a través de la política de disuasión) han sido nulas. Como hemos ve-

---

<sup>108</sup> Para Sebastian Williams, sin embargo, Corea del Norte no sería, en este contexto, objetor persistente al no votar la Resolución de la Asamblea General que aprobaba el inicio de las negociaciones del TPAN. Tampoco India ni Pakistán al abstenerse. BRIXEY-WILLIAMS, Sebastian, *op.cit.*

<sup>109</sup> STATEMENT BY DEPUTY MINISTER FOR FOREIGN AFFAIRS OF UKRAINE, *General Debate of the Tenth Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*, 1 de agosto de 2022.

nido analizando, fue precisamente la ausencia de progresos para implementar el art. 6 del TNP la que animó a la adopción del TPAN; norma que se integraría en un sistema nuclear internacional rico y complejo. A este respecto, el avance que ha representado este tratado ha sido meridiano: representa el último y lógico paso al dar respuesta, en hechos concretos, a la obligación de emprender negociaciones orientadas al desarme nuclear. Además, estamos ante un instrumento que, salvo para un reducido número de Estados con una posición estratégica específica (de momento 14, entre Estados nucleares o Estados que albergan armas nucleares), es plenamente compatible con el TNP. Los argumentos puestos encima de la mesa para afirmar lo contrario responden más a cuestiones de quienes pretenden justificar su nula voluntad de ser parte de él, de cara a reafirmar sus propios intereses geoestratégicos, que a verdaderas razones jurídicas sobre su hipotética incompatibilidad.

El siguiente paso a este respecto es claro: reforzar la posición del TPAN dentro del sistema nuclear internacional, aumentando el número de Estados parte, y armonizar sus relaciones con los Estados del TNP. La presencia de cuatro Estados de la OTAN en la Primera Reunión fue un buen primer paso en este sentido, al demostrar, todos ellos, que es necesario (y posible) contribuir a un diálogo constructivo entre ambos regímenes, tal y como precisó Países Bajos. Los motivos son claros: la prohibición empuja necesariamente hacia la no proliferación. El objetivo, el desarme nuclear, es compartido por todos.

Por otro lado, solo el tiempo dirá si la prohibición de posesión de armamento nuclear se consolida como norma consuetudinaria. Pese a que jurídicamente es muy complicado, cuando no imposible, justificar hoy esta posición (como, por ejemplo, hizo el Grupo árabe en el Primer Comité sobre Desarme y Seguridad Internacional de la Asamblea General de Naciones Unidas), el apoyo que este tratado viene recibiendo en foros como la Asamblea General invita a pensar que no es un escenario imposible de alcanzar. Evidentemente, el contexto actual, bajo el manto de la invasión rusa de Ucrania, no promueve un clima favorable a la prohibición del arma nuclear (véanse los movimientos de Finlandia y Suecia, por un lado, y Bielorrusia, por otro), sin embargo, este mismo caldo de cultivo puede ser interpretado en el sentido opuesto: la propia existencia del arma nuclear es la que genera, por ella misma, un escenario de peligrosidad extrema. Australia, con su cambio de posición en la votación de la Resolución anual sobre el TPAN (del que aún no es parte), representa la perspectiva contraria: inclinarse hacia el desarme precisamente por lo convulso del contexto.

Reforzar el TPAN, aumentando sus Estados parte, e incitar a todos a ello, con independencia de que alberguen o no armas nucleares, o sean o no miembros de la OTAN, es el único camino, no solo para la futura generación de una norma consuetudinaria que prohíba la posesión de armas nucleares (obligando a quién alegue ser objetor persistente a que lo demuestre), sino para alcanzar el objetivo del propio TNP: el desarme.



LA APLICACIÓN DE LAS LEYES DE POLICÍA CONTENIDAS  
EN DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA. EL EJEMPLO  
DE LA REGULACIÓN DE LA CADENA ALIMENTARIA  
*THE ENFORCEMENT OF OVERRIDING MANDATORY  
PROVISIONS CONTAINED IN DIRECTIVES OF THE  
EUROPEAN UNION. THE EXAMPLE OF REGULATION  
IN THE FOOD CHAIN*

Elisa C. TORRALBA MENDIOLA\*

**RESUMEN**

LA APLICACIÓN DE LAS LEYES DE POLICÍA CONTENIDAS  
EN DIRECTIVAS DE LA UNIÓN EUROPEA. EL EJEMPLO DE LA REGULACIÓN  
DE LA CADENA ALIMENTARIA

La creciente tendencia a la adopción de normas calificadas como “ley de policía” suscita un renovado interés por la metodología del Derecho internacional privado. Algunas de esas reglas están contenidas en Directivas europeas, con la consecuencia de que su aplicación depende de las normas nacionales de transposición, lo que, en ocasiones, condiciona su eficacia. Con el objetivo de arrojar alguna luz en el debate acerca del alcance que haya que dar a las leyes de policía y de la lógica de admitir que se puedan oponer las de origen nacional frente a los ordenamientos de otros Estados miembros en un ámbito intra-Unión Europea armonizado, este trabajo analiza algunos de los problemas que se plantean en la transposición de la Directiva 2019/633, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario, con especial atención a la ley de transposición española (Ley 16/2021).

**Palabras clave:** Ley de policía. Directiva 2019/633. Norma de transposición. Ley 16/2021.

**ABSTRACT**

THE ENFORCEMENT OF OVERRIDING MANDATORY PROVISIONS CONTAINED  
IN DIRECTIVES OF THE EUROPEAN UNION. THE EXAMPLE OF REGULATION  
IN THE FOOD CHAIN

The increasing adoption of rules qualified as overriding mandatory provisions has led to a renewed interest in the methodology of private international law. Some of these rules are contained in European Directives, with the consequence that their application depends on national implementation rules, which sometimes conditions their effectiveness. With the aim of shedding some light on the debate about the scope to be given to overriding mandatory provisions and the logic of admitting that laws of national origin can be opposed to the laws of other Member States in a harmonised intra-European Union

---

\* Profesora titular de Derecho internacional privado en la Universidad Autónoma de Madrid (elisa.torralba@uam.es). La última fecha de consulta de todas las páginas webs mencionadas en este estudio es el 24 de noviembre de 2022.

environment, this paper analyses some of the problems that arise in the implementation of Directive 2019/633, on unfair trading practices in business-to-business relationships in the agricultural and food supply chain, with special attention to the Spanish transposition law (Law 16/2021).

**Keywords:** Overriding mandatory provisions. Directive 2019/633. Implementation rules. Law 16/2021.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LAS LEYES DE POLICÍA.—2.1. Cuestiones generales.—2.2. La calificación de una norma como ley de policía.—2.3. La aplicación de las leyes de policía.—3. EL EJEMPLO DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN LA CADENA ALIMENTARIA.—3.1. La Directiva 2019/633.—3.2. La Directiva 2019/633 como ley de policía.—3.3. La delimitación por los legisladores nacionales del ámbito de aplicación espacial de las normas de transposición.—3.4. La Directiva 2019/633 como norma de mínimos y el carácter imperativo de las normas nacionales de transposición.—4. LA LMFC COMO LEY DE POLICÍA.—4.1. El carácter *ius cogens* manifestado en la Exposición de Motivos.—4.2. El ámbito de aplicación de la LMFC definido en su artículo 2 y el alcance de su concepción como ley de policía.—5. CONCLUSIÓN.

## 1. INTRODUCCIÓN

La expansión del concepto de norma internacionalmente imperativa y la creciente adopción de reglas concebidas como tales por los Estados ha suscitado el interés de la doctrina en época reciente<sup>1</sup>. Quienes se ocupan de la cuestión ponen de relieve que esa realidad (el incremento de ese tipo de normas<sup>2</sup>) no se produce de manera aislada, sino que se sitúa en un contexto

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "Leyes de policía. El impacto de la pandemia en el Derecho internacional Privado", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2021, núm. extra 2, pp. 253-268; AÑOVEROS TERRADAS, Beatriz, *Plan de investigación para el concurso de acceso a una plaza de Catedrático contratado de Derecho Internacional Privado*, Universitat de Barcelona, 2020 (agradezco a la autora que me haya permitido disponer de este texto); HEMLER, Adrian, *Die Methodik der Eingriffsnorm im modernen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019: desde una perspectiva que no afecta solo a las leyes de policía, sino, en general, a las normas regulatorias extranjeras, LEHMANN, Matthias, "Regulation, global governance and private international law: squaring the triangle", *JPIL*, vol. 16, n° 1, 2020, pp. 1-30.

<sup>2</sup> En España no solo se trata de que textos adoptados en época reciente afirmen su carácter de ley de policía, sino de una mayor frecuencia del análisis también respecto de normas anteriores, algunas de ellas antiguas, aparentemente propiciado por una mayor internacionalización de nuestra economía y un progresivo mejor conocimiento de los instrumentos de DIPr. Así, a título de ejemplo, la SAP Madrid, de 1 de marzo de 2022, ECLI:ES:APM:2022:2820, atribuye esa condición a las disposiciones de la Ley 57/1968, sobre percibo de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas respecto de las que afirma que se aplican incluso si la vivienda adquirida se sitúa fuera de España. La Audiencia entiende que la ley debe ser interpretada tomando en consideración la evolución en el desarrollo de la finalidad de la norma y la necesidad de interpretarla de acuerdo con la realidad social del tiempo actual, donde la defensa del consumidor exigida por la normativa europea se impone como tutela de oficio, y por tanto de orden público, acentuando la naturaleza imperativa de las normas. A cambio, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de junio de 2022, ECLI:ES:TSJM:2022:8061 ha negado el carácter de ley de policía al artículo 34 de la Ley 36/2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, y las correlativas disposiciones de las sucesivas leyes generales de presupuestos. El tribunal, en un pronunciamiento muy discutible al que tal vez le llevaron las circunstancias del caso concreto, rechazó atribuir esa calificación a ciertas reglas de la ley mencionada dado su carácter meramente procedimental, en una lectura excesivamente literal de la STJUE de 31 de enero de 2019, *Da Silva Martins*,

que resulta de la evolución de la concepción de la disciplina del Derecho internacional privado (DIPr) y responde, además, a la situación socio-histórica actual<sup>3</sup> caracterizada por una visión más soberanista que en épocas pasadas del propio ordenamiento.

Esa evolución se inició ya en el siglo XX, durante el que se produjo un importante cuestionamiento de la concepción del DIPr y sus objetivos, con el consiguiente impacto de las diferentes comprensiones del objeto de la disciplina en las propuestas metodológicas para abordarla. Fruto de ello fue el progresivo abandono de la visión savigniana del objeto del DIPr, en una aproximación que pone el acento en el sujeto de ese Derecho más que en el reparto de competencias entre los Estados y que trajo una puesta en cuestión de las normas de conflicto bilaterales y de la neutralidad como principio informador<sup>4</sup>. Ello condujo a la tendencia a la especialización y a la materialización de las normas<sup>5</sup>, a la adopción progresivamente más frecuente de normas unilaterales que pretenden la consecución de determinados fines y a una cada vez mayor relevancia de la autonomía de la voluntad como criterio de conexión. A todo ello se ha unido en época reciente un incremento de la adopción de normas de carácter regulatorio o protectoras de bienes o intereses colectivos que, además, pretenden su aplicación extraterritorial y que inciden en la esfera de las relaciones privadas<sup>6</sup>. En ese contexto ha llegado a

---

C-149/18, ECLI:EU:C:2019:84. Por otra parte, la pandemia motivó la adopción de multitud de normas susceptibles de ser calificadas como ley de policía (*vid.* al respecto, RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, *op. cit.*; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Medidas de emergencia y contratos internacionales” en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62503/1/PADemiguelAsensio%20LaLey%20UE%20n%2081%2005.pdf>).

<sup>3</sup> Se sigue en esta relación a RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, *ibidem*, pp. 254-257. Sobre la evolución del DIPr y sus respuestas a nuevos *topoi* en los que se mueve el DIPr del siglo XXI, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Orientaciones del Derecho internacional Privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 9, 2000, pp. 7-32.

<sup>4</sup> REINMANN, Mathias, “Are there universal values in choice of law rules? Should there be any?” en FERRARI, Franco y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.(eds.), *Private international law. Contemporary Challenges and Continuing Relevance*, Cheltenham, Elgar, 2019, pp. 188-189; WELLER, Marc P. y SCHULZ, Alix, “Political Private International Law: How European are Overriding Mandatory Provisions and Public Policy Exceptions?”, en VON HEIN, J./KIENINGER, E.-M./RÜHL, G. (eds), *How European is European Private International Law?*, Cambridge Intersentia, 2019, pp. 285-304.

<sup>5</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Rec. des Cours*, vol. 287, 2000, pp. 9-426; FRANQ, Stéphanie “Party autonomy and regulation: Public interests in Private international law”, *Japanese Yearbook of International Law*, 2016, pp. 270-275.

<sup>6</sup> En algunos casos se considera que la obtención de las finalidades perseguidas por la regulación de ciertas cuestiones se alcanza mejor si a las normas de naturaleza jurídico-pública y los mecanismos para asegurar su cumplimiento desde la perspectiva regulatoria se añaden otros de naturaleza jurídico-privada que permiten a los individuos exigir el cumplimiento de las normas e indemnizaciones por el daño causado por dicho incumplimiento. El ejemplo más claro es el sector del Derecho de la competencia, en el que a la regulación del mercado, a partir de la prohibición de las prácticas anticoncurrenciales recogida en los artículos 101 a 109 del TFUE y desarrollada en un amplio elenco de normas de Derecho derivado, se unen las reglas destinadas a permitir el resarcimiento de los particulares de los daños causados por la infracción de ese marco regulatorio, a través de la Directiva 2014/104 (Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, DOUE de 5 de diciembre de 2014, n°

plantearse la cuestión de si nos encontramos ante un cambio de paradigma en la comprensión de esta rama del ordenamiento<sup>7</sup>.

A los elementos señalados hay que añadir, además, el papel de la Unión Europea y el fenómeno de la integración que representa, que incide en la manera en que se plantean los problemas de DIPr y obliga a llevar a cabo una revisión de las respuestas a algunos de ellos.<sup>8</sup> Así, en la actualidad las leyes de policía no solo emanan de las legislaciones nacionales, sino también del legislador de la Unión Europea que encuentra en ellas un instrumento para favorecer la realización del mercado interior. Cuando ese carácter de ley de policía se atribuye a una Directiva cuya aplicación en los Estados miembros se realiza a través de sus respectivas normas de transposición, las consecuencias de dicha calificación no se plantean en los mismos términos que cuando nos situamos fuera de un sector armonizado a través de ese tipo de normas y se generan problemas cuyo análisis es útil abordar a fin de conseguir una mayor eficacia en su funcionamiento y, en general, en el del DIPr.

Partiendo de esta última premisa, el objeto de este trabajo no es aportar soluciones al debate sobre el papel del DIPr. y las mejores formas de responder adecuadamente a las realidades sobre las que se proyecta, sino, de manera más modesta, analizar algunos elementos que se plantean en la aplicación de las normas imperativas contenidas en Directivas europeas y hacerlo a través del ejemplo de la Directiva 2019/633, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario<sup>9</sup> y de la norma española de transposición, la Ley 16/2021, por la que

L 349, pp. 1-19). También puede situarse aquí, por ejemplo, la protección de datos, dada la combinación de la técnica regulatoria con la apertura de una acción destinada a obtener el resarcimiento de los daños generados por el incumplimiento de las normas, tal como resulta de lo previsto en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE L 119, de 4 de mayo de 2016). Sobre estas cuestiones, DE MIGUEL ASENSIO, Pedroro Alberto, "Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento general sobre protección de datos de la Unión Europea", *REDI*, vol. 69, n° 1, 2017, pp. 75-108); RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "Conflict of Laws comes to the rescue of competition law", *JPIL*, vol. 5, 2009, pp. 311-336.

Junto a ello, en otras ocasiones las normas que persiguen un interés público interfieren de manera natural en la esfera de las relaciones privadas, por ejemplo, porque al prohibir un comportamiento obligan a plantear qué ocurre si el mismo se impone como obligación a una de las partes en una relación contractual (ejemplo de ello es la normativa que regula las prácticas desleales en la cadena alimentaria, como se verá en páginas posteriores).

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "Leyes de policía...", cit., pp. 264-266.

<sup>8</sup> Sobre el papel del DIPr ante los procesos de unificación internacional del Derecho privado, en general, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *op. cit.*, pp.19-21; BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, "La comunitarización del Derecho internacional privado: pasado, presente y futuro", *Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2001, n° 1, pp. 285-318; MOYA, Djoleen, "Conflicts intra-européens de lois et conflits de souverainetés", *JDI*, 2020, pp. 529-569, p. 532-533.

<sup>9</sup> Directiva (UE) 2019/633 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativa a las prácticas comerciales desleales en las relaciones entre empresas en la cadena de suministro agrícola y alimentario (DOUE L 111, de 25 de abril de 2019).

se modifica la Ley 12/2013, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria<sup>10</sup> (LMFCA).

El ejemplo escogido nos sitúa en el sector contractual, pese a que el uso de las leyes de policía no se limita a él. Sin embargo, sí que es en ese ámbito donde la autonomía de la voluntad juega un papel más relevante, su hábitat natural, y es, por tanto, también donde la tensión entre una norma de conflicto que la incorpora como punto de conexión y permite la aplicación de un ordenamiento escasamente vinculado en términos objetivos con el supuesto y los intereses estatales y sociales de un Estado más vinculado con la situación se manifiesta de manera más clara. Todo ello sin perjuicio de que las leyes de policía puedan operar también en los casos en los que sean disposiciones no basadas en la autonomía de la voluntad las que conduzcan a la aplicación de un Derecho concreto<sup>11</sup>.

Con la finalidad señalada se delimita en primer lugar el concepto de ley de policía (2.1 y 2.2) y se plantean de manera general algunas de las cuestiones relacionadas con la aplicación de este tipo de normas (2, 3). Tras ello se analiza la Directiva 2019/633 (3.1), su consideración como ley de policía (3.2), la manera en que algunas de las normas nacionales de transposición delimitan su ámbito de aplicación espacial (3.3) y la condición de mínimos de la Directiva ligada al posible carácter imperativo de las normas nacionales de transposición (3.4). Por último, se analiza el carácter de ley de policía de la LMFCA (4) para acabar con algunas reflexiones, a modo de conclusión (5).

## 2. LAS LEYES DE POLICÍA

### 2.1. Cuestiones generales

Las leyes de policía son normas que un Estado —o una organización supranacional, como la Unión Europea<sup>12</sup>— considera de una relevancia tal que

---

<sup>10</sup> Ley 16/2021, de 14 de diciembre, por la que se modifica la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, BOE nº 299, de 15 de diciembre de 2021.

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales”, *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 2857-2882, p. 2859. Apunta este autor que la progresiva extensión de la autonomía de la voluntad como criterio de conexión a otras materias, parece unirse a una mayor necesidad de procurar la eficacia de normas imperativas de ordenamientos estrechamente vinculados con la situación privada de que se trate.

<sup>12</sup> Aunque el artículo 9 Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I, DOUE L 177, de 4 de julio de 2008 se refiere a disposiciones de “un país” la posibilidad de que estas normas emanen del legislador de la Unión Europea no plantea dudas hoy día. A cambio, se ha cuestionado que el legislador pueda estatal adoptar leyes de policía en una situación en la que la norma de conflicto emana del legislador europeo, cuestionamiento que no deja de resultar artificial dado el tenor literal del artículo 9 RRI (PIOVESANI, Ennio, “Italian Self-Proclaimed Overriding Mandatory Provisions to Fight Coronavirus”, en *Conflictoflaws.net*, (<https://conflictolaws.net/2020/italian-self-proclaimed-overriding-mandatory-provisions-to-fight-coronavirus/>) marzo 2020 y con más matizaciones en “Overriding mandatory provisions in the context of the COVID-19 pandemic”, *Blog ilCaso.it*, 18 noviembre 2020 (<https://blog.>

deben ser aplicadas incluso en situaciones internacionales en las que, en virtud de las normas de conflicto, la relación jurídica de que se trate debería regirse por una ley distinta. En la esfera contractual, su definición en la Unión Europea se recoge en el artículo 9 del Reglamento 598/2008 (RRI), que las describe como aquellas disposiciones “cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento”.

Si bien este tenor literal parece limitarlas a las normas ordopolíticas, la discusión sobre su extensión ha sido una constante y la posibilidad de incluir en este concepto también disposiciones destinadas a proteger los intereses de alguna de las partes (consumidores o trabajadores, por ejemplo) objeto de un intenso debate, como se indica en el epígrafe siguiente. Incluso resuelto el problema de su calificación, la aplicación de las leyes de policía puede plantear cuestiones adicionales, dado que con frecuencia los legisladores no delimitan de manera expresa su ámbito de aplicación espacial y se hace necesario concretarlo a partir de su tenor literal, objetivos y finalidades, en un forzoso análisis casuístico<sup>13</sup>. En esa actividad calificadora es necesario no atribuir a las normas una extensión que vaya más allá de lo razonable, dadas las consecuencias de su aplicación en la esfera internacional (i.e. impedir la normal aplicación, en toda su extensión, de la ley que resulta aplicable en virtud de las normas de conflicto). Estas consecuencias son especialmente relevantes cuando se proyectan sobre la autonomía de la voluntad, limitándola, en un contexto como el que aquí se analiza —el contractual— que sitúa ese principio en la base de su construcción. Es precisamente esta consecuencia una de las razones que tradicionalmente se esgrimen para defender una interpretación restrictiva del concepto<sup>14</sup>.

## 2.2. La calificación de una norma como ley de policía

La interpretación del concepto de ley de policía como comprensiva no solo de normas ordopolíticas, sino también, en la esfera contractual, de ciertas reglas que persiguen un interés de parte ha sido muy discutida, pero es la imperante en la actualidad<sup>15</sup>, en los términos que se exponen a continuación,

---

ilcaso.it/news\_1013/18-11-20/verriding\_mandatory\_provisions\_in\_the\_context\_of\_the\_COVID-19\_pandemic).

<sup>13</sup> DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Derecho imperativo...”, cit., p. 2866.

<sup>14</sup> STJUE de 18 de octubre de 2016, as. C-135/15, *Nikiforidis*, ECLI:EU:C:2016:774, apartados 43-44.

<sup>15</sup> La jurisprudencia alemana ha adoptado tradicionalmente una posición restrictiva (véanse, por ejemplo, las sentencias del *Bundesgerichtshof* en los casos XI ZR 82/05, BGH 165, 248, 255-259, sobre la Directiva en materia de crédito al consumo, o X ZR 19/08, BGHZ 182, 24, par. 32, sobre la Directiva en materia de cláusulas contractuales desleales. A cambio, en Francia la posición jurisprudencial ha sido más laxa (sentencia de la Cour de Cassation de 23 de mayo de 2006, Cass.civ., Ire, caso 03-15.637, Bulletin 258). Sobre estas distintas aproximaciones, KUIPERS, Jan. J. y MIGLIORINI, Sara, “Quést ce

y responde, asimismo, a la concepción del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)<sup>16</sup>. Desde esa perspectiva, la calificación de la norma depende del interés que defiende, de manera que aquellas que persigan intereses generales lo suficientemente relevantes se incluirán en el concepto de ley de policía<sup>17</sup>, mientras que las normas imperativas de protección que buscan únicamente el interés de parte encuentran en el sistema del RRI otras vías de aplicación (artículos 6, 7 y 8 del RRI, en relación con los contratos de consumo, seguros y trabajo, respectivamente, o artículo 3, apartados 3 y 4, que limitan, en situaciones específicas, la autonomía de la voluntad para impedir que se eluda la aplicación de disposiciones “que no puedan excluirse mediante acuerdo”). La dificultad estriba en que esa distinción no resulta siempre clara y que con frecuencia disposiciones adoptadas en defensa de un interés general pueden afectar, a su vez, a una parte contractualmente necesitada de protección (consumidor, agente, trabajador, etc)<sup>18</sup>.

Del mismo modo, disposiciones que parecen buscar la protección de intereses contractuales pueden tener consecuencias en la esfera de los intereses generales que justifiquen su calificación como ley de policía. Así lo ha entendido el propio TJUE cuando ha considerado que unas normas —las reguladoras del contrato de agencia— inicialmente adoptadas con el objetivo de defender a una parte débil en una relación contractual pueden ser leyes de policía porque la finalidad de las disposiciones de la Directiva 86/653/CEE,<sup>19</sup> cuyo carácter de ley policía se afirma, “es proteger, a través de la categoría de los agentes comerciales, la libertad de establecimiento y el juego de una competencia no falseada en el mercado interior”<sup>20</sup>. Así, si bien la Directiva defiende en primera instancia un interés particular, ello no impide su calificación como ley de policía si, al mismo tiempo, persigue una finalidad de interés general. Dicho de otro modo, aunque la ley de policía deba defender un interés general, el hecho de que, además, este conviva con intereses particulares no modifica su calificación.<sup>21</sup>

Uno de los problemas que plantea la identificación de estas normas es que, con frecuencia, su finalidad no resulta explicitada en términos que permitan

---

que sont les lois de police? Une querelle franco-allemande après la communautarisation de la Convention de Rome”, *European Review of Private Law*, vol. 19, n° 2, 2011, pp.187-207.

<sup>16</sup> STJUE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade*, C-369/96 y C-376/96, ECLI:EU:C:1999:755; de 9 de noviembre de 2000, *Ingmar*, C-381/98, ECLI:EU:C:2000:605; de 6 de octubre de 2009, *Asturcom*, C-40/08, ECLI:EU:C:2009:615; de 17 de octubre de 2013, *UNAMAR*, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “Leyes de policía...” cit, pp. 260-261.

<sup>18</sup> Sobre la dificultad de la delimitación, FRANQ, S Stéphanie, *op. cit.*, pp. 270-275.

<sup>19</sup> Directiva 86/653/CEE, del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, DO L382, de 31 de diciembre de 1986.

<sup>20</sup> C-381798, *Ingmar*, FJ 24. El TJUE no utiliza en este caso el término “ley de policía”, que sí emplea, sin embargo, en el asunto C-184/12, *UNAMAR*.

<sup>21</sup> CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel, “Incidencia de las normas imperativas en los contratos internacionales: especial referencia a las normas de terceros Estados desde una aproximación europea”, *CDT*, vol. 9, n° 2, 2017, pp. 174-193, p. 179.

definir de manera indubitada su carácter, lo que obliga a analizar la voluntad del legislador. En esa línea, el hecho de que la norma establezca sanciones para el caso de incumplimiento puede ser un elemento relevante en esa calificación<sup>22</sup>, sin llegar a constituir un requisito para ella, y sin perjuicio de las dificultades que la aplicación de esas sanciones pueda presentar en supuestos internacionales. Pero, incluso en los casos en los que la voluntad del legislador puede resultar más clara, es posible cuestionarse si basta con ella para que una ley pueda considerarse de policía. La respuesta es forzosamente negativa: en la medida en que, en el ámbito de la Unión Europea, en la esfera contractual la noción de ley de policía se incluye en un texto que emana del legislador de la Unión Europea, el RRI, el concepto es autónomo y debe ser objeto de una interpretación uniforme, que limita la libertad de los Estados miembros a la hora de establecer qué normas de su ordenamiento tienen ese carácter<sup>23</sup> ya que lo contrario supone dejar en mano de cada legislador concreto la elevación a la categoría de supra-individuales de meros intereses privados<sup>24</sup>.

En consecuencia, la afirmación por parte de un Estado de que una norma es ley de policía no puede ser por sí sola determinante de esa condición<sup>25</sup>, sino que se hace necesario constatar en cada caso que la regla en cuestión responde al marco establecido en el artículo 9 RRI, función que recae sobre los tribunales que tienen que decidir sobre ese carácter y su incidencia —o no— sobre el juego de las normas de conflicto<sup>26</sup>. Si bien lo anterior se ha argumentado respecto de los Estados, debería ser extensible a la propia Unión Europea que, como se verá, en algunas de las normas adoptadas en época más reciente explicita su carácter de ley de policía. Si bien esa caracterización debería tener como consecuencia la simplificación de las soluciones, en la medida en que evitaría acudir al TJUE a la búsqueda de calificaciones *in*

---

<sup>22</sup> Así lo ha entendido GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José, para quien un dato para determinar la voluntad del legislador estatal de atribuir a sus reglas carácter internacionalmente imperativo puede ser que se asocie a ellas una sanción específica en caso de incumplimiento (“Artículo 8” en *Comentarios al Código civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.), tomo 1 (arts. 1 a 151), 2013, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 177-180).

<sup>23</sup> CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel, *op. cit.* p. 178; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Medidas de emergencia y contratos internacionales”, <https://eprints.ucm.es/id/eprint/62503/1/PADemiguelAsensio%20LaLey%20UE%20n%2081%2005.pdf>

<sup>24</sup> VON BAR, Christian y MANKOWSKI, Peter, *Internationales privatrecht*, Vol. I, 2ª ed., Munich, Beck, 2003, núm. 99.

<sup>25</sup> El Derecho de la Unión Europea debe funcionar como límite a esa facultad estatal de calificación (TORRALBA MENDIOLA, Elisa C, “El bono por cancelación de viajes y los contratos sujetos a Derecho extranjero”, <https://www.ga-p.com/publicaciones/el-bono-por-cancelacion-de-viajes-y-los-contratos-sujetos-a-derecho-extranjero/>, en relación con el artículo 36.4 del Real Decreto 21/2020 en materia de viajes combinados, en su formulación inicial. Esta disposición fue modificada por la Disposición final 5ª del Real Decreto Ley 21/2020 a fin de adaptarla a la Recomendación (UE) 2020/648 relativa a los bonos ofrecidos a los pasajeros y a los viajeros como alternativa al reembolso de viajes combinados y servicios de transporte cancelados en el contexto de la pandemia de COVID-19 (DOUE L 151 de 14 de mayo de 2020).

<sup>26</sup> PIOVESANI, Ennio, “Italian self-proclaimed overriding mandatory provisions to fight coronavirus”, *cit.*

*casu*<sup>27</sup>, no debe impedir la actuación del TJUE en el caso de que el legislador se exceda en sus calificaciones<sup>28</sup>.

### 2.3. La aplicación de las leyes de policía

Como se ha apuntado, incluso resuelto el problema calificadorio y aceptada la caracterización de una norma como ley de policía, su ámbito de aplicación espacial puede resultar controvertido. Esta cuestión es relevante a la vista de las consecuencias de la aplicación de este tipo de normas: en la medida en que supone una excepción a la ley designada aplicable por la norma de conflicto, se hace necesario determinar el alcance de la ley de policía para establecer, a su vez, en qué casos opera la excepción<sup>29</sup>.

Así, por ejemplo, si se acepta que los artículos 17 y 18 de la Directiva 86/653 son ley de policía y que dichos preceptos se aplican incluso si las partes en el contrato de agencia se sometieron a la ley de un tercer Estado, es necesario determinar a qué casos pretenden su aplicación: ¿a todos en los que el agente esté domiciliado en la Unión Europea? ¿a aquellos en los que el territorio de la agencia se sitúe en la Unión Europea? En este caso concreto, el TJUE ha dado respuesta a una cuestión que la norma no regulaba expresamente al establecer la aplicación de la Directiva en todos los casos en los que el territorio en el que se desarrolla el contrato es el de un Estado miembro<sup>30</sup>. Sin embargo, cuando se descende a asegurar la aplicación de esos artículos de la Directiva a través de las normas de transposición nacionales, el problema puede resurgir. Solo una respuesta clara a la delimitación del ámbito de aplicación de esas normas y la adecuación de la definición de ese ámbito a los objetivos de la Directiva permite aplicar la ley de policía en sus justos términos.

Aunque algunas de las normas susceptibles de ser calificadas como “ley de policía”, especialmente las más recientes, determinan su ámbito de aplicación a través de una norma unilateral, muchas no lo hacen. Incluso entre las primeras, la interpretación de los criterios utilizados puede resultar compleja y, como se verá, en ocasiones dudosamente compatible con las reglas de la Unión Europea en materia de conflicto de leyes.

---

<sup>27</sup> Sobre estas cuestiones, UNGERER, Johannes, “Explicit legislative characterization of overriding mandatory provisions in EU Directives: Seeking for but struggling to achieve legal certainty”, *JPIL*, Vol. 17, 2021, nº 3, pp. 399-420.

<sup>28</sup> Si bien, a la vista de la sentencia en el asunto, C-381/98, *Ingmar*, al legislador europeo le bastaría con argumentar la afectación del mercado interior para justificar la presencia de un interés público suficiente para justificar el carácter de ley de policía de la norma.

<sup>29</sup> DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Derecho imperativo...”, cit., p. 2866. Sobre ese ámbito de aplicación y la cuestión de si debe derivar del contenido de la propia norma o si es necesario que se establezca en ella a través de una norma de conflicto unilateral, VISCHER, Frank, “General course on Private International Law”, *R des C.*, 1992, I (Vol. 2329), pp. 156-157.

<sup>30</sup> C-381/98, *Ingmar*. No obstante, como se verá en páginas posteriores, dado que las Directivas se aplican a través de las normas de transposición, eso no elimina todos los problemas.

Por otra parte, en aquellos casos en los que la ley de policía está incluida en una Directiva europea, al legislador de la Unión le basta, para asegurar su aplicación, que esta se articule a través de la de alguna de las normas estatales, siempre que lleven a cabo una correcta transposición del texto europeo. Esa afirmación se extiende tanto a los casos en los que dicha aplicación se pretende *ad extra* (frente a la ley de un tercer Estado), como a aquellos otros en los que se hace *ad intra*. De este modo, desde la perspectiva de la Unión Europea, en las situaciones *ad intra* la consideración de la norma como ley de policía es irrelevante y basta con garantizar el principio de primacía del Derecho de la Unión. Sin embargo, en la medida en que la Directiva deja margen de apreciación a los Estados y estos hacen uso de él, la cuestión cobra importancia desde la perspectiva estatal, a la vista de que, como indicó el TJUE en el asunto *UNAMAR*, incluso en un ámbito armonizado cabe el juego del artículo 9 RRI<sup>31</sup>.

En ese escenario, la manera en que los Estados determinen el ámbito de aplicación de sus reglas resulta particularmente relevante. Lo es para la Unión Europea porque la suma de esos ámbitos de aplicación nacionales debe asegurar, a su vez, que la Directiva se aplica en todas las situaciones que contempla. Cuando ello no ocurre, sus objetivos se ven en peligro y es necesario arbitrar mecanismos para asegurarlos. En este sentido, la revisión de las situaciones en las que es posible tomar en consideración las normas imperativas de Estados distintos del foro puede venir a paliar los inconvenientes que una circunstancia como la descrita puede generar. Pero la cuestión es también relevante desde la perspectiva estatal porque solo si el criterio de aplicación es similar en todos los Estados miembros (y acorde con la Directiva) puede asegurarse el respeto de la consideración internacionalmente imperativa de las normas de transposición de cada uno de ellos, en el caso de que todos las conciben así (y eso se refiere tanto a las reglas que resultan de la Directiva como a las que el legislador estatal adopta sin que ello resulte de una obligación impuesta por el texto europeo)<sup>32</sup>.

### 3. EL EJEMPLO DE LA DIRECTIVA RELATIVA A LAS PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN LA CADENA ALIMENTARIA

#### 3.1. La Directiva 2019/633

La Directiva 2019/633 tiene por objeto luchar contra las prácticas comerciales desleales<sup>33</sup> en las relaciones entre compradores y proveedores en la

<sup>31</sup> C-184/12, *UNAMAR*. El TJUE admite esta posibilidad con muchas cautelas: en el marco de su apreciación el juez nacional (de un Estado miembro de la Unión Europea) no debe poner en entredicho ni el efecto de armonización pretendido por la Directiva 86/653 (el supuesto se refería, como *Ingmar*, a un contrato de agencia) ni la aplicación uniforme del Convenio de Roma y debe valorar que, en el marco de este litigio, el Derecho que se dejaría de aplicar es otro Derecho europeo, correcta transposición de la Directiva.

<sup>32</sup> El debate acerca del alcance que se debe dar a la aplicación de una ley de policía de Estados distintos del foro se aborda en el epígrafe 3.3.

<sup>33</sup> En la terminología de su artículo 1, las prácticas “que se apartan manifiestamente de las buenas conductas comerciales, son contrarias a la buena fe y a la lealtad comercial y se imponen unilateralmente por una de las partes a la otra”.

cadena de suministro agrícola y alimentario<sup>34</sup>. A esos efectos, establece un listado no exhaustivo de prácticas comerciales prohibidas y de otras que lo estarán salvo que las partes expresamente las pacten en el contrato que las vincule (artículo 3), prevé la creación de autoridades en los Estados miembros encargadas de controlar a nivel nacional el cumplimiento de las prohibiciones que establece (autoridades de ejecución) con facultades de investigación, decisorias y sancionatorias (artículos 4 y 6), que deberán cooperar entre ellas (artículo 8), y establece las condiciones mínimas del procedimiento de denuncia que se pone a disposición del proveedor y que este puede plantear ante la autoridad del Estado miembro de su establecimiento o ante la del Estado miembro del establecimiento del comprador (artículo 5). El artículo 7 prevé, además, la posibilidad de que se recurra a mecanismos alternativos de solución de litigios, con independencia del procedimiento de denuncia.

Se trata de un texto de carácter regulatorio cuya finalidad primera es la defensa de un interés general, la competencia leal en el mercado<sup>35</sup>, pero que se proyecta sobre un sector fuertemente contractualizado. Así, las disposiciones de la Directiva se sitúan en un espacio entre el contrato y el Derecho de la competencia, ya que tratan de responder a los problemas del comercio agrícola al mismo tiempo que establecen la protección mínima para los operadores más débiles en la cadena de suministro, como los agricultores<sup>36</sup>. Dicho de otro modo, si bien el contenido de la norma es esencialmente regulatorio, el modo en el que incide sobre los contratos la convierte en un instrumento con doble proyección, público-privada<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Este un sector que estaba necesitado de regulación porque a él no se aplica la Directiva 2005/29, sobre prácticas comerciales desleales, que solo contempla las relaciones entre empresas y consumidores, ni las Directivas 2006/114 o 2011/7. Ni siquiera las normas del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en materia de competencia se extienden en principio al sector agrícola (arts. 101ff y 42, 1 TFUE).

<sup>35</sup> La norma ha sido objeto de numerosas críticas y opiniones encontradas: CAFAGGI, Fabrizio y IAMICELI, Paola, "Unfair Trading Practices in Food Supply Chains. Regulatory Responses and Institutional Alternatives in the Light of the New EU Directive", 2019, <https://ssrn.com/abstract=3380355>; PISZCZ, Anna, "EU Directive on Unfair Trading Practices in Business-to-Business Relationships in the Agricultural and Food Supply Chain: Dipping a Toe in the Regulatory Waters?", en MESKIC, Z, KUNDA, I, POPOVIĆ, Dušan V, OMERović, Enis (eds.), *Balkan Yearbook of European and International Law*, Cham, Springer, 2019, pp. 109-127; SCHEBESTA, Hanna, VERDONK, Tom, PURNHAGEN, Kai P y KEIRSBILCK, Bert, "Unfair Trading Practices in the Food Supply Chain: Regulating Right?", *European Journal of Risk Regulation*, 2018, vol. 9, n° 4, pp. 690-700.

<sup>36</sup> UNGERER, Johannes, *op. cit.*, p. 404.

<sup>37</sup> PAZ-ARES, Teresa y SAINZ DE AJA, Borja, "Cuestiones clave de la reforma de 2021 de la Ley de Medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n° 58, 2022, pp. 48-69, p. 57. Señalan estos autores que la regulación de las prácticas desleales en la cadena alimentaria presenta como particularidad esa contractualización y que eso constituye un punto diferencial respecto de la normativa en materia de competencia desleal que se formó en torno a la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, la existencia de un vínculo contractual no modifica el juicio de desvalor y "se da así una superposición de prácticas desleales (con los remedios de la LMFCA, y eventualmente de la Ley 3/1991 o de la Ley 1/2019) y contractuales (con los remedios propios del Derecho de obligaciones)".

En esta línea, la prohibición de ciertas prácticas comerciales que se reputan desleales incide sobre aquellos contratos que contienen pactos que las contravengan, respecto de los que, aparte de las sanciones administrativas a las que puedan dar lugar, habrá que determinar, en la esfera del Derecho privado, cuáles son las consecuencias de esa contravención (nulidad de la cláusula e integración del contrato por vía judicial/nulidad del propio contrato, etc.) cuestión que queda a los Derechos nacionales.

En la medida en que se proyecta sobre los contratos, esta regulación, que limita la libertad contractual en la Unión Europea, puede incentivar la inclusión en ellos de pactos de sumisión al Derecho de un tercer Estado menos exigente en la protección del sector agroalimentario y de los contratos que en él se celebran, con la finalidad de excluir la aplicación de las normas derivadas de la Directiva, razón por la que ésta hace explícito su carácter de ley de policía.

### 3.2. La Directiva 2019/633 como ley de policía

El apartado 4 del artículo 3 de la Directiva afirma expresamente la condición de ley de policía de las prohibiciones establecidas en los apartados 1 y 2 del mismo precepto, que recogen sendos listados de prácticas comerciales desleales<sup>38</sup>. Incluso sin esa expresa declaración la calificación resultaría evidente, dada la finalidad perseguida por la norma y los mecanismos arbitrados para conseguir sus objetivos que, como se ha visto *supra*, se sitúan en lo esencial en la esfera de lo regulatorio<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> Así lo establece el apartado 4 de dicho artículo 3: “Los Estados miembros se asegurarán de que las prohibiciones establecidas en los apartados 1 y 2 constituyan leyes de policía aplicables a cualquier situación que entre en su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la normativa aplicable al contrato de suministro entre las partes”. No ha venido siendo esta calificación expresa una técnica habitual en las Directivas europeas (no se encuentra, como se ha visto en la Directiva 86/653, sobre el contrato de agencia), pero el legislador parece estar cada vez más preocupado por estas cuestiones y la caracterización expresa como ley de policía también se encuentra en el artículo 68, 6 de la Directiva 2014/59, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, por la que se establece un marco para la recuperación y la resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, y por la que se modifican la Directiva 82/891/CEE del Consejo, y las Directivas 2001/24/CE, 2002/47/CE, 2004/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE y 2013/36/UE, y los Reglamentos (UE) n° 1093/2010 y (UE) n° 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, DOUE n° 173, de 12 de junio de 2014 (si bien referida únicamente al contenido de dicho artículo 68).

<sup>39</sup> No todas las versiones lingüísticas recogen el carácter de ley de policía de la Directiva con la misma claridad. Así, mientras resulta evidente en las versiones española o inglesa, que emplean los mismos términos que el artículo 9 RRI, no ocurre lo mismo en la alemana, en la que se evita el término tradicional de *Eingriffsnormen* para sustituirlo por *übergeordnete zwingende Bestimmungen* o en la francesa, en la que, en lugar de hablar de *loi de police* se utilizan los términos *dispositions impératives dérogatoires*. Por ello, si la declaración del legislador pretendía evitar la necesidad de interpretación jurisprudencial sobre el carácter de la norma, parece que las deficiencias en la técnica empleada pueden conducir a que sea necesario acudir finalmente a la intervención del TJUE (UNGERER, Johannes., *op. cit.*, pp. 406-408).

Por otra parte, su artículo 1.2 establece que “La presente Directiva se aplicará a las ventas entre un proveedor y un comprador cuando uno de los dos, o ambos, estén establecidos en la Unión”, así como, en los mismos casos, a los servicios prestados por un comprador al proveedor. Basta, pues, con que una de las partes esté establecida en la Unión Europea para que la Directiva se aplique, con la consecuencia de que las disposiciones de los apartados 1 y 2 de su artículo 3 deberán aplicarse a cualquier contrato celebrado en su ámbito material en el que una de las partes tenga su establecimiento en la Unión Europea, con independencia de que pueda regirse por la ley de un tercer Estado en virtud de las normas de conflicto del RRI. Así, la ley del tercer Estado, que, en su caso, pudiera regir el contrato, deberá convivir con las disposiciones de la Directiva —*rectius*, de las normas de transposición— con incidencia sobre aquél en la medida en que tienen carácter de ley de policía (obligando, por ejemplo, si esa fuera la consecuencia que la norma de transposición atribuye a la vulneración de las prohibiciones, a tener por no puestos los plazos de cancelación de los pedidos establecidos en el contrato que contravinieran lo dispuesto en la ley, o los pactos acerca de quién debe soportar los costes del deterioro o la pérdida de los productos).

Como se ha apuntado, esta voluntad de la Directiva de aplicar los apartados 1 y 2 de su artículo 3 como ley de policía se satisface, desde la perspectiva de la UE, si sus preceptos son aplicados en los supuestos comprendidos dentro de su ámbito de aplicación, pero es irrelevante que esa aplicación se produzca a través de uno u otro de los distintos Derechos estatales —de Estados miembros— siempre que estos constituyan una correcta transposición del texto europeo<sup>40</sup>.

Desde una perspectiva *ad extra*, y teniendo en cuenta solo los objetivos de la Unión Europea, el juego del artículo 9.1 del RRI resuelve, en principio, adecuadamente la situación: la ley del tercer Estado resultará excepcionada por la norma del foro, en tanto que ley de policía, y asegurará el cumplimiento de los intereses de la Unión. No obstante, que eso sea cierto en todos los

---

<sup>40</sup> No obstante, en la medida en que en esos Estados se haya hecho uso de la posibilidad de adoptar normas más estrictas, para los particulares no resulta irrelevante el Derecho aplicado, y tampoco lo es para los propios Estados miembros si estos configuran sus reglas —en las que van más allá de lo exigido por la Directiva— como leyes de policía. Por otra parte, cabría plantear si, en caso de que la ley extranjera —de un Estado miembro— llamada a aplicarse como ley de policía fuera una transposición incorrecta y no garantizara el objetivo de la Directiva, sería posible dejar de aplicarla por una razón de orden público. Pese a que se ha producido con frecuencia cierta confusión entre ambos conceptos (orden público y ley de policía), que se han presentado como el lado negativo y el positivo de la misma realidad, ello resulta una simplificación excesiva. Así lo entienden, por ejemplo, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, para quien el orden público “conduce normalmente a la aplicación de normas que no son internacionalmente imperativas” (“Derecho imperativo...”, cit., p. 2861) o VISCHER, Frank, que considera que las dos nociones reflejan diferentes preocupaciones del ordenamiento, ya que mientras que el primero pretende asegurar principios y valores fundamentales, las segundas buscan garantizar el funcionamiento de las instituciones (*op. cit.*, p.102). La cuestión es, no obstante, en este caso si la razón de orden público es la protección de la parte vulnerable o, lo que parece más adecuado, el cumplimiento de los objetivos del mercado interior y la adecuada regulación del mercado.

casos es algo que no queda garantizado y que depende de cómo se determine el ámbito de aplicación material de las respectivas normas de transposición.

### 3.3. La delimitación por los legisladores nacionales del ámbito de aplicación espacial de las normas de transposición

Como se ha apuntado en el epígrafe 2.3, los objetivos de la Directiva solo se alcanzan adecuadamente si los Estados miembros determinan el ámbito de aplicación de sus normas de transposición de manera que no resulten lagunas de protección. No obstante, si se atiende a la manera en que alguno de ellos ha llevado a cabo esa determinación, se constata que la aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 1 de la Directiva no queda siempre garantizada a través del juego de las normas de conflicto del RRI y de la aplicación del Derecho nacional como ley de policía. Así, por ejemplo, en Italia, el artículo 1, apartado 2 del Decreto Legislativo n° 198<sup>41</sup> prevé su aplicación únicamente a las cesiones de productos agrícolas y alimentarios que lleven a cabo los proveedores establecidos en el territorio italiano, a diferencia de lo que ocurre en Portugal, cuya norma se considera aplicable si cualquiera de las partes está establecida en la Unión Europea<sup>42</sup>. A la cuestión del ámbito de aplicación de la LMFCa se dedica el epígrafe 4.2, *infra*.

Un ejemplo puede ilustrar lo anterior: imaginemos la hipótesis en la que el proveedor estuviera establecido en Portugal y el comprador fuera una sociedad italiana. Ambas partes celebran un contrato que someten a Derecho inglés y posteriormente surge una controversia resultante de la negativa del proveedor portugués a cumplir ciertos compromisos contractuales contrarios a las prohibiciones establecidas por la Directiva. Si la demanda se planteara en Italia (por ejemplo, porque en el contrato se pactó que las obligaciones debían cumplirse en ese Estado), el juez italiano no podría aplicar su propia

---

<sup>41</sup> Decreto Legislativo de 8 de noviembre de 2011, n° 198, GU, Serie Generale, n° 285, de 30 de noviembre de 2011, Suppl. Ordinario n° 41 (<https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2011/11/30/21G00202/sg>). Este texto modifica, a su vez, normativa anterior. Que la delimitación reduccionista de su ámbito de aplicación espacial realizada por la norma italiana sea una correcta transposición de la Directiva 2019/633 es una cuestión que puede plantear ciertas dudas cuya solución excede el objeto de este trabajo. En cualquier caso, de tratarse, como parece, de una incorrecta transposición, el Derecho de la Unión Europea dispone de mecanismos de corrección apropiados (desde instar al Estado italiano a ampliar el ámbito de la regla pudiendo llegar a plantearse el recurso por incumplimiento, hasta la interpretación conforme por los tribunales que permite superar los límites de un efecto directo que solo se admite en relaciones verticales e, incluso, una eventual responsabilidad del Estado frente a los particulares perjudicados. Sobre esta última posibilidad, COBREROS MENDAZONA, Edorta, *La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/abrir\\_pdf.php?id=PUB-PB-2020-189](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2020-189). Tales mecanismos resultan compatibles con los que, desde la óptica del DIPr., se proponen en este trabajo en relación con el artículo 9.3 del RRI).

<sup>42</sup> Artículo 2 del Decreto-Lei n° 76/21, de 27 de agosto (Diario da República, 1ª serie de 27 de agosto de 2021), que modifica normas anteriores en la materia. Para algunas de sus normas, se prevé, además, que las prácticas restrictivas ocurran en el territorio nacional o produzcan efectos en él (artículo 2 del decreto-Lei n° 166/2913, modificado por el decreto-Lei 76/21).

norma de transposición, que no cubre tales situaciones. Tampoco podría “dar efecto” al Derecho portugués del productor, aunque la norma portuguesa sí se extendería a esta situación, porque dicho ordenamiento no tendría entrada por la vía del artículo 9.3 del RRI, ya que no sería Portugal el país en el que “las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas”. Podría pensarse que la alternativa para asegurar el cumplimiento del objetivo de la Directiva sería aplicar esta última en tanto que ley de policía<sup>43</sup>, con independencia de las normas nacionales de transposición, pero ello supondría atribuirle un efecto directo en las relaciones horizontales, que el Derecho de la Unión Europea no admite<sup>44</sup>.

Aun reconociendo que el ejemplo puede responder a situaciones residuales, en ese contexto cobra de nuevo interés el debate acerca de la posibilidad de extender la toma en consideración de las normas imperativas de Estados distintos del foro vinculados con la situación más allá de las del Estado de ejecución de las obligaciones. Si bien las discusiones sobre esta materia se saldaron en el RRI con una solución restrictiva<sup>45</sup>, el debate doctrinal dista de haberse cerrado e invita a plantear si no será más adecuado propiciar una mayor apertura a las leyes de policía de Estados distintos del foro como defiende parte de la doctrina<sup>46</sup> procediendo a una modificación del artículo 9 RRI para acercarlo de nuevo a la redacción que, en su día, tenía el artículo 7 del Convenio de Roma. En esta línea, el TJUE no ha descartado que el tribunal que esté conociendo de un litigio pueda tomar en consideración otras leyes de policía “como circunstancia de hecho en la medida en que el Derecho nacional aplicable al contrato en virtud de las disposiciones de ese Reglamento lo prevea”<sup>47</sup>. Se trataría ahora de dar un paso más en el que ese Derecho

---

<sup>43</sup> Téngase en cuenta que se está atendiendo en este caso a los aspectos contractuales de la cuestión y no se está tratando, en consecuencia, de la aplicación de las disposiciones regulatorias previstas en el texto.

<sup>44</sup> Sin perjuicio de que a ese efecto se pueda llegar por otras vías, como la de la “interpretación conforme”, por ejemplo (sobre estas cuestiones: UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, Juan Ignacio, “Los mecanismos de eficacia equivalente a la eficacia horizontal de las directivas. Viejas consideraciones y nuevos apuntes”, *REDE. Revista española de derecho europeo*, nº 68, 2018, pp. 21-53). Nótese que en el asunto C-381/98, *Ingmar*, el TJUE reconoce el carácter de normas internacionalmente imperativas de ciertos artículos de la Directiva 86/653, pero el caso planteaba su aplicación a través de la ley de transposición inglesa.

<sup>45</sup> Sobre estas cuestiones, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Contratación comercial internacional”, en FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael y DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho de los negocios internacionales*, 6ª ed., Madrid, Iustel, pp. 377-386.

<sup>46</sup> Líneas directrices sobre las leyes de policía redactadas por el GEDIP (<https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2022/07/Lignes-directrices-Lois-de-police-2022-V2.4.pdf>) favorables a una mayor apertura. También lo es LEHMANN, M., *op. cit.*, pp.22-23. No se entra aquí en la cuestión de si las leyes de policía de la *lex causae* se aplican en tanto que son parte del contenido de ésta o si por tratarse de normas que persiguen intereses fundamentalmente jurídico-públicos, no están incluidas en la “llamada” efectuada por la norma de conflicto ya que, pese al interés del debate, la posición mayoritaria es la de entenderlas incluidas en la ley aplicable (por todos, DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Derecho imperativo...”, *cit.*, p. 2869-2870).

<sup>47</sup> C-135/15, *Nikiforidis*, *cit.* Esta sentencia parece colocar en pie de igualdad a las normas de policía de la *lex causae* y las del Estado de ejecución de la obligación en el sentido del artículo 9.3 RRI, al

extranjero no se tomara en consideración únicamente como circunstancia fáctica y no se hiciera depender la solución de cada ordenamiento estatal.

En el ejemplo expuesto, esa solución permitiría la toma en consideración de la norma portuguesa proporcionando así al tribunal italiano una vía para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva. No sería un problema que esa apertura no se limitara a los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea y se extendiera también a terceros Estados, extensión que resulta de la lógica del RRI, puesto que el tribunal no estaría obligado a la aplicación de esos ordenamientos, sino facultado para tomarlos en consideración, lo que no podría hacer si con ello incumple las obligaciones que le impone el Derecho de la Unión Europea.

### **3.4. La Directiva 2019/633 como regla de mínimos y el carácter imperativo de las normas nacionales de transposición**

El artículo 9.1 de la Directiva reconoce su carácter de mínimos, al establecer que los Estados miembros pueden adoptar normas más estrictas, siempre que “sean compatibles con las normas sobre el funcionamiento del mercado interior”, facultad de la que algunos legisladores nacionales han hecho uso.

Las diferencias en los Estados miembros son evidentes incluso respecto de la técnica utilizada para transponer la Directiva. Mientras algunos, como Francia, lo han hecho a través de normas dispersas<sup>48</sup>, en otros, como España, Irlanda<sup>49</sup>, Portugal o Italia, por ejemplo, la técnica ha sido la adopción de leyes especiales (que, a su vez, modifican normativa nacional anteriormente existente, alguna de ella asimismo dispersa).

Desde la perspectiva de su contenido, la norma irlandesa se limita a transponer la Directiva, haciendo uso de alguna de las facultades que esta prevé, como la admisión de que se establezcan plazos más cortos que los previstos en el texto europeo para los casos de cancelación de pedidos, y a regular con detalle los mecanismos de carácter administrativo destinados a asegurar el cumplimiento de sus reglas. Sin embargo, en las transposiciones española, italiana y portuguesa se incluyen aspectos no contemplados en el texto europeo y que se sitúan en la esfera estrictamente contractual. Así, por ejemplo, el texto italiano prevé la obligación de que los contratos se celebren por escrito por una duración mínima de doce meses (artículo 4) y añade prácticas

---

señalar que ambas se aplicarán como normas jurídicas y reservar la toma en consideración para las de los demás Estados. No obstante, es necesario hacer de esas afirmaciones una interpretación acorde con el tenor literal del artículo 9 RRI (sobre esta cuestión, CARRILLO POZO, Luis F., “Tratamiento de las leyes de policía de terceros Estados. (A propósito de la sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2016)”, *Bitácora Millennium DIPr*, nº 5, 2017.

<sup>48</sup> La relación de las normas adoptadas en esta transposición puede encontrarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=CELEX%3A32019L0633>

<sup>49</sup> S.I.No.198 of 2021, European Union (Unfair Trading Practices in the Agricultural and Food Supply Chain) Regulations 2021, <https://www.irishstatutebook.ie/eli/2021/si/198/made/en/print>

prohibidas no expresamente contempladas por la Directiva (artículo 5) además de regular en el artículo 7 las ventas a pérdidas. En el caso de Portugal, se establecen reglas relativas a la transparencia y equilibrio en las relaciones comerciales que obligan a incluir ciertas menciones mínimas en las condiciones de venta, así como a reflejar por escrito, bajo pena de nulidad, los acuerdos en los que una empresa obtenga de su proveedor una remuneración por servicios que hubiera podido prestarle. Se regulan asimismo las ventas a pérdida y se establecen ciertas prácticas abusivas no contempladas en la Directiva<sup>50</sup>.

En Derecho español, la LMFCA amplía su ámbito de aplicación a supuestos no contemplados por la Directiva, altera la perspectiva regulatoria, introduce mínimas modificaciones en el listado de prácticas prohibidas e incluye disposiciones que se proyectan directamente sobre los contratos que el texto europeo no prevé. Así, el artículo 1.2 de la Directiva delimita su ámbito de aplicación subjetivo mediante el establecimiento de estratos de facturación<sup>51</sup>; sin embargo, el legislador español ha optado por no hacer depender la aplicación de la LMFCA de tales estratos (a diferencia de lo que hace el irlandés, por ejemplo, que los mantiene) y por aplicar la Ley a los casos en los que el precio del contrato sea superior a un umbral que en la actualidad se sitúa en 2500 euros.

Junto a ello, la LMFCA modifica la perspectiva adoptada por la Directiva: mientras el texto europeo dirige su protección al suministrador de productos, que es quien típicamente se encuentra en una posición desfavorable a la hora de negociar y, por ello, al establecer el catálogo de prácticas desleales, lo hace desde la perspectiva de aquel, la LMFCA parte de lo que califica la “bidireccionalidad de las conductas”<sup>52</sup>. Así, extiende su aplicación también a los casos en los que quien impone las conductas prohibidas es el suministrador al comprador, dando cobertura legal a cualquiera de las situaciones posibles. Además, y a semejanza de lo que ocurre con la norma portuguesa, la LMFCA establece disposiciones relativas a la forma de los contratos incluidos en su ámbito de aplicación, que deben celebrarse por escrito y ser firmados por las partes (artículo 8), a su contenido mínimo, en el que se incluye la obligación de mencionar expresamente el procedimiento que las partes utilizarán para

---

<sup>50</sup> Arts. 4, 5 y 7 del Decreto-Lei nº 166/2013, de 27 de diciembre, modificado por el Decreto-Lei 76/2021, de transposición de la Directiva.

<sup>51</sup> Así, por ejemplo, la Directiva se aplica “a determinadas prácticas comerciales desleales que se producen en relación con las ventas de productos agrícolas y alimentarios por: a) un proveedor que tenga un volumen de negocios anual de menos de 2 000 000 EUR a un comprador que tenga un volumen de negocios anual de más de 2 000 000 EUR; b) un proveedor que tenga un volumen de negocios anual de más de 2 000 000 y menos de 10 000 000 EUR a un comprador que tenga un volumen de negocios anual de más de 10 000 000 EUR [...]” y así hasta cinco estratos distintos.

<sup>52</sup> La compatibilidad de esa aproximación con la Directiva 2019/633 suscita ciertas dudas. En este sentido, y sin referirse a la ley española, no falta quien señala que, aunque esa visión más amplia hubiera sido deseable, una transposición en ese sentido dudosamente encuentra acomodo en el texto europeo (PISZCZ, A., *op. cit.*, p. 125).

la resolución de conflictos en la interpretación o ejecución del contrato “debiendo indicarse o bien la corte de arbitraje, o bien los tribunales ante los que se someterían las posibles controversias” (artículo 9) o la obligación de registro de los contratos (artículo 11).

Esas diferencias hacen que los conflictos de leyes se sigan planteando incluso dentro de la Unión Europea y que se favorezca la sumisión al ordenamiento de un Estado miembro más laxo que aquél —de otro Estado miembro— que resultaría aplicable si no se ejerciera la autonomía de la voluntad para evitar así la aplicación de una norma de transposición que no solo se acoge a la versión más exigente del texto europeo, sino que, además, amplía su aplicación a supuestos no contemplados por aquel o introduce restricciones adicionales.

En esa situación, los Estados miembros pueden considerar sus propias normas nacionales de transposición como leyes de policía y pretender imponerlas no solo frente a los ordenamientos de terceros Estados, sino también en las relaciones *ad intra*, es decir, frente a la aplicación del Derecho de otro Estado miembro de la UE. Ese carácter lo afirma, por ejemplo, la norma italiana de sus artículos 3, 4, 5 y 7. Mientras los dos primeros resultan directamente de la transposición de la Directiva, el 5 y el 7 no responden a obligaciones impuestas por ésta. Sin embargo, la LMFCa parece considerar que sus reglas no son ley de policía cuando “compiten” con la legislación de otro Estado miembro en ciertas situaciones, pero que sí tienen ese carácter en las relaciones con terceros Estados y en ciertos supuestos en los que la vinculación del caso con España es particularmente estrecho, lo que nos obliga a plantearnos la posibilidad de entender que la calificación de una norma como ley de policía puede matizarse en función del contexto en el que debería ser aplicada. A la interpretación de la regla española se dedica el epígrafe 4.2.

En relación con lo anterior, en un sector armonizado, como el que aquí nos ocupa, esta posibilidad de que los Estados miembros califiquen sus normas nacionales de transposición como leyes de policía pudiendo imponer sus normas frente a la ley de otro Estado miembro resulta contraintuitivo, pero fue reconocida, no sin cautelas, por el TJUE en el asunto C-184/12, *UNAMAR*<sup>53</sup>. No obstante, solo tiene sentido si se trata de la transposición de Directivas de mínimos —como la 2019/633— pero no cuando no lo son porque en tales

---

<sup>53</sup> El TJUE recuerda que para no poner en entredicho ni el efecto de armonización que pretende conseguir la Directiva 86/653 ni la aplicación uniforme del Convenio de Roma, en un contexto en el que la norma frente a la que se pretende la aplicación de la ley de policía es, a su vez, correcta transposición de la Directiva, es necesario que el tribunal compruebe “de manera circunstanciada que, en el marco de la transposición, el legislador del Estado del foro consideró crucial, en el seno del correspondiente ordenamiento jurídico, conceder al agente comercial una protección más amplia que la protección prevista en la citada Directiva, teniendo en cuenta a este respecto la naturaleza y el objeto de tales disposiciones imperativas”. No han faltado autores que pongan en duda que ese carácter crucial pueda afirmarse de la normativa en materia de agencia (así, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Franciso José, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Madrid, Thomson Reuters, 2021, p.389).

casos todas las normas nacionales de transposición deberían, en principio, regular la situación de manera equivalente sin posibilidades de desviación entre ellas<sup>54</sup>.

Incluso en el caso de las Directivas de mínimos cabe cuestionar el sentido de oponer a la aplicación de la ley de otro Estado miembro que sea correcta transposición del texto europeo el ordenamiento del foro en tanto que ley de policía y plantear si no sería más adecuado negar esos efectos a las normas nacionales en las relaciones *ad intra* sin perjuicio de que puedan reactivarse en las que se plantean *ad extra* (en las que el ordenamiento del foro sí podría imponerse en toda su extensión). No parece que esa posibilidad sea ajena a la posición del TJUE, que en el caso C-184/12, *UNAMAR*, insiste sobre la diferencia entre el supuesto que se le presentaba, en que las leyes en presencia habían sido dictadas por dos Estados miembros —Bélgica y Bulgaria— en transposición de la Directiva y el que se resolvió en el asunto C-381/98, *Ingmar*, en el que se cuestionaba la aplicación de la ley de California. Para el TJUE esa circunstancia debe ser tenida en cuenta a fin de no poner en entredicho ni el efecto de armonización que pretende conseguir la Directiva 86/653 ni la aplicación uniforme del Convenio de Roma, aplicable al caso<sup>55</sup>.

## 4. LA LMFCA COMO LEY DE POLICÍA

### 4.1. El carácter *ius cogens* manifestado en la Exposición de Motivos

La LMFCA no afirma en su texto articulado su condición de ley de policía, pero sí lo hace en la Exposición de Motivos en la que afirma que “[...]como norma de *ius cogens*, en atención a su especial importancia, se prevé que, con independencia de la legislación que resulte aplicable, cuando una de las partes tenga su establecimiento en España [...] y la otra en un tercer Estado, resultarán siempre de aplicación las prohibiciones contenidas en esta ley y el correspondiente régimen sancionador establecido para éstas en el Título V”.

Se trata de un tenor literal que suscita algunas dudas interpretativas, en primer lugar, porque no está claro el alcance de la declaración del carácter *ius cogens* de las normas. Parece que éste se refiere únicamente a las disposiciones que resultan directamente de la transposición de la Directiva, dando con ello cumplimiento al artículo 3.4 de ésta, puesto que el resto no son “prohibiciones”, pero no alcanza al resto de reglas introducidas por el legislador español sin que eso resulte una exigencia de la Unión Europea. No obstante,

---

<sup>54</sup> DE MIGUEL ASENSIO; Pedro Alberto, “Límites a la aplicación de las normas imperativas del foro a contratos regidos por la ley de otro Estado de la UE”, <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2013/11/limites-la-aplicacion-de-normas.html>

<sup>55</sup> Tampoco descarta esa lectura (carácter de ley de policía *ad extra*, pero no *ad intra* en contextos armonizados) DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, “Límites...”, *ibidem*.

si esta lectura es compatible con lo previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 2 LMFCA, no está tan claro que lo sea también con su apartado 1.

Si se atiende al resto de manifestaciones realizadas en la Exposición de motivos, podría concluirse el carácter de ley de policía del conjunto de la norma española y no solo de las prohibiciones que traen causa de la Directiva. Así, se hace referencia a la necesidad de la regulación para un sector que es estratégico para la economía nacional, dada su aportación decisiva al PIB y a la balanza comercial y su comportamiento como elemento de tracción total del resto de los sectores, pero también sus profundas implicaciones sociales, hasta el punto de vincularlo con la consecución de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 40 y 130 de la Constitución Española. No obstante, una cosa es que algunas de las disposiciones de la LMFCA puedan considerarse ley de policía y otra que todas ellas resulten necesarias para la salvaguardia de los intereses públicos españoles, incluso si este concepto se interpreta en el sentido que se maneja en este trabajo<sup>56</sup>. La regulación del ámbito de aplicación de la LMFCA obliga a modular la calificación que se lleve a cabo.

#### **4.2. El ámbito de aplicación de la LMFCA definido en su artículo 2 y el alcance de su concepción como ley de policía**

El artículo 2 LMFCA lleva por título “Ámbito de aplicación”, pero lo cierto es que combina elementos definitorios del ámbito de aplicación espacial con otros de naturaleza conflictual (norma de conflicto unilateral) y con la determinación del alcance de la LMFCA en cuanto ley de policía. Para algunos, la presencia del elemento conflictual debería conducir al rechazo de la regla en la medida en que supondría una injerencia del legislador español en el ámbito competencial de la Unión Europea, a quien corresponde la adopción de las normas en materia de ley aplicable a los contratos<sup>57</sup>. No obstante, si se lee con detenimiento, no parece que este precepto se oponga al RRI más que en algún aspecto puntual. Por otro lado, la regla no distingue, salvo en el sentido que se indica en los párrafos siguientes, entre los aspectos regulatorios y los propios de Derecho privado, ambos, como se ha visto, presentes en la LMFCA, lo que dificulta su lectura, que en este trabajo se hace solo desde la perspectiva de los segundos.

---

<sup>56</sup> No falta quien atribuye el carácter de ley de policía, en su conjunto, a la Ley 12/2013, predecesora de la LMFCA (SANTAOLALLA MONTOYA; Cayetana, “La ley de la cadena alimentaria como ley de policía en Europa”, en VICIANO PASTOR, Javier (dir.), *Retos en el sector agroalimentario valenciano en el siglo XXI*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 347-363).

<sup>57</sup> Muy crítico con la regla, que lee en términos estrictamente conflictuales, CARRASCO PERERA, Ángel, “Derecho contractual y derecho sancionador aplicables en la reforma de la ley de la cadena alimentaria”, <https://www.ga-p.com/publicaciones/derecho-contractual-y-derecho-sancionador-aplicables-en-la-reforma-de-la-ley-de-la-cadena-alimentaria/>

El criterio relevante para la aplicación de la LMFCA parece ser el establecimiento de al menos uno de los operadores en España, si bien incluso en este caso puede ceder la ley española y dejar de ser aplicada en ciertas circunstancias. Tras afirmar su aplicación a “las relaciones comerciales que se produzcan entre los operadores establecidos en España que intervienen en la cadena alimentaria desde la producción a la distribución de productos agrícolas o alimentarios”, el artículo 2 LMFCA añade que “También será de aplicación esta ley a las relaciones comerciales entre cualquiera de los operadores que intervienen en la cadena alimentaria cuando uno esté establecido en España y el otro en un Estado miembro, cuando no resulte de aplicación la legislación de otro Estado miembro. Cuando uno de los operadores esté establecido en España y el otro no, deberá indicarse expresamente en el contrato a qué legislación se sujeta la relación comercial. Con independencia de la legislación que resulte aplicable, cuando una de las partes esté establecida en España, y la otra en un Estado no miembro de la Unión, resultarán siempre de aplicación las prohibiciones contenidas en esta ley y el correspondiente régimen sancionador establecido para éstas en el título V” [...].

De este modo, cuando se afirma que la Ley española se aplica cuando ambas partes en la relación comercial estén establecidas en España pareciera que se está delimitando el ámbito de aplicación espacial de la LMFCA, sin que la regla tenga más pretensión que esa. No obstante, del resto de los apartados de este artículo resulta que está llamada a aplicarse también en casos en los que solo uno de los operadores está establecido en España. Cuando se regulan estas posibilidades la técnica empleada deja de ser meramente definitoria del ámbito de aplicación para pasar a ser conflictual, lo que obliga a plantearse si no habría que leer en términos conflictuales también el primer párrafo. Si es así, lo que el legislador está diciendo es que si ambos operadores están establecidos en España se deberá aplicar siempre la ley española, con independencia de que las partes hubieran podido escoger un Derecho extranjero. Y ello con independencia de que otros elementos de la situación pudieran estar vinculados con otro Estado (por ejemplo, la ubicación de los productos agrícolas vendidos en un caso en el que su productor tuviera explotaciones fuera de España y el mercado agrícola afectado no fuera, o, al menos, no principalmente, el español).

Leída en esos términos<sup>58</sup>, la aplicación de la ley española no estaría en esos supuestos necesariamente garantizada por la vía del artículo 3.3 del RRI, sino que habría que recurrir a su artículo 9. Por otra parte, si solo se atiende a ese tenor literal, parece que la voluntad del legislador es garantizar la aplicación de la LMFCA en todos sus términos a las situaciones que regula, las más vinculadas con el mercado español de los tres que se contemplan, abogando,

---

<sup>58</sup> No cabe descartar que no fuera esa la finalidad que el legislador quisiera atribuirle y que estuviera pensando más en los aspectos regulatorios de la norma que en los de Derecho privado, pero lo cierto es que el artículo 2 no excluye su aplicación a ambos.

entonces, por el carácter imperativo de la norma en toda su extensión y no solo de aquellas de sus reglas que son transposición de los apartados 1 y 2 del artículo 3 de la Directiva<sup>59</sup>.

No obstante, la regulación de las otras dos situaciones contempladas conduce a la conclusión contraria. A las relaciones comerciales entre cualquiera de los operadores que intervienen en la cadena alimentaria cuando uno esté establecido en España y el otro en un Estado miembro, se aplicará la LMFCA “cuando no resulte de aplicación la legislación de otro Estado miembro”. Se impide así la aplicación del Derecho de terceros Estados, garantizando, sin embargo, la de las disposiciones imperativas de la Directiva a través de cualquiera de las normas de transposición, que resultara aplicable en virtud del Derecho conflictual (sin perjuicio de la referencia a la necesidad de elección de ley a la que se hace referencia *infra*) y se reconoce que las disposiciones de la LMFCA no requeridas para dicha transposición no revisten el carácter de ley de policía frente a otros Estados miembros. La explicación de esta solución se encuentra en la Exposición de Motivos que la justifica en el inicio de “un camino de cooperación multilateral entre los Estados miembros europeos que asegure no sólo la consecución de los fines de la Directiva, sino el equilibrio entre las diferentes normativas y tradiciones administrativas de los Estados miembros”<sup>60</sup>.

Esta lectura contraria a la calificación de la LMFCA en su conjunto como ley de policía se confirma en la regulación de la tercera de las situaciones: cuando una de las partes esté establecida en España, y la otra en un Estado no miembro de la Unión Europea serán siempre de aplicación las prohibiciones contenidas en la LMFCA y el régimen sancionador que establece con independencia de la ley que pudiera resultar aplicable (y no, parece desprenderse, las demás disposiciones de la LMFCA, que no son transposición del texto europeo).

Así, la pregunta que hay que responder es si el legislador quiere distinguir entre las situaciones más vinculadas con España (aquellas en las que las dos partes están establecidas en su territorio), en las que la norma en su conjunto impone su aplicación frente a cualquier otra ley que, en su caso, pudiera resultar aplicable y aquellas en las que una de las partes no está establecida en España, en las que solo es necesario garantizar las normas de policía de la Directiva, sea a través de la LMFCA, sea, en las relaciones *intra* —Unión Europea, a través de la norma de transposición de otro Estado miembro.

---

<sup>59</sup> Recuérdese que la consideración de la LMFCA como ley de policía no impide la aplicación a los aspectos del contrato que no resultaran afectados por ella de la ley extranjera a la que puedan conducir las normas de conflicto del RRI y, en consecuencia, no excluye completamente el juego para esos casos de la autonomía de la voluntad conflictual.

<sup>60</sup> Cooperación en la que no parecen estar pensando otros Estados miembros cuando afirman, sin salvedades, el carácter imperativo de sus reglas (en el caso italiano, por ejemplo). *Vid supra* epígrafe 3.4.

La diferencia puede estar justificada en la circunstancia de que el grado de irrenunciabilidad de los intereses estatales está vinculado a la mayor conexión del caso con España (y ello, aunque resulte difícil apreciar que esos intereses se vean satisfechos a través de unas normas que se refieren sobre todo a la forma y el contenido mínimo de los contratos). No obstante, la necesidad de interpretar de manera restrictiva el concepto de ley de policía conduce a abogar por una lectura de esas situaciones- las más vinculadas con España- en la misma línea que las otras dos que la regla contempla, de manera que, incluso en un caso en el que ambas partes —proveedor y comprador— estuvieran establecidos en España, solo las normas de la LMFCA que son transposición de la Directiva deberían imponerse como ley de policía.

Dicho esto, la técnica legislativa empleada resulta muy deficiente. No solo por la falta de claridad del tenor literal, sino por la incoherencia de alguna de las soluciones: si para los casos en los que no están ambas partes establecidas en España solo hay que garantizar la aplicación de las prohibiciones de la Directiva, no hay razón alguna para impedir en las relaciones *ad extra* que esas prohibiciones se impongan a través del ordenamiento de un Estado miembro que hubiera sido elegido por las partes. Lo contrario puede resultar en una excesiva injerencia en su autonomía de la voluntad contraria al artículo 3 del RRI. Junto a ello, la previsión de que “Cuando uno de los operadores esté establecido en España y el otro no, deberá indicarse expresamente en el contrato a qué legislación se sujeta la relación comercial” no deja de resultar sorprendente y quizás es una exigencia que tendría mejor acomodo en el artículo 9 de la LMFCA cuando regula el contenido mínimo del contrato.

## 5. CONCLUSIÓN

El análisis, desde la perspectiva que es objeto de este trabajo, de la Directiva 2019/633 y de su transposición, con especial atención a la realizada en España a través de la LMFCA, permite constatar la relevancia práctica de algunas de las cuestiones que se han puesto de manifiesto en las páginas precedentes en relación con la inclusión de leyes de policía en Directivas europeas.

Esa realidad, cada vez más frecuente, plantea algunos problemas que no se solucionan únicamente con la calificación expresa de la Directiva, o de alguna de sus reglas, como ley de policía llevada a cabo por el legislador de la Unión Europea. Así, si bien dicha caracterización disminuye la posibilidad de que se produzcan problemas interpretativos y reduce la necesidad de acudir al TJUE, para que ello ocurra es necesario que se formule de manera adecuada en todas las versiones lingüísticas y que se justifique claramente el cumplimiento de los parámetros del artículo 9 RRI. Junto a ello, la aplicación imperativa de las disposiciones se debe conseguir en estos casos a través de las normas nacionales de transposición, lo que obliga a los legisladores de los Estados miembros a estar especialmente atentos a la manera en la que

garantizan ese efecto. En ese sentido, la correcta delimitación del ámbito de aplicación espacial de sus reglas, que evite lagunas en las que, en un supuesto contemplado por la Directiva, ningún Derecho nacional estuviera llamado a aplicarse, resulta especialmente relevante.

En ese contexto, la necesidad de garantizar la aplicación de las disposiciones de la Directiva consideradas ley de policía a través de las normas nacionales de transposición aconseja abrir el artículo 9.3 RRI a la posibilidad de tomar en consideración las normas de Estados distintos del foro, aunque éstos no sean, a su vez, el del lugar de ejecución de las obligaciones derivadas del contrato. De esta manera, las posibilidades de atender en todo caso a la ley de un Estado miembro quedan garantizadas en mayor medida y se evitan las lagunas de protección a las que puede conducir la descoordinación en la delimitación de los ámbitos de aplicación de las respectivas normas nacionales.

Abogar por esa apertura no significa defender asimismo la proliferación de la adopción de leyes de policía. El uso contenido de esta técnica sigue siendo deseable porque lo contrario supone poner en peligro la propia naturaleza del DIPr. en tanto que garante de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de las fronteras<sup>61</sup>. No se trata, pues, de ampliar el concepto, sino de permitir “la entrada en el salón”<sup>62</sup> de unas reglas que regulen intereses generales relevantes de la Unión Europea.

Por otra parte, como ha admitido el propio TJUE, las normas nacionales pueden tener la consideración de ley de policía en las relaciones intra-Unión Europea incluso en ámbitos armonizados, pero si esa afirmación tiene algún sentido, solo es si la Directiva que lleva a cabo esa armonización es de mínimos. Es más, incluso en situaciones de mínima armonización parecería más adecuado no afirmar el carácter de ley de policía de la regla estatal frente a las legislaciones de otros Estados miembros, sin perjuicio de que sí pudiera sostenerse esa calificación en relación con las de terceros Estados, admitiéndose con ello una interpretación del concepto de ley de policía que depende del contexto en que la norma debe ser aplicada. Dado el estado actual de la jurisprudencia del TJUE esta última consideración no es sino una llamada a los Estados miembros para que ejerzan cierta autocontención en la configuración de sus reglas.

---

<sup>61</sup> RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, “Leyes de policía...”, cit., p. 66. En el mismo sentido, GARCÍA MARTÍN ALFÉREZ, F.J., “¿Un Derecho privado especial para el estado de alarma? El ejemplo del concurso”, <https://almacenederecho.org/un-derecho-privado-especial-para-el-estado-de-alarma-el-ejemplo-del-concurso>.

<sup>62</sup> En expresión de BASEDOW, Jürgen, “Materielle Rechtsangleichung und Kollisionsrecht”, en SCHNYDER, A.K./ HEISS, H./ RUDISCH, B., *Internationales Verbraucherschutzrecht: erfahrungen und Entwicklungen in Deutschland, Liechtenstein, Österreich und der Schweiz: referate und Diskussionsberichte des Kolloquiums zu Ehren von Fritz Reichert-Facilides*, Tübingen, Mohr, 1995, pp. 11-34, p. 12. En la misma línea, HEMLER, Adrián, insiste en la necesidad de tratar a las leyes de policía “no como un paciente, sino como un síntoma” (*op.cit.*, p. 4).

# UNA INVITACIÓN A REPENSAR LA DISCIPLINA DESDE LAS APROXIMACIONES DEL TERCER MUNDO AL DERECHO INTERNACIONAL

## *AN INVITATION TO RETHINK THE DISCIPLINE FROM THE APPROACHES OF THE THIRD WORLD TO INTERNATIONAL LAW*

Iker ZIRION LANDALUZE<sup>1</sup>

### RESUMEN

#### UNA INVITACIÓN A REPENSAR LA DISCIPLINA DESDE LAS APROXIMACIONES DEL TERCER MUNDO AL DERECHO INTERNACIONAL

Este artículo reflexiona críticamente sobre el derecho internacional público desde las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (*Third World Approaches to International Law* o TWAIL, en su sigla en inglés), una visión crítica de la disciplina que analiza y cuestiona el papel del orden jurídico internacional en la dominación de los Estados, pueblos y personas del tercer mundo. Para ello, por un lado, cuestiona el origen y naturaleza, los valores subyacentes, ciertas ideas y conceptos nucleares, y los presupuestos ontológicos y epistemológicos dominantes de la disciplina; y, por otro, explora las propuestas TWAIL para transformar y orientar el derecho internacional hacia la justicia global.

**Palabras clave:** Derecho internacional público; TWAIL; perspectivas críticas; tercer mundo; ontología; epistemología; positivismo; violencia; alteridad; justicia global.

### ABSTRACT

#### AN INVITATION TO RETHINK THE DISCIPLINE FROM THE APPROACHES OF THE THIRD WORLD TO INTERNATIONAL LAW

This article critically reflects on public international law from the Third World approaches to International Law (TWAIL), a critical view of the discipline that analyses and questions the role of the international legal order in the domination of States, peoples and inhabitants of the third world. To do this, on the one hand, it questions the origin and nature, the underlying values, certain core ideas and concepts, and the dominant ontological and epistemological presuppositions of the discipline; and, on the other, explores alternative TWAIL proposals to transform and reorient international law towards global justice.

**Keywords:** Public international law; TWAIL; critical perspectives; third world; ontology; epistemology; positivism; violence; otherness; global justice.

---

<sup>1</sup> Profesor Agregado de Derecho Internacional Público en la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (iker.zirion@ehu.eus). El autor agradece los comentarios y aportaciones realizadas sobre este texto a Montserrat Abad Castelos, Itziar Ruíz-Giménez Arrieta, David Bondia García, Karlos Pérez de Armiño, Oscar Abalde Cantero, María Dolores Bollo Arocena e Ignacio Forcada Barona.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. IMPORTANCIA DE LA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL.—2.1. Naturaleza ambivalente del derecho internacional. 2.2. Aproximaciones críticas como una oportunidad.—2.3. Heterogeneidad de las aproximaciones críticas.—3. APROXIMACIONES DEL TERCER MUNDO AL DERECHO INTERNACIONAL.—3.1. Origen y principales preocupaciones.—3.2. Ampliación de la agenda: aportaciones “desde abajo” y feministas.—4. ALGUNAS PROPUESTAS PARA TRANSFORMAR EL DERECHO INTERNACIONAL.—4.1. Cuestionar la ontología y desvelar los silencios.—4.2. Disputar la epistemología positivista dominante y (re)politizar la disciplina.—4.3. Superar la violencia y la exclusión del derecho internacional.—5. CONSIDERACIONES FINALES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El dilema sobre la naturaleza emancipadora o conservadora del derecho internacional ha suscitado muchos debates, en lugares y de maneras muy dispares. Por supuesto, en las aulas universitarias, pero también entre el personal de organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos humanos, entre las mujeres activistas por la paz en Sri Lanka, en la cafetería de la sede de las Naciones Unidas en Ginebra o en los campamentos de personas refugiadas saharauis en Tinduf, Argelia.

Más allá de los términos dicotómicos —y reduccionistas— en los que he planteado el dilema, esta cuestión nuclear de la disciplina nos invita a activar nuestro pensamiento, a cuestionar(nos). Considero que eso, en sí mismo, es positivo. Precisamente por ello, el objetivo de este texto es aportar reflexiones sobre la necesidad de repensar críticamente el derecho internacional actual para reorientarlo hacia la justicia global. Eso me lleva, por un lado, a cuestionar de manera estructural el origen y naturaleza, los valores subyacentes, algunas ideas y conceptos nucleares, y los presupuestos ontológicos y epistemológicos dominantes de la disciplina; y por otro, a escuchar y explorar algunas propuestas alternativas que la literatura iusinternacionalista crítica ha identificado para transitar ese camino de transformación.

Mis reflexiones parten de un punto de vista teórico determinado, más concretamente, el de las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional (*Third World Approaches to International Law*, o TWAIL, en su sigla en inglés), una visión crítica que desde hace décadas analiza y cuestiona el papel del orden jurídico internacional en la dominación de los Estados, pueblos y personas del tercer mundo. Asumo los riesgos derivados de simplificar aquí aproximaciones profundamente complejas y heterogéneas. Más aún, teniendo en cuenta, por un lado, que recojo aquellas ideas de estas aproximaciones que me parecen más significativas en relación con el objeto de estudio, por lo que otras muchas quedan fuera; y, por otro, que, aunque centro el análisis en las ideas y propuestas TWAIL, en ocasiones incluyo también literatura e ideas de otras aproximaciones críticas que ayudan a reforzar mi argumentación.

Asumo como punto de partida que todas las aproximaciones teóricas de la disciplina —no sólo las críticas, también las dominantes— se relacionan

con el derecho internacional desde sus propios presupuestos y fundamentos teóricos, desde unos intereses y valores determinados. Es decir, “están posicionadas”. Como también lo estoy yo. Soy un hombre cis, blanco, occidental, profesor universitario, adulto, heterosexual y feminista que ha vivido algo de tiempo en el Sur global (más concretamente en la República Democrática del Congo), y que pretende analizar las aportaciones críticas que desde el tercer mundo se hacen al derecho internacional. No tengo dudas de que mis sesgos culturales, los valores sobre los que intento sustentar mi vida, mi experiencia vital y mis intereses personales inciden en mi trabajo docente e investigador. Considero importante ser consciente y honesto sobre esta cuestión, y explicitar desde el principio desde dónde planteo mi análisis.

He estructurado este texto en cinco apartados. Tras esta introducción, en el segundo de ellos justifico la necesidad de una reflexión crítica sobre el derecho internacional. Para ello, parto de su naturaleza ambivalente —esto es, el hecho de que, desde diferentes visiones, es considerado bien solución bien problema de las injusticias del mundo— y destaco la existencia de múltiples y heterogéneas aproximaciones teóricas críticas a la disciplina como una oportunidad de reflexión y aprendizaje. Posteriormente, en el tercer apartado, examino las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional. Para ello, expongo su origen, evolución y principales aportaciones. Después, en el cuarto apartado examino algunas de sus propuestas para transformar el derecho internacional sobre la base de la justicia global, más concretamente, en relación con la ontología y epistemología dominantes y con la violencia y exclusión que provoca el derecho internacional. Concluyo, en el quinto apartado con algunas consideraciones finales.

## **2. IMPORTANCIA DE LA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL**

### **2.1. Naturaleza ambivalente del derecho internacional**

A lo largo de la historia de la disciplina, diferentes crisis y acontecimientos han promovido desarrollos normativos e institucionales internacionales. Señala irónicamente Hilary Charlesworth que esas crisis nos dan la sensación a quienes trabajamos con el derecho internacional de que nuestro trabajo tiene una “profunda e inmediata relevancia”<sup>1</sup>. Más dudas surgen, sin embargo, sobre si esos desarrollos se han dirigido a cuestionar —y revertir— de manera estructural los elementos de dominación presentes en el orden jurídico internacional o, por el contrario, a reforzar las desigualdades existentes. Señala Ignacio Forcada que el escenario inmediatamente posterior a la segunda guerra mundial, por ejemplo, es a menudo identificado como el paso de un

---

<sup>1</sup> CHARLESWORTH, Hilary, “International Law: A Discipline of Crisis”, *The Modern Law Review Limited*, vol. 65, 2002, núm. 3, p. 377.

derecho internacional clásico de “coexistencia y coordinación” a un derecho internacional contemporáneo o moderno de “cooperación”<sup>2</sup>. Las narrativas dominantes identifican este cambio como positivo, pero no es una opinión ni unánime ni pacífica, porque esa “cooperación” puede ser interpretada como un horizonte para formas alternativas y positivas de relación social entre los sujetos del sistema internacional o, por el contrario, como “camuflaje para las prácticas de dominación”<sup>3</sup>.

Esto es, el derecho internacional —como el derecho en general— puede ser, al mismo tiempo, una herramienta de opresión y un proyecto potencial para la emancipación. Es un instrumento ambivalente<sup>4</sup>, con una “relación dual con el poder internacional”, ya que, a lo largo de la historia, por un lado, ha expresado, en términos jurídicos, las preferencias e intereses de los Estados más poderosos y las elites político-económicas; y, por otro, ha establecido también límites al comportamiento internacional de esos mismos Estados<sup>5</sup>. Por ello, es una dialéctica recurrente en la literatura crítica si el derecho internacional es el problema o la solución de las injusticias del mundo<sup>6</sup>.

De acuerdo a muchas aproximaciones críticas, el derecho internacional se ha convertido sobre todo en un instrumento de poder y dominación que es acomodado y reproducido de acuerdo a los intereses de los poderosos. Un ejemplo es la guerra contra el terror iniciada tras el 11-S, instrumentalizada por Estados Unidos, otros Estados occidentales y Organizaciones Internacionales afines como la Organización del Tratado del Atlántico Norte para reclamar —y, en la medida de lo posible, realizar— reformas del orden jurídico internacional regresivas y afines a sus ambiciones imperiales<sup>7</sup>. Su comportamiento ha implicado un debilitamiento de determinados elementos estructurales del derecho internacional de importancia no menor, entre ellos, los derechos humanos (incluido el uso de la tortura en los interrogatorios), la no intervención en asuntos de jurisdicción interna de otros Estados (por

<sup>2</sup> FORCADA, Ignacio, “La enseñanza del Derecho Internacional Público en España: Una perspectiva desde el ‘análisis crítico del discurso’”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 3, 2001, pp. 22-23.

<sup>3</sup> PUREZA, José Manuel, “Usos contrahegemónicos defensivos y de oposición del derecho internacional: de la Corte Penal Internacional a la herencia común de la humanidad”, en SANTOS, Boaventura de Sousa y RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 240.

<sup>4</sup> MICKELSON, Karin, “Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse”, *Wisconsin International Law Journal*, vol. 16, 1998, núm. 2, p. 413; ESLAVA, Luis y PAHUYA, Sundhya, “Between Resistance and Reform: TWAIL and the Universality of International Law”, *Trade Law & Development*, vol. 3, 2011, núm. 1, pp. 103-104.

<sup>5</sup> PUREZA, José Manuel, *op. cit.*, p. 250.

<sup>6</sup> BIANCHI, Andrea, *International Law Theories. An Inquiry into Different Ways of Thinking*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 208.

<sup>7</sup> OKAFOR, Obiora C., “Newness, Imperialism and International legal Reform in our Time: A TWAIL Perspective”, *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 43, 2005, núm. 1-2, pp. 179-180; y ANGHIE, Antony, “The Evolution of International Law: colonial and postcolonial realities”, *Third World Quarterly*, vol. 27, 2006, núm. 5, p. 750.

ejemplo, mediante asesinatos selectivos), o una reinterpretación de la prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones.

Por el contrario, las aproximaciones críticas defienden que la legalidad internacional puede —y debe— convertirse en un instrumento para una comunidad internacional más justa y equilibrada<sup>8</sup>, y que la construcción, interpretación y aplicación del derecho pueden ser motor de cambio hacia la justicia global. Desde esa visión, las dudas se centran en *cómo* y *en qué medida* el derecho internacional puede apoyar los intereses de los Estados, pueblos y poblaciones excluidas, marginadas, subalternas<sup>9</sup>. En esa reflexión —señala Obiora Okafor— los iusinternacionalistas críticos tenemos mucho que aportar<sup>10</sup>.

## 2.2. Aproximaciones críticas como una oportunidad

En su libro *“International Law Theories: An Inquiry into Different Ways of Thinking”*, Andrea Bianchi analiza diferentes aproximaciones teóricas al derecho internacional, y señala que quienes enseñamos, estudiamos y/o aplicamos este derecho lo hacemos sobre todo basándonos en su práctica, pero no en las aproximaciones teóricas subyacentes. Sin embargo —prosigue— “el derecho internacional no existe en un vacío intelectual”<sup>11</sup>. Como señala Ignacio Forcada, “aunque se pretenda escapar de la teoría, se está siempre inmerso en un tipo u otro de teoría dado que el mundo y la forma que tenemos de contemplarlo son una y la misma cosa”<sup>12</sup>. De hecho, aunque la mayoría de las veces no se manifiesten<sup>13</sup>, ni se reflexione o debata sobre ellas<sup>14</sup>, la forma en la que entendemos lo que es —y no es— el derecho internacional está basada en “ciertos presupuestos y asunciones teóricas”. Ayudan a construirlo, desarrollarlo y reproducirlo, pero quedan ocultos bajo el trabajo normativo, jurisprudencial, doctrinal, docente y/o investigador.

El derecho internacional se ha desarrollado durante siglos principalmente por personas blancas y europeas —posteriormente, occidentales o del Norte global—; personas socializadas en la religión cristiana; personas privilegiadas y poderosas, esto es, elites políticas, sociales, económicas e intelectuales; y hombres, socializados además en modelos de masculinidad que, aunque no han sido ni idénticos ni inmutables, sí han tenido —y tienen— unas características hegemónicas determinadas y fundamentalmente opresoras y

<sup>8</sup> PUREZA, José Manuel, *op. cit.*, p. 250.

<sup>9</sup> ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2006, p. 750.

<sup>10</sup> OKAFOR, Obiora C., *op. cit.*, 2005, p. 190.

<sup>11</sup> BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, pp. 5-8.

<sup>12</sup> FORCADA, Ignacio, *op. cit.*, pp. 2-3.

<sup>13</sup> SCOBIE, Iain, “A view of Delft. Some Thoughts about Thinking about International Law”, en EVANS, Malcolm (ed.), *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 53.

<sup>14</sup> CHIMNI, Bhupinder S., *International Law and World Order A Critique of Contemporary Approaches*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 1.

excluyentes. Todo ello ha dejado fuera del derecho internacional las ideas, intereses, aportaciones y preocupaciones de la gran mayoría de los Estados, pueblos y personas del mundo, entre otras, mujeres, personas pobres, iletradas, no-blancas, no-occidentales, no-cristianas, del Sur, indígenas.

Muchos de esos sesgos ideológicos que subyacen tras los fundamentos teóricos, ideas y conceptos clave de la disciplina son resultado de la herencia secular del derecho internacional, pero están presentes todavía hoy. La falta de conciencia y/o de voluntad para desvelarlos y transformarlos ha favorecido su transmisión acrítica y su reproducción a través de la doctrina y la práctica iusinternacionalista, por lo que permanecen en la disciplina. Ya avanzado el siglo XXI, el derecho internacional sigue siendo racista y xenófobo; conservador y clasista; sexista<sup>15</sup> y homófobo; y antropocéntrico y depredador de la naturaleza.

El problema no es sólo la existencia de esos profundos y graves sesgos, sino la incapacidad —y/o falta de voluntad— de las aproximaciones dominantes del derecho internacional para identificar, comprender y afrontar la crisis estructural en la que colocan a la disciplina. A quienes participamos del derecho internacional, esta ceguera nos sitúa —me incluyo, por supuesto— en una posición no sólo de privilegio político, económico y social, sino también profesional y/o académico. No cuestionar las relaciones de poder que la impregnan nos coloca en una situación más cómoda y estable, menos controvertida, porque poner en cuestión la identidad propia nunca es tarea sencilla<sup>16</sup>. Sin embargo, al mismo tiempo, también nos aferra a una posición conservadora y alimenta las desigualdades, en la medida en que la actitud acrítica facilita la producción y reproducción del conocimiento dominante. En palabras de Hilary Charlesworth, nombrada en 2021 jueza del Tribunal Internacional de Justicia, hemos aceptado que el derecho internacional se haya convertido fundamentalmente en “una fuente de justificación del *statu quo*”<sup>17</sup>.

A pesar de que en el ámbito académico la incertidumbre es una inevitable compañera de viaje, la reflexión y el cuestionamiento (meta)teórico a menudo no son especialmente apreciados. Como señala Andrea Bianchi, esto puede deberse, por un lado, a nivel personal, al hecho de que convivir con la indecisión y/o la disputa sobre la ontología (qué analizar en la disciplina), la epistemología (cómo analizarlo, cómo acceder a ese conocimiento) y la metodología (qué técnicas utilizar, qué materiales analizar) exige seguridad intelectual en uno mismo; y, por otro, a nivel disciplinar, porque la falta de certezas teóricas parece debilitar la autoridad o incluso la función del dere-

---

<sup>15</sup> Dado que “el Derecho Internacional tiene un fundamental —aunque a veces sutilmente manifestado— sesgo de género a favor de los hombres”: CHARLESWORTH, Hilary, “Feminists Critiques of International Law and Their Critics”, *Third World Legal Studies*, vol. 13, 1995, p. 2.

<sup>16</sup> BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, p. 4.

<sup>17</sup> CHARLESWORTH, Hilary, *op. cit.*, 2002, p. 391.

cho internacional. Sin embargo, la coexistencia y la disputa ideológica entre diferentes formas de interpretar la disciplina —de entender tanto el mundo como la ciencia— no llevan necesariamente al relativismo<sup>18</sup>. Es más, esa riqueza intelectual puede ser una virtud, una ocasión para construir académicamente desde bases menos jerárquicas, más cooperativas.

Asimismo, algunos autores identifican —y asumo que esto puede ser discutible— un *ethos* reformista de la disciplina<sup>19</sup>, una visión romántica<sup>20</sup> y cierta (auto)percepción de superioridad moral, de creernos personas defensoras de la justicia, la vanguardia de la modernidad liberal<sup>21</sup>. Como plantea nuevamente Hilary Charlesworth, ¿hasta qué punto esa (auto)idealización de nuestro trabajo dificulta el cuestionamiento tanto de nuestras herramientas y conceptos jurídicos como de nuestras formas de hacer y pensar en la disciplina<sup>22</sup>?

La ciencia —también la nuestra— no es inmutable sino contingente. Ello nos exige lectura y reflexión permanente, actualización y revisión constante. Mucho trabajo. Y también nos demanda un férreo espíritu crítico, nos anima a abandonar inercias y formas de pensar discutibles —e incluso erróneas— que tenemos profundamente arraigadas; esto es, nos empuja, en palabras de David Kennedy, a “salir de la rueda de hámster de la disciplina”<sup>23</sup>.

Esa es, precisamente, la importancia de las aproximaciones jurídicas críticas: son una oportunidad de “analizar el lado oscuro del derecho internacional”<sup>24</sup>; de mover los fundamentos de la disciplina que a menudo asumimos sin mayor reflexión; de alimentar “la resistencia ideacional y epistémica” ante las narrativas hegemónicas<sup>25</sup>; y de reinterpretar incluso el propósito ético de la disciplina<sup>26</sup>. Dado que nuestras bases teóricas y nuestro desempeño profesional no están libres de reproducir relaciones de poder ni de generar violencia y exclusión, las visiones críticas son una invitación a repensar la disciplina y a repensarnos en la disciplina.

<sup>18</sup> BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, pp. 2 y 18.

<sup>19</sup> KOSKENNIEMI, Martti, “International Law in a Post-Realist Era”, *Australian Yearbook of International Law*, vol. 16, 1995, núm. 1, p. 1; FORCADA, Ignacio, *op. cit.*, p. 1.

<sup>20</sup> Por la promesa de cambio y el potencial para construir un mundo mejor que el derecho internacional lleva implícitos: BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, p. 211.

<sup>21</sup> KOSKENNIEMI, Martti, *op. cit.*, p. 1.

<sup>22</sup> CHARLESWORTH, Hilary, *op. cit.*, 1995, p. 1.

<sup>23</sup> KENNEDY, David, “When Renewal Repeats: Thinking against the Box”, *New York University Journal of Law and Politics*, vol. 32, 2000, núm. 2, p. 407.

<sup>24</sup> NESIAH, Vasuki, “A Mad and Melancholy Record: The Crisis of International Law Histories”, *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, vol. 11, 2021, núm. 2, p. 233.

<sup>25</sup> OKAFOR, Obiora C., *op. cit.*, 2005, p. 179.

<sup>26</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, “International Law and Third World Resistance: A Theoretical Inquiry”, en ANGHIE, Antony, CHIMNI, Bhupinder S., MICKELSON, Karin y OKAFOR, Obiora C. (eds.), *The Third World and International Order. Law, Politics and Globalization. Law, Politics and Globalization*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003a, p. 171.

### 2.3. Heterogeneidad de las aproximaciones críticas

Sería ingenuo pensar que todas las aproximaciones teóricas del derecho internacional están en condiciones de interactuar de manera equitativa en los debates teóricos o tienen, en la práctica, la misma legitimidad para hablar con autoridad sobre la disciplina<sup>27</sup>. Las relaciones de poder también juegan su papel, y en la medida en que la agenda de la disciplina —y los estándares de “buena academia”— se definen desde el Norte global, es aquí también donde se decide qué aproximaciones son válidas o interesantes<sup>28</sup>.

No pretendo ofrecer aquí, no obstante, un relato de las aproximaciones dominantes de la disciplina como omnipoderosas ni, tampoco, idealizar las visiones críticas. El derecho internacional contemporáneo no se ha construido sólo por imposición, y, en cierta medida, es resultado de tensiones, resistencias y luchas teóricas, históricas y actuales. Frente a las aproximaciones teóricas realista y liberal, dominantes en el derecho internacional, se han desarrollado aproximaciones teóricas críticas, de carácter y naturaleza dispar, que han propuesto revisiones más o menos significativas de los cimientos y el desarrollo de la disciplina. Como señala Andrea Bianchi, el derecho internacional ya no es —si lo fue en algún momento— “un lenguaje verdaderamente universal”, sino que comprende una forma de pensar tradicional —y hegemónica— que va de la mano de otras múltiples y diversas aproximaciones<sup>29</sup> que han sido consideradas, a menudo, discursos “ajenos” o “extraños”<sup>30</sup>.

Estas aproximaciones críticas aparecen en la literatura bajo una multiplicidad de denominaciones, entre ellas, Enfoques Críticos de Derecho Internacional (*Critical Approaches to International Law*), Nuevos Enfoques del Derecho Internacional (*New Approaches to International Law*), Estudios Jurídicos Internacionales Críticos (*Critical International Legal Studies*), *Newstream*, Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional, Enfoques Feministas al Derecho Internacional y Enfoques Marxistas al Derecho Internacional.

No constituyen un espacio homogéneo ni una comunidad epistémica monolítica<sup>31</sup>. Karin Mickelson señala, en relación a las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional, que son “un coro de voces que se mezclan, no siempre de manera armoniosa, en el intento por hacer escuchar un conjunto común de preocupaciones”<sup>32</sup>. Esta idea es extensible al resto de aproximaciones críticas. Se caracterizan por una gran pluralidad ideológica tanto entre ellas como dentro de cada una. Y, paradójicamente, su distinción

<sup>27</sup> BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, pp. 9-10.

<sup>28</sup> CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2017, pp. 7-8.

<sup>29</sup> BIANCHI, Andrea, “Looking Ahead. International Law’s Main Challenges”, en ARMSTRONG, David, (ed.), *Routledge Handbook of International Law*, Londres/Nueva York, Routledge, 2009, p. 407.

<sup>30</sup> CHARLESWORTH, Hilary, *op. cit.*, 1995, p. 2.

<sup>31</sup> OKAFOR, Obiora C., “Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology or Both?”, *International Community Law Review*, vol. 10, 2008, p. 375.

<sup>32</sup> MICKELSON, Karin, *op. cit.*, pp. 353-419.

puede ser compleja y prolija en matices, por lo que no pueden entenderse como compartimentos (teóricos) estancos, sino permeables y, a menudo, interrelacionados<sup>33</sup>.

Asimismo, todas ellas comparten dos objetivos fundamentales: deconstrucción y reconstrucción<sup>34</sup>, esto es, son, al mismo tiempo, reactivas y proactivas<sup>35</sup>. Desde diferentes puntos de vista —políticos, económicos, sociales, medioambientales— críticos a las visiones dominantes, por un lado, se oponen a los cimientos del derecho internacional; y, por otro, proponen alternativas teóricas y políticas transformadoras. Esas propuestas, sin embargo, han tenido un alcance y un grado de reconocimiento y/o de cooptación muy dispares en la literatura y en la práctica, en parte, en virtud del alcance más o menos estructural de sus críticas.

### 3. APROXIMACIONES DEL TERCER MUNDO AL DERECHO INTERNACIONAL

#### 3.1. Origen y principales preocupaciones

Las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional o *Third World Approaches to International Law* (TWAIL) analizan críticamente el papel que el derecho internacional ha desarrollado —y desarrolla todavía hoy— a la hora de legitimar y sostener las estructuras y procesos de desigualdad e injusticia Norte-Sur en el orden global<sup>36</sup>. Esta asimetría en la distribución de poder supone, de acuerdo a Bhupinder S. Chimni, una “crisis originaria, profunda y duradera”<sup>37</sup> del derecho internacional.

Aunque la literatura TWAIL utiliza todavía hoy la categoría “tercer mundo” —quizás ya anacrónica<sup>38</sup> y en permanente disputa<sup>39</sup>— no pretende ha-

<sup>33</sup> Como señala, a modo de ejemplo, Obiora Okafor, entre quienes analizan el derecho internacional desde el tercer mundo algunas personas son socialistas y otras no; algunas son feministas y otras no; algunas tienen una visión estatocéntrica de la disciplina y otras no; etcétera: OKAFOR, Obiora C., *op. cit.*, 2005, p. 176.

<sup>34</sup> GATHII, James Thuo, “TWAIL: A Brief History of Its Origins, Its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography”, *Trade Law & Development*, vol. 3, 2011, núm. 1, p. 39.

<sup>35</sup> MUTUA, Makau, “What Is TWAIL?”, *American Society of International Law’s Proceedings of the Annual Meeting*, 2000, p. 31. La presencia de ese carácter reactivo o proactivo en la literatura TWAIL es dispar, y algunas perspectivas y/o integrantes se centran más en la oposición que en la reconstrucción y otras, sin embargo, más en la reconstrucción que en la oposición: OKAFOR, Obiora C., *op. cit.*, 2005, p. 176.

<sup>36</sup> OKAFOR, Obiora C., *op. cit.*, 2005, p. 177; CHIMNI, Bhupinder S., “Third World Approaches to International Law: Manifiesto”, *International Community Law Review*, vol. 8, 2006, p. 3.

<sup>37</sup> CHIMNI, Bhupinder S., “Crisis and International Law: A Third World Approaches to International Law Perspective”, en MBENGUE, Makane Moïse, y D’ASPREMONT, Jean (eds.), *Crisis Narratives in International Law*, Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2022, p. 40.

<sup>38</sup> Sin embargo, en virtud de la defensa que se hace en la literatura TWAIL de la categoría “tercer mundo” y de su validez todavía hoy en día, utilizaré esta expresión en el texto, en lugar de otra que, personalmente, considero más apropiada: “Sur global”.

<sup>39</sup> FRISO, Giovanna Maria, “Third World Approaches to International Law: feminist’s engagement with international law and decolonial theory”, en RIMMER, Susan Harris, y OGG, Kate (eds.),

cer referencia a un sujeto político unitario, monolítico u homogéneo<sup>40</sup>. Sus representantes son conscientes tanto de la profunda heterogeneidad de los países concernidos, con herencias culturales y experiencias históricas políticas, económicas y sociales dispares como de la diversidad y fragmentación existente entre ellos, lo que les sitúa en situaciones de poder diversas<sup>41</sup>. Sin embargo, comparten una experiencia histórica y continuada de dominación y un presente de neocolonialismo, marginación y resistencia que hace que esta categoría todavía tenga sentido<sup>42</sup>.

El origen de la literatura TWAIL se sitúa en los movimientos de descolonización tras la segunda guerra mundial, momento en el que la prioridad era la independencia a través de la estatalidad. El Estado era, por tanto, su referente principal. Esta primera generación de autores, denominados en la literatura “TWAIL I”<sup>43</sup>, adoptaron la epistemología positivista dominante, que consideraba neutro el derecho internacional, por lo que el poder, la ideología y los valores presentes en el orden jurídico internacional no fueron prioritarios en su análisis.

Esto cambió con la llegada de la segunda generación (“TWAIL II”)<sup>44</sup>, a comienzos de la década de los noventa. Estaba mucho más interesada en las cuestiones epistemológicas, el análisis del poder y la relación de este con los procesos de creación de conocimiento, por lo que el vínculo entre lo político y lo jurídico se volvió entonces omnipresente. Asimismo, se ampliaron los sujetos a analizar y, además de los Estados, se incluyeron las poblaciones desposeídas, subalternas, marginadas e indígenas<sup>45</sup>.

---

*Research Handbook on Feminist Engagement with International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, p. 482.

<sup>40</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, “International Law and Its Discontents: Rethinking the Global South”, *American Society of International Law’s Proceedings of the Annual Meeting*, 2012, p. 178.

<sup>41</sup> Eso provoca que, como señalan algunos autores, esta categoría deba pensarse ya “con una sensibilidad geográfica más flexible”: RAJAGOPAL, Balakrishnan, “Locating the Third World in Cultural Geography”, *Third World Legal Studies*, vol. 1, 1998-1999, p. 11; y OKAFOR, Obiora C., *op. cit.*, 2005, p. 175. Lo que implica asumir que hoy en día puede identificarse un Sur hegemónico y un Sur contrahegemónico, y que el primero se siente más cómodo en el marco de la actual gobernanza global y tolera mejor el *statu quo*: RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 2012, pp. 178-180.

<sup>42</sup> OKAFOR, Obiora C., *op. cit.*, 2005, p. 174; CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2006, pp. 5-6.

<sup>43</sup> Entre esos autores están Georges Abi-Saab, Ram Prakash Anand, Mohammed Bedjaoui, T. Olawale. Elias, Nagendra Singh, J. J. G. Syatauw y Christopher Weeramantry: CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2017, p. 15. Muchos de ellos no sólo eran teóricos del derecho internacional, sino que lo ejercían en la práctica: BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, p. 216.

<sup>44</sup> En la literatura de esta segunda generación destacan Antony Anghie, Bhupinder S. Chimni, James T. Gathii, Karin Mickelson, Vasuki Nesiiah, Obiora Okafor y Balakrishnan Rajagopal: La mayoría se han educado y enseñan en universidades occidentales, principalmente de Estados Unidos: CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2017, p. 6. Esto, de acuerdo a James T. Gathii, responde a su voluntad de acceder a espacios que les permitan hacer llegar su voz: GATHII, James Thuo, *op. cit.*, p. 47. Sin embargo, también implica un menor conocimiento de la realidad del tercer mundo: BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, p. 206; y CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2017, p. 7.

<sup>45</sup> BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, p. 217.

En su agenda, el primer paso hacia la transformación del derecho internacional es revisar su pasado en toda su complejidad<sup>46</sup>, sus continuidades y discontinuidades, para desvelar su origen y desarrollo eurocéntrico y cristiano<sup>47</sup>, y la importancia del colonialismo y el imperialismo como elementos fundacionales y nucleares<sup>48</sup>. En palabras del antiguo juez del Tribunal Internacional de Justicia Mohammed Bedjaoui, el derecho internacional clásico consistía “en una serie de reglas con sesgo geográfico (era un derecho europeo), aspiraciones ético-religiosas (era un derecho cristiano), motivaciones económicas (era un derecho mercantilista) y objetivos políticos (era un derecho imperial)”<sup>49</sup>. De este modo, para finales de siglo XIX, la expansión europea a través del colonialismo garantizó que el derecho internacional (europeo) se convirtiese en universal<sup>50</sup>.

A partir de esa revisión histórica, los objetivos son introducir el tercer mundo en los análisis, desenmascarar el poder existente en la construcción de conocimiento en la disciplina y reivindicar la igualdad global<sup>51</sup>. Porque la explotación no es cosa del pasado. El Norte global sigue dominando hoy el orden internacional, sus estructuras e instituciones políticas, económicas, sociales, académicas y, por supuesto, jurídicas, para mantener su situación de privilegio. Simplemente ha implementado nuevas herramientas de control, opresión y violencia<sup>52</sup>. Esto es, lo que ha cambiado es la forma de ejercer la hegemonía, pero no su esencia<sup>53</sup>. Ahora la dominación es ejercida bajo formas más sutiles, más “tolerables”, entre ellas, el uso de las Naciones Unidas como una tapadera de las grandes potencias<sup>54</sup>; la idea del desarrollo, que desde la segunda guerra mundial ha traído aparejada la violencia estructural de las instituciones financieras internacionales a través de planes de ajuste estructural y de condicionalidad política y económica<sup>55</sup>; la falacia del libre

<sup>46</sup> CHIMNI, Bhupinder S., “The Past, Present and Future of International Law: A Critical Third World Approach”, *Melbourne Journal of International Law*, vol. 8, 2007, núm. 2, p. 500.

<sup>47</sup> MUTUA, Makau, *op. cit.*, p. 33.

<sup>48</sup> ANGHIE, Antony, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2006, p. 739; RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 2012, p. 176; y CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2022, pp. 40 y 42.

<sup>49</sup> BEDJAOU, Mohammed, “Poverty of the International Order”, FALK, Richard A., KRATOWIL, Friedrich V., y MENDLOVITZ, Saul H. (eds.), *International Law: A Contemporary Perspective*, Boulder, Westview Press, 1985, pp. 153-154.

<sup>50</sup> ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2006, pp. 742 y 746.

<sup>51</sup> OKAFOR, Obiora C., *op. cit.*, 2005, p. 186.

<sup>52</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, “International Law and the Development Encounter: Violence and Resistance at the Margins”, *American Society of International Law's Proceedings of the Annual Meeting*, 1999, pp. 19-21; y CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2017, p. 26.

<sup>53</sup> OTTO, Dianne, “Subalternity and International Law: The problems of Global Community and the Incommensurability of Difference”, *Society and Legal Studies*, vol. 5, 1996, núm. 3, pp. 339-340.

<sup>54</sup> MUTUA, Makau, *op. cit.*, p. 35.

<sup>55</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003b, pp. 95-134; y FRISSO, Giovanna Maria, *op. cit.*, p. 485; De hecho, el desarrollo y el crecimiento económico se han convertido en nuevos instrumentos para universalizar el derecho internacional a imagen y semejanza de Occidente: BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, p. 222.

comercio, favorecida con la “burocracia antidemocrática y opaca”<sup>56</sup> de la Organización Mundial del Comercio y los acuerdos económicos internacionales asimétricos; o la construcción de un sistema de derechos humanos de naturaleza liberal, individual, eurocéntrica, androcéntrica<sup>57</sup>, cívico-política e instrumental<sup>58</sup>. Estos ejemplos reflejan lo que Antony Anghie denomina el “imperialismo ‘cotidiano’” que es aceptado con normalidad porque es un aspecto integral del día a día internacional<sup>59</sup>.

### 3.2. Ampliación de la agenda: aportaciones “desde abajo” y feministas

La dominación y explotación no se dirigen sólo a los Estados, sino también a pueblos, movimientos sociales y colectivos subalternos en el tercer mundo, incluidas las mujeres y la naturaleza (contra la que el capitalismo está irremediabilmente en guerra)<sup>60</sup>. En este sentido, aunque muchas de las reflexiones TWAIL son deudoras de la lógica westfaliana y no cuestionan la naturaleza estatocéntrica de la disciplina, otras destacan las críticas y alternativas al derecho internacional que surgen “desde abajo”<sup>61</sup>. Esto es, su objetivo es visibilizar otros sujetos de naturaleza no estatal que desde lo local —aunque a menudo también apoyados en lo transnacional— enfrentan las lógicas de dominación presentes en el derecho internacional<sup>62</sup>. Precisamente esa exclusión sistemática de la mayor parte de la población mundial de las propuestas del derecho internacional —incluso de aquellas que se atribuyen un carácter cosmopolita, pero provienen también “desde arriba”— exige poner el énfasis en los sujetos subalternos y en sus propuestas de carácter contestatario o contrahegemónico<sup>63</sup>, esto es, aquellas que resisten, cooptan, acomodan y socavan el derecho internacional<sup>64</sup>. El proceso, por tanto, no es exclusivamente unidireccional y requiere un análisis más profundo.

<sup>56</sup> MUTUA, Makau, *op. cit.*, p. 35.

<sup>57</sup> ZIRION LANDALUZE, Iker, “Del reformismo a la transformación. Una crítica feminista al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, LANDA GOROSTIZA, Jon Mirena (dir.), *Retos Emergentes de los Derechos Humanos: ¿Garantías en Peligro?*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 538-541.

<sup>58</sup> Dado que es esgrimido por los Estados poderosos para justificar el intervencionismo militar en el tercer mundo, especialmente para proteger sus intereses geoestratégicos, a los nacionales occidentales y/o el capital extranjero del Norte global.

<sup>59</sup> ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2006, p. 750.

<sup>60</sup> CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2022, p. 43. En todo caso, la dominación no es monopolio de los Estados Occidentales. Los Estados del tercer mundo también la ejercen sobre otros Estados del sur y sobre minorías, pueblos indígenas u otras poblaciones dentro de sus fronteras: ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2006, p. 751.

<sup>61</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 2003b.

<sup>62</sup> CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2006, p. 5.

<sup>63</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, *Toward a New Legal Common Sense*, Londres, Butterworths, 2002, p. 460.

<sup>64</sup> Entre esos movimientos sociales de resistencia, Balakhrisnan Rajagopal señala el zapatismo en Chiapas, México, y el movimiento *Narmada Bachao Andolan*, en la India: RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 1999, p. 27.

Asimismo, en el seno de las aproximaciones TWAIL, en las últimas décadas han tenido un mayor protagonismo las visiones feministas, que han rechazado el orden jurídico internacional no sólo por su carácter occidental y racista sino también patriarcal<sup>65</sup>. En este sentido, las feministas TWAIL<sup>66</sup> han denunciado que sus colegas masculinos han estado tan ciegos a la desigualdad estructural de hombres y mujeres como lo han estado el resto de aproximaciones de la disciplina. Y, paralelamente, han denunciado que a las feministas occidentales también les ha costado reconocer la naturaleza occidental y racista de la disciplina<sup>67</sup>. Por ello, han reivindicado la especificidad de sus visiones frente al “discurso feminista occidental” que, desde una posición estructural de poder, ha impuesto su agenda política lo que supone una manifestación más de neocolonialismo<sup>68</sup>. Entre sus preocupaciones, además de las compartidas con sus colegas masculinos TWAIL —el legado colonial, el capitalismo (neo)colonial actual, la situación de dependencia y pobreza o la hegemonía cultural y el racismo de Occidente— están el militarismo del orden jurídico internacional, la violencia contra las mujeres o la (ir)responsabilidad del derecho internacional ante la grave degradación medioambiental.

Asimismo, es central en sus análisis el concepto de interseccionalidad, esto es, la compleja interacción del género con otras variables (raza, nacionalidad, clase social, identidad indígena, orientación sexual, etcétera), que sitúa a las mujeres en diferentes posiciones dentro de la discriminación que comparten como mujeres del tercer mundo. Esta heterogeneidad de las mujeres está amenazada por el lenguaje y la representación de la alteridad que se hace desde el poder. En este punto, las feministas TWAIL han hecho suyas las reflexiones de Chandra Mohanty en su célebre artículo “*Under Western Eyes. Feminist Scholarship and Colonial Discourses*” sobre las diferencias entre la autorrepresentación que el feminismo occidental hace de las mujeres del Norte global (educadas, modernas, con control sobre su cuerpo y su sexualidad, y con libertad para tomar sus propias decisiones) y la representación de “la mujer del tercer mundo” (ignorante, pobre, sin educación, limitada por las tradiciones, religiosa, aferrada al hogar y la familia, y víctima), y que es nombrada a menudo además en singular, como si formara parte de un grupo homogéneo y sin agencia. Esta representación dicotómica y binaria, construida desde Occidente, no es neutra. Sin discurs-

<sup>65</sup> DAWUNI, Josephine Jarpa, “Matri-legal feminism: an African feminist response to international law”, en RIMMER, Susan Harris, y OGG, Kate (eds.), *Research Handbook on Feminist Engagement with International Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2019, p. 452.

<sup>66</sup> Entre estas autoras están Vasuki Nesiya, Sylvia Tamale, Celestine Nyamu, Dianne Otto, Penelope Andrews, Berta Hernández, Hope Lewis, Lama Abu-Odeh, Adrien Wing, Ratna Kapur, Athena Mutua, Leslye Obiora, Sundhya Pahuja, Sylvia Kangara y Mosope Fagbongbe. Para más información sobre sus publicaciones, consultar: GATHII, James Thuo, *op. cit.*, pp. 42-45 y 49-64.

<sup>67</sup> DAWUNI, Josephine Jarpa, *op. cit.*, p. 452.

<sup>68</sup> MOHANTY, Chandra Talpade, “Under Western Eyes. Feminist Scholarship and Colonial Discourses”, *Feminist Review*, vol. 30, 1988, p. 61.

so del Norte global no habría tercer mundo<sup>69</sup>; y sin representación de “la mujer del tercer mundo”, la autorrepresentación de la mujer occidental no tendría sentido. La una habilita y sostiene la otra<sup>70</sup>.

#### 4. ALGUNAS PROPUESTAS PARA TRANSFORMAR EL DERECHO INTERNACIONAL

##### 4.1. Cuestionar la ontología y desvelar los silencios

La ontología hace referencia a la idea que una determinada disciplina tiene de la realidad, del mundo, de las cosas que existen en él. Sobre esa premisa identifica qué debe analizar dicha disciplina (¿qué existe? ¿qué es importante? ¿qué debe estudiar?). En el derecho internacional, la ontología dominante ha sido materialista, esto es, lo importante —lo que debe analizarse— es lo material, los hechos. Por el contrario, los significados que otorgamos a esos hechos, las ideas y valores tras ellos, no son significativos y no deben ser objeto de análisis.

En su interés por revisar el derecho internacional, la literatura TWAIL cuestiona, por un lado, los valores, fundamentos, ideas, conceptos y narrativas dominantes; y, por otro, el modo en que se han convertido en instrumentos para la (auto)legitimación de un derecho internacional hegemónico y para la dominación de gran parte del mundo. Esto es, analizan los hechos, pero también el significado que les otorgamos y las ideas y valores que subyacen en ellos, porque consideran que todo ello construye la realidad social. Esto es, defienden una ontología idealista.

Entre esas narrativas está la idea, implícita en el iusinternacionalismo dominante, de que es posible una mejora constante de las condiciones de vida y del bienestar de la humanidad a través de la ciencia, el pensamiento racional<sup>71</sup> y las normas e instituciones internacionales<sup>72</sup>. Es esta una crítica compartida con otras aproximaciones críticas. Como señala Marti Koskenniemi el derecho internacional presenta una estructura socio-jurídica en la que pareciera que quienes participan pueden conseguir “la buena vida”<sup>73</sup>. Sin embargo, esta visión optimista, lineal y de progreso oculta que, evidentemente, no todos los sujetos están en una posición similar para lograr esa “buena vida” internacional. Por ejemplo, aunque el derecho internacional contemporáneo ha mostrado una voluntad más abierta con respecto a su ámbito subjetivo, los Estados poderosos y las princi-

<sup>69</sup> Las aproximaciones TWAIL critican la construcción de series binarias empapadas de poder en las que el primer elemento, positivo, hace referencia al Norte global y el segundo, negativo, al tercer mundo. Entre ellas están “civilizado-bárbaro”, “racional-irracional” o “maduro-infantil”.

<sup>70</sup> MOHANTY, Chandra Talpade, *op. cit.*, pp. 65 y 82.

<sup>71</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 2012, p. 180.

<sup>72</sup> CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2017, p. 13.

<sup>73</sup> KOSKENNIEMI, Martti, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 66-67.

pales Organizaciones Internacionales siguen siendo los actores privilegiados y quienes tienen el poder para definir la ontología de la disciplina<sup>74</sup>.

En este sentido, desvelar las prioridades dominantes puede ayudar a explicar su particular agenda. De acuerdo a Jordi Bonet, esas prioridades siguen siendo, por un lado, “la reproducción del sistema de Estados y la supervivencia de este sujeto como ente organizativo” y, por otro, “la perpetuación del modo de producción e intercambio predominante (modelo capitalista)”<sup>75</sup>. Desde este punto de vista, no extraña que conceptos e ideas como el Estado, la soberanía, el consentimiento, la integridad territorial, las Organizaciones Internacionales o el derecho de inversiones se hayan convertido en centrales en la disciplina.

Asimismo, no es sólo una cuestión de poder decidir cuáles son los conceptos e ideas nucleares, sino también el significado particular asignado a las mismas<sup>76</sup> y su uso interesado contra el tercer mundo<sup>77</sup>. A modo de ejemplo, reflexiono a continuación sobre el concepto de soberanía y sobre dos regímenes jurídicos, el de derechos humanos y el de derecho internacional penal. Por un lado, en relación con la idea de soberanía, clave para la construcción del Estado occidental, Antony Anghie destaca su papel central en la simbiosis histórica entre derecho internacional y colonialismo<sup>78</sup>. En su opinión, la idea westfaliana de que todos los Estados son iguales en soberanía y ejercen el control sobre su territorio y población es “un producto exclusivamente europeo” que ha sido instrumentalizado en diferentes momentos. Inicialmente, en los orígenes del derecho internacional clásico, para excluir a sociedades no europeas que no cumplieran el estándar de soberanía occidental, lo que se convirtió en una excusa para exportar dicha soberanía a través del imperialismo<sup>79</sup>; y, posteriormente, durante el proceso de descolonización, momento en el que la soberanía fue reconocida a los nuevos Estados para que permaneciesen sujetos al derecho internacional, y en el que el colonialismo se fue transformando en neocolonialismo, para perpetuar su situación de dependencia<sup>80</sup>.

---

<sup>74</sup> BONET I PÉREZ, Jordi, “Transformaciones contemporáneas del Derecho Internacional Público”, en ESTÉVEZ ARAUJO, José A. (ed.), *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Editorial Trotta, 2021, pp. 246-250.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> KOSKENNIEMI, Martti, *op. cit.*, 1995, p. 10.

<sup>77</sup> MUTUA, Makau, *op. cit.*, p. 34; y NESIAH, Vasuki, “The Ground beneath Her Feet: TWAIL Feminism”, en ANGHIE, Antony, CHIMNI, Bhupinder S., MICKELSON, Karin y OKAFOR, Obiora C. (eds.), *The Third World and International Order. Law, Politics and Globalization. Law, Politics and Globalization*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, pp. 136-140.

<sup>78</sup> ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2004, p. 310.

<sup>79</sup> *Ibidem*, 2006, pp. 740-741. Para un análisis detallado de esta visión crítica de la soberanía como “un regalo de la Civilización”, consultar: KOSKENNIEMI, Martti, *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, pp. 98-178.

<sup>80</sup> ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2006, pp. 748-749.

Por otro lado, la literatura TWAIL ha cuestionado el carácter emancipador y revolucionario de los derechos humanos<sup>81</sup> y, por el contrario, ha destacado su carácter eurocéntrico, sesgado e instrumental. Ese “humano” al que se le reconocen derechos lo es de manera individual, principalmente en los ámbitos civil y político y en virtud de su grado de inserción en el mercado global, esto es, como “*homo economicus*”<sup>82</sup>. Nuevamente, esa es una apuesta ético-política particular afín a la historia y a los intereses occidentales que, como señala Ratna Kapur, ha servido para sostener el patriarcado, el colonialismo y el capitalismo<sup>83</sup>.

Y, finalmente, otras apuestas ético-políticas fundamentan también el derecho internacional penal. Entre ellas, José Manuel Pureza señala, por un lado, que la proliferación de los tribunales internacionales penales puede interpretarse como la búsqueda de “la seguridad como un valor básico de las sociedades y economías orientadas al mercado”. Y, por otro, que esos tribunales se basan en la justicia retributiva y en una visión deontológica que considera que la responsabilidad por una situación política debe recaer principalmente sobre individuos concretos (en el marco, nuevamente, de una lógica individualista liberal). En ese sentido, establece una “verdad microscópica y descontextualizada” de la violencia de masas en contextos políticos sumamente complejos que reproduce en el ámbito internacional la tendencia interna a “la judicialización de los enfrentamientos políticos”<sup>84</sup>. Es decir, en lugar de priorizar un análisis profundo de las razones políticas, sociales y económicas que han favorecido esos crímenes, los tribunales internacionales penales tienen un alcance muy limitado y sesgado<sup>85</sup>.

Asimismo, cuestionar la ontología dominante implica examinar críticamente no sólo lo que el derecho internacional analiza/regula sino también lo que decide no analizar/regular<sup>86</sup> y porqué. Estas decisiones son políticas, no jurídicas, y generalmente han servido para excluir las preocupaciones, intereses e interpretaciones de Estados, pueblos y personas del tercer mundo, consideradas poco significativas, “periféricas”, secundarias<sup>87</sup>. Por ello, una de las herramientas de las aproximaciones críticas ha sido desvelar los silencios de la disciplina, lo que no se nombra, lo que se invisibiliza y, por tanto, no se analiza, entre otras cuestiones, la historia colonial e imperialista de la

<sup>81</sup> KAPUR, Ratna, *Gender, alterity and human rights: freedom in a fishbowl*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2018.

<sup>82</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 1999, pp. 20 y 23; y 2003b, pp. 197-201.

<sup>83</sup> KAPUR, Ratna, *op. cit.*

<sup>84</sup> PUREZA, José Manuel, *op. cit.*, p. 244.

<sup>85</sup> *Ibidem.*, pp. 244-245. Por el contrario, otros instrumentos de justicia transicional como las comisiones de la verdad, que han contado en general con menor protagonismo y recursos que los tribunales internacionales penales, ofrecen una aproximación más holística y reparadora, ya que favorecen el conocimiento en profundidad tanto del contexto como de la verdad sobre lo ocurrido, la identificación extensa de víctimas y victimarios, la reparación, y la reconciliación entre las partes enfrentadas y la sociedad.

<sup>86</sup> BONET I PÉREZ, Jordi, *op. cit.*, pp. 245-246.

<sup>87</sup> ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2006, p. 739.

disciplina, las aportaciones históricas del tercer mundo al derecho internacional<sup>88</sup>, sus experiencias de resistencia o las propuestas contrahegemónicas y/o alternativas planteadas al orden jurídico global.

Asimismo, junto con la deconstrucción de conceptos e ideas nucleares y la identificación de los silencios de la disciplina, la construcción de interpretaciones alternativas está también presente en la agenda TWAIL. En ese sentido, y en relación nuevamente con los derechos humanos, resignificarlos implica, por ejemplo, no fundamentarlos exclusivamente en valores eurocéntricos<sup>89</sup>, articular nociones de derechos más comprensivas que trasciendan la idea liberal de autonomía individual e incorporen concepciones solidarias de la titularidad<sup>90</sup>, ampliar su marco de protección más allá de ciertos intereses particulares y superar su lógica dualista y esencialista<sup>91</sup>. En resumen, basarlos en formas alternativas de conocimiento jurídico<sup>92</sup>.

Las visiones dominantes del derecho internacional han menospreciado las experiencias de resistencia de los sujetos excluidos, su potencial para develar, enfrentar y erosionar las instituciones e ideologías hegemónicas y, finalmente, su capacidad para construir, para ofrecer otras opciones<sup>93</sup>. Frente a esta actitud del Norte global, la literatura TWAIL propone diferentes estrategias, entre ellas, por un lado, visibilizar la agencia de Estados, pueblos, comunidades y movimientos sociales y su capacidad de generar alternativas a través de la movilización transnacional<sup>94</sup>; y, por otro, articular una Teoría

<sup>88</sup> Estados y sociedades no europeas han participado en la concepción, desarrollo y consolidación de importantes normas y principios jurídicos internacionales, por ejemplo, del derecho de los tratados o del derecho de la guerra (*ius in bello*): ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2006, p. 742. Para más información sobre esas contribuciones al derecho internacional, consultar, entre otras fuentes: ELIAS, Taslim Olawale, *Africa and the Development of International Law*, Leiden, AW Sithoff, 1972; ANAND, Ram Prakash, *New States and International Law*, Nueva Delhi, Vikas Publishing House, 1972; y GROVOGUI, Siba N'Zatioula, *Sovereigns, Quasi Sovereigns and Africans: Race and Self-Determination in International Law*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1996.

<sup>89</sup> Que, entre otras cuestiones, no naturalicen como dominante el nexo entre secularismo y derechos humanos, lo que condiciona los debates sobre los derechos humanos de las mujeres y la religión, por ejemplo, en relación con el uso del velo: NESIAH, Vasuki, *op. cit.*, 2003, p. 138.

<sup>90</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa y RODRÍGUEZ GARAVITO, César A., "El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica", SANTOS, Boaventura de Sousa y RODRÍGUEZ GARAVITO, César A. (eds.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, 2007, p. 20.

<sup>91</sup> Los derechos humanos se han construido sobre la base de dicotomías (hombre-mujer; nacional-extranjero; ciudadano-no ciudadano; blanco-no blanco; adulto-niño; etcétera) en las que se privilegia el primer elemento. Ese binarismo ha reducido y constreñido la realidad, ha eliminado sus matices, y ha sustentado alteridades, jerarquías y sistemas de opresión: ZIRION LANDALUZE, Iker, *op. cit.*, pp. 549-550.

<sup>92</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa y RODRÍGUEZ GARAVITO, César A., *op. cit.*, p. 20.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>94</sup> OKAFOR, Obiora C., "Poverty, Agency and Resistance in the Future of International Law: An African Perspective", *Third World Quarterly*, vol. 27, 2006, núm. 5, p. 811.

de la Resistencia<sup>95</sup> en el derecho internacional que ofrezca un marco teórico desde el que apoyar esas alternativas.

Muchas de estas ideas críticas y transformadoras se refieren a conceptos, instituciones, valores e intereses firmemente asentados que “son hegemónicos precisamente porque se ven como producto del sentido común”<sup>96</sup>. Reflexiones ontológicas como estas, que cuestionan las bases del derecho internacional, generan resistencias por parte de las interpretaciones dominantes de la disciplina. A menudo se consideran ajenas, poco serias o incluso ingenuas. En ese sentido, es importante reivindicar que tan necesario es reflexionar “sobre el derecho” como “sobre cómo funciona el derecho”<sup>97</sup>. Esto es, las ideas y valores —no sólo los hechos— están presentes, construyen la disciplina y deben ser analizados.

Un ejemplo puede ser útil en este punto. Cuando analizamos el régimen jurídico del uso de la fuerza, generalmente examinamos las fuentes normativas que lo regulan, su interpretación jurisprudencial, las excepciones al mismo o su aplicación a través de casos prácticos. Esto es, analizamos de manera técnica “cómo funciona el derecho”. Sin embargo, menos tiempo dedicamos a cuestionar, por ejemplo, la lógica militarista inherente a ese régimen y a los sistemas de seguridad colectiva, a quién beneficia o perjudica ese determinado orden jurídico, y cómo impacta en los objetivos de paz<sup>98</sup> y justicia global del derecho internacional o en la supervivencia del ser humano y la naturaleza. Y, sin embargo, esos temas merecen una reflexión serena y profunda, porque lo que necesitamos es un derecho internacional que no esté fundado en la violencia ni la necesite para su aplicación, y que sitúe la desmilitarización y el desarme en el centro de su agenda, de manera que garanticemos la sostenibilidad de la vida humana y de la naturaleza tanto en el presente como en el futuro<sup>99</sup>.

Al relegar —consciente o inconscientemente— a la irrelevancia práctica la actividad intelectual de reflexionar críticamente “sobre cómo funciona el derecho internacional”, por un lado, legitimamos ideas dominantes —y, sin embargo, cuestionables— como, por ejemplo, la inevitabilidad del uso de la

---

<sup>95</sup> Balakrishnan Rajagopal propone que esta teoría parta de las siguientes cuatro preguntas y sus respectivas respuestas: “¿Resistencia contra qué?” la naturaleza del poder en el orden internacional; “¿Con qué fin?” la liberación humana; “¿Con qué estrategias?” desde la reforma hasta la revolución; y “¿Cuál es el papel del Estado en la resistencia? un terreno plural, fragmentado y en disputa”. Para un análisis más profundo, consultar: RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 2003b, pp. 162-171.

<sup>96</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa y RODRÍGUEZ GARAVITO, César A., *op. cit.*, p. 21.

<sup>97</sup> SCHULTZ, Thomas, “Doing Law and Thinking about Law”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 4, 2013, núm. 2, p. 217.

<sup>98</sup> No en vano, la prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones son vasos comunicantes, y cada ejercicio de violencia militar en el ámbito internacional —incluso aquellos considerados legítimos— debilita el fin del derecho internacional de establecer una comunidad basada en la cooperación y el arreglo pacífico de controversias.

<sup>99</sup> JONES, Emily, y OTTO, Dianne, *Thinking through anthropocentrism in international law: queer theory, posthuman feminism and the postcolonial – A conversation between Emily Jones and Dianne Otto*, LSE Centre for Women, Peace and Security, 2020, p. 10.

fuerza, idea profundamente arraigada a pesar incluso de su prohibición formal como medio de resolución de controversias. Por otro lado, limitamos la educación jurídica a “aprender el derecho”, a una tarea “técnico-jurídica”, en lugar de ser un proceso “teórico-político”, más ambicioso, que nos permita analizar la relación entre el derecho internacional y la sociedad en la que ha surgido y se desarrolla<sup>100</sup>.

#### **4.2. Disputar la epistemología positivista dominante y (re)politizar la disciplina**

La epistemología hace referencia al modo en que una determinada disciplina considera que debe crearse conocimiento, esto es, define lo que dicha disciplina considera ciencia, lo que constituye el conocimiento científico y cómo accedemos a ese conocimiento. La epistemología positivista dominante en el derecho internacional ha defendido la necesidad de generar ciencia objetiva y neutra en la disciplina y, para ello, se ha basado en ideas como la férrea separación entre el sujeto que analiza y el objeto analizado; el análisis sólo de los hechos (lo único importante) y no de las ideas y valores —las consideraciones éticas y morales— que interpretan esos hechos; o que el objetivo de la ciencia es generar teorías que expliquen el mundo.

Por el contrario, el pospositivismo que defienden muchas de las aproximaciones críticas denuncia esas premisas epistemológicas hegemónicas. Entiende, por un lado, que los hechos sociales existen en la medida en que les atribuimos ciertos significados intersubjetivos y, con ello, les dotamos de existencia, los convertimos en realidad social. Por otro, que el derecho internacional no está compuesto por hechos ajenos a la persona investigadora y a su contexto sino, sobre todo, por ideas y valores que han sido socialmente construidos. Por tanto, que en la academia todas las personas se adscriben a alguna concepción del orden internacional que está mediada por sus opciones ético-políticas, por sus “preferencias ideológicas, políticas, culturales, sociales y personales”<sup>101</sup>. Esto es, en palabras de Robert Cox, que “la teoría siempre está pensada para alguien y con algún propósito”<sup>102</sup>. Y, finalmente, que la ciencia no sólo explica el mundo, sino que también ayuda a construirlo y, por tanto, las aproximaciones teóricas del derecho internacional no son solo explicativas, sino también constitutivas<sup>103</sup>.

En ese sentido, es problemático considerar neutral u objetivo el derecho internacional cuando los fundamentos teóricos en los que se basa han sido

---

<sup>100</sup> FORCADA, Ignacio, *op. cit.*, pp. 7-9.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>102</sup> COX, Robert W., “Social Forces, States and World Orders. Beyond International Relations Theory”, *Millennium Journal of International Studies*, vol. 10, 1981, núm. 2, p. 128.

<sup>103</sup> Esto es, que “la forma en la que miramos el mundo es el mundo” (cursiva en el original): BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, p. 225.

construidos y reproducen sesgos ideológicos que no son ni universales ni compartidos ni pacíficos. De hecho, esta presunción de objetividad y neutralidad<sup>104</sup> forma parte de la crisis epistémica del derecho internacional, que se ha servido de la producción de conocimiento hegemónico para legitimarse y reproducirse a costa de ejercer violencia contra otras epistemologías jurídicas alternativas<sup>105</sup>.

Las limitaciones de la apuesta epistemológica dominante merecen un análisis profundo que se escapa al objetivo de este texto. Menciono aquí sólo dos. La primera es el riesgo que implica la especialidad normativa, dicho de otro modo, la tendencia a que los regímenes jurídicos tiendan a centrarse casi en exclusiva en la materia regulada, y obvien posibles interacciones con otros regímenes jurídicos, fenómeno también común en el modo de construir conocimiento en la academia. Eso dificulta la internormatividad, esto es, la interrelación de vínculos entre las normas jurídicas internacionales y, con ello, la coherencia normativa interna del derecho internacional<sup>106</sup>.

Un ejemplo lo encontramos en la creciente confrontación, en el actual marco económico del capitalismo neoliberal, entre el régimen jurídico corporativo internacional (“*lex mercatoria*”<sup>107</sup>) y el régimen internacional de los derechos humanos (DIDH). Este proceso, favorecido —por acción y omisión— por los Estados más poderosos<sup>108</sup> y ciertas Organizaciones Internacionales<sup>109</sup>, fomenta la creación de normas y regulaciones descentralizadas, de naturaleza dispar, pero profundamente lesivas para los derechos humanos y la justicia global<sup>110</sup>. De hecho, mientras los derechos de las empresas transnacionales se blindan gracias a un ordenamiento jurídico internacional de comercio e inversiones de carácter coercitivo y ejecutivo, sus obligaciones se remiten a ordenamientos nacionales afines a la lógica neoliberal y a un DIDH que ha demostrado su fragilidad e incapacidad para abordar los impactos sociales, económicos, laborales, ambientales y culturales, tanto locales como globales, de dichas empresas<sup>111</sup>. Esta decisión no es neutra ni objetiva, sino la apuesta política por un modelo económico determinado.

---

<sup>104</sup> Fomentada incluso de manera simbólica con la práctica de la elusión del uso de la primera persona en la redacción de textos académicos: FORCADA, Ignacio, *op. cit.*, p. 5.

<sup>105</sup> CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2022, pp. 41 y 44.

<sup>106</sup> BONET I PÉREZ, Jordi, *op. cit.*, pp. 256-257.

<sup>107</sup> Este término hace refiere en la actualidad a las normas y acuerdos de comercio internacional que tutelan y formalizan los derechos y el poder de las empresas multinacionales: HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos. Historia de una asimetría normativa*, Bilbao, Hegoa y Omal, 2009, pp. 148-152.

<sup>108</sup> CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2006, p. 7.

<sup>109</sup> Especialmente la Organización Mundial del Comercio, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, aunque apoyadas también por otras con objetivos no exclusivamente comerciales y/o económicos como, en el ámbito geográfico europeo, la Unión Europea.

<sup>110</sup> CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2006, pp. 23-24.

<sup>111</sup> HERNÁNDEZ ZUBIZARRETA, Juan, y RAMIRO, Pedro, *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*, Barcelona, Icaria, 2015, pp. 18-21.

Una segunda limitación de la epistemología dominante es la defensa de la “pureza” teórica y metodológica, por ejemplo, al considerar los conocimientos y aportaciones de otras disciplinas como “extrajurídicos”<sup>112</sup>, ajenos al derecho internacional e/o innecesarios. Sin embargo, un enfoque interdisciplinar y el empleo de múltiples técnicas pueden ser útiles, e incluso “inevitable en el análisis de situaciones complejas”<sup>113</sup>. Entre sus ventajas están, por un lado, analizar de manera más comprensiva e inclusiva el contexto social de la disciplina y, por otro, enriquecer su marco teórico. Por ejemplo, en la literatura TWAIL es recurrente el uso de aportaciones de otras disciplinas, entre ellas, relaciones internacionales, historia, sociología, ciencia política, geografía, economía, antropología, estudios feministas y de género, filosofía, etcétera.

Asimismo, como he comentado más arriba, la propuesta epistemológica pospositivista reconoce el carácter constitutivo de la teoría, lo que permite reflexionar sobre la naturaleza transformadora del derecho internacional. Sobre la base del título del libro de Alexander Wendt<sup>114</sup> —y ya icónico enunciado constructivista en el ámbito internacional— “*Anarchy is what states make of it*”, James Crawford y Martti Koskeniemi, señalan que “el derecho internacional es lo que hacemos de él” y que, además, ese “nosotros” no tiene límites preestablecidos<sup>115</sup>. Por tanto, defienden, por un lado, que la teoría también ayuda a constituir la realidad que pretende explicar, esto es, construye el derecho internacional desde su propio punto de vista, sus valores e intereses, desde su “horizonte intelectual”<sup>116</sup>. Y, por otro, que el derecho internacional es, en cierto modo, una “respuesta a las necesidades de sus ‘consumidores’”, y sufre una transformación silenciosa, pero constante, que no está ligada únicamente a la actividad de los órganos que crean el derecho formalmente<sup>117</sup>. En este sentido, como señala Upendra Baxi, aunque no pueda denominarse

<sup>112</sup> FORCADA, Ignacio, *op. cit.*, p. 8.

<sup>113</sup> CHARLESWORTH, Hilary, “Feminists Methods in International Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 93, 1999, p. 381.

<sup>114</sup> WENDT, Alexander, “Anarchy is what states make of it. The Social Construction of Power Politics”, *International Organization*, vol. 46, 1992, núm. 2, pp. 391-425.

<sup>115</sup> En la expresión original, “*international law is what we make of it*”: CRAWFORD, James y KOSKENIEMI, Martti (eds.), *The Cambridge Companion to International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, p. 7.

<sup>116</sup> BIANCHI, Andrea, *op. cit.*, 2016, p. 16.

<sup>117</sup> CRAWFORD, James, y KOSKENIEMI, Martti, *op. cit.*, p. 7. Por ejemplo, resulta evidente la importancia de los movimientos sociales en la creación de derechos y/u obligaciones internacionales, entre ellas, la Convención de Ottawa sobre la prohibición de las minas antipersonas (1997); la Agenda de Mujeres, Paz y Seguridad que se inició con la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000); o la Declaración de Doha que reinterpretó el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio para permitir la venta de medicamentos genéricos del VIH/Sida (2001). También es cierto, sin embargo, que los participantes no estatales en esos procesos de construcción de normas han sido principalmente del Norte global: CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2017, p. 164.

“derecho de los pueblos”, el derecho internacional hace tiempo ya que tampoco puede entenderse sólo como “derecho de las naciones”<sup>118</sup>.

Parafraseando a quien se convirtió, en 1995, en la primera mujer jueza del Tribunal Internacional de Justicia, Rosalyn Higgins, el “derecho internacional no son reglas” ni “decisiones pasadas acumuladas”<sup>119</sup>. Eso presentaría un panorama excesivamente estático como para poder contribuir a un mundo en constante cambio<sup>120</sup>. Al contrario, es modificable, dinámico, fluido<sup>121</sup>, relativamente indeterminado y discutible; y, durante su creación, interpretación y aplicación, hay margen tanto para las alternativas como para la política<sup>122</sup>.

Por tanto, un uso alternativo del derecho orientado hacia la justicia global es posible; y, sobre la base de las propuestas planteadas en este texto, deseable. Y, en ese camino hacia la transformación, el derecho no es la única estrategia. Como señala José Manuel Pureza, debe ir acompañado de una movilización política más amplia<sup>123</sup>. De hecho, frente a una interpretación dominante del orden jurídico internacional presuntamente despolitizado —que defiende la neutralidad y la objetividad al mismo tiempo que favorece la dominación política, económica, social, cultural y militar sobre gran parte de los Estados, pueblos y personas del mundo—, las aproximaciones críticas reconocen la naturaleza política del derecho internacional. Algunas, incluso, entienden que el derecho forma parte de luchas que deben darse y politizarse antes de juridificarse, esto es, de luchas que son —y deben ser— políticas antes que jurídicas<sup>124</sup>.

### 4.3. Superar la violencia y la exclusión del derecho internacional

Asistimos a una profunda desafección del derecho internacional frente a la permanente violencia contra las personas, al sufrimiento humano y a la dominación cotidiana de la alteridad. Esta falta de empatía y solidaridad en las relaciones entre los Estados, los pueblos, las personas y la naturaleza bajo el (des)amparo del derecho internacional es, en cierto modo, reflejo de una “alienación”<sup>125</sup>, de la que tampoco escapamos quienes formamos parte de la disciplina. Como señala Bhupinder S. Chimni, hemos asumido con naturalidad que el derecho internacional tolere e incluso facilite las múltiples consecuencias violentas e inhumanas derivadas de sus sesgos ideológicos fundacionales y de su (in)aplicación e interpretación en la práctica<sup>126</sup>.

<sup>118</sup> BAXI, Upendra, “What may the ‘Third World’ expect from International Law”, *Third World Quarterly*, vol. 27, 2006, núm. 5, p. 720.

<sup>119</sup> HIGGINS, Rosalyn, *Problems and Process. International Law and How We Use it*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 1 y 3.

<sup>120</sup> KOSKENNIEMI, Martti, *op. cit.*, 1995, p. 5.

<sup>121</sup> CRAWFORD, James, y KOSKENNIEMI, Martti, *op. cit.*, p. 7.

<sup>122</sup> KOSKENNIEMI, Martti, *op. cit.*, 1995, p. 5.

<sup>123</sup> PUREZA, José Manuel, *op. cit.*, p. 241.

<sup>124</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa, y RODRÍGUEZ GARAVITO, César A., *op. cit.*, p. 20.

<sup>125</sup> CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2017, pp. 515-516, y 2007, p. 500.

<sup>126</sup> *Ibidem*, 2022, p. 49.

Y el problema no es nuevo. Balakhrisnan Rajagopal denuncia que “el derecho internacional siempre ha estado bajo la sombra de la violencia”<sup>127</sup>. Ejemplos de ello son, entre otros, su simbiosis con el colonialismo y el imperialismo; los requisitos de la estatalidad, que son concomitantes con la violencia<sup>128</sup>; el modo en que la creación, aplicación e interpretación del derecho internacional construye alteridades y exclusión<sup>129</sup>; o la relación histórica<sup>130</sup> y actual del derecho internacional con el militarismo. De hecho, el derecho internacional contemporáneo ha sido articulado para la consecución de objetivos a través de la violencia global<sup>131</sup>. El ejemplo por excelencia es el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, símbolo del ejercicio legítimo de la violencia armada institucionalizada, y cuyos miembros permanentes, con derecho de veto en las decisiones sobre la paz y seguridad internacionales son, al mismo tiempo, los principales proveedores de armas del mundo.

Esta violencia (política, económica, epistémica, medioambiental, etcétera) del derecho internacional ha sido justificada y silenciada<sup>132</sup>. De hecho, ha estado intrínsecamente ligada a las preocupaciones del derecho internacional, y se ha vehiculado a través de su afán por “transformar” el tercer mundo a imagen y semejanza de Occidente, esto es, por modificar las características y estructuras internas de las sociedades y Estados del mundo sobre la base de los intereses occidentales. Las preocupaciones del derecho internacional cambian, pero ese afán no. Durante siglos, la prioridad con respecto al tercer mundo fue permitir su explotación económica, objetivo que no ha cambiado en el episodio actual de capitalismo neoliberal; eso sí, a ese se ha sumado más recientemente, en el marco de la guerra contra el terror tras el 11-S, garantizar la seguridad física de Occidente<sup>133</sup>.

Asimismo, como ya he señalado más arriba, otra prioridad ha sido el mantenimiento de su naturaleza estatocéntrica. En el orden jurídico internacional, las instituciones estatales han sido históricamente fuente de autoridad, legitimidad y poder<sup>134</sup>. Esta concepción liberal clásica de la comunidad internacional como una ciudadanía de estados-nación formalmente iguales ha relegado a los actores no estatales a un acceso parcial y contingente a la

<sup>127</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 1999, p. 22.

<sup>128</sup> OTTO, Dianne, *op. cit.*, pp. 341-342; y CHIMNI, Bhupinder S., *op. cit.*, 2007, p. 501.

<sup>129</sup> HAMZIC, Vanja, “International law as violence. Competing absences of the other”, en OTTO, Dianne, (ed.), *Queering International Law. Possibilities, Alliances, Complicities, Risks*, Abingdon/Nueva York, Routledge, 2019, pp. 77-90.

<sup>130</sup> Como señala Antony Anghie, el análisis de la obra de Francisco de Vitoria, referente teórico del derecho internacional clásico, demuestra la estrecha relación entre comercio, derecho internacional y guerra. El comercio fue un elemento central para la creación del derecho internacional, y esa explotación comercial necesitaba la guerra: ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2006, p. 744.

<sup>131</sup> HAMZIC, Vanja, *op. cit.*, p. 79.

<sup>132</sup> OTTO, Dianne, *op. cit.*, p. 342.

<sup>133</sup> ANGHIE, Antony, *op. cit.*, 2006, p. 751.

<sup>134</sup> RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 2003a, p. 148.

subjetividad internacional<sup>135</sup>, lo que ha excluido sus voces y visiones sobre el orden jurídico internacional.

La naturaleza seminal<sup>136</sup>, violenta, hegemónica y socialmente construida del Estado invita a las aproximaciones TWAIL a escrutarlo con recelo. No hay consenso entre ellas sobre el papel que el Estado debe desempeñar en un derecho internacional basado en la justicia global. Sin embargo, desde una comprensión poswestfaliana del panorama jurídico y político<sup>137</sup>, es evidente que las relaciones de poder y desigualdad no están presentes sólo *entre* los Estados sino también *dentro* de los Estados<sup>138</sup>. Por ello, algunas voces creen necesario confrontar el papel del Estado, dado que la supervivencia de ciertos elementos como la soberanía y la necesidad del consentimiento son un freno para el potencial transformador del derecho internacional. Esto nos lleva a un dilema central de la disciplina: ¿Cómo favorecer una paz comprehensiva y la justicia global en un mundo de Estados soberanos?<sup>139</sup>.

Donde sí hay consenso entre las aproximaciones del tercer mundo —y con otras aproximaciones críticas— es en la necesidad de una representación plena de todas las voces, especialmente de aquellas “diferentes”, “inesperadas”, marginadas<sup>140</sup> y/o que provienen de actores no estatales<sup>141</sup>. Los pueblos indígenas, las mujeres, las minorías, la población empobrecida, negra, campesina, merecen en la práctica diaria la misma dignidad, la misma seguridad y los mismos derechos que la población privilegiada por el derecho internacional<sup>142</sup>. Porque, de hecho, promover conscientemente la ausencia de “los otros” —“las otras”— es también una forma de violencia<sup>143</sup>.

He examinado en los dos epígrafes precedentes la marginación de las propuestas ontológicas y epistemológicas TWAIL. Esta violencia epistémica ha caracterizado y ha construido la disciplina. Gran parte del derecho internacional ha estado basado en un complejo de superioridad frente a lo diferente, a “lo extraño”. El propio lenguaje positivista implica violencia en relación con esos “otros”, los “no-europeos/occidentales”, a quienes se denigra y presenta bien como seres irracionales y salvajes a conquistar y/o civilizar<sup>144</sup> bien como víctimas vulnerables a proteger, pasivas y sin agencia<sup>145</sup>.

<sup>135</sup> OTTO, Dianne, *op. cit.*, pp. 337-338.

<sup>136</sup> La aparición de la institución del Estado es interpretada a menudo como requisito para la aparición del propio derecho internacional: FORCADA, Ignacio, *op. cit.*, p. 17.

<sup>137</sup> PUREZA, José Manuel, *op. cit.*, p. 241.

<sup>138</sup> FRISSO, Giovanna Maria, *op. cit.*, p. 496.

<sup>139</sup> Y, en la práctica, un problema del derecho en general: necesita mostrarse como “el otro”, como la alternativa a la violencia, para legitimarse y, sin embargo, utiliza esa misma violencia para preservar su poder. Esta paradoja es fuente permanente de crisis: RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 1999, p. 22.

<sup>140</sup> FRISSO, Giovanna Maria, *op. cit.*, p. 494.

<sup>141</sup> MUTUA, Makau, *op. cit.*, p. 37. RAJAGOPAL, Balakrishnan, *op. cit.*, 2003b.

<sup>142</sup> OKAFOR, Obiora C., *op. cit.*, 2005, p. 179.

<sup>143</sup> HAMZIC, Vanja, *op. cit.*, pp. 77-90.

<sup>144</sup> MUTUA, Makau, *op. cit.*, p. 34.

<sup>145</sup> CHARLESWORTH, Hilary, *op. cit.*, 1999, p. 381.

El derecho internacional, (auto)representado como la vanguardia de la modernidad progresista, defiende, sin embargo, una “uniformidad totalizadora ante el pluralismo de la experiencia humana”<sup>146</sup>. Esa lógica de construcción de alteridades y de pensamiento hegemónico ha favorecido la imposición y la violencia, y debe ser rechazada<sup>147</sup> y transformada.

Una alternativa, propone Makau Mutua, es establecer un verdadero diálogo entre culturas, por ejemplo, en los procesos de creación de normas o para consensuar el contenido de normas y valores (realmente) universales<sup>148</sup>. De hecho, como señala Obiora Okafor, la transformación del derecho internacional está directamente relacionada con el reconocimiento de todas las agencias, y con la capacidad de las personas, los pueblos y los Estados de “trazar su propio futuro y autoconstituirse”<sup>149</sup>. Desde el iusinternacionalismo feminista también se hacen propuestas en esta línea. Hilary Charlesworth defiende que los análisis del derecho internacional necesitan “juicios situados”, culturalmente adecuados y sensibles a la realidad del contexto, que permitan tanto la consciencia sobre las diferencias como el reconocimiento de las afinidades<sup>150</sup>. Todas estas propuestas van en una misma línea: abandonar la imposición, superar la exclusión y fomentar un diálogo empático y constructivo, honesto y sin relaciones de poder, en el que las personas, pueblos y Estados tradicionalmente marginados por el derecho internacional puedan participar en sus términos y construir en igualdad de condiciones.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

El punto de partida de este texto es que la naturaleza ambivalente del derecho internacional (el hecho de que pueda ser un instrumento de opresión, de emancipación o incluso ambos al mismo tiempo) ofrece posibilidades para explorar su transformación hacia la igualdad y la justicia global. Entre los insumos que pueden alimentar esa transformación están las reflexiones de las Aproximaciones del Tercer Mundo al Derecho Internacional, que forman parte de las propuestas críticas a las visiones hegemónicas de la disciplina.

Los debates y diferencias internas en la literatura TWAIL presentan un escenario lo suficientemente heterogéneo como para desanimar cualquier intento de generalización simplificadora. Conviven entre ellas visiones liberales, marxistas, feministas, poscoloniales; reformistas y revolucionarias; de oposición y de proposición; defensoras del estatocentrismo y adalides de la movilización social y/o popular; y, por supuesto, solapamientos e interrelaciones de todo tipo entre ellas. Sus reflexiones tienen un carácter más o me-

---

<sup>146</sup> KOSKENNIEMI, Martti, *op. cit.*, 1995, p. 18.

<sup>147</sup> MUTUA, Makau, *op. cit.*, p. 36.

<sup>148</sup> *Ibidem*, pp. 36 y 38.

<sup>149</sup> OKAFOR, Obiora C., *op. cit.*, 2006, pp. 804-808.

<sup>150</sup> CHARLESWORTH, Hilary, *op. cit.*, 1995, p. 12; y 1999, p. 381.

nos contestatario frente a las ideas dominantes, y en virtud de ello, el grado de resistencia o cooptación que han recibido también ha sido dispar.

Entre sus propuestas, desde el punto de vista ontológico, defienden que la capacidad de decidir lo que es importante y debe analizar la disciplina está mediada por las relaciones de poder desiguales, históricas y actuales, en el derecho internacional. A través del colonialismo, primero, y del neocolonialismo después, se han impuesto determinados valores, fundamentos, ideas y conceptos, así como qué significado e importancia deben tener. Como he analizado, la soberanía, por ejemplo, ha sido instrumentalizada para excluir al tercer mundo, primero, y para mantener su dependencia, después. Esta lógica persiste. La incapacidad actual de ciertos Estados —identificados como débiles, fallidos, canallas—, sociedades y pueblos de alcanzar los estándares impuestos desde el exterior, los margina; limita o excluye su protección por el derecho internacional; o, incluso, los hace susceptibles de control, intervención y/o dominación. En esta misma línea, he examinado cómo el régimen internacional de los derechos humanos y el del derecho internacional penal están basados en apuestas ético-políticas determinadas, sesgadas y afines a las visiones e intereses del Norte global.

Ante esta realidad, las aproximaciones TWAIL abogan por resignificar esos conceptos e ideas hegemónicas, desvelar los silencios de la disciplina y visibilizar las estrategias de resistencia tanto de actores estatales como no estatales, por ejemplo, a través de una Teoría de la Resistencia en el derecho internacional. Asimismo, desde la academia, es importante favorecer la reflexión crítica no sólo “sobre el derecho” sino también “sobre cómo funciona el derecho”, para que el estudio del derecho internacional no se convierta en una tarea exclusivamente “técnico-jurídica”, acrítica y afín a los intereses del poder, sino en un “proyecto político” activo, consciente y responsable.

En el debate epistemológico, estas aproximaciones critican la defensa de la objetividad y neutralidad de la disciplina que realizan las visiones dominantes. No sólo los hechos, también las ideas y significados que les otorgamos, son importantes y deben analizarse; además, la separación rígida entre sujeto que analiza y objeto analizado no es posible, porque el análisis está mediado por las preferencias políticas, económicas, sociales y culturales del primero; y, finalmente, la teoría no sólo explica, sino que también construye la realidad social. El derecho internacional, por tanto, no es neutro ni objetivo, sino que ha producido conocimiento útil para (auto)legitimarse y reproducirse, a costa de ejercer violencia epistémica sobre otros conocimientos jurídicos posibles.

“El derecho internacional es lo que hacemos con él”, defienden James Crawford y Martti Koskeniemi. Con el orden jurídico internacional actual, consciente o inconscientemente, lo que “hacemos” es favorecer ideas hegemónicas vinculadas a un determinado sistema político (democracia liberal)

y económico (capitalismo neoliberal), alimentar el militarismo, y construir y dominar las alteridades y la naturaleza. Sin duda, todo esto es profundamente político.

No es sencillo para mí plantear la idea del derecho internacional como un vector de dominación, de reproducción de opresión y exclusión. Se trata de una disciplina en la que desarrollo mi actividad profesional, que forma parte integral de mi vida desde hace años y que, en gran medida, he llegado a amar. Plantear esas dudas sobre ella es, de hecho, cuestionar una parte intrínseca de mí mismo. Sin embargo, interpreto la incomodidad que me generan esas dudas como una oportunidad para reflexionar y replantear. Y, desde ese nuevo espacio por explorar, me parece que las propuestas para un derecho internacional que realmente fomenten la paz (en un sentido comprensivo) y la justicia global deben construirse desde bases menos jerárquicas (tanto entre los seres humanos como con la naturaleza), más inclusivas y respetuosas, redistributivas y empáticas, suspicaces ante las “verdades universales” y el pensamiento único y, por supuesto, basadas en una verdadera cooperación internacional entre iguales.



## II. FORO/*FORUM*

Coordinación a cargo de  
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ  
(Derecho Internacional Público)  
Miguel GARDEÑES SANTIAGO  
(Derecho Internacional Privado)

**SANCIONES COMO RESPUESTA A LA AGRESIÓN  
CONTRA UCRANIA  
*SANCTIONS AS A RESPONSE TO THE AGRESSION  
AGAINST UKRAINE***

**NOTA INTRODUCTORIA  
*INTRODUCTORY NOTE***

Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ  
Miguel GARDEÑES SANTIAGO

En el Foro de este número 1 de 2023, “Sanciones como respuesta a la agresión contra Ucrania”, participan la profesora Elena del Mar García Rico y los profesores José Ignacio Paredes Pérez y Luis Pérez-Prat Durbán; los profesores García Rico y Pérez-Prat Durbán abordan esas “sanciones” desde la perspectiva del Derecho Internacional Público y el profesor Paredes Pérez desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado.

Denominador común de las contribuciones de la profesora García Rico y del profesor Pérez-Prat Durbán es la más precisa calificación de estas “sanciones” en el abanico de términos al uso en la práctica y la doctrina internacionales (sanciones, medidas de retorsión, contramedidas, medidas restrictivas,

medidas coercitivas unilaterales, etc.) y el examen de esas “sanciones” a la luz del Derecho Internacional relativo a las contramedidas. En ambas contribuciones, sin entrar en matices, se acepta que las sanciones son más propias de una reacción institucional que de una reacción descentralizada (aunque esta sea coordinada), y que las “sanciones” descentralizadas adoptadas contra la Federación de Rusia (y Bielorrusia) responden a hechos ilícitos muy diversos y asumen no solo muy diversas denominaciones, sino también muy diversas formas y duración, reconducibles a veces al ámbito de la retorsión y, otras, al ámbito de las contramedidas. La profesora García Rico pasa revista a la escasa reacción institucional y se centra en las distintas respuestas descentralizadas adoptadas por un (reducido) número de Estados (occidentales), y la reacción de otros Estados a esas respuestas, mientras que el profesor Pérez-Prat Durbán se centra más específicamente en las “medidas restrictivas” adoptadas por la Unión Europea. En este sentido, el profesor Pérez-Prat Durbán trae a colación las dos tandas u oleadas de medidas adoptadas por la UE —una, a partir de los acontecimientos acaecidos en Crimea y en el Donbás, en 2014, y, otra, tras la agresión en 2022—, aportando el valor añadido de recordar el fundamento en el Derecho de la Unión Europea de los distintos paquetes de medidas en sus correspondientes Decisiones PESC.

Y, en relación con el “juicio” jurídico a las “sanciones” que se podrían reconducir al ámbito de las contramedidas, la profesora García Rico y el profesor Pérez-Prat Durbán —que también aborda las dimensiones simbólica y política de esas “sanciones”— aportan una tal vez ligeramente distinta interpretación de los artículos de la CDI de 2001 y una distinta conclusión sobre la legalidad de las “sanciones” adoptadas contra la Federación de Rusia y contra Bielorrusia basada en una distinta apreciación del estado de la práctica y del Derecho Internacional relativo a las medidas que los terceros Estados (o la Unión Europea) pueden adoptar frente a violaciones graves de obligaciones que existen en relación a la comunidad internacional en su conjunto y emanan de normas imperativas de Derecho Internacional general.

Por su parte, la contribución del profesor José Ignacio Paredes Pérez versa sobre los aspectos de Derecho internacional privado de las medidas restrictivas de la Unión frente a Rusia y Bielorrusia, es decir, trata de la repercusión de tales medidas económicas en las relaciones privadas internacionales en el ámbito de la contratación internacional. Así pues, tras analizar sus antecedentes, su fundamento jurídico y su tipología, se adentra en su caracterización como “leyes de policía”, en el sentido del artículo 9 del Reglamento 593/2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, y en las consecuencias que, para los contratos afectados, derivan de dicha calificación. Analiza minuciosamente su ámbito de aplicación y las diversas posibilidades que ofrece el mencionado artículo 9. A este respecto, y como ya dijera hace años A.V.M. Struycken (“Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *RCADI*, vol. 232, 1992-I),

los jueces de los Estados miembros de la Unión tendrían una “doble *lex fori*”, compuesta por su propio Derecho nacional y el Derecho de la Unión. Por ello, el profesor Paredes Pérez pone acertadamente de relieve que las medidas restrictivas analizadas constituirían leyes de policía del foro, de aplicación absolutamente preferente por la vía del apartado 2 del citado artículo 9. Por último, se ocupa de las consecuencias que tales medidas puedan producir en el régimen de las obligaciones contractuales, por ejemplo ante una imposibilidad de cumplimiento sobrevenida, destacando cómo, si la medida restrictiva no impone ninguna consecuencia de orden contractual, entonces tales consecuencias se determinarían conforme a la ley que rija el contrato, teniendo en cuenta asimismo que las partes podrían haber previsto *ex ante* las posibles consecuencias de una medida restrictiva mediante cláusulas específicas de fuerza mayor o *hardship*. En definitiva, la interesante contribución del profesor Paredes pone el foco en lo que podríamos llamar las consecuencias “sobre el terreno” —en las relaciones económicas entre empresas o entre individuos y empresas— de las medidas adoptadas por consideraciones geopolíticas y de seguridad.



# A VUELTAS CON LAS SANCIONES EN EL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL: EL CASO PARADIGMÁTICO DE LA FEDERACIÓN RUSA

## *BACK AND FORTH ON SANCTIONS IN CONTEMPORARY INTERNATIONAL LAW: THE PARADIGMATIC CASE OF THE RUSSIAN FEDERATION*

Elena del Mar GARCÍA RICO\*

**Palabras clave:** Federación Rusa, Ucrania, sanciones, medidas coercitivas unilaterales, contramedidas

**Keywords:** Russian Federation, Ukraine, sanctions, unilateral coercive measures, countermeasures

**SUMARIO:** 1. LA RESPUESTA DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL: DE LA ESCASA REACCIÓN INSTITUCIONAL A LA RESPUESTA DESCENTRALIZADA DE SUS MIEMBROS.—2. LAS MEDIDAS UNILATERALES ADOPTADAS CONTRA LA FEDERACIÓN RUSA: VARIEDAD DE FORMAS Y DE DENOMINACIÓN.—3. ¿SON LÍCITAS ESTAS MEDIDAS? ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA.

### **1. LA RESPUESTA DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL: DE LA ESCASA REACCIÓN INSTITUCIONAL A LA RESPUESTA DESCENTRALIZADA DE SUS MIEMBROS**

La constatación del fracaso del sistema de seguridad colectiva previsto en la Carta de N.U. para articular una respuesta institucional de la sociedad internacional a la invasión de Ucrania por parte de la Federación Rusa el 24 de febrero de 2022 se hizo patente desde el principio. Así, en la reunión del Consejo de Seguridad celebrada sólo un día después, el veto ejercido por Rusia impidió que este órgano ejerciera su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacional<sup>1</sup>, limitándose a la convocatoria de un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General para tratar esta cuestión<sup>2</sup>.

---

\* Profesora Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Málaga (egarcia@uma.es). Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto PID2021-122143NB-I00, Proyecto de Generación del Conocimiento 2021 del Ministerio de Ciencia e Innovación y Agencia Estatal de Investigación “Medio Ambiente, Seguridad y Salud: nuevos retos del Derecho en el siglo XXI” (MESESA).

<sup>1</sup> Sobre el veto de la Federación Rusa a la propuesta de Resolución S/2022/155, de 25 de febrero de 2022, puede consultarse el siguiente enlace: <https://research.un.org/en/docs/sc/quick/meetings/2022>.

<sup>2</sup> La Resolución 2623 (2022), de 27 de febrero de 2022, en la que además expresamente se menciona la falta de unanimidad entre sus miembros para ejercer sus competencias en la materia, fue adopta-

Tras la remisión del asunto al órgano plenario de N.U. y el comienzo de su labor en el contexto del 11º período extraordinario de sesiones de su historia, la Asamblea General adoptó el 2 de marzo de 2022 una Resolución en la que se calificaba la invasión de Ucrania por la Federación Rusa como acto de agresión y exigía a ésta el cese inmediato del uso de la fuerza contra Ucrania y la retirada inmediata de su territorio<sup>3</sup>. En el ejercicio de las limitadas competencias que le confiere la Carta en esta materia, la Asamblea General ha adoptado desde entonces diferentes Resoluciones<sup>4</sup>, entre las que destaca la de 8 de abril de 2022<sup>5</sup>, por la que se decidía la suspensión de los derechos de la Federación Rusa a formar parte del Consejo de Derechos Humanos<sup>6</sup>.

Otras organizaciones internacionales, tanto de ámbito universal como regional, mostraron también su preocupación y condena sobre estos acontecimientos<sup>7</sup>. Sin embargo, sólo la OMT, la UE<sup>8</sup> y el Consejo de Europa, adoptaron decisiones que han tenido como consecuencia la suspensión de la Federación Rusa como miembro de la OMT el 18 de abril de 2022<sup>9</sup>, así como la expulsión de este país del Consejo de Europa el 16 de marzo de 2022<sup>10</sup>, respectivamente.

La respuesta descentralizada a la agresión rusa por otros miembros de la sociedad internacional, por el contrario, no se hizo esperar. Así, ya el 24 de

---

da por 11 votos a favor; 1 en contra y 3 abstenciones: <https://digitallibrary.un.org/record/3958818?ln=es>.

<sup>3</sup> Puntos 2 a 4: Resolución A/RES/ES-11/1, de 2 de marzo de 2022, adoptada por 141 votos a favor; 5 en contra; 31 abstenciones y la ausencia de 12 Estados: <https://digitallibrary.un.org/record/3959039?ln=en>.

<sup>4</sup> Así, la Resolución A/RES/ES-11/2, de 24 de marzo de 2022, sobre las Consecuencias humanitarias de la agresión contra Ucrania y la reciente Resolución A/RES/ES-11/4, de 12 de octubre de 2022, relativa a la integridad territorial de Ucrania; adoptadas por 140 votos a favor, 5 en contra y 38 abstenciones y 143 votos a favor, 5 en contra y 35 abstenciones, respectivamente.

<sup>5</sup> Resolución A/RES/ES-11/3, de 8 de abril de 2022, adoptada por 93 votos a favor, 24 en contra y 58 abstenciones.

<sup>6</sup> Tras recibir la Resolución adoptada por este órgano, con el significativo título de “Situación de los derechos humanos en Ucrania a raíz de la agresión rusa”: véase *Documento N.U. A/HRC/RES/49/1*, de 4 de marzo de 2022. La cursiva es nuestra.

<sup>7</sup> En ese sentido se pronunciaron diversos órganos de la OACI, la OMS y la OMC. Al respecto, consúltese <https://www.icao.int/Newsroom/Pages/ES/ICAO-Council-condemns-invasion-of-Ukraine.aspx>; <https://www.who.int/es/news/item/24-02-2022-who-director-general-deeply-concerned-over-escalating-health-crisis-in-ukraine>; [https://www.wto.org/spanish/news\\_s/spno\\_s/spno23\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/spno_s/spno23_s.htm), respectivamente. En el ámbito regional, destaca la rotunda condena de la OTAN ante esta grave violación del Derecho Internacional, así como la realizada por el Secretario General de la OEA, que contrastan con la realizada por el Director General de la Unión Africana en la que sólo se muestra la “preocupación por la situación en Ucrania”, disponibles en [https://www.nato.int/cps/en/natohq/official\\_texts\\_192489.htm?selectedLocale=en](https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_192489.htm?selectedLocale=en); [https://www.oas.org/es/centro\\_noticias/comunicado\\_prensa.asp?Codigo=C-008/22](https://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?Codigo=C-008/22); <https://au.int/en/pressreleases/20220224/african-union-statement-situation-ukraine>, respectivamente.

<sup>8</sup> Sobre las sanciones de la UE a la Federación Rusa, me remito al análisis que realiza en su contribución a este Foro el profesor Pérez-Prat Durbán.

<sup>9</sup> Tras la decisión adoptada el 28 de abril de 2022 por la Asamblea General Extraordinaria de esta organización, precedida en el tiempo por el anuncio de la Federación Rusa de retirarse de la misma, disponible en <https://www.unwto.org/es/event/primera-reunion-extraordinaria-de-la-asamblea-general>.

<sup>10</sup> Sobre la Decisión del Comité de Ministros del “cese de la adhesión de la Federación de Rusia”, adoptada en virtud del artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa, en la que se “observaba” la comunicación de retirada de la Federación Rusa de 15 de marzo de 2022 de la organización, así como sus antecedente, véase [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectID=0900001680a5da51](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5da51).

febrero tanto la Unión Europea<sup>11</sup> como Estados Unidos anunciaban la imposición de sanciones a la Federación Rusa<sup>12</sup> en coordinación con el G-7<sup>13</sup>. Desde entonces este país ha liderado la actuación de un grupo no muy numeroso pero destacado de Estados entre los que se encuentran, además de los 27 miembros de la Unión Europea, Reino Unido<sup>14</sup>, Suiza<sup>15</sup>, Japón<sup>16</sup>, Australia<sup>17</sup>, Canadá<sup>18</sup>, Nueva Zelanda<sup>19</sup> y Corea del Sur<sup>20</sup>, que han adoptado un amplio y variado conjunto de medidas respecto de la Federación Rusa y sus nacionales, ya sean personas físicas o jurídicas, sobre las que centraremos nuestra contribución a este Foro.

## 2. LAS MEDIDAS UNILATERALES ADOPTADAS CONTRA LA FEDERACIÓN RUSA: VARIEDAD DE FORMAS Y DE DENOMINACIÓN

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo de las medidas unilaterales adoptadas por el grupo de Estados mencionado, considero relevante para su examen a la luz del Derecho Internacional Público<sup>21</sup>, destacar la gran diversidad de formas que han adquirido estas medidas y los ámbitos en los que se han desplegado, así como su aplicación conjunta y prolongada en el tiempo como consecuencia de sucesivas ampliaciones y prórrogas, en ocasiones incluso de las ya adoptadas en 2014, tras la anexión de la península de Crimea por parte de Rusia<sup>22</sup>.

<sup>11</sup> Decisión (PESC) 2022/327 del Consejo, de 25 de febrero de 2022, DOUE L 48, de 25 de febrero de 2022.

<sup>12</sup> Véase *FACT SHEET: Joined by Allies and Partners, the United States Imposes Devastating Costs on Russia – The White House*. Sobre las sanciones impuestas por este país con posterioridad, puede consultarse: <https://home.treasury.gov/policy-issues/financial-sanctions/sanctions-programs-and-country-information/ukraine-russia-related-sanctions>.

<sup>13</sup> Véase *Statement by Press Secretary Jen Psaki on President Biden's Meeting with G7 Leaders – The White House*, a las que han seguido otras en la misma línea, como la realizada por los Ministros de Exteriores de estos países el 14 de marzo de 2022, en esta ocasión bajo Presidencia de Alemania, disponible en *G7 Leaders' Statement – Brussels, 24 March 2022 – Consilium (europa.eu)*; o la más reciente de 2 de septiembre de este año, disponible, como todas en <http://www.g7.utoronto.ca/>.

<sup>14</sup> Véase <https://www.gov.uk/government/collections/uk-sanctions-on-russia>.

<sup>15</sup> Sobre el particular, consúltese *Ukraine: Switzerland adopts new sanctions (admin.ch)*.

<sup>16</sup> Al respecto, véase *Response to the situation in Ukraine | Ministry of Foreign Affairs of Japan (mofa.go.jp)*.

<sup>17</sup> Disponible en *Russia sanctions regime | Australian Government Department of Foreign Affairs and Trade (dfat.gov.au)*.

<sup>18</sup> Pueden consultarse en *Canadian Sanctions Related to Russia (international.gc.ca)*.

<sup>19</sup> Disponible en <https://www.mfat.govt.nz/en/countries-and-regions/europe/ukraine/russian-invasion-of-ukraine/sanctions/>.

<sup>20</sup> Véase al respecto: [https://www.mofa.go.kr/eng/brd/m\\_5676/view.do?seq=322003&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi\\_itm\\_seq=0&itm\\_seq\\_1=0&itm\\_seq\\_2=0&company\\_cd=&company\\_nm=](https://www.mofa.go.kr/eng/brd/m_5676/view.do?seq=322003&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&company_cd=&company_nm=).

<sup>21</sup> Sobre esta cuestión desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, véase el análisis del profesor Paredes Pérez en su contribución a este Foro.

<sup>22</sup> De hecho, el examen de los mecanismos e instrumentos legislativos de derecho interno utilizados por estos países para la regulación de los diversos paquetes de sanciones muestra que éstos no han

Así, en el contexto de las relaciones diplomáticas, además de la suspensión de visados al personal diplomático y consular ruso, cabría señalar la expulsión de miembros de las Embajadas de la Federación Rusa y la Representación Permanente de este país ante la UE y su declaración de personas *non gratas* en más de una treintena de Estados<sup>23</sup>.

Por otro lado, numerosos Gobiernos y entidades públicas y privadas de diferentes países accedieron a la petición de Ucrania de limitar o cancelar proyectos culturales con Rusia<sup>24</sup>, mientras que muchas federaciones internacionales deportivas siguieron la recomendación del Comité Olímpico Internacional de no sólo de impedir la participación de atletas rusos en todas las competiciones y eventos deportivos<sup>25</sup>, sino también celebrarlos en territorio de la Federación Rusa<sup>26</sup>.

Aunque, sin duda alguna, la adopción de medidas unilaterales de carácter económico, comercial y sectorial, constituyen el instrumento más empleado contra la Federación Rusa en los sucesivos paquetes de sanciones adoptados como respuesta a la invasión de Ucrania desde febrero de 2022. Entre ellas, cabría citar la congelación de los activos de algunos bancos rusos en el extranjero; el cierre del espacio aéreo y a los vuelos de compañías aéreas registradas en este país o del acceso a puertos a los buques de esa nacionalidad; la supresión de servicios de mensajería financiera y el software de la Sociedad para las Telecomunicaciones Financieras Interbancarias Mundiales (SWIFT) a entidades rusas; y la prohibición de exportación de productos de doble uso o la importación de mercancías y bienes relacionados con un ámbito particular de la economía (con especial incidencia en los sectores energético y financiero).

Asimismo resulta interesante destacar, junto a la prohibición de exportación de tecnología y software relacionados con el procesamiento de materiales, la electrónica, las telecomunicaciones, la seguridad de la información y el equipamiento médico, la relevancia que ha adquirido el uso de medios cibernéticos en la aplicación de medidas contra la Federación Rusa, como el bloqueo del comercio en Internet o de la información proporcionada por diversas aplicaciones informáticas y conocidas redes sociales, entre otras.

---

cambiado sustancialmente, sino que simplemente han sido actualizados para adaptarlos a la evolución de la situación.

<sup>23</sup> Para un análisis de esta cuestión, véase <https://www.csis.org/analysis/curtailing-russia-diplomatic-expulsions-and-war-ukraine>.

<sup>24</sup> Disponible en <https://www.ukrinform.net/rubric-ato/3415750-ukraine-demands-cultural-sanctions-against-russia.html>. También en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/cultura/Paginas/2022/090322-medidas-veto-rusia.aspx>.

<sup>25</sup> Al respecto, véase <https://olympics.com/ioc/news/ioc-eb-recommends-no-participation-of-russian-and-belarusian-athletes-and-officials>.

<sup>26</sup> Disponible en <https://olympics.com/ioc/news/ioc-eb-urges-all-ifs-to-relocate-or-cancel-their-sports-events-currently-planned-in-russia-or-belarus>.

Y todo ello unido, a las denominadas “sanciones selectivas”, que tienen como destinatarios a personas y empresas identificadas en diversos listados, que incluyen no sólo al Presidente de la Federación Rusa y su Ministro de Asuntos Exteriores, sino también a otros cargos del Gobierno o de los órganos legislativos rusos, y conllevan prohibiciones de viaje y de obtención de visados, así como la congelación de sus activos y bienes radicados en el extranjero. Una práctica que, en el caso particular de Estados Unidos, ha supuesto la aplicación de normas internas<sup>27</sup>, en virtud de las cuales este país impone medidas de marcado carácter extraterritorial contra terceros Estados o nacionales de éstos por su comercio, cooperación o asociación con los afectados por las sanciones impuestas a Rusia y las personas incluidas en esas listas, o con quienes ayudan a eludir los efectos de esas medidas<sup>28</sup>.

Nos encontramos pues ante un variado conjunto de medidas adoptadas unilateralmente por un grupo de Estados que, sin embargo, han tratado de actuar desde el inicio de este conflicto armado de forma coordinada y compartida en el seno del G-7<sup>29</sup>, donde han reiterado su estrecha cooperación en la materia, así como su determinación de seguir imponiéndolas e involucrar a otros gobiernos en la adopción de “unprecedented package of *coordinated* sanctions”<sup>30</sup> y “*coordinated* further restrictive measures”<sup>31</sup>.

Asimismo, podemos constatar que las medidas impuestas por este grupo de Estados presentan una gran diversidad: políticas, diplomáticas, culturales, económicas, comerciales, financieras, cibernéticas, etc. Una diversidad que se refleja no sólo en las múltiples formas que adquieren, sino también en las diferentes denominaciones: sanciones, medidas unilaterales, sanciones unilaterales o medidas coercitivas unilaterales, empleadas no sólo por quienes las imponen y sus destinatarios, sino también por Estados y gobiernos que han decidido no adoptarlas o, incluso, las rechazan abiertamente.

Una variedad de términos que, en otro orden de consideraciones, encuentran a menudo escaso acomodo en las tradicionales categorías establecidas por el Derecho Internacional para asegurar su cumplimiento y exigir responsabilidad por su vulneración, lo que puede dificultar su adecuada cualifica-

---

<sup>27</sup> Ya adoptadas con anterioridad y no sólo contra la Federación Rusa, en 2012, de la “Russia and Moldova Jackson-Vanick Repeal and Sergei Magnitski Rule of Law Accountability Act”, así como de la “Global Magnitski Human Rights Accountability Act, adoptada durante el mandato del Presidente Obama, en 2016: véase *The Magnitsky Sanctions* | U.S. Department of the Treasury.

<sup>28</sup> Véase *Ukraine-/Russia-related Sanctions* | U.S. Department of the Treasury.

<sup>29</sup> Véase al respecto *Statement by Press Secretary Jen Psaki on President Biden's Meeting with G7 Leaders – The White House*, así como la Declaración de 24 de marzo de 2022, adoptada tras la reunión del G-7 en Bruselas bajo la presidencia de Alemania, disponible en *G7 Leaders' Statement – Brussels, 24 March 2022 – Consilium (europa.eu)*.

<sup>30</sup> Como se señala en la Declaración del G-7 del 8 de mayo de 2022, disponible en <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/05/08/g7-leaders-statement-2/>. La cursiva es nuestra.

<sup>31</sup> Véase el apartado 11 de la Declaración de 20 de mayo de 2022, disponible en *G7 Finance Ministers and Central Bank Governors Meeting Communiqué* | U.S. Department of the Treasury. La cursiva es nuestra.

ción jurídico-internacional<sup>32</sup> con vistas a la determinación de su legalidad, como examinaremos a continuación.

### 3. ¿SON LÍCITAS ESTAS MEDIDAS? ALGUNAS CONSIDERACIONES A LA LUZ DE LAS NORMAS INTERNACIONALES SOBRE LA MATERIA

A pesar de la diversidad de denominaciones, se puede constatar el empleo generalizado del término sanción para referirse a las medidas unilaterales que hemos mencionado *ut supra*, lo que constituye un claro ejemplo de cómo el alcance y contenido de esta noción ha evolucionado en la práctica internacional más reciente y, con ello, su marco jurídico-internacional de regulación.

Al respecto, y sin pretender profundizar en un debate que excede los límites de extensión de este Foro, podríamos considerar que las decisiones adoptadas de conformidad con lo establecido en los respectivos tratados constitutivos por parte de la Asamblea General de NU, la OMT y el Consejo de Europa respecto de la condición de miembro de la Federación de Rusia, responden a la noción de sanción internacional ligada tradicionalmente a la actuación colectiva e institucionalizada de la sociedad internacional que representan las organizaciones internacionales<sup>33</sup>.

Durante la última década de la pasada centuria, sin embargo, este término pasó a referirse a las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad de NU en el marco del artículo 41 y el Capítulo VII de la Carta<sup>34</sup> gracias a un cierto clima de consenso en el seno de este órgano respecto de la necesidad de adoptar medidas coercitivas en respuesta a situaciones calificadas por el mismo como amenazas a la paz y seguridad internacionales. A medida que dicho consenso se mostraba cada vez más difícil de alcanzar, sin embargo, se produjo un incremento significativo en la adopción de medidas unilaterales sin previa autorización del Consejo de Seguridad contra Estados que son considerados responsables del incumplimiento de normas internacionales<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> Como señala acertadamente la Relatora Especial de N.U., Alena Douhan, cuando afirma que “la incertidumbre y la ambigüedad actuales que rodean a la terminología constituyen un obstáculo para determinar un marco jurídico y las normas aplicables”: véase “Informe de la Relatora Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos”, en *Documento N.U. A/HR/48/59*, de 8 de julio de 2021, pp. 21, en p. 2.

<sup>33</sup> ABI-SAAB, Georges, “The concept of sanction in International Law”, en GOWLLAND-DEBBAS, Vera (ed.), *UN sanctions in International Law*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law, 2001, en p. 32. En nuestro país, RIPOL CARULLA, Santiago, *El Desarrollo de la potestad sancionadora del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (contribución al estudio del concepto de sanción internacional)*, Bilbao, Instituto Vasco de Administraciones Públicas. IVAP, 2003, p. 58.

<sup>34</sup> Como ya pusiera de manifiesto la CDI en su Proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos: véase “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su quinquagésimo tercer período de sesiones”, *Documento de N.U. A/CN.4/SER.A/2001/Add. 1 (Parte 2)*, p. 80.

<sup>35</sup> Al que se refiere el “Informe sobre las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos” en *Documento N.U. A/HRC/30/45*, de 10 de agosto de 2015, así como la Resolución A/70/151 de la Asamblea General, de 10 de agosto de 2015.

Asistimos de este modo a una incipiente práctica internacional de la que formarían parte las medidas adoptadas por algunos Estados contra la Federación Rusa tras la agresión a Ucrania, quienes se refieren a ellas bajo la denominación de “sanción” o “medida restrictiva”<sup>36</sup> para diferenciarlas de las llamadas “medidas coercitivas unilaterales”, cuya legalidad es cuestionada por numerosos miembros de la sociedad internacional, tal y como se ha puesto de manifiesto en los trabajos desarrollados por el Consejo de Derechos Humanos<sup>37</sup> y los pronunciamientos de la Asamblea General<sup>38</sup> al respecto en los últimos años.

Sobre el particular, a pesar de la falta de consenso en torno al alcance y contenido de estas nociones tanto en la práctica como en la doctrina internacionales<sup>39</sup>, podría señalarse como elemento común a todas ellas la ausencia de autorización del Consejo de Seguridad para su adopción, lo que permite en nuestra opinión su examen a la luz de las tradicionales categorías o instituciones jurídico-internacionales relacionadas con las medidas de autotutela para asegurar el cumplimiento del Derecho Internacional<sup>40</sup>.

Situados en esta perspectiva, cabría calificar como medidas de retorsión las adoptadas hasta el momento contra la Federación Rusa en el ámbito del derecho diplomático y consular, incluso las relacionadas con actividades artísticas o deportivas de nacionales de ese país o su administración. Asimismo, aunque claramente inamistosas y destinadas a obstaculizar el normal desenvolvimiento de las relaciones comerciales internacionales, el boicot a los bienes y productos provenientes de este país y la prohibición de inversiones o de exportación al mismo de tecnología, electrónica o software que no estuviera ya comprometido; incluso la prohibición de importación de mercancías y bienes relacionados con los sectores energético o financiero *a futuro*, constituirían medidas de autotutela<sup>41</sup> que no suponen el incumplimiento de normas internacionales, ya sean convencionales o consuetudinarias.

---

<sup>36</sup> Término empleado por la Unión Europea, de conformidad con lo establecido en el artículo 215 del TFUE en su Título IV, aunque en las decisiones a que el mismo se refiere a menudo se utiliza la denominación de sanciones.

<sup>37</sup> En particular, a partir de la adopción de la Resolución 24/14, de 27 de septiembre de 2013, del Consejo de Derechos Humanos, así como la reciente Resolución 49/6 del Consejo de Derechos Humanos, de 12 de abril de 2022, sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos, donde se las considera “contrarias al derecho internacional, al derecho internacional humanitario, el derecho internacional de los derechos humanos, la Carta y las normas y principios que regulan las relaciones pacíficas entre los Estados”.

<sup>38</sup> En la misma línea que el Consejo de Derechos Humanos: véase, por todas, la Resolución 76/171 de la Asamblea General, de 16 de diciembre de 2021, sobre Derechos Humanos y medidas coercitivas unilaterales.

<sup>39</sup> WHITE, Nigel D., “Shades of Grey: Autonomous Sanctions in the International Order”, en SUBEDI, Surya P. (ed.), *Unilateral Sanctions in International Law*, Oxford/London/New York/New Delhi/Sydney, Bloomsbury Publishing, 2021, pp. 61-85, en p. 62.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., reimpresión, 2009, pp. 279 y ss.

<sup>41</sup> Esto es, “unfriendly yet lawful acts”, como señala HOFER, Alexandra, “The “Curiouser and Curiouser” Legal Nature of Non-UN Sanctions: The Case of the US Sanctions against Russia (2018), *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 23, 2018, pp. 75-104, p. 75-6.

Por el contrario, las medidas unilaterales adoptadas por Estados o grupos de Estados contra la Federación Rusa, tales como la congelación de activos de bancos o empresas públicas rusas, así como las de cuentas y transacciones bancarias de particulares y empresas de este país; los embargos comerciales y económicos o la prohibición de transferencias bancarias o del comercio en Internet y en el sector de las telecomunicaciones, podrían constituir violaciones de las obligaciones internacionales por parte de quienes las aplican. Ahora bien, en la medida en que se han adoptado en respuesta a un acto de agresión que ha desencadenado un conflicto armado internacional en el transcurso del cual se están vulnerando normas del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos, su ilicitud podría ser excluida al tratarse de una contramedida lícita cuyo requisito fundamental es, como señalara la Comisión de Derecho Internacional en 2001, “la existencia con carácter previo a su adopción de un hecho internacionalmente ilícito”<sup>42</sup>.

Al respecto, hemos de reconocer que la evaluación exclusivamente unilateral acerca de la existencia de este requisito no resulta la vía más adecuada<sup>43</sup> y ha dado lugar en múltiples ocasiones a la adopción de medidas coercitivas unilaterales contrarias a normas y principios básicos de Derecho Internacional<sup>44</sup>. Sin embargo, en el caso que nos ocupa se ha de tomar asimismo en consideración que la violación por parte de la Federación Rusa del artículo 2.4 de la Carta al emplear la fuerza contra Ucrania no sólo ha sido calificada como agresión por la inmensa mayoría de Estados que conforman la sociedad internacional<sup>45</sup>, sino que éstos también han condenado los ataques indiscriminados a la población civil en Ucrania y los referendos de anexión de los territorios de este país ocupados militarmente por Rusia por considerarlos contrarios a principios básicos del Derecho Internacional Humanitario<sup>46</sup> y una “violación de la integridad territorial y la soberanía de Ucrania incompatible con los principios de la Carta”<sup>47</sup>.

Nos encontramos, por tanto, ante hechos internacionalmente ilícitos atribuibles a la Federación Rusa que merecen la consideración de violaciones graves de obligaciones emanadas de normas imperativas del Derecho Internacional, esto es, obligaciones “en relación con la comunidad internacional en su conjunto”<sup>48</sup>, tal y como se recoge en el Proyecto de Artículos de la CDI

<sup>42</sup> Véase “Informe de la Comisión...”, *op. cit.*, p. 139.

<sup>43</sup> KOROMA, A.G., “Foreword”, en MAROSSI, A.Z. y BASSET, M.R. (ed.), *Economic Sanctions under International Law: Unilateralism, Multilateralism, Legitimacy and Consequences*, The Hague, TMC Asser Press and Springer, 2015, p. xvi.

<sup>44</sup> Como señalara la Asamblea General en su Resolución 75/81, de 16 de diciembre de 2020, cuando la califica como “contrarias al derecho internacional, el derecho internacional humanitario, la Carta de las Naciones Unidas y las normas y principios que rigen las relaciones pacíficas entre los Estados”.

<sup>45</sup> Resolución de la Asamblea General de N.U. A/RES/ES-11/1, de 2 de marzo de 2022.

<sup>46</sup> Resolución de la Asamblea General de N.U. A/RES/ES-11/2, de 24 de marzo de 2022.

<sup>47</sup> Resolución de la Asamblea General de N.U. A/RES/ES-11/4, de 13 de octubre de 2022.

<sup>48</sup> En los términos establecidos en el artículo 48.1.b del Proyecto de Artículos de la CDI sobre Responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados en 2001: “Informe de la Comisión...”, *op. cit.*, p. 30.

de 2001, en virtud de las cuales no sólo Ucrania sino cualquier otro Estado puede exigir a Rusia el cese de su comportamiento ilícito y garantías de no repetición, así como la obligación de reparación de los daños causados.

A tenor de lo cual cabría sostener que la comisión por parte de la Federación Rusa de estos hechos internacionalmente ilícitos excluiría la ilicitud de las medidas unilaterales adoptadas por cualquier miembro de la sociedad internacional si éstas constituyen “contramedidas adoptadas en interés general o colectivo”, en expresión empleada por la CDI<sup>49</sup>. Y ello en la medida en que, en opinión de este órgano de NU, el tenor literal del artículo 54 de su Proyecto de 2001 relativo a la adopción de medidas por Estados distintos del lesionado, deja abierta esta posibilidad por lo que se refiere a las contramedidas del artículo 22<sup>50</sup> y éstas no se mencionan “(...) para no prejuzgar ninguna posición acerca de las medidas adoptadas por Estados distintos del Estado lesionado en respuesta a violaciones de obligaciones para la protección del interés colectivo o de las obligaciones contraídas con la comunidad internacional”<sup>51</sup>. Una cuestión ciertamente controvertida, en relación a la cual se ha pronunciado recientemente la Relatora Especial de NU Alena Douhan<sup>52</sup>, en el sentido de no descartar que los Estados puedan adoptar medidas unilaterales “en respuesta a un quebrantamiento de la paz, una amenaza a la paz o un acto de agresión (...) en el curso de contramedidas que cumplan plenamente las normas del derecho de la responsabilidad internacional”<sup>53</sup>.

Por consiguiente, además de cumplir con el requisito fundamental relativo a la comisión de un ilícito previo, las contramedidas adoptadas contra la Federación Rusa deben ajustarse a las normas del ordenamiento internacional que las regulan y, en particular, “no han de considerarse como una forma de *sanción* por un comportamiento ilícito, sino como un instrumento para lograr el cumplimiento de las obligaciones que incumben al Estado responsable”<sup>54</sup> relativas al cese y reparación que pueden invocar terceros Estados, como apuntaba en su momento la CDI. Se excluiría de este modo la connotación punitiva que habitualmente se ha atribuido a la noción de sanción y no resulta aplicable a las contramedidas, cuyo único objetivo lícito en el caso que nos ocupa sería el cese del uso de la fuerza por parte de la Federación Rusa y la reparación en sus múltiples aspectos a Ucrania como Estado lesio-

---

<sup>49</sup> En el apartado 6) de su Comentario al artículo 54 del Proyecto: “Informe de la Comisión...”, *op. cit.*, p. 149.

<sup>50</sup> Al señalar que, si bien el artículo 22 relativo a las contramedidas no abarca las medidas adoptadas “para asegurar el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales de acuerdo con el interés general, en cuanto sea distinto de su propio interés individual como Estado lesionado”, “(...)”, tampoco excluye esa posibilidad”: “Informe de la Comisión...”, *op. cit.*, p. 80.

<sup>51</sup> Véase Apartado 7) de su comentario al artículo 54: “Informe de la Comisión...”, *op. cit.*, p. 149.

<sup>52</sup> Actual Relatora Especial sobre las repercusiones negativas de las medidas coercitivas unilaterales en el disfrute de los derechos humanos.

<sup>53</sup> Véase “Informe de la Relatora Especial...”, *op. cit.*, p. 19.

<sup>54</sup> En “Informe de la Comisión...”, p. 139. La cursiva es nuestra.

nado<sup>55</sup>. Un objetivo que tampoco comparte con las denominadas por algunos órganos de NU medidas coercitivas unilaterales, esto es, las “impuestas por Estados o grupos de Estados para coaccionar a otro Estado a fin de obtener de éste la subordinación del ejercicio de sus derechos soberanos y provocar algún cambio concreto en su política”<sup>56</sup>.

En definitiva, más allá de las consideraciones relativas a su dimensión política o efectividad, las sanciones adoptadas contra la Federación Rusa sobre las que hemos centrado nuestro análisis podrían ser consideradas lícitas si cumplen los requisitos y limitaciones que establece el Derecho Internacional para las contramedidas: no sólo respecto de los legitimados para llevarlas a cabo o su objeto y fin, sino también los de proporcionalidad<sup>57</sup> y temporalidad<sup>58</sup>. Sin que la gravedad de la conducta que ha generado esta respuesta de algunos miembros de la sociedad internacional, por otro lado, pueda significar en modo alguno aceptar la legalidad de aquellas sanciones que vulneren normas imperativas de las que derivan obligaciones establecidas para la protección de los derechos humanos, de carácter humanitario o de prohibición del uso de la fuerza<sup>59</sup>.

---

<sup>55</sup> Como establece el artículo 49.1 del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: véase “Informe de la Comisión...”, *Documento de NU A/CN.4/SER.A/2001/Add. 1 (Parte 2)*, p. 30.

<sup>56</sup> Como señalaba el que fuera Relator Especial, Idriss Jazairy, en su “Informe...”, *Documento N.U. A/HRC/30/45*, de 10 de agosto de 2015, *op. cit.*, p. 5. En la misma línea, el reciente “Informe...”, *Documento de N.U. A/HR/48/59*, de 8 de julio de 2021, p. 18.

<sup>57</sup> respecto de las violaciones de las normas internacionales cometidas por Rusia, como exige el artículo 51 del Proyecto de artículos: “Informe de la Comisión...”, *Documento de NU A/CN.4/SER.A/2001/Add. 1 (Parte 2)*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>58</sup> Que limita su extensión exclusivamente al período durante el cual la Federación Rusa continúe usando la fuerza y vulnerando el principio de integridad territorial y normas de Derecho Internacional Humanitario, a tenor de lo establecido en los artículos 49.2, 52.3 y 53 del Proyecto: *ibid.*, pp. 30-31.

<sup>59</sup> Límite plenamente vigente al que ya se refería el artículo 50 del Proyecto de 2001: *ibid.*, p. 30.

# LAS SANCIONES ECONÓMICAS DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA RUSIA Y BIELORRUSIA: UNA LECTURA EN CLAVE DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

## *ECONOMIC SANCTIONS OF THE EUROPEAN UNION AGAINST RUSSIA AND BELARUS: AN INTERPRETATION FROM PRIVATE INTERNATIONAL LAW*

José Ignacio PAREDES PÉREZ\*

**Palabras clave:** Federación Rusa, Bielorrusia, Ucrania, sanciones económicas europeas, contratos internacionales, leyes de policía

**Keywords:** Russian Federation, Belarus, Ukraine, European economic sanctions, international contracts, overriding mandatory provisions

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. BASE JURÍDICA Y MODALIDADES DE LAS SANCIONES. 3. LEYES DE POLICÍA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS SANCIONES. 4. SANCIONES DE LA *LEX FORI*, LA *LEX CAUSAE* Y DE TERCEROS ESTADOS. 5. DETERMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS CONTRACTUALES DE LAS SANCIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Desde febrero a noviembre de 2022, la UE ha adoptado, en coordinación con los países del G7<sup>1</sup>, un conjunto de nuevas sanciones a la Federación Rusa<sup>2</sup>, como respuesta al reconocimiento como entidades independientes de las zonas no controladas por el Gobierno ucraniano de las provincias de Donetsk y Luhansk y la invasión militar no provocada e injustificada de Ucrania, e igualmente a Bielorrusia<sup>3</sup>, por su implicación y participación en la agresión militar rusa. Este nuevo paquete de medidas amplía el alcance de las sancio-

---

\* Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Autónoma de Madrid (acreditado a Profesor Titular de Universidad) (joseignacio.paredes@uam.es). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 10 de noviembre de 2022. Esta publicación es parte del proyecto TED2021-129307A-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea "NextGenerationEU"/PRTR.

<sup>1</sup> En relación con las sanciones unilaterales adoptadas por terceros Estados contra Rusia, véase la contribución a este Foro de la profesora GARCÍA RICO, Elena del Mar, «A vueltas con las sanciones en el Derecho internacional actual: el caso paradigmático de la Federación Rusa».

<sup>2</sup> Las nuevas sanciones económicas se suman a las medidas restrictivas adoptadas por la UE contra Rusia, en 2014, en respuesta a la anexión ilegal de Crimea y la desestabilización del este de Ucrania, con el objeto de debilitar la economía rusa para financiar la guerra ilegal y ejercer presión sobre los apoyos económicos y políticos del régimen ruso. En relación con la evolución y la legalidad de las sanciones adoptadas por la UE contra Rusia, véase la contribución a este Foro del profesor PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, «Sanciones de la UE a Rusia: de Crimea a la guerra en Ucrania».

<sup>3</sup> Dichas sanciones se suman a las adoptadas por la UE en 2006, en respuesta a las graves irregularidades cometidas en las elecciones presidenciales celebradas ese año, y en 2020, en respuesta a la inaceptable violencia ejercida por las autoridades bielorrusas contra manifestantes pacíficos, la

nes ya existentes contra Rusia, en virtud de los Reglamentos (UE) 269/2014<sup>4</sup> y 833/2014<sup>5</sup>, y contra Bielorrusia, en virtud del Reglamento (UE) 765/2006<sup>6</sup>. En este contexto se enmarcan también las medidas restrictivas contra las importaciones y exportaciones en la Unión de mercancías desde las provincias ucranianas de Donetsk y Luhansk no controladas por el Gobierno ucraniano, adoptadas por la UE a través del Reglamento (UE) 2022/263<sup>7</sup>. El objetivo de este nuevo paquete de medidas restrictivas europeas es afectar sectores claves de la economía rusa y bielorrusa, principalmente los intercambios económicos en los sectores financiero, comercial, energético, tecnológico, de transporte y defensa, con la finalidad de mermar su capacidad financiera para continuar con la agresión. Con todo, el presente trabajo tiene por objeto realizar una valoración de conjunto de la repercusión de las sanciones económicas reseñadas sobre la regulación de las relaciones privadas internacionales en el sector de la contratación internacional, poniendo de relieve el papel del Derecho internacional privado (DIPr) en la aplicación de tales medidas coercitivas y como garante de los intereses de política exterior de la UE.

## 2. BASE JURÍDICA Y MODALIDADES DE LAS SANCIONES

Las medidas coercitivas del presente estudio forman parte de la competencia de la UE para promover los principios y objetivos de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) establecidos en el art. 21 TUE<sup>8</sup>, siendo su base jurídica el art. 215 TFUE, de acuerdo con el cual, las decisiones PESC adoptadas por el Consejo destinadas a interrumpir o reducir, en parte o por completo, las relaciones económicas con un tercer país, incluidas las medi-

---

intimidación y las detenciones y reclusiones arbitrarias tras las elecciones presidenciales de agosto de dicho año.

<sup>4</sup> Reglamento (UE) núm. 269/2014, del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativo a la adopción de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania, DOUE L 78, de 17 de marzo de 2014 (texto consolidado disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014R0269-20220916&from=EN>).

<sup>5</sup> Reglamento (UE) núm. 833/2014 del Consejo, de 31 de julio de 2014, relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania, DOUE L 229, de 31 de julio de 2014 (texto consolidado disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014R0833-20220722&from=EN>).

<sup>6</sup> Reglamento (CE) núm. 765/2006 del Consejo, de 18 de mayo de 2006, relativo a la adopción de medidas restrictivas contra el Presidente Lukashenko y determinados funcionarios de Belarús, DOUE L 134, de 20 de mayo de 2006 (texto consolidado disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02006R0765-20220720&from=EN>).

<sup>7</sup> Reglamento (UE) núm. 2022/263 del Consejo de 23 de febrero de 2022 relativo a medidas restrictivas en respuesta al reconocimiento de las zonas de las provincias ucranianas de Donetsk y Luhansk no controladas por el Gobierno y a la orden de entrada de fuerzas armadas rusas en dichas zonas, DOUE L 421, de 23 de febrero de 2022 (texto consolidado disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02022R0263-20221007&from=EN>).

<sup>8</sup> Entre ellos, mantener la paz y reforzar la seguridad internacional, fomentar la cooperación internacional con terceros Estados y desarrollar y consolidar la democracia y el Estado de Derecho, así como el respeto de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales.

das de bloqueo de capitales y recursos económicos contra personas físicas o jurídicas, grupos o entidades no estatales<sup>9</sup>, se aplican mediante reglamentos de la UE<sup>10</sup>, adoptados por el Consejo por mayoría cualificada, a propuesta conjunta del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y de la Comisión. En puridad, al no haber resultado posible ningún pronunciamiento del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, las sanciones del presente estudio son autónomas, de carácter unilateral<sup>11</sup>, siendo su aplicación y ejecución principalmente responsabilidad de los Estados miembros (EEMM)<sup>12</sup>. En atención a su alcance y contenido, entre las sanciones en sentido estricto, se cuentan las medidas sectoriales concebidas para restringir el comercio bilateral entre la UE con Rusia/Bielorrusia, estableciendo restricciones parciales en determinados sectores de la actividad económica (embargos comerciales), y las medidas individuales concebidas de manera selectiva contra las personas señaladas responsables de las acciones que han motivado las decisiones reseñadas de la UE, y las que han apoyado o se han beneficiado de tales acciones (embargos financieros). Quedan incluidas en la primera categoría las medidas de los Reglamentos 833/2014 y 765/2006, al imponer restricciones a la exportación de determinados productos y la prestación de ciertos servicios a Rusia/Bielorrusia<sup>13</sup>, y restricciones a la im-

<sup>9</sup> En relación con la Federación Rusa, véase la Decisión 2014/145/PESC del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativa a medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania (DOUE L 78, 17 de marzo de 2014) modificada por la Decisión 2022/241/PESC del Consejo, de 21 de febrero de 2022 (DOUE L 40, de 21 de febrero de 2022); última modificación, Decisión 2022/1530/PESC del Consejo, de 14 de septiembre de 2022 (DOUE L 239, de 15 de septiembre de 2022): texto consolidado disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02014D0145-20220916&from=EN>. En relación con Bielorrusia, véase la Decisión 2012/642/PESC del Consejo, de 15 de octubre de 2012, relativa a la adopción de medidas restrictivas contra Belarús (DOUE L 285, De 17 de octubre de 2012) modificada por la Decisión 2022/218/PESC del Consejo, de 17 de febrero de 2022 (DOUE L 37, de 18 de febrero de 2022); última modificación, Decisión de Ejecución (PESC) 2022/1243 del Consejo, de 18 de julio de 2022 (L 190, de 19 de julio de 2022): texto consolidado disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02012D0642-20220720&from=EN>.

<sup>10</sup> Los reglamentos están sujetos a control judicial del TJUE, como también lo están las decisiones PESC del Consejo que dispongan medidas restrictivas contra personas físicas y jurídicas. Véase, a este respecto, entre otras, la STJUE de 3 de septiembre de 2008, C-402 P y C-405/05 P, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation/Consejo y Comisión*, ECLI:EU:C:2008:461; STJUE de 18 de julio de 2013, C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, *Comisión y otros/Yassin Abdullah Kadi*, ECLI:EU:C:2013:518; STJUE de 28 de noviembre de 2013, C-348/12 P, *Consejo/Manufacturing Support & Procurement Kala Naft*, ECLI:EU:C:2013:776.

<sup>11</sup> Véase, a este respecto, la contribución a este Foro del profesor PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, «Sanciones de la UE a Rusia: de Crimea a la guerra en Ucrania».

<sup>12</sup> Con carácter general, en relación con los problemas que suscitan las restricciones impuestas por la UE, véase IRIARTE ÁNGEL, José Luis, «Las sanciones internacionales y su incidencia en las operaciones transnacionales de comercio e inversión. Especial referencia a las restricciones impuestas por la Unión Europea», en ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, IRIARTE ÁNGEL, José Luis, y BELINTXON MARTÍN, Unai (dirs.), *Representación aduanera y comercio internacional en el siglo XXI*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2022, pp. 141-165.

<sup>13</sup> Entre ellas, la prohibición de exportación de productos y tecnología de doble uso, o de productos y tecnología que puedan contribuir a la mejora militar y tecnológica de ambos países, o para su uso en el refinado de petróleo, o en la industria espacial o aeronáutica; la prohibición de exportación de productos y tecnología de navegación marítima, productos siderúrgicos y artículos de lujo. Así como

portación de determinados productos desde Rusia/Bielorrusia<sup>14</sup>; así como las medidas del Reglamento 2022/263, al tener por objeto restringir las importaciones en la UE de cualquier mercancía desde Donest y Luhansk, limitando las exportaciones a dichos territorios de los bienes y la tecnología incluidos en su anexo II. En contraste con los anteriores, las medidas restrictivas del Reglamento 269/2014, y de los arts. 2 y ss. del Reglamento 765/2006, encajan en la segunda categoría, al tratarse de sanciones financieras selectivas consistentes en la inmovilización temporal de los fondos y recursos económicos en la UE cuya propiedad, tenencia o control correspondan a las personas físicas y jurídicas que figuren en las listas, y que conlleven prohibiciones de poner directa o indirectamente o utilizar en favor de tales personas cualquier tipo de fondos o recursos económicos<sup>15</sup>.

### 3. LEYES DE POLICÍA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS SANCIONES

Al margen de su caracterización como normas de Derecho público, las medidas restrictivas europeas repercuten directamente sobre el régimen jurídico de los contratos internacionales, tanto los concluidos con anterioridad como los celebrados con posterioridad a su entrada en vigor. No en vano, desde la perspectiva del DIPr, las medidas coercitivas del presente es-

---

restricciones a la prestación de asistencia técnica o financiera, incluidos todo tipo de seguros y reaseguros, conexas con los productos objeto de sanción; restricciones al transporte aéreo, como consecuencia de la prohibición de aterrizaje o despegue en o desde el territorio de la Unión de compañías áreas rusas; restricciones de determinados servicios audiovisuales, a resultados de la suspensión de cualquier licencia o autorización de radiodifusión, acuerdo de transmisión y distribución celebrado con personas jurídicas, entidades u organismos rusos/bielorrusos incluidos en los anexos, como de determinados servicios de la sociedad de la información, con base en la prohibición a los prestadores de servicios de intermediación de difundir o facilitar la emisión de cualquier contenido por parte de las personas jurídicas enumeradas en los anexos; restricciones a la prestación de determinados servicios financieros y de intermediación, a cualquier nacional ruso/bielorruso o persona física residente en Rusia/Bielorrusia o a cualquier persona jurídica, entidad u organismo establecido en Rusia/Bielorrusia: entre ellas, servicios de inversión, o cualquier forma de negociación, en relación con valores negociables denominados en euros o instrumentos del mercado del dinero, emitidos por dichas personas; servicios de calificación crediticia a cualquiera de esas personas; la aceptación de depósitos de las personas reseñadas superiores a 100000 euros; o servicios especializados de mensajería financiera a personas jurídicas que figuren en las listas.

<sup>14</sup> Petróleo crudo, carbón, oro, acero y hierro, madera, cemento, determinados fertilizantes, marisco y licores.

<sup>15</sup> Por «recursos económicos» deben entenderse los activos de todo tipo, tangibles o intangibles, muebles o inmuebles, que no sean fondos, pero que puedan utilizarse para obtener fondos, bienes o servicios. Por «fondos», los activos y beneficios financieros de cualquier naturaleza incluidos en la siguiente relación no exhaustiva: efectivo, cheques, derechos dinerarios, efectos, giros y otros instrumentos de pago; depósitos en instituciones financieras o de otro tipo, saldos en cuentas, deudas y obligaciones de deuda; valores negociables e instrumentos de deuda públicos y privados, tales como acciones y participaciones, certificados de valores, bonos, pagarés, garantías, obligaciones y contratos relacionados con productos financieros derivados; intereses, dividendos u otros ingresos devengados o generados por activos; créditos, derechos de compensación, garantías, garantías de pago u otros compromisos financieros; cartas de crédito, conocimientos de embarque y comprobantes de venta; y documentos que acrediten una participación en fondos o recursos financieros.

tudio son leyes de policía en el sentido del art. 9.1 Reglamento de Roma I (RRI)<sup>16</sup>, cuya observancia se considera esencial para la salvaguardia de los intereses públicos a los que sirve, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato. Por ello, la determinación de su ámbito de aplicación deviene clave para determinar los contratos internacionales que resultan afectados. Así, en lo que al elemento personal se refiere, las sanciones sectoriales de los Reglamentos (UE) 833/2014 y 765/2006 afectan básicamente a contratos celebrados entre personas físicas o jurídicas de la Unión con cualquier persona física o jurídica sita en Rusia o en Bielorrusia, mientras que las medidas selectivas o *smart sanctions* de los Reglamentos (UE) 269/2014 y 765/2006 afectan a los contratos que tengan por resultado la utilización de los fondos o recursos económicos inmovilizados en la UE pertenecientes a las personas físicas y jurídicas rusas/bielorrasas incluidas en las listas. Por lo que respecta al ámbito material, las sanciones económicas europeas alcanzan a los contratos (venta, suministro, prestación de servicios, principales o accesorios) que tengan por objeto las actividades prohibidas (exportación e importación) o suspendidas (inmovilización de fondos y recursos económicos) en función de los bienes o servicios afectados<sup>17</sup>. Además, las medidas restrictivas europeas son normas unilaterales que definen su propia esfera de eficacia espacial, y lo hacen expresando un vínculo (personal y territorial) razonable entre la relación contractual y la Unión, evitando una aplicación extraterritorial en violación del Derecho internacional<sup>18</sup>. Finalmente, más allá del carácter provisional o coyuntural, desde un punto de vista temporal, llama la atención el carácter retroactivo de gran parte de las restricciones del presente estudio. Dichas medidas afectan al cumplimiento de los contratos celebrados antes de la fecha en que entraron en vigor; como a la realización de los contratos accesorios necesarios para el cumplimiento del contrato principal, exceptuando los casos en que

<sup>16</sup> Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177, de 4 de julio de 2008.

<sup>17</sup> En este contexto conviene subrayar que, en cuanto leyes de policía de origen europeo, las sanciones económicas europeas deben recibir una aplicación unívoca en todos los sistemas jurídicos de los EEMM, lo cual conlleva a que los conceptos utilizados («contrato o transacción», «recursos económicos», «fondos», «servicios de inversión», etc.) hayan de ser interpretados de manera autónoma y uniforme, a la luz de las definiciones que reciben en los propios reglamentos, o en función de su sentido y finalidad.

<sup>18</sup> En particular, las restricciones de los Reglamentos (UE) 765/2006, 269/2014, 833/2014 y 2022/263 afectan a cualquier contrato celebrado bien por una persona física dentro o fuera del territorio de la Unión, que sea nacional de un Estado miembro; bien por una persona jurídica, dentro o fuera de la Unión, constituida como sociedad o con otra forma con arreglo al Derecho de un Estado miembro de la Unión —lo que excluye las filiales y las sucursales en terceros Estados de sociedades matrices de la UE—; o bien por una persona física (no nacional de la Unión) o jurídica (no constituida con arreglo al Derecho de un Estado miembro de la Unión) en relación con cualquier negocio efectuado, en su totalidad o en parte, en el territorio de la Unión, incluido su espacio aéreo, o a bordo de aeronaves o buques bajo la jurisdicción de un Estado miembro.

la ejecución de la actividad prohibida o suspendida cuenta con la pertinente autorización de la autoridad administrativa competente<sup>19</sup>.

#### 4. SANCIONES DE LA *LEX FORI*, DE LA *LEX CAUSAE* Y DE TERCEROS ESTADOS

Tratándose de leyes de policía, cuando un determinado litigio transfronterizo se suscita ante el juez de un Estado miembro de la UE, éste no puede construir una respuesta al margen de las medidas coercitivas objeto de estudio<sup>20</sup>. Como reza el art. 9.2 RRI, las leyes de policía del foro vinculan a la autoridad que deberá aplicarlas con independencia de la ley que rija el contrato, aunque las partes hayan elegido como *lex contractus* la de un país que no ha adoptado tales medidas coercitivas<sup>21</sup>. Lo único que han de verificar los jueces de los EEMM es que la situación contractual litigiosa queda comprendida en el ámbito de aplicación de la sanción en cuestión<sup>22</sup>. En caso afirmativo, reci-

<sup>19</sup> Sin ánimo de ser exhaustivo, por ejemplo, las prohibiciones de importación establecidas en los apdos. 1 y 2 del art. 2 Reglamento (UE) 833/2014 se aplican a los contratos celebrados antes del 26 de febrero (fecha de entrada en vigor de la sanción) que tengan por objeto la venta o suministro de productos o tecnología para un uso militar, o contratos accesorios necesarios para la ejecución de tales contratos, y a los contratos celebrados antes de esa fecha que tengan por objeto la importación de productos y tecnología para un uso no militar y un usuario no militar, en caso de que no haberse solicitado la correspondiente autorización antes del 1 de mayo (art. 2.5). Por otra parte, en la medida en que el Reglamento (UE) 833/2014 establece la congelación, que no confiscación, de los fondos y recursos económicos de personas incluidas en las listas, dichas medidas afectan a las relaciones subyacentes nacidas con anterioridad a la entrada en vigor de las sanciones, que quedarán suspendidas con el objetivo de evitar eventuales actos de disposición de la persona física o jurídica sancionada. Véase, a este respecto, ROSELL i PIEDAFITA, Claudi, «Incidencia de las sanciones internacionales sobre los instrumentos europeos financieros», *La Ley Mercantil*, 2022, núm. 84 (biblioteca digital smarterca). En este contexto, refiriéndose a la aplicación inmediata de medidas selectivas a contratos celebrados antes de la inclusión de las personas sancionadas en la lista, véase por todas la STJUE de 11 de octubre de 2007, C-117/06 *Möllendorf*, ECLI:EU:C:2007:596. Con todo, los reglamentos reseñados recogen las exenciones adecuadas para autorizar en ciertas situaciones las actividades prohibidas o la puesta a disposición de determinados fondos o recursos económicos inmovilizados, p. ej., para atender a fines humanitarios, médicos o farmacéuticos, obligaciones internacionales, las necesidades básicas de las personas objeto de las medidas, etc.

<sup>20</sup> Véase ESPINAR VICENTE, José María y PAREDES PÉREZ, José Ignacio, *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 128.

<sup>21</sup> Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «Embargo», en BASEDOW, Jürgen, RÜHL Giesela, FERRARI, Franco y DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 599-606, p. 603.

<sup>22</sup> Por ello, más allá del problema de la validez de los acuerdos de derogación de competencia, en caso de que las partes acuerden prorrogar la competencia de los tribunales de un tercer Estado para evitar la aplicación de las sanciones económicas europeas, su condición de leyes de policía explica que la cláusula de orden público del DIPr interno de los EEMM actúe como un límite a un eventual reconocimiento o ejecución de la resolución extranjera, quedando descartada, en estos casos, a la luz de las vinculaciones del supuesto con el foro, cualquier posibilidad de atenuación. Por las mismas razones, en caso de que las partes decidan someter el litigio al arbitraje comercial internacional, y la ley aplicable al fondo de la controversia no fuera la de un Estado miembro, para evitar que el laudo pueda ser anulado (arbitraje con sede en un Estado miembro de la UE) o su ejecución rechazada en los EEMM (arbitraje con sede dentro o fuera de la UE), los árbitros deberán aplicar (como leyes de policía del país de la sede del arbitraje) o dar efecto (como leyes de policía de terceros Estados) a las sanciones económicas euro-

birán aplicación por el juez, proyectando así el respeto de los objetivos de la PESC al tráfico privado internacional. Análogamente, en la medida en que las normas de conflicto operan una remisión integral al ordenamiento designado<sup>23</sup> (incluyendo las leyes de policía de la *lex causae*, sean normas de Derecho público o privado)<sup>24</sup>, de ser la *lex contractus* la de un Estado miembro de la UE, los objetivos de la PESC también resultarán satisfechos, toda vez que, al tratarse de leyes de policía de la UE, las medidas restrictivas previstas en la *lex contractus* serán las mismas que las de la *lex fori*. Del mismo modo, de ser la *lex causae* la de un tercer país que haya adoptado su propio régimen de sanciones contra Rusia/Bielorrusia<sup>25</sup>, al existir una comunión valorativa entre los objetivos de las sanciones previstas en la *lex contractus* y las de la *lex fori*, la consecución de los objetivos de la PESC quedará garantizada sobre la base del efecto reflejo de la aplicación (por un juez de un Estado miembro) de las sanciones previstas en la *lex contractus*, siempre que el contrato litigioso en cuestión quede comprendido en su esfera de eficacia<sup>26</sup>. Por lo demás, el art. 9.3 RRI recoge también la posibilidad de que los jueces de los EEMM puedan dar efecto a las sanciones económicas de otro país, distinto del foro y del que rige el contrato, a condición de que pertenezcan al Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, y que provoquen la ilegalidad de la ejecución del contrato. De cumplirse am-

---

peas. Véase, SZABADOS, Tamás, *Economics sanctions in EU Private International Law*, Oxford, Hart, 2019, pp. 161-169 y 179-197; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro A., «Los Reglamentos Roma I y Roma II en el arbitraje comercial internacional», *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. X, 2017, núm. 3, pp. 657-738, esp. pp. 718-728.

<sup>23</sup> Es preciso destacar que algunos autores mantienen una tesis diferente a la concepción mayoritaria en favor de que la remisión efectuada por los arts. 3 y 4 RRI incluye también la aplicación de las leyes de policía de Derecho público pertenecientes a la *lex contractus*. Para esta segunda tesis las citadas disposiciones no realizan una remisión global, sino parcial, a las leyes de policía de Derecho privado de la *lex contractus*. Las leyes de policía de Derecho público de la *lex contractus* solo reciben aplicación de verificarse las condiciones recogidas en el art. 9.3 RRI (anterior art. 7.1 CR). Véase, siguiendo esta tesis en nuestra doctrina, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Contratación internacional y medidas de coerción económica*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 95; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, «Contratos internacionales (I): competencia judicial y ley aplicable», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dirs.), *Derecho del comercio internacional*, Madrid, Colex, 2012, pp. 477-726, esp. pp. 703-704.

<sup>24</sup> Sobre la superación de los problemas de la aplicación de normas extranjeras de Derecho público, véase GARDENES SANTIAGO, Miguel, *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, Eurolex, 1999, pp. 134-158.

<sup>25</sup> En cambio, quedará excluida, en virtud del orden público (art. 21 RR), la *lex contractus* en caso de que prevea contramedidas a las adoptadas por la UE, como podría suceder de resultar aplicable la ley de la Federación Rusa/Bielorrusia o la de un país aliado.

<sup>26</sup> La única limitación a la aplicación de dichas sanciones podrá venir de la excepción del orden público (art. 21 RRI), como sucedería en el caso de no respetar los derechos humanos ni las libertades fundamentales, en particular las debidas garantías procesales y el derecho a la tutela judicial efectiva, o por tener un ámbito de aplicación irrazonable en violación del Derecho internacional; máxime cuando los instrumentos legislativos contenidos en el Anexo del Reglamento (CE) núm. 2271/96, de 22 de noviembre de 1996, de 22 de noviembre de 1996, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella, no afectan a las sanciones del presente estudio. Véase, a este respecto, SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, p. 150.

bas condiciones, el juez del Estado miembro que conozca del asunto deberá decidir si dar efecto a las sanciones económicas de la *lex loci executionis*, teniendo en cuenta para ello su naturaleza y su objeto<sup>27</sup>, y las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación<sup>28</sup>. Con todo, el art. 9.3 RRI no se opone a que el juez del foro pueda tomar en consideración, como circunstancia de hecho (*datum*), en el seno de la *lex contractus*, la vulneración de las sanciones económicas previstas en la ley de un tercer Estado, que no sea ni la *lex fori* ni la *lex loci executionis*<sup>29</sup>.

## 5. DETERMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS CONTRACTUALES DE LAS SANCIONES

En la medida en que las sanciones del presente estudio no explicitan las sanciones civiles que derivan de su aplicación, el juez del Estado miembro ante el que se suscite el litigio deberá extraer la sanción más adecuada al sentido y el fin de las propias normas de policía. En el caso de que la sanción económica no imponga ninguna consecuencia contractual, esta deberá determinarse por la *lex contractus*<sup>30</sup>. Así, por lo que respecta a los contratos posteriores a las sanciones, la finalidad de las medidas coercitivas europeas desencadenará la ineficacia de los contratos que tengan por objeto directamente la ejecución de una actividad material prohibida<sup>31</sup>. Una vez garantizado el objetivo de la norma de intervención, las ulteriores consecuencias que se deriven de la ineficacia negocial serán determinadas conforme a la *lex con-*

<sup>27</sup> Es decir, el alineamiento de la *policy* de la ley de ese tercer país con la política exterior de la UE. Véase, a este respecto, analizando las diferentes posibilidades en relación con los intereses en juego (coincidencia entre los intereses/conflictos de intereses de la ley de policía extranjera y los del Estado del foro), GUARDANS CAMBÓ, Ignasi, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 115-120.

<sup>28</sup> La aplicación y no aplicación dependerá de un juicio de valor de los intereses en presencia, tanto los intereses estatales como los intereses de las partes (véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *Contratación internacional...*, *op. cit.*, p. 154; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, 12ª ed., Civitas Thomson Reuters, 2022, p. 695; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, pp. 88-89), cuya decisión dependerá, entre otros aspectos, de las legítimas expectativas de las partes en la ejecución o conservación del contrato, del alcance extraterritorial de la sanción, las consecuencias económicas en caso de no dar efecto a la sanción económica extranjera, o de la posibilidad de reconocimiento y ejecución de la decisión extranjera en caso de incumplimiento.

<sup>29</sup> STJUE de 18 de octubre de 2016, *Nikiforidis*, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774, apdo. 51. Por ejemplo, declarando el juez del foro la nulidad del contrato por causa ilícita a sabiendas por las partes de la prohibición que recae sobre ese contrato, o aplicando las consecuencias que se deriva según la *lex contractus* de la existencia de mala fe contractual de una de las partes, o de la calificación de fuerza de mayor del embargo.

<sup>30</sup> Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «Las consecuencias contractuales de las sanciones económicas comunitarias: un modelo de análisis», *G.J. CEE*, serie D, marzo 1992, p. 248-260, p. 247; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, p. 200.

<sup>31</sup> Por el contrario, en virtud del carácter temporal de las sanciones, serán admisibles los contratos cuyo cumplimiento se someta a la condición suspensiva de que se derogue la medida, correspondiendo a la *lex contractus* el régimen del contrato sometido a condición. Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «Las consecuencias contractuales...», *loc. cit.*, p. 251; SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, p. 201.

*tractus*<sup>32</sup>. En contraste con lo anterior, tratándose de medidas retroactivas de naturaleza temporal, la consecuencia que se deriva cuando la sanción sobreviene a un contrato ya existente, será la imposibilidad legal sobrevinida de la prestación<sup>33</sup>. En tales circunstancias, en el caso de que las partes hayan previsto *ex ante* en el propio contrato las posibles consecuencias de una sanción en forma de cláusulas contractuales (cláusulas de *force majeure* y *hardship*), corresponderá a la *lex contractus* la interpretación y la determinación de la eficacia de dichas cláusulas. En su defecto, cuando no exista esa incorporación por las partes, la *lex contractus* resultará competente para determinar el régimen jurídico aplicable a la ilegalidad sobrevinida de la prestación y las consecuencias jurídicas<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Véase DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Derecho imperativo y relaciones privadas internacionales», en *Homenaje a Don Antonio Hernández Gil*, t. III, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pp. 2857-2882; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «Las consecuencias contractuales...», *loc. cit.*, pp. 252-254, señalando el régimen específico de ineficacia, los deberes de restitución de las prestaciones, la forma en que debe de hacerse, la posibilidad de que el contratante perjudicado de buena fe obtenga una indemnización de daños y perjuicios, o las posibilidades de conversión del contrato ineficaz.

<sup>33</sup> Véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., *ibidem*, pp. 255-259; Véase SZABADOS, Tamás, *op. cit.*, p. 201.

<sup>34</sup> Es decir, si nos encontramos ante un supuesto de fuerza mayor, de excesiva onerosidad o ante una frustración del contrato, y las consecuencias legales, esto es, la suspensión de la prestación durante la vigencia de la sanción, la revisión o resolución del contrato por la alteración sobrevinida de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato en relación con las concurrentes al momento de su celebración, etc., véase GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J., «Las consecuencias contractuales...», *loc. cit.*, pp. 255-259.



# SANCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA A RUSIA: DE CRIMEA A LA GUERRA EN UCRANIA

## *THE SANCTIONS OF THE EUROPEAN UNION AGAINST RUSSIA: FROM CRIMEA TO THE WAR IN UKRAINE*

Luis PÉREZ-PRAT DURBÁN\*

**Palabras clave:** Federación Rusa, Ucrania, Crimea, Unión Europea, sanciones

**Keywords:** Russian Federation, Ukraine, Crimea, European Union, sanctions

**SUMARIO:** 1. LA UE Y EL RECURSO A LAS SANCIONES. 2. LAS SANCIONES CONTRA RUSIA. 3. ¿SANCIONES, RETORSIONES, CONTRAMEDIDAS? LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS.

### 1. LA UE Y EL RECURSO A LAS SANCIONES

La adopción de sanciones por la UE, medidas restrictivas, si recurrimos a la precisión terminológica derivada del TUE (art. 215), cuenta con un largo recorrido y una abundante práctica. De sobra son conocidos sus orígenes remotos, bajo el manto de la Cooperación Política Europea. En la actualidad, en el mapa de sanciones que fue creado por la presidencia estonia de la UE en 2017, y que se actualiza por la Comisión de la UE, figuran no menos de 33 países como destinatarios de tales medidas coercitivas<sup>1</sup>. Son, como puede imaginarse, de diverso pelaje y condición, unas adoptadas en seguimiento de resoluciones del Consejo de Seguridad, otras, autónomas, de carácter unilateral, aunque hayan podido ser concertadas en el seno de organismos como el G7 o en diálogo con (o bajo la amistosa presión de) Estados Unidos y otros aliados. Los motivos también divergen y oscilan entre el seguimiento a las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Libia, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Irak o Somalia), las reacciones a las violaciones de los derechos humanos (Burundi, Guinea, Nicaragua, Sudán o Myanmar), a las amenazas a la paz y a la seguridad (Corea del Norte, Mali), la defensa del estado de derecho y la democracia (Guinea-Bissau, Líbano), la no proliferación de armas nucleares (Irán).

Buena muestra de que el recurso a las sanciones es un instrumento frecuente de la política exterior de la UE es que ésta ha ido perfilando un marco general para la decisión de adoptarlas y su posterior aplicación. En primer término, las *Orientaciones sobre la aplicación y evaluación de las medidas res-*

---

\* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. (lperpra@upo.es)

<sup>1</sup> Véase en <https://sanctionsmap.eu/#/main>

*restrictivas (sanciones)* en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común de la UE, aprobadas por el Consejo el 8 de diciembre de 2003<sup>2</sup>. En su párrafo 5 se establece que “la introducción e implementación de medidas restrictivas debe estar siempre de acuerdo con el Derecho internacional y los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales y el estado de derecho”. En el párrafo siguiente se advierte de la necesidad de establecer el contexto jurídico de la medida, con referencia a la pertinente resolución del Consejo de Seguridad o a otras disposiciones de Derecho Internacional. Y en el párrafo 7 se ahonda en la cuestión, advirtiendo de la necesidad de que las medidas cumplan con el GATT y el GATS. Aunque se hace especial hincapié en la ejecución de resoluciones sancionadoras del Consejo de Seguridad, las Orientaciones dejan un claro margen a la posibilidad de que la UE adopte medidas sancionadoras autónomas, al margen de aquéllas o incluso adoptando un criterio más restrictivo del contenido de las onusianas.

También por mor del Consejo, la UE cuenta con unos *Principios básicos sobre el uso de las medidas restrictivas (sanciones)*<sup>3</sup>, de 7 de junio de 2004. A los efectos de lo que aquí nos interesa, conviene subrayar que, descontado el caso de la aplicación de sanciones decididas previamente por el Consejo de Seguridad, lo que evidentemente no va a tener lugar para las medidas contra Rusia, los Principios abordan la posibilidad de adoptar sanciones autónomas de la UE “en apoyo de los esfuerzos para luchar contra el terrorismo y la proliferación de armas de destrucción masiva y como medidas restrictivas para defender el respeto de los derechos humanos, la democracia, el estado de derecho y la buena gobernanza”. Obsérvese que no se incluye el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, quizás por considerarse cubierto por las medidas que ejecutan las decisiones previas del Consejo de Seguridad. Y bien, ¿y si el órgano de la ONU está paralizado por el veto de un miembro permanente, como sucede en el caso de la invasión de Ucrania? Finalmente, el 12 de diciembre de 2004 la UE se dotó de otro documento, relativo a las *Mejores prácticas de la UE – Implementación efectiva de medidas restrictivas financieras dirigidas a personas, grupos o entidades terroristas*<sup>4</sup>, cuya última versión data de 27 de junio de 2022<sup>5</sup>.

No podemos olvidarnos tampoco, en lo que hace a las medidas restrictivas que responden a las violaciones de derechos humanos, de la adopción de la Decisión (PESC) 2020/1999 del Consejo de 7 de diciembre de 2020 relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos

<sup>2</sup> Véase en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST%2015579%202003%20INIT/EN/pdf>. Las orientaciones se han ido actualizando en diversas ocasiones, el 1 de diciembre de 2005 (doc. 15114/05), el 22 de diciembre de 2009 (doc. 17464/09) y el 4 de mayo de 2018 (doc. 5664/18).

<sup>3</sup> Véase en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10198-2004-REV-1/en/pdf>

<sup>4</sup> Véase en [https://www.eumonitor.nl/j4nvgs5kkg27kof\\_j9vvik7m1c3gyxp/vi7jgsziv0w4/f=/13851\\_4\\_04\\_rev\\_4.pdf](https://www.eumonitor.nl/j4nvgs5kkg27kof_j9vvik7m1c3gyxp/vi7jgsziv0w4/f=/13851_4_04_rev_4.pdf)

<sup>5</sup> Véase en <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10572-2022-INIT/en/pdf>

humanos<sup>6</sup>, y el homónimo Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo de 7 de diciembre de 2020<sup>7</sup>. Considérese que las violaciones que podrán hacer reaccionar a la UE con medidas restrictivas están descritas en el art. 1, y son, entre otras, el genocidio; los crímenes contra la humanidad; la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se recogen los crímenes de guerra. Sin embargo, como indica en su preámbulo la propia Decisión (PESC) 2020/1998, tales casos no agotan las posibilidades de adopción de medidas restrictivas de la UE porque “la presente Decisión no afecta a la aplicación de otras decisiones del Consejo, vigentes o futuras, en el marco de la política exterior y de seguridad común que establecen medidas restrictivas habida cuenta de la situación en determinados terceros países y que abordan las violaciones o abusos de los derechos humanos”.

De todo lo dicho se infiere que el recurso a las medidas restrictivas (sanciones) como instrumento de política exterior de la UE ha sido convenientemente perfilado al compás de la adopción de las medidas específicas.

## 2. LAS SANCIONES CONTRA RUSIA

Las sanciones a Rusia se han adoptado en dos grandes oleadas, vinculadas a los acontecimientos que han tenido lugar en Ucrania en dos fechas señaladas: en 2014, con la anexión de Crimea y el apoyo ruso a los separatistas ucranianos del Donbás; y en 2022, en torno a la invasión rusa de Ucrania.

i) La anexión de Crimea en 2014 y la injerencia rusa en el Donbás, apoyando a los separatistas pro-rusos, provocaron las primeras sanciones adoptadas por la UE. Aunque previamente se había sancionado a personas involucradas, según la UE, en casos de corrupción y violaciones de derechos humanos, el 5 de marzo de 2014, se trataba de nacionales ucranianos<sup>8</sup>. Días antes, el 3 de marzo, el Consejo de Asuntos Exteriores, condenando la violación de la soberanía e integridad territorial ucraniana, había decidido adoptar retorsiones contra Rusia: la suspensión de las negociaciones sobre los visados y sobre un nuevo acuerdo de cooperación UE/Rusia que se pretendía sustituyese al vigente<sup>9</sup>. En efecto, y lo que es relevante para calibrar la legalidad de las sucesivas medidas que desde 2014 a 2022 ha adoptado la UE contra Rusia, a ambos actores (entonces las Comunidades Europeas) les unía desde 1994 un acuerdo de colaboración y cooperación<sup>10</sup>, que entró en vigor en 1997.

<sup>6</sup> En DOUE núm. 410, de 7 de diciembre de 2020, p. 13 y ss.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 1-12.

<sup>8</sup> Según la Decisión (PESC) 2014/119 del Consejo de 5 de marzo de 2014 relativa a medidas restrictivas dirigidas contra determinadas personas, entidades y organismos habida cuenta de la situación en Ucrania, publicada en el DOUE L núm. 66, de 6 de marzo de 2014.

<sup>9</sup> Véase en <https://www.consilium.europa.eu/es/meetings/fac/2014/03/03/>

<sup>10</sup> Dicho acuerdo tuvo una vigencia de diez años, momento a partir del cual se renovó automáticamente. Nada hace pensar que no siga estando en vigor. Al ser un acuerdo mixto, véase en BOE núm. 26, de 30 de enero de 1998.

Las sanciones específicamente adoptadas contra Rusia se tomaron el 17 de marzo de ese mismo año, en virtud de la Decisión 2014/145/PESC del Consejo, de 17 de marzo de 2014, relativa a medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania<sup>11</sup>. Esas medidas establecieron prohibiciones de viaje al territorio de los Estados miembros y congelación de activos a personas que figuraban en una lista anexa que incluía tanto a cargos de la declarada independiente República de Crimea o al alcalde de Sebastopol, como a nacionales rusos miembros del Comité de Seguridad y Defensa del Consejo de la Federación de Rusia y de otros órganos de la Federación que apoyaron personalmente el despliegue de tropas rusas en Crimea. De nuevo la fundamentación que manejaba la UE era el menoscabo de la soberanía de Ucrania y de su integridad territorial. Un paso sancionador más se dio en respuesta a la anexión de Crimea, declarada ilegal por la AGNU mediante la res. 68/262, de 27 de marzo de 2014, sobre la integridad territorial de Ucrania<sup>12</sup>, que consistió en un embargo comercial sobre los productos originarios de las zonas ocupadas por Rusia en Crimea y Sebastopol, adoptado por la Decisión del Consejo 2014/386/CFSP de 23 de junio de 2014<sup>13</sup>. El crescendo sancionador siguió, esta vez con ocasión del derribo del vuelo MH17 de la Malaysia Airlines, que se presume en diversas fuentes occidentales realizado por separatistas pro-rusos —aunque no se ha confirmado la autoría real—, y que tuvo lugar el 17 de julio de 2014. La Decisión 2014/512/PESC del Consejo de 31 de julio de 2014<sup>14</sup> prohibió el acceso a los mercados de capital europeos a ciertos bancos públicos rusos, también la importación de armas y productos de doble uso a Rusia y la venta de ciertas tecnologías relacionadas con la industria petrolífera. El motivo que fundamentaba la sanción contra Rusia de la UE era el desarrollo por aquella de acciones que desestabilizaban la situación en Ucrania, fundamentalmente el apoyo prestado a los secesionistas pro-rusos. No se atribuía explícitamente a Rusia responsabilidad en el derribo del avión malasio.

Las sanciones de la UE a Rusia en 2014 han sido autónomas, toda vez que ningún pronunciamiento del Consejo de Seguridad era posible; selectivas, porque se dirigían fundamentalmente a sancionar a listas de personas y entidades; y en la elección cuidadosa de las medidas, manifestaban una cierta timidez, no afectando a sectores clave de la economía del país sancionado. Su falta de ambición, se ha dicho<sup>15</sup>, se vinculaba a la considerable entidad

---

<sup>11</sup> En DOUE L núm. 78, de 17 de marzo de 2014. Para una visión completa de las medidas restrictivas, véase también el Reglamento UE 269/2014, en el mismo Diario Oficial.

<sup>12</sup> Véase en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N13/455/20/PDF/N1345520.pdf?OpenElement>

<sup>13</sup> En DOUE L 183, de 24 de junio de 2014.

<sup>14</sup> En DOUE L núm. 229, de 31 de julio de 2014. En el mismo Diario Oficial se contiene el Reglamento (UE) 833/2014, de 31 de julio de 2014, relativo a las medidas restrictivas motivadas

<sup>15</sup> Cfr. NAVARRO MARTÍNEZ, Daniel, “Las sanciones de la Unión Europea a Rusia por el conflicto en Ucrania. Análisis comparativo entre 2014 y abril de 2022”, en *Quaderns IEE: Revista de l'Institut*

del país sancionado, a la estrecha relación comercial que le unía con varios países de la UE y a la dependencia europea del gas y del petróleo ruso. Sin dejar de constituir una evidente señal política, no fueron exitosas, no lograron la retirada de Rusia de Crimea, ni que dejara de apoyar a los separatistas pro-rusos<sup>16</sup>. A todo lo más que llegó el impacto político de las medidas fue, tal vez, a sentar a Rusia en la mesa negociadora de la que emanaron los Acuerdos de Minsk. Estos no impidieron que el mismo mes de su adopción —Minsk I es del 5 de septiembre de 2014—, la UE recrudesciera sus medidas debido al incremento del apoyo ruso a las regiones separatistas ucranianas<sup>17</sup>. Eso sí, las sanciones de la UE se mantuvieron en el tiempo, no fueron levantadas, concitando la unanimidad de los Estados miembros desde su origen hasta las vísperas de la invasión de Ucrania por Rusia en 2022, aunque no faltaron voces provenientes de ciertos países que defendieron su levantamiento.

Algunos incidentes intermedios dieron lugar también a la adopción de medidas sancionadoras, aunque no estuvieran relacionadas con la crisis de Ucrania; pero sí engrosaron el bagaje sancionador de la UE en dirección a Rusia. Se trató, en concreto, del envenenamiento de Alexei Navalny el 20 de agosto de 2020. El reglamento de ejecución (UE) 2020/1480 del Consejo de 14 de octubre de 2020 por el que se aplica el Reglamento (UE) 2018/1542 relativo a la adopción de medidas restrictivas contra la proliferación y el uso de las armas químicas<sup>18</sup>, adoptó medidas contra seis personas presuntamente implicadas en el envenenamiento.

ii) En 2022, a partir del 23 de febrero, la actividad sancionadora de la UE contra Rusia ha supuesto una oleada de medidas restrictivas sin precedentes y, en consonancia con la mayor gravedad de la intervención rusa, mucho más severas que las adoptadas en 2014. Desde la fecha indicada hasta noviembre de 2022, la UE ha adoptado ocho paquetes sancionadores, reaccionando al calor de los acontecimientos que se han ido sucediendo.

El primero de los paquetes todavía no alcanzó una ambición desmesurada, pues pretendía replicar al reconocimiento por Rusia de la independencia

*d'Estudis Europeus*, Vol. 1, Núm. 2 (2022), p. 62. Para una valoración de las medidas de la UE, véase también FERRERO-TURRIÓN, Ruth, "Las sanciones de la UE hacia Rusia en el contexto del conflicto ucraniano", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n° 125 (septiembre de 2020), pp. 187-207.

<sup>16</sup> En este sentido PURSIAINEN, Aleks, "European Union sanctions and Russia", en *Defensor Legis* 1,5/2022, p. 357.

<sup>17</sup> Decisión 2014/658/PESC del Consejo, de 8 de septiembre de 2014, por la que se modifica la Decisión 2014/145/PESC relativa a medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania, en DOUE L núm. 271, de 12 de septiembre de 2014; y en el mismo Diario Oficial, Reglamento (UE) No 959/2014 del Consejo de 8 de septiembre de 2014 por el que se modifica el Reglamento (UE) no 269/2014 relativo a la adopción de medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania; y Reglamento (UE) No 960/2014 del Consejo de 8 de septiembre de 2014 por el que se modifica el Reglamento (UE) no 833/2014 relativo a medidas restrictivas motivadas por acciones de Rusia que desestabilizan la situación en Ucrania.

<sup>18</sup> En DOUE L núm. 341, de 15 de octubre de 2020.

de Donetsk y Lugansk, en tanto que socavaban la soberanía y la integridad territorial de Ucrania y suponían “una grave violación del Derecho internacional y de los acuerdos internacionales, como la Carta de las Naciones Unidas, el Acta Final de Helsinki, la Carta de París y el Memorando de Budapest, así como de los Acuerdos de Minsk y la Resolución 2202 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”<sup>19</sup>. Ese 23 de febrero de 2022 se tomaron las Decisiones (PESC) 2022/264, 2022/265, 2022/266 y 2022/2067, en cuya virtud se adoptaban medidas restrictivas que suponían una continuación de las decididas en 2014: sanciones contra los integrantes de la Duma rusa y otras personas, restricciones económicas con las zonas Donetsk y Lugansk no controladas por el gobierno ucraniano y restricciones al acceso de Rusia a los mercados y servicios financieros y de capitales de la UE. El segundo paquete se decidió en el Consejo europeo de 24 de febrero, el mismo día de la invasión rusa de Ucrania, calificada como “una violación flagrante de la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania”<sup>20</sup>. Las medidas que se adoptaron supusieron la congelación de los activos de Vladimir Putin y Sergey Lavrov, ministro de Asuntos exteriores ruso y de otros miembros del Consejo de Seguridad Nacional de la Federación rusa y de la Duma. Además, se adoptaron sanciones que abarcaban los sectores de las finanzas, la energía, el transporte, la tecnología y la política de visados<sup>21</sup>. El tercer paquete se adoptó poco tiempo después, el 1 de marzo, consistiendo en la suspensión de actividades de radiodifusión de Russia Today y Sputnik, pues “para justificar y apoyar su agresión contra Ucrania, la Federación de Rusia ha emprendido acciones de propaganda continuas y concertadas contra la sociedad civil de la Unión y de sus países vecinos, distorsionando y manipulando gravemente los hechos”<sup>22</sup> y esas campañas de desinformación eran entendidas como “una amenaza importante y directa para el orden público y la seguridad de la Unión”<sup>23</sup>. La medida más relevante de este tercer paquete sancionador consis-

---

<sup>19</sup> Considerando 8 de la Decisión (PESC) 2022/265 del Consejo, de 23 de febrero de 2022, por la que se modifica la Decisión 2014/145/PESC relativa a medidas restrictivas respecto de acciones que menoscaban o amenazan la integridad territorial, la soberanía y la independencia de Ucrania, en DOUE L núm. 42, de 23 de febrero de 2022.

<sup>20</sup> Considerando 8 de la Decisión (PESC) 2022/327 del Consejo, de 25 de febrero de 2022, en DOUE L núm. 48, de 25 de febrero de 2022.

<sup>21</sup> La citada Decisión (PESC) 2022/327, además del Reglamento (UE) 2022/328 del Consejo de 25 de febrero de 2022 (en DOUE L 49, de 25 de febrero de 2022); la Decisión (PESC) 2022/329 del de 25 de febrero de 2022 (en DOUE L 50, de 25 de febrero de 2022); el Reglamento (UE) 2022/330 del Consejo de 25 de febrero de 2022 (en DOUE L 51, de 25 de febrero de 2022); la Decisión (PESC) 2022/331 del Consejo de 25 de febrero de 2022 (en DOUE L 52, de 25 de febrero de 2022); el Reglamento de ejecución (UE) 2022/332 del Consejo de 25 de febrero de 2022 (en DOUE L 53, de 25 de febrero de 2022); y la Decisión (UE) 2022/333 del Consejo de 25 de febrero de 2022 sobre la suspensión parcial de la aplicación del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación de Rusia sobre la facilitación de la expedición de visados a los ciudadanos de la Unión Europea y la Federación de Rusia (en DOUE L 54, de 25 de febrero de 2022).

<sup>22</sup> Considerando 7 de la Decisión (PESC) 2022/351 del Consejo de 1 de marzo de 2022, en DOUE L núm. 65, de 2 de marzo de 2022.

<sup>23</sup> *Ibid.*, Considerando 8. Para la ejecución de la medida, aparte de la citada Decisión, el Reglamento (UE) 2022/350 del Consejo de 1 de marzo de 2022, en el mismo DOUE.

tió en la prohibición del acceso al sistema SWIFT de siete bancos rusos; también se prohibió el suministro de billetes en euros a Rusia y la participación en proyectos del Fondo Ruso de Inversión Directa<sup>24</sup>, y se aprobaron nuevas sanciones individuales<sup>25</sup>. En el mismo paquete, días antes, se prohibieron las transacciones con el Banco central de Rusia y el sobrevuelo del espacio aéreo de la UE y el acceso a los aeropuertos a las compañías rusas<sup>26</sup>. Entre el tercer y el cuarto paquete de sanciones, se aprobaron el 9 de marzo medidas restrictivas adicionales con respecto a la exportación de productos y tecnología de navegación marítima a Rusia<sup>27</sup>. Poco tiempo después, el 15 de marzo, se decidió el cuarto paquete de sanciones, prohibiendo todas las transacciones con determinadas empresas estatales, la prestación de servicios de calificación crediticia a cualquier persona o entidad rusa, nuevas inversiones en el sector de la energía, estableciendo restricciones comerciales en relación con el hierro, el acero y los productos de lujo<sup>28</sup>, y ampliando las sanciones individuales, que en este momento llegaron a aplicarse a determinados oligarcas rusos<sup>29</sup>. El quinto paquete se adoptó el 8 de abril y consistió, entre otras medidas, en las siguientes prohibiciones: importaciones de carbón y otros combustibles fósiles sólidos de Rusia, acceso a los puertos de la UE a todos los buques rusos, entrada a la UE de transportistas por carretera rusos y bielorrusos, importación de bienes como la madera, el marisco y las bebidas alcohólicas, exportación a Rusia de carburante para reactores, los depósitos en carteras de criptoactivos<sup>30</sup>. El sexto paquete vio la luz el 3 de junio y prohibió las importaciones de petróleo crudo y productos petrolíferos refinados procedentes de Rusia; además añadió más bancos rusos a la prohibición de acceso al sistema SWIFT, más emisoras rusas públicas a la suspensión de radiodifusión y más sanciones individuales, lo que se venía haciendo con cada paquete de sanciones<sup>31</sup>. El 21 de julio se decide un séptimo paquete de sanciones que, además de adoptar nuevas sanciones individuales, se prohíbe la importación de oro ruso y se refuerza el control de las exportaciones de productos de do-

<sup>24</sup> Mediante la Decisión (PESC) 2022/346, del Consejo, de 1 de marzo de 2022, en DOUE L núm. 63, de 2 de marzo de 2022. En ese mismo Diario Oficial, el Reglamento (UE) 2022/345 del Consejo de 1 de marzo de 2022.

<sup>25</sup> En virtud de la Decisión (PESC) 2022/354 del Consejo de 2 de marzo de 2022 y del Reglamento de ejecución (UE) 2022/353 del Consejo, también de la misma fecha, ambos en el DOUE L núm. 66, de 2 de marzo de 2022.

<sup>26</sup> Por la Decisión (PESC) 2022/335 del Consejo, y Reglamento (UE) 2022/334 del Consejo, ambos de 28 de febrero de 2022, en DOUE L núm. 57, de 28 de febrero de 2022.

<sup>27</sup> Por Decisión (PESC) 2022/395 del Consejo, de 9 de marzo de 2022; en DOUE L núm. 81, de 9 de marzo de 2022.

<sup>28</sup> Por Decisión (PESC) 2022/430 del Consejo de 15 de marzo de 2022, en DOUE L núm. 87, de 15 de marzo de 2022.

<sup>29</sup> Por Decisión (PESC) 2022/429 del Consejo de 15 de marzo de 2022, en DOUE L núm. 87, de 15 de marzo de 2022.

<sup>30</sup> Por Decisión (PESC) 2022/578 del Consejo de 8 de abril de 2022, en DOUE L núm. 111, de 8 de abril de 2022.

<sup>31</sup> Por Decisiones (PESC) 2022/883, 2022/884 y 2022/885, del Consejo, todas de 3 de junio de 2022, en DOUE L núm. 153, de 3 de junio de 2022.

ble uso, entre otras medidas<sup>32</sup>. El octavo paquete de sanciones, que tiene por motivo ser una respuesta a la anexión ilegal de las regiones ucranianas de Jerson, Zaporíyia, Donetsk y Lugansk, se adopta el 6 de octubre y entre otras medidas, se decide un límite de precio relacionado con el transporte marítimo de petróleo ruso para terceros países, se añaden restricciones al comercio y servicios con Rusia y se adiciones a la lista de elementos restringidos que pueden contribuir a la mejora militar y tecnológica de Rusia<sup>33</sup>.

Como puede observarse, pues, un despliegue continuado, sostenido y sin precedentes de las medidas restrictivas (sanciones) de la UE, en respuesta a la intervención militar de Rusia en Ucrania y a las sucesivas vicisitudes por las que pasa el conflicto armado.

### **3. ¿SANCIONES, RETORSIONES, CONTRAMEDIDAS? LEGITIMIDAD Y LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS**

Las sanciones de la UE pueden enjuiciarse atendiendo a tres dimensiones: i) la simbólica; ii) la política; iii) la jurídica.

i) El carácter simbólico de las medidas restrictivas adoptadas contra Rusia transmite dos tipos de sensaciones: una, que la reluctancia de los países de la UE a involucrarse en un conflicto armado, acudiendo a la legítima defensa colectiva, con el riesgo de desencadenar una conflagración mundial, ha abocado al envío de señales de reprobación de menor cuantía, concretadas en medidas de carácter diplomático y económico; y dos, que lo relativamente morigerado de las medidas decididas, más en el caso de 2014 que en el de los ocho paquetes de 2022, en ambos casos nada comparables a las aplicables en otros episodios sancionadores como la guerra de Irak o las sanciones a Irán, a pesar de haber sido calificadas como sin precedentes<sup>34</sup>, parecen sacrificar el objetivo de la eficacia en aras de enviar una señal unida del bloque sancionador europeo, por otra parte tan dependiente de Rusia, más unos países —en lo económico, Alemania, Italia, Hungría; en lo cultural, Grecia, Chipre y Bulgaria<sup>35</sup>— que otros.

En cuanto a la reprobación simbólica, recuérdense las palabras de Van Rompuy, presidente del Consejo Europeo, quien sostenía el 20 de marzo de 2014 que “Sanctions are not a question of retaliation; they are a foreign policy

<sup>32</sup> Por Decisiones (PESC) 2022/1271 y 2022/1272 del Consejo de 21 de julio de 2022, ambas en DOUE L núm. 193, de 21 de julio de 2022; y Decisión (PESC) 2022/1276 del Consejo de 21 de julio de 2022, en DOUE L núm. 194, de 21 de julio de 2022.

<sup>33</sup> Por Decisiones (PESC) 2022/1907, 2022/1908 y 2022/1909 del Consejo, de 6 de octubre de 2022, en DOUE L núm. 259I, de 6 de octubre de 2022.

<sup>34</sup> Cfr. BERGEIJK, Peter A.G. van, “Economic Sanctions and the Russia war on Ukraine: a critical comparative appraisal”, International Institute of Social Studies, Working Paper N° 699, March 2022, p. 14.

<sup>35</sup> Cfr. BRET, Cyrille, “Union Européenne/Russie. Les sanctions, et après?”, Europe dans le monde. Policy Paper N° 260, Mars 2021, p. 6.

tool. Not a goal in themselves, but a means to an end. Our goal is to stop Russian action against Ukraine, to restore Ukraine's sovereignty — and to achieve this we need a negotiated solution. Europe stands ready to facilitate and engage in a meaningful dialogue involving Ukraine and Russia and supports all multilateral initiatives towards that aim"<sup>36</sup>. Sanciones como símbolo de la presencia de la UE en el conflicto encaminada no a cumplir una finalidad punitiva sino a presionar para su cese. Sanciones, por lo tanto, como medidas de aplicación coactiva del Derecho Internacional infringido por Rusia.

ii) En cuanto a la dimensión política, se ha sostenido<sup>37</sup>, con acierto, que las medidas restrictivas han sido indispensables para afirmar el status geopolítico de la UE frente a Rusia. En este sentido, la UE ha sustituido provisionalmente su aproximación estratégica en esa dirección por el conjunto de paquetes sancionadores. En efecto, en un marco más amplio que el de las sanciones, que no dejan de ser un instrumento de la PESC hacia Rusia, pero no son la única política de la UE hacia Rusia, el Consejo de Asuntos Exteriores formuló, el 14 de marzo de 2016, los cinco principios rectores de sus relaciones con Rusia: implementación del acuerdo de Minsk como condición clave para cualquier cambio sustancial en la postura de la UE hacia Rusia; fortalecimiento de las relaciones con los socios orientales de la UE y otros vecinos, en particular en Asia Central; fortalecimiento de la resiliencia de la UE (por ejemplo, seguridad energética, amenazas híbridas o comunicación estratégica); necesidad de compromiso selectivo con Rusia en temas de interés para la UE; necesidad de entablar contactos entre personas y apoyar a la sociedad civil rusa<sup>38</sup>. Tal marco ha sido dinamitado por la invasión de Ucrania y sustituido, al menos con carácter provisional, por la reacción sancionadora de la UE.

Ahora bien, la UE no es un actor político que trabaje aisladamente. Ante el silencio obligado del sistema de seguridad colectiva, el carácter unilateral de las medidas restrictivas de la UE contra Rusia no esconde la concertación desarrollada en el G7, con Estados Unidos y otros aliados transatlánticos. No es este un rasgo aislado de la práctica sancionadora. Como en este caso de las sanciones a Rusia, por lo general, cuando se adoptan sanciones autónomas, al margen de las Naciones Unidas, se ha calibrado<sup>39</sup> que la coincidencia de las decididas por la UE y Estados Unidos suelen darse en un cincuenta por ciento de los casos. Aquí sucede lo mismo, aunque las sanciones decretadas por Estado Unidos son más robustas que las europeas, toda vez que los lazos comerciales del país norteamericano con Rusia no son tan intensos. A ello

<sup>36</sup> En <https://www.consilium.europa.eu/media/25806/141706.pdf>

<sup>37</sup> Ibid., BRET, Cyrille, "Union Européenne/Russie. Les sanctions, et après?", ob. cit., p. 3.

<sup>38</sup> Véase en <https://www.consilium.europa.eu/media/22914/st07042en16.pdf>

<sup>39</sup> BORZYSKOWSKI, I. v., y PORTELA, C., "Piling on: the rise of sanctions cooperation between regional organizations, the United States, and the EU", (KFG Working Paper Series, 70, 216, Berlin: Freie Universität Berlin.

hay que añadir el acompañamiento que países candidatos a la adhesión o con la pretensión de serlo, hacen a las medidas restrictivas de la UE, alineándose con ellas<sup>40</sup>.

iii) En lo que hace a la dimensión jurídica, comenzando por las cuestiones terminológicas, habría que sostener lo impropio de calificar como sanciones las medidas restrictivas de la UE. Tal término debería reservarse para las medidas adoptadas en marcos institucionalizados por órganos que les sirven y encaminadas a los miembros de dichas instituciones. En todo caso, en el episodio sancionador de la UE contra Rusia, la organización europea no funge como organismo regional en el sentido del capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas. Pero la eficacia del término sanción se ha impuesto en todos los ámbitos, inclusive en los académicos, o en los políticos, no en vano la propia UE recurre en sus documentos a dicho término.

¿Son legales las medidas restrictivas de la UE? Dada la profusión y diversidad de las mismas, no es sencillo, ni adecuado, responder en bloque a tal pregunta, con lo que nos limitaremos a enunciar los marcos jurídicos afectados. En primer término, las medidas son una reacción frente a actos ilícitos diversos de Rusia —reconocimiento de repúblicas en Crimea, Donetsk y Lugansk, apoyo a referenda ilegales, anexiones de territorios ucranianos, apoyo a la rebelión armada de separatistas pro-rusos, invasión de Ucrania—, en general infracciones de la soberanía e integridad territorial y de la prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. En este sentido, en cuanto a su finalidad, podría calificarse de medidas de aplicación coactiva del Derecho Internacional. Lo que con ellas pretende la UE es que cesen los ilícitos cometidos por Rusia. Ahora bien, frente a tales ilícitos, la UE y sus Estados miembros son terceros, pues el Estado lesionado es Ucrania, y sus medidas restrictivas no dejan de ser contramedidas de terceros<sup>41</sup>. Pero los ilícitos atribuibles a Rusia implican, en el caso de los más graves, violaciones de obligaciones internacionales cuyo cumplimiento interesa a la comunidad internacional, de normas imperativas, de obligaciones *erga omnes*, como es el caso de la prohibición del uso de la fuerza. Esto cambia la valoración de las medidas restrictivas de la UE, al menos en principio, por dos causas: la primera, porque hay que recordar el juego del art. 54 del proyecto de arts. de la CDI de 2001 sobre responsabilidad internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos, en los asuntos en que la obligación violada existe en relación con la comunidad internacional en su conjunto (art. 48.1.b del proyecto de arts.), como es el caso. Ese juego, problemático, parece hacer

---

<sup>40</sup> Véase HELLOQUIST, Elin, “Either with us or against us? Third-country alignment with EU sanctions against Russia/Ukraine”, *Cambridge Review of International Affairs*, 2016, Vo. 29, N° 3, pp. 997-1021.

<sup>41</sup> Sobre las contramedidas de terceros, véase entre otros, KATSELLI-PROUKAKI, *The Problem of Enforcement in International Law: Countermeasures, the Non-Injured State and the Idea of International Community*, London, 2010; DAWIDOWICK, M., *Third-Party Countermeasures in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

subsistir el derecho de los terceros a adoptar medidas lícitas con la finalidad de asegurar la cesación de la violación y la reparación del lesionado. Pero ¿qué se entiende con que sean lícitas? En el comentario de la CDI al art. 54 se sostiene que lícitas es entendido como que no sean contramedidas<sup>42</sup>, es decir, ilícitas. En el caso de las medidas restrictivas de la UE contra Rusia hay, como es evidente, retorsiones, pero también otras que, cuanto menos, incurrir en la violación del GATT, el GATS<sup>43</sup> y el acuerdo de colaboración y cooperación con Rusia de 1994, nunca denunciado, luego supérstite. En cuanto al GATT y GATS, recuérdese el art. XXI.b.iii del GATT, potencialmente invocable por la UE, de juego también problemático.

Y la segunda, porque la citada cláusula de salvaguardia del mencionado art. 54, obedecía a un estado de la práctica internacional de aquél entonces escaso y limitado —ceñido a los países occidentales— que, por supuesto, no hacía emerger, por vía consuetudinaria, un derecho de los terceros a reaccionar contra tal clase de ilícitos recurriendo a las contramedidas. Ahora bien, ¿ha evolucionado la práctica en estos últimos veinte años en la dirección de permitir esas contramedidas de terceros? La práctica hoy está mucho más extendida que entonces<sup>44</sup> y a ello ha contribuido la propia UE<sup>45</sup>, a ella se han sumado organismos regionales de otras latitudes, pero más bien para adoptar medidas contra sus propios Estados miembros por los ilícitos que se les podrían atribuir (ad. ex, las medidas de ECOWAS contra Guinea Bissau en 2018<sup>46</sup>, Mali en enero de 2022<sup>47</sup>, o Guinea en septiembre de 2022<sup>48</sup>). Es dudoso que la práctica sanciones de terceros por violaciones del Derecho Internacional se haya universalizado, pues en líneas generales sigue siendo preponderantemente occidental. Una treintena de países se han sumado a la campaña sancionadora, pero no en zonas como Iberoamérica, África o Asia. Países como México, Brasil o Argentina se oponen a la aplicación de sanciones a Rusia<sup>49</sup>. Otros países como Nigeria se declaraban prestos a imponer sanciones a Rusia, siempre que se decidieran en las Naciones Unidas<sup>50</sup>. No

<sup>42</sup> Cfr. Anuario de la CDI, 2001, Vol. II, segunda parte, p. 149.

<sup>43</sup> Véase GRUSZCZYNSKI, Lukasz y MENKES, Marcin, "The Legality of the EU Trade Sanctions Imposed on the Russian Federation under WTO Law", en CZAPLINSKI, W., DEBSKI, S., TARNOGORSKI, R., WIERCZYNSKA, K., (eds.), *The Case of Crimea's Annexation under International Law*, Scholar, Warsaw, 2017, pp. 237-257.

<sup>44</sup> Cfr. DAWIDOWICK, M., *Third-Party Countermeasures in International Law*, ob. cit., p.

<sup>45</sup> Véase HÖRBELE, Christian, "A comparative study: where and why does the EU impose sanctions", en *Revista UNISCI* n° 43 (Enero 2017), pp. 53-71.

<sup>46</sup> Véase <https://ecowas.int/ecowas-imposes-individual-sanctions-for-non-implementation-of-the-conakry-agreement-in-guinea-bissau/>

<sup>47</sup> Véase <https://www.aljazeera.com/news/2022/1/9/west-africa-bloc-ecowas-hits-mali-with-sanctions-after-poll-delay>

<sup>48</sup> Véase <https://www.reuters.com/world/africa/west-african-bloc-sanctions-guinea-condemns-mali-detaining-ivorian-troops-2022-09-23/>

<sup>49</sup> Véase en <https://sputniknews.lat/20220921/mexico-argentina-y-brasil-se-unen-contra-las-sanciones-economicas-hacia-rusia-1130687173.html>

<sup>50</sup> Véase en <https://saharareporters.com/2022/03/01/we%E2%80%99re-ready-impose-sanctions-russia-invading-ukraine-%E2%80%93-nigerian-government>

parece, por tanto, que la práctica internacional haya superado el contenido del art. 58 del proyecto de arts. sobre responsabilidad internacional de los Estados, por más que pueda ser interpretable como permisivo de un generoso recurso a las contramedidas de terceros<sup>51</sup>.

Otro factor debe ser tenido en consideración. La propia Ucrania, a través de sus cauces oficiales, ha solicitado que se reaccione contra Rusia mediante el recurso a las sanciones económicas, con la finalidad de que cese su intervención militar y abandone el territorio ucraniano. En este sentido se ha pronunciado, por ejemplo, el presidente Zelenski en el Foro Económico Mundial de Davos, dirigiéndose a los líderes mundiales solicitando “that allies must ratchet up economic sanctions against Moscow to put a stop to its military aggression”<sup>52</sup>. Se solicitaría así un sucedáneo de la legítima defensa colectiva, estando esta radicalmente descartada por los países que apoyan a Ucrania, que se limitan al apoyo logístico y a las sanciones. Pero no estamos ante ninguna figura jurídica a la que pueda recurrirse para salvar la eventual ilicitud de las medidas restrictivas de la UE contra Rusia que no sean retorsiones.

En suma, una práctica sancionadora, la de la UE, con claros antecedentes, que se enmarca en un contexto de aplicación coactiva del Derecho Internacional cuando el sistema de la ONU permanece silente, y de cuya legitimidad, en lo que hace a las medidas que no puedan calificarse como retorsiones, al menos, deben despertarse dudas, dado el estado de la práctica internacional relativa a contramedidas adoptadas por terceros en el caso de violaciones de obligaciones internacionales de especial gravedad que interesan a la comunidad internacional, como es el caso de la invasión de Ucrania por Rusia.

---

<sup>51</sup> Cfr. REMIRO, Antonio et al, *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 815.

<sup>52</sup> Véase [https://www.upi.com/Top\\_News/World-News/2022/05/23/ukraine-volodymyr-zelensky-davos-russia-war/3901653307679/](https://www.upi.com/Top_News/World-News/2022/05/23/ukraine-volodymyr-zelensky-davos-russia-war/3901653307679/)

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

Coordinación a cargo de  
Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ  
(Derecho Internacional Público)  
Cristina GONZÁLEZ BEIFUSS  
(Derecho Internacional Privado)

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

#### **ESPAÑA ANUNCIA SU DECISIÓN DE DENUNCIAR EL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA** *SPAIN ANNOUNCES ITS DECISION TO DENOUNCE THE ENERGY CHARTER TREATY*

Javier Díez-Hochleitner\*

**Palabras clave:** Tratado sobre la Carta de la Energía, Arbitrajes de inversión intra-UE, “Sunset clause”.

**Keywords:** Energy Charter Treaty, Intra EU Investment Arbitrations, “Sunset clause”.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PROCESO DE “MODERNIZACIÓN” DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA. 3. MEDIDAS QUE CABE ADOPTAR PARA EVITAR LOS ARBITRAJES INTRA-UE BASADOS EN EL TCE. 4. CONCLUSIÓN.

#### **1. INTRODUCCIÓN**

En una carta fechada el 27 de septiembre de 2022, el gobierno español comunicaba a la Comisión Europea su decisión de iniciar los trámites ne-

---

\* Catedrático de Derecho internacional público de la Universidad Autónoma de Madrid (javier.diez-hochleitner@uam.es). Todas las páginas webs mencionadas en este trabajo han sido consultadas el 30 de diciembre de 2022.

cesarios para proceder a la denuncia por parte de España del Tratado sobre la Carta de la Energía (en adelante, “TCE”), de 17 de diciembre de 1994, así como del Protocolo de la Carta de la Energía sobre la Eficacia Energética y los Aspectos Medioambientales Relacionados, de igual fecha<sup>1</sup>. El anuncio del gobierno español se suma al de los gobiernos de Alemania, Dinamarca, Francia, Eslovenia, Luxemburgo, Países Bajos y Polonia, así como a la efectiva denuncia del TCE por Italia en 2016<sup>2</sup>.

De acuerdo con el contenido de la carta, la decisión del Gobierno se debe a los resultados del proceso de “modernización” del TCE, iniciado en 2018, resultados que resultarían insatisfactorios por dos motivos. Por una parte, porque no se habría logrado alinear los contenidos del TCE con los objetivos del Acuerdo de París sobre el cambio climático y del “Pacto Europeo por el Clima” (*European Green Deal*) “[...] in order to fulfil our solid commitment to become climate neutral by 2050”. Por otra parte, porque resultarían insuficientes para asegurar “[...] the defence of the integrity and primacy of the EU legal system and its application in all Member States”.

Además, el escrito lamenta la falta de respuesta del Consejo y de la Comisión ante sus “reiteradas” —se dice— solicitudes para llevar a cabo un estudio de las ventajas y desventajas de aprobar el texto resultante del proceso de revisión del TCE, así como sobre los efectos de una eventual denuncia conjunta de este por parte de la UE y sus Estados miembros, señalando la preferencia del Gobierno español por esta última solución. En este contexto, la carta concluye solicitando a la Comisión trabajar conjuntamente en la búsqueda de una solución satisfactoria para todas las partes y, en coherencia con ello, afirma que la denuncia del Tratado y del Protocolo por parte de España no será inmediata.

Como es sabido, el TCE encuentra su origen en la Carta Europea de la Energía de 1991, una declaración política firmada tras la caída del muro de Berlín, que fue suscrita por todas las repúblicas de la ex-Unión Soviética, los

---

<sup>1</sup> Carta dirigida por Teresa Ribera —Vicepresidenta del Gobierno y Ministra para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico—, José Manuel Albares —Ministro de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación— y Reyes Maroto —Ministra de Industria, Comercio y Turismo—, a Frans Timmermans —Vicepresidente ejecutivo de la Comisión Europea—, Valdis Dombrovskis —Vicepresidente ejecutivo de la Comisión Europea y Comisario de Comercio—, y Kadri Simson —Comisario de Energía—, disponible en <https://www.transnational-dispute-management.com/legal-and-regulatory-detail.asp?key=28116>.

España firmó el TCE y el Protocolo en la fecha de su adopción, procediendo a la aplicación provisional del primer texto desde esa fecha (*BOE*, núm. 117, de 17 de mayo de 1995). La aprobación del instrumento de ratificación por España del Tratado y del Protocolo se produjo el 11 de diciembre de 1997 (*BOE*, núm. 65, de 17 de marzo de 1998) y su depósito tuvo lugar el 16 de diciembre de ese mismo año.

<sup>2</sup> Aunque son numerosas las noticias en prensa que se hacen eco de la intención de estos gobiernos de proceder a la denuncia del TCE, basta para confirmarlo con acudir a la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía [2022/2934(RSP)], párr. 19. El anuncio de Dinamarca se produjo el pasado 13 de abril de 2023, mediante un comunicado del Ministerio danés de Clima, Energía y Servicios Públicos del que se ha hecho eco CIAR Global (véase en: <https://www.ciarglobal.com/Dinamarca>).

países de Europa central y del Este, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, los otros países europeos de la OCDE, Japón y Australia, para promover la cooperación en el ámbito energético, en particular: (i) articulando un marco de promoción y protección de las inversiones equiparable al que ofrecen los tratados bilaterales de promoción y protección de las inversiones, pero centrado en el sector de la energía; (ii) liberalizando los intercambios comerciales en aplicación de las reglas de la OMC, organización de la que no formaban parte en el momento de la firma del TCE las repúblicas de la ex-Unión Soviética; (iii) consagrando el principio de libertad de tránsito recogido en el art. V del GATT y estableciendo reglas para resolver los problemas específicos de conexión de los oleoductos fijos y de las redes eléctricas; y (iv) estableciendo asimismo ciertas reglas en materia de libre competencia, de transferencia de tecnología, de medio ambiente, de transparencia y de acceso al capital.

El TCE contiene numerosas disposiciones que han quedado obsoletas y que llaman a una revisión del texto en su conjunto, en particular a la vista del Acuerdo de París. Además, sus disposiciones en materia de protección de inversiones han suscitado el rechazo de amplios sectores de la opinión pública y de ciertos Gobiernos debido al número de arbitrajes entre inversores y Estados de inversión a que ha dado lugar (150 según la Secretaría de la Carta de la Energía<sup>3</sup>), a las reglas aplicables a dichos arbitrajes y al monto de las indemnizaciones reclamadas en ellos. España es el país que más demandas de arbitraje ha recibido con fundamento en el TCE (51 demandas) y que más veces ha sido condenado (al menos 20 laudos desfavorables que han impuesto más de 1.000 millones de euros en concepto de indemnización<sup>4</sup>), a resultas de los cambios regulatorios en el sector de las renovables a partir de 2010<sup>5</sup>.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la UE ha declarado incompatibles con los Tratados que rigen la Unión los arbitrajes intra-UE —esto es, entre uno o varios inversores de un Estado miembro y otro Estado miembro—, tanto si su base se encuentra en un tratado bilateral de protección de inversiones celebrado entre Estados miembros como si se fundamenta en el TCE. Así, en su sentencia de 2018 en el asunto *Achmea*, el Tribunal afirmó que los arts. 267 y 344 del TFUE se oponen a un arbitraje intra-UE basado en un tratado bilateral en la medida en que pone en peligro la autonomía y el carácter propio del Derecho de la UE<sup>6</sup>. Por su parte, en su sentencia de 2021 en el asunto *Komstroy*, el Tribunal ha extendido dicha afirmación a los

<sup>3</sup> Véase en <https://www.energychartertreaty.org/cases/list-of-cases>

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Para una descripción de los cambios regulatorios, véase, por ej., *The PV Investors c. España*, caso CPA núm. 2012-14, laudo de 20 de febrero de 2020.

<sup>6</sup> Sentencia de marzo de 2018, C-284/16, ECLI:EU:C:2018:158, párrs. 56-60. La sentencia *Achmea* dio lugar a la celebración del Acuerdo para la terminación de los tratados bilaterales de protección de inversiones entre los Estados miembros de la UE, de 5 de mayo de 2020, *DOUE* núm. 169, de 29 de mayo de 2020.

arbitrajes intra-UE basados en el TCE<sup>7</sup>. Pues bien, una buena parte de los arbitrajes entablados contra Estados miembros de la UE con base en el TCE han sido iniciados por inversores de otros Estados miembros de la UE y, por lo tanto, están afectados por la sentencia *Komstroy*. Este es el caso no solo de la mayoría de los arbitrajes iniciados contra España como consecuencia de los cambios regulatorios en el sector de las renovables sino igualmente contra otros Estados miembros. Baste pensar en el arbitraje promovido por Vattenfall AB y otros contra Alemania por el cambio de su política en materia de energía nuclear<sup>8</sup>.

También debe recordarse que en los arbitrajes promovidos por inversores de Estados miembros de la UE contra otros Estados miembros, tanto estos como la Comisión Europea (interviniendo *amicus curiae*) han venido defendiendo ante los correspondientes tribunales arbitrales que el art. 26 del TCE —que regula el arbitraje de inversiones— no resulta de aplicación a los arbitrajes intra-UE, al contener el Tratado una suerte de “cláusula de desconexión implícita”<sup>9</sup>. Esta interpretación del precepto —que el TJUE hace suya en su sentencia de 2021 en el asunto *Komstroy*<sup>10</sup>— ha sido sistemáticamente rechazada por los tribunales arbitrales constituidos con fundamento en el TCE que han tenido ocasión de pronunciarse al respecto, con la única salvedad del Tribunal arbitral en el asunto *Green Power Partners K/S y SCE Solar Don Benito APS c. España*, que en su laudo del pasado mes de junio de 2022 no sólo afirmó que “*Spain’s offer to arbitrate under the ECT is not applicable in intra-EU relations*” sino que también sostuvo que “[t]he primacy of EU law [...] precluded the unilateral offer to arbitrate in Article 26 ECT because inconsistent with the autonomy and primacy of EU law”<sup>11</sup>.

En los dos epígrafes que siguen nos referiremos al proceso de “modernización” del TCE, cuyos resultados el gobierno español considera insatisfactorios, y a las medidas que cabe adoptar para evitar que el TCE sirva de base a arbitrajes de inversiones intra-UE.

## 2. EL PROCESO DE “MODERNIZACIÓN” DEL TRATADO SOBRE LA CARTA DE LA ENERGÍA

A finales del año 2017, la Conferencia de la Carta de la Energía, prevista en el art. 34 del TCE, acordó iniciar en su seno un debate sobre la posibilidad

<sup>7</sup> Sentencia de 2 de septiembre de 2021, C-741/19, ECLI:EU:C:2021:655, párrs. 60-63.

<sup>8</sup> Asunto resuelto por acuerdo entre las partes, caso CIADI nº ARB/12/12.

<sup>9</sup> Véase, *per omnia*, BONO GOSALBO, Ricardo., “La crisis energética, el Derecho de la UE, el Derecho internacional y el arbitraje internacional: ¿un callejón sin salida?”, *RGDE*, núm. 58, 2022 (editorial), pp. 5 y ss.

<sup>10</sup> Sentencia de 2 de septiembre de 2021, C-741/19, antes citada, párrs. 64-66.

<sup>11</sup> Caso SCC núm. V2016/135, Laudo de 16 de junio de 2022, párrs. 445 y 476, disponible en <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-green-power-k-s-and-sce-solar-don-benito-aps-v-kingdom-of-spain-award-thursday-16th-june-2022>

de revisar el texto convencional con vistas a su modernización, debate al que siguió la apertura en noviembre de 2018 de un proceso de negociaciones que desembocó el 24 de junio de 2022 en un “acuerdo de principio”<sup>12</sup>.

La UE y sus Estados miembros han sido los principales impulsores de este proceso de revisión, en el que la Comisión Europea ha tenido un papel protagonista, que se ha traducido en la aportación de numerosas propuestas de enmienda del Tratado<sup>13</sup>. El liderazgo europeo de este proceso se debe a diversas razones. Por una parte, como ya se ha dicho, las disposiciones sobre protección de inversiones del TCE han servido de fundamento para numerosos arbitrajes intra-UE, que el Tribunal de Justicia de la UE considera contrarios al Derecho de la Unión. En segundo lugar, tras la atribución a la UE de una competencia exclusiva en materia de protección de inversiones en el marco de la política comercial común —con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa—, las instituciones de la UE han venido promoviendo la celebración de tratados de protección de inversiones con terceros países que se alejan en muchos aspectos del modelo tradicional en el que se inspiran las disposiciones sobre protección de inversiones del TCE, tanto por lo que se refiere a la propia regulación del arbitraje como al margen de apreciación que corresponde a los árbitros. Y en tercer lugar, la UE considera que la protección que el TCE otorga las inversiones en combustibles fósiles debe ser revisada a la luz de los objetivos derivados de su compromiso en la lucha contra el cambio climático, al tiempo que apuesta por que el Tratado sirva de instrumento para el fomento de las energías limpias.

El “acuerdo de principio” alcanzado en junio pasado aporta cambios significativos al TCE, de los que destacaremos dos grandes bloques. En primer lugar, los cambios dirigidos a adaptar el TCE a los objetivos del Acuerdo de

---

<sup>12</sup> Secretaría de la Carta de la Energía: “Agreement in Principle on the Modernisation of the Energy Charter Treaty”, documento CC 750 Rev, de 24 de junio de 2022, recogido como anejo en documento de trabajo del Consejo de la UE WK 9218/2022 INIT, de 27 de junio de 2022, disponible en [https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed\\_ect\\_text.pdf](https://www.bilaterals.org/IMG/pdf/reformed_ect_text.pdf).

En su “Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la posición que debe adoptarse en nombre de la Unión Europea en la 33.ª reunión de la Conferencia sobre la Carta de la Energía” [COM(2022) 521 final], de 5 de octubre de 2022, la Comisión Europea se refiere a 4 documentos que contendrían los proyectos definitivos de las decisiones a adoptar en dicha reunión, documentos que habrían sido “compartidos” con todas las partes en el TCE el 19 de agosto de 2022 con las referencias CC 760, CC 761, CC 762 y CC 763, a los que no hemos tenido acceso. Según se señala en la propuesta de la Comisión, el primer documento (CC 760) tendría por objeto las enmiendas propuestas al texto del TCE a adoptar por la Conferencia, el segundo (CC 761) las “modificaciones y cambios” propuestos a los anexos al TCE y el tercero (CC 762) los cambios propuestos a los acuerdos declaraciones y decisiones de la Conferencia; en cuanto al cuarto (CC 763), se trataría de un proyecto de decisión relativa a la entrada en vigor y la aplicación provisional de las enmiendas al TCE y de los cambios y modificaciones a sus Anexos.

<sup>13</sup> Véanse los documentos “EU text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty”, enviado a la Secretaría de la Carta de la Energía el 19 de mayo de 2020 (según se señala en el documento citado a continuación), y “European Union’s (EU) additional submission to its text proposal for the modernisation of the Energy Charter Treaty” (sin fecha), ambos disponibles en [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc\\_158754.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/may/tradoc_158754.pdf) y [https://energy.ec.europa.eu/system/files/2021-02/eu\\_submission\\_-\\_revised\\_definition\\_of\\_economic\\_activity\\_in\\_the\\_energy\\_sector\\_0.pdf](https://energy.ec.europa.eu/system/files/2021-02/eu_submission_-_revised_definition_of_economic_activity_in_the_energy_sector_0.pdf)

París y del “Pacto Europeo por el Clima”. En este primer bloque se incluyen enmiendas al texto que tienen por objeto, por ejemplo: la exclusión de su ámbito de protección de las inversiones en combustibles fósiles realizadas en la UE a partir de agosto de 2023, con un período transitorio para las centrales eléctricas e infraestructuras de gas preparadas para el hidrógeno o para gases con bajas emisiones de carbono; la exclusión de la protección de todas las inversiones en combustibles fósiles en la UE ya existentes tras diez años de la aplicación (provisional o definitiva) de las enmiendas al TCE o, a más tardar, el 31 de diciembre de 2040; o la ampliación del ámbito de protección del TCE a las energías renovables y de bajas emisiones de carbono, tales como el hidrógeno y los combustibles derivados, el amoníaco, el metanol, la biomasa, el biogás y los combustibles sintéticos.

En segundo lugar, se prevén diversas enmiendas a las disposiciones que articulan el mecanismo arbitral de arreglo de controversias entre una parte en el TCE y los inversores de otra parte, dirigidas, por ejemplo: a preservar el poder regulatorio de las partes para lograr la consecución de objetivos legítimos, tales como la protección del medio ambiente; a precisar el alcance de la obligación de otorgar a los inversores extranjeros un trato justo y equitativo, en particular, limitando la protección de las expectativas legítimas de los inversores a los supuestos en que se hubiera producido “*a clear and specific representation or commitment*” por la parte receptora de la inversión; a precisar asimismo el alcance de la protección otorgada en los supuestos de expropiaciones “indirectas”; o a excluir del ámbito de protección del TCE a los inversores que no tenga una actividad económica sustancial en el territorio de una de las partes (dejando así fuera a las llamadas “sociedades buzón”). En síntesis, este grupo de enmiendas adapta las disposiciones del TCE sobre arreglo de controversias al modelo que preside los acuerdos sobre protección de inversiones que viene celebrando la UE con terceros países, tales como el capítulo que sobre la materia se incluye en el CETA con Canadá, de 2016, o en los Acuerdos de protección de inversiones con Singapur o Vietnam, de 2018 y 2019, respectivamente.

La votación de las enmiendas al TCE resultantes del “acuerdo de principio” alcanzado en junio estaba prevista para el 22 de noviembre pasado, con ocasión de la 33.<sup>a</sup> Conferencia de la Carta de la Energía. Sin embargo, la minoría de bloqueo formada en el COREPER de 18 de noviembre por Alemania, Francia, España y Países Bajos frente a la propuesta de aprobación de las enmiendas presentada por la Comisión Europea<sup>14</sup> condujo a que esta solicitara posponer la votación de las enmiendas y que en la reunión de la Conferencia se acordara aplazar el debate para abril de 2023<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Documento COM(2022) 521 final, de 5 de octubre de 2022, antes citado.

<sup>15</sup> Véase la noticia publicada en <https://agenceurope.eu/en/bulletin/article/13067/8>. Véase asimismo el documento de la Secretaría de la Carta de la Energía CCDEC 2022, 32 NOT, de 22 de noviembre de 2022.

Dado que la adopción de las enmiendas al TCE requiere la unanimidad de las partes, de conformidad con su art. 36.1, y que son varios los Estados miembros de la UE que consideran insatisfactorios los resultados del “proceso de modernización”, es posible augurar un nuevo fracaso el próximo mes de abril<sup>16</sup>. Más aun teniendo en cuenta la resolución adoptada por el Parlamento Europeo el 24 de noviembre de 2022 en la que, tras expresar una posición muy crítica con el “proceso de modernización” del TCE —y recordar que la UE no podría “ratificar” las enmiendas previstas sin el consentimiento del Parlamento—, llama a la Comisión Europea y a los Estados miembros a poner en marcha una salida coordinada del TCE, al tiempo que celebra el anuncio de retirada de Alemania, Francia, Eslovenia, España, Luxemburgo, Países Bajos y Polonia<sup>17</sup>.

Las críticas del Parlamento Europeo no se centran en la posibilidad de nuevos arbitrajes intra-UE —posibilidad frente a la que, como explicaremos en el siguiente epígrafe, la Comisión ha propuesto la celebración de un acuerdo entre los Estados miembros de la UE, que el Parlamento apoya— sino en la insuficiente adecuación de las enmiendas previstas con la política de la UE contra el cambio climático —en particular, al mantener, al menos temporalmente, la protección de las inversiones en combustibles fósiles— y al prever el mantenimiento del clásico mecanismo de “investor-state dispute settlement (ISDS)”, es decir, de arbitraje de inversiones. A este último respecto, el Parlamento se manifiesta en su resolución en favor del establecimiento de un Tribunal Multilateral de Inversiones (“MIC”), mostrando su apoyo a las propuestas en curso que en este sentido se debaten en el seno del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI<sup>18</sup>.

### 3. MEDIDAS QUE CABE ADOPTAR PARA EVITAR LOS ARBITRAJES INTRA-UE BASADOS EN EL TCE

El “acuerdo de principio” alcanzado en junio pasado en el seno de la Conferencia de la Carta de la Energía para la modernización del TCE, al que antes nos referimos, incluye una Decisión de la Conferencia con respecto a los arts. 24 y 25 del TCE, sobre “excepciones generales” y “acuerdos de integración económica” en el que se afirma “*for greater certainty*”, que determinados artículos del Tratado, entre los que figura el art. 26 sobre arbitraje de

---

<sup>16</sup> Debe asimismo tenerse en cuenta que, en opinión al menos de un Estado miembro, el tratado de modernización del TCE podría resultar contrario al TUE o al TFUE. Así, el Gobierno de Bélgica formuló ante el Tribunal de Justicia de la UE una solicitud de dictamen basada en el art. 218.11 del TFUE en relación con el proyecto de modernización del TCE que el Tribunal declaró inadmisibile en su Dictamen 1/00, de 16 de junio de 2022 al carecer de elementos suficientes sobre el contenido del acuerdo previsto y, por lo tanto, dado el carácter prematuro de la solicitud.

<sup>17</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, antes citada, párrs. 1 y ss.

<sup>18</sup> Véase la evolución de los trabajos en el seno del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI sobre la reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversores y Estados en [https://uncitral.un.org/es/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state)

inversiones, no resultan de aplicación entre partes que sean miembros de la misma organización regional de integración económica (excluyendo así los arbitrajes intra-UE)<sup>19</sup>.

La Comisión Europea también ha propuesto la adopción de un acuerdo posterior entre la UE, Euratom y los Estados miembros sobre la interpretación del TCE, confirmando que el TCE “*no se aplica ni se ha aplicado nunca a las relaciones en el interior de la Unión*” y que, por lo tanto, su artículo 26 “*no puede servir ni ha podido servir nunca de base jurídica para los procedimientos de arbitraje relativos a las relaciones en el interior de la Unión*” (art. 3)<sup>20</sup>. En su propuesta, la Comisión configura este acuerdo como un tratado en el sentido del art. 41.1 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, es decir, como un tratado que modificaría el TCE en las relaciones entre la UE, Euratom y sus Estados miembros —señalando que las demás partes del TCE ya estarían informadas de la intención de celebrarlo, como exige el segundo apartado del art. 41 de la Convención—, al tiempo que invoca igualmente su art. 31.3.a) (acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones).

Ciertamente, la celebración del referido acuerdo permitiría evitar arbitrajes intra-UE en el futuro y, previsiblemente, cambiaría el rumbo de los arbitrajes en curso. Esto último al menos si se adoptara por la Conferencia de la Carta de la Energía la Decisión “*for greater certainty*”<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> Véase el documento CC 750 Rev, de 24 de junio de 2022, de la Secretaría de la Carta de la Energía, antes citado, p. 64.

<sup>20</sup> “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, así como a los Estados miembros, sobre un acuerdo entre los Estados miembros, la Unión Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica sobre la interpretación del Tratado sobre la Carta de la Energía”, COM (2022) 523 final, de 5 de octubre de 2022 (el texto del borrador de acuerdo figura en Anexo).

<sup>21</sup> Durante las negociaciones del TCE, la Comisión Europea intentó, sin éxito, introducir una declaración excluyendo la aplicación del art. 26 en controversias intra-UE (configurada como una auténtica “cláusula de desconexión” expresa). Finalmente, las Comunidades Europeas formularon una declaración interpretativa al art. 26 del TCE en el momento de su ratificación en 1997 en la que, en otras cosas, se afirmaba lo siguiente: “[...] *las Comunidades Europeas y sus Estados miembros han celebrado el Tratado sobre la Carta de la Energía y son, por tanto, responsables internacionalmente del cumplimiento de las obligaciones en él contenidas, de acuerdo con sus respectivas competencias. [...] El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como institución judicial de las Comunidades, es competente para conocer de cualquier cuestión relativa a la aplicación e interpretación de los Tratados constitutivos y actos adoptados en virtud de éstos, entre ellos los Acuerdos internacionales celebrados por las Comunidades, que, en determinadas condiciones, podrán ser invocados ante el Tribunal de Justicia. [...] Puesto que el ordenamiento jurídico de las Comunidades establece los medios de entablar dicho recurso, las Comunidades Europeas no han dado su consentimiento incondicional al sometimiento de una controversia a arbitraje o conciliación internacional*” (DOCE L 69, de 9 de marzo de 1998); la última frase transcrita fue reiterada en la nueva declaración formulada en 2019 por la UE (en su apartado 5), que venía a sustituir a la anterior (DOUE L 115, de 2 de mayo de 2019). Apartándose de los demás tribunales arbitrales ante los que se ha invocado esta declaración en arbitrajes intra-UE, el Tribunal en el asunto *Green Power Partners K/S y SCE Solar Don Benito APS c. España* consideró que constituye “*a clear and unequivocal indication that the EU saw the EU legal system as the natural means of dispute settlement of investor claims, and therefore withheld its unconditional consent to arbitration*” (laudo 16 de junio de 2022, antes citado, párr. 360).

Entiendo, sin embargo, que, a diferencia de dicha declaración interpretativa, el acuerdo propuesto por la Comisión Europea no debería suscitar dudas a los tribunales arbitrales que conozcan de arbitra-

Naturalmente, el acuerdo también resultaría de aplicación respecto de la “sunset clause” de 20 años contenida en el art. 47.3 del TCE en relación con las inversiones anteriores a la denuncia del Tratado<sup>22</sup>, permitiendo así evitar arbitrajes intra-UE basados en el art. 26 tanto respecto de Estados miembros de inversión que hubieran denunciado el Tratado con anterioridad a su conclusión (como es el caso de Italia) como que lo hagan en el futuro. En este sentido, la propuesta de acuerdo de la Comisión incluye una disposición conforme a la cual “[p]ara mayor seguridad, las Partes contratantes confirman [...] que [...] el artículo 47, apartado 3, del TCE no se aplica ni se ha aplicado nunca a las relaciones en el interior de la Unión”, añadiendo que “[e]n consecuencia, dicha disposición no puede haber producido efectos jurídicos en el interior de la Unión cuando un Estado miembro se haya retirado del TCE antes de la celebración del presente Acuerdo, ni producirá efectos jurídicos en el interior de la Unión si un Estado miembro se retira del TCE posteriormente”. Así pues, la celebración de dicho acuerdo entre los Estados miembros, la UE y Euratom resulta necesaria (o, al menos, muy conveniente) aun cuando todos ellos se retiren del Tratado, como propugna el Parlamento Europeo, si se quieren evitar nuevos arbitrajes intra-UE basados en el TCE.

El acuerdo en cuestión no serviría en cambio para evitar arbitrajes incoados con base en su art. 47.3 contra Estados miembros de la UE (o la propia UE) por inversores de terceros Estados parte en el TCE en caso de denuncia del Tratado por los primeros. Solo cabría evitar estos arbitrajes mediante la celebración por los Estados miembros (y la UE), en el marco de su retirada, de tratados con dichos terceros Estados que tuvieran por objeto desactivar o limitar los efectos de dicho precepto. En este sentido, en su resolución del pasado 24 de noviembre, el Parlamento Europeo “[s]ubraya la necesidad de actuar de manera coordinada al objeto de tener más fuerza en

---

jes intra-UE en cuanto a su falta de jurisdicción respecto de futuros arbitraje intra-UE, en aplicación del art. 41.1 de la Convención de Viena de 1969. En cuanto a los arbitrajes iniciados antes de la conclusión del acuerdo, también deberían a mi juicio descartar su jurisdicción en aplicación de la regla de interpretación contenida en el art. 31.1.a) de la misma Convención, al menos en la medida en que la Conferencia de la Carta de la Energía adoptara la Decisión “for greater certainty”.

En otro orden de consideraciones, el art. 5 de la propuesta de acuerdo contempla la obligación para los Estados miembros, la UE y Euratom, colaborando mutuamente, de informar a los tribunales arbitrales en los procedimientos pendientes de las consecuencias de las sentencias del TJUE en los asuntos *Achmea* y *Komstroy*, antes citadas, y, cuando esté en curso un procedimiento judicial relativo a un laudo arbitral emitido sobre la base del art. 26 del TCE, de solicitar al órgano jurisdiccional nacional competente que lo revoque, lo anule o se abstenga de reconocerlo y hacerlo cumplir. Por otra parte, el art. 4 de la propuesta de acuerdo deja a salvo los procedimientos de arbitraje que hayan finalizado con un acuerdo o con un laudo definitivo emitido y ejecutado antes del 6 de marzo de 2018 —fecha en que se pronunció la sentencia *Achmea*—, y no esté pendiente en esa fecha de ningún recurso.

<sup>22</sup> Conforme al art. 47.3 del TCE, en caso de denuncia del Tratado por una parte, “[l]as disposiciones del presente Tratado continuarán siendo de aplicación para las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por inversores de otras Partes Contratantes o en los territorios de otras Partes Contratantes por inversores de aquella Parte Contratante durante un período de veinte años a partir de la fecha en que surta efecto la denuncia por dicha Parte del Tratado”; recuérdese que, con arreglo al apartado 2 del precepto, la denuncia surte efecto al año de la recepción de la notificación por el depositario o de cualquier otra fecha posterior que se indique en la notificación de la denuncia.

*las negociaciones de retirada, limitar los efectos negativos de la cláusula de extinción [...]*<sup>23</sup>.

#### 4. CONCLUSIÓN

El anuncio por el gobierno español de su intención de proceder a la denuncia del TCE no constituye un hecho aislado, ni responde únicamente a su legítimo deseo de evitar nuevas demandas arbitrales contra España basadas en el Tratado. Se inserta más bien en una corriente de la que participan cada vez más Estados miembros de la UE, que cuenta con el respaldo del Parlamento Europeo y que se explica por las dificultades de adaptar el contenido del TCE, en el marco del proceso iniciado para su modernización, a la política europea de lucha contra el cambio climático, así como por la necesidad de asegurar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal de la Unión en los asuntos *Achmea* y *Komstroy*, contrarias a los arbitrajes de inversión intra-UE.

Ahora bien, parece razonable esperar que la denuncia del TCE por España se realice en el marco de una acción concertada con el resto de los Estados miembros de la Unión, así como con la propia UE y Euratom. Son varias las razones en las que apoyo esta afirmación. En primer lugar, la denuncia del TCE por España sin que se produzca igualmente la de la UE y Euratom no evitaría eventuales reclamaciones arbitrales de inversores en territorio español contra la propia UE (y, en su caso, Euratom), reclamaciones que, de prosperar, podrían (aunque parece improbable) dar lugar a que España tuviera que hacer frente a las correspondientes indemnizaciones en aplicación del Reglamento (UE) 912/2014, por el que se establece un marco para gestionar la responsabilidad financiera relacionada con los tribunales de resolución de litigios entre inversores y Estados establecidos por acuerdos internacionales en los que la UE sea parte<sup>24</sup>.

En segundo lugar, no tendría sentido que España denunciara el TCE sin hacer lo posible por evitar la aplicabilidad de su art. 47.3 (durante 20 años) respecto de inversiones realizadas antes de la denuncia por inver-

<sup>23</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de noviembre de 2022, sobre los resultados de la modernización del Tratado sobre la Carta de la Energía, antes citada, párr. 20.

<sup>24</sup> Reglamento (UE) 912/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, *DOUE* L 257, de 28 de agosto de 2014.

Entiendo que la posibilidad planteada resulta poco probable (que no imposible) puesto que, de acuerdo con el art. 3 del Reglamento, España sólo asumiría la responsabilidad financiera derivada del trato dispensado al inversor extranjero por ella misma, quedando excluidos los supuestos en que ese trato fuera requerido por el Derecho de la Unión, siendo así que difícilmente cabría que un Tribunal arbitral imputara a la UE medidas contrarias al TCE adoptadas por España al margen de sus obligaciones comunitarias.

En relación con el Reglamento (UE) 912/2014, véase mi trabajo "The European Union Facing Investment Arbitration", en *The European Union's External Actions in Times of Crisis* (P. Eeckhout y M. López Escudero, eds.), ed. Hart Publishing, 2016, pp. 453-482, pp. 470 y ss.

sores de otros Estados miembros de la UE, lo que pasa, cuando menos, por la celebración del acuerdo entre los Estados miembros (además de la UE y Euratom) propuesto por la Comisión Europea, al que antes hicimos referencia.

En tercer lugar, la acción concertada de los Estados miembros, la UE y Euratom permitiría entablar con algún viso de éxito negociaciones con otros Estados parte en el TCE para desactivar o, al menos, limitar los efectos del art. 47.3 del TCE respecto de posibles demandas arbitrales formuladas por nacionales de estos terceros Estados.



LA DECLARACIÓN ESPAÑOLA DE INTERVENCIÓN  
ANTE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA  
EN EL ASUNTO *ALEGACIONES DE GENOCIDIO EN  
VIRTUD DE LA CONVENCIÓN PARA LA PREVENCIÓN  
Y LA SANCIÓN DEL CRIMEN DE GENOCIDIO*  
(*UCRANIA C. FEDERACIÓN RUSA*)

*THE SPANISH DECLARATION OF INTERVENTION BEFORE  
THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE IN THE CASE  
ALLEGATIONS OF GENOCIDE UNDER THE CONVENTION  
ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME  
OF GENOCIDE (UKRAINE V. RUSSIAN FEDERATION)*

Asier GARRIDO MUÑOZ\*

**Palabras clave:** Federación Rusa, Ucrania, Genocidio, Competencia de la Corte Internacional de Justicia.

**Keywords:** Russian Federation, Ukraine, Genocide, Jurisdiction of the International Court of Justice.

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. UNA DECLARACIÓN CENTRADA EN LA COMPETENCIA.—3. LA INTERPRETACIÓN ESPAÑOLA DEL ALCANCE DEL ART. IX DE LA CONVENCIÓN.—4. BREVES OBSERVACIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El 29 de septiembre de este año, España ha enviado a la Corte Internacional de Justicia (“la Corte”) una declaración de intervención en el asunto que da título a esta nota. La declaración se fundamenta en el art. 63.1 del Estatuto de la Corte, que prevé dicha posibilidad cuando se encuentre en juego “la interpretación de una convención en la cual sean partes otros Estados además de las partes en litigio”. Se trata de un derecho del que dispone todo estado al que la Secretaría ha notificado la demanda, y que genera efectos vinculantes en cuanto a “la interpretación contenida en el fallo”.

La española es una de las, en el momento de redacción de esta nota, veintiocho declaraciones presentadas ante la Corte (incluida una declaración conjunta).<sup>1</sup> Es la número decimosexta, dato que no es baladí porque en muchos

---

\* Profesor de Derecho internacional público y de la Unión Europea en la Universidad de La Haya para las Ciencias Aplicadas. Letrado de la Corte Internacional de Justicia (2015-2019).

<sup>1</sup> En orden de presentación, se trata de Letonia, Lituania, Nueva Zelanda, Reino Unido, Alemania, Estados Unidos, Suecia, Rumania, Francia, Polonia, Italia, Dinamarca, Irlanda, Finlandia, Estonia,

sentidos comparte texto y argumentos con otras declaraciones presentadas anteriormente. La similitud entre textos va de lo materia a lo procesal, incluida una cláusula que muestra la disponibilidad del declarante a presentar conjuntamente con otros estados futuras intervenciones en fases posteriores del procedimiento, si así lo estimara oportuno la Corte.<sup>1</sup>

Esta nota se centrará en el texto de la declaración española, si bien se asume que su contenido forma parte de un conjunto más amplio de argumentos planteados ante la Corte por los Estados intervinientes.<sup>2</sup> Por ello, las reflexiones vertidas en la sección tercera irán más allá del análisis reflejado en el texto español. Antes de ello, sin embargo, es necesario explicar algunos de sus rasgos generales, para luego abordar los argumentos que plantea.

## 2. UNA DECLARACIÓN CENTRADA EN LA COMPETENCIA

La declaración española se centra en la cuestión de la competencia de la Corte en el asunto *Alegaciones de genocidio*. A decir verdad, la práctica en la materia (es decir, declaraciones de intervención centradas en cuestiones de competencia o admisibilidad) es inexistente.<sup>3</sup> No es de extrañar, pues, que España apoye este planteamiento en una opinión disidente del juez Schwebel anexa a la ordenanza relativa a la declaración de intervención de El Salvador en *Actividades Militares y Paramilitares en y contra Nicaragua (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*. Según este juez, “intervention in the jurisdictional phase of a proceeding is within the scope of rights with which States are endowed by the terms of Article 63”.<sup>4</sup> Ciertamente, el argumento debe ser compartido, pues a estos efectos quien puede lo más (intervención en relación con el fondo) debe poder lo menos (intervención en fase de objeciones preliminares). Lo relevante no debiera ser la fase jurisdiccional a la que una intervención se refiere, sino la necesidad de interpretar el tratado en cuestión ante la Corte, cuestión planteada de manera habitual cuando se cuestiona la competencia *ratione materiae* en virtud de una cláusula compromisoria.<sup>5</sup> El presente asunto es un buen ejemplo de ello.

---

España, Australia, Portugal, Austria, Luxemburgo, Grecia, Croacia, República Checa, Bulgaria, Malta, Noruega, Bélgica, Canadá y Países Bajos (los dos últimos conjuntamente).

<sup>1</sup> Véase, por todas, Declaración de España (‘DE’), para. 15. Al menos trece declaraciones contienen una cláusula similar.

<sup>2</sup> El autor desconoce las circunstancias precisas en que las declaraciones han sido redactadas por los servicios jurídicos de turno (en el caso español, la Asesoría Jurídica Internacional).

<sup>3</sup> Véase KOLB, ROBERT., *The International Court of Justice*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2013, p. 736.

<sup>4</sup> Opinión del Judge Schwebel relativa a la providencia dictada en *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Declaration of Intervention of El Salvador)*, Order of 4 October 1984, I.C.J. Reports 1984, págs. 235-236. En dicha Providencia, la Corte rechazó la admisibilidad de una declaración de intervención en fase de excepciones preliminares, al concernir esta el fondo de la demanda nicaragüense.

<sup>5</sup> KOLB, R., *op. cit.*, p. 736.

Menos interrogantes plantea el derecho de intervención cuando el tratado invocado ante la Corte contiene obligaciones *erga omnes partes*, tal y como es el caso de la prohibición y la sanción del crimen de genocidio. Como es lógico, la declaración española recalca esta particularidad de la Convención a fin de justificar el derecho de intervención de España.<sup>6</sup>

En relación con la competencia, la declaración española se centra en la interpretación de la cláusula compromisoria del art. IX de la Convención sobre genocidio, según la cual

“[I]as controversias entre las Partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención, incluso las relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III, serán sometidas a la Corte Internacional de Justicia a petición de una de las Partes en la controversia”.

La opción de centrarse en el art. IX es perfectamente válida, si bien no era la única posible, como demuestran otras declaraciones que interpretan el contenido de otras disposiciones de la Convención sobre genocidio a efectos jurisdiccionales.<sup>7</sup> En última estancia, dichas declaraciones se basan en el requisito de que la competencia sea “relativa a” la Convención, lo que en la jurisprudencia de la Corte se traduce en la necesidad de que los actos que fundamentan la demanda “fall within the provisions” de dicha Convención.<sup>8</sup> En este sentido, varios Estados declarantes han analizado, en particular, los arts. I, II, III y VIII de la Convención. A algunos de ellos nos referiremos más adelante.

### 3. LA INTERPRETACIÓN ESPAÑOLA DEL ALCANCE DEL ART. IX DE LA CONVENCION

La declaración española es concisa. Comienza recordando que la noción de “controversia” forma parte de la jurisprudencia consolidada de la Corte.<sup>9</sup> Continúa interpretando el requisito según el cual, para activar la competencia de la Corte, la controversia debe ser “relativa a la interpretación, aplicación o ejecución de la presente Convención”. En este sentido, España argumenta que “[a]rticle IX is a broad jurisdictional clause, allowing the Court to adjudicate upon disputes concerning the alleged fulfilment by a Contracting Party of its obligations under the Convention”.<sup>10</sup> Para ello cita una opinión del juez

<sup>6</sup> DE, para. 10.

<sup>7</sup> Véanse, entre otras muchas, las declaraciones de Australia, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Letonia, Lituania, Nueva Zelanda, Polonia, Rumania y el Reino Unido.

<sup>8</sup> *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021*, p. 31-32, para. 75.

<sup>9</sup> DE, para. 18.

<sup>10</sup> *Ibid.*, para. 19.

Oda, quien calificó la palabra “fulfilment” como “unique as compared with the compromissory clauses found in other multilateral treaties which provide for submission of the International Court of such disputes between Contracting Parties ...”.<sup>11</sup>

Seguidamente, la declaración argumenta que los términos “interpretación, aplicación o ejecución” abarcan “many different escenarios”.<sup>12</sup> Por un lado —explica— puede haber una controversia cuando “one State alleges that another State has committed genocide”.<sup>13</sup> Por otro, pueden también existir controversias en las que el demandante reclame la responsabilidad del demandado por no haber prevenido un genocidio en violación del art. I, o por no haber sancionado dicho genocidio en violación de los arts. I, IV y V (así como lo demuestra el asunto entre Gambia y Myanmar pendiente ante la Corte).<sup>14</sup> Este último supuesto justifica que puedan existir controversias relativas a la “inacción” de un estado.<sup>15</sup> Por todo ello, concluye España que el sentido ordinario del art. IX aclara que “there is no need to establish genocidal acts as a basis to affirm the Court’s jurisdiction. Rather, the Court has jurisdiction over the question whether genocidal acts have been or are being committed or not”.<sup>16</sup> De ello se infiere que la Corte “also has jurisdiction *ratione materiae* to declare the absence of genocide and the violation of a good faith performance of the Convention, resulting in an abuse of the law”, pues “the jurisdiction of the Court extends to disputes concerning the unilateral use of military force for the state purpose of preventing and punishing genocide”.<sup>17</sup>

En cuanto al contexto de la expresión “relativas a” presente en el art. IX, España se refiere a la amplitud de términos en que está redactada la cláusula compromisoria. En efecto, dicha cláusula menciona, sin ánimo de exhaustividad, un tipo de controversia respecto de la cual atribuye competencia a la Corte (a saber, las controversias “relativas a la responsabilidad de un Estado en materia de genocidio o en materia de cualquiera de los otros actos enumerados en el artículo III”). Ello es inhabitual en este tipo de cláusulas compromisorias. Además, España se refiere a la competencia de la Corte “a petición de una de las Partes en la controversia”, lo que a su juicio sugiere que “a State accused of committing genocide has the same right to submit the dispute to the Court as the State making the accusation the stated purpose of preventing and punishing alleged genocide”.<sup>18</sup>

<sup>11</sup> *Ibidem*. La referencia es *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Preliminary Objections, Declaration of Judge Oda, I.C.J. Reports 1996 (II)*, p. 627, para. 5.

<sup>12</sup> DE, para. 22.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> *Ibid.*, para. 24.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> *Ibid.*, para. 25.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibid.*, para. 26.

Finalmente, España argumenta que el objeto y el fin de la Convención refuerzan una interpretación amplia del art. IX. Lo hace citando un célebre pasaje de la opinión consultiva de 1951 relativa a las *Reservas a la Convención sobre el genocidio*, donde esta enfatizó el objeto humanizador y civilizador de la misma.<sup>19</sup> De ello deduce España que “[i]t would undermine the Convention’s credibility as a universal instrument to outlaw the most abhorrent crime of genocide if its authority could be abused by any State Party without a possibility of [*sic*] the victim of such abuse to turn to the Court”.<sup>20</sup>

#### 4. BREVES OBSERVACIONES

El asunto planteado por Ucrania ante la Corte Internacional de Justicia sigue deparando desarrollos interesantes. Primero fue la presentación de una creativa demanda por un Estado objeto de agresión armada que amenazaba (y sigue amenazando) a su propia existencia. Luego, una ordenanza de la Corte decretando medidas provisionales redactada en un tono audaz.<sup>21</sup> Ahora nos encontramos ante un proceso de “intervención en masa” en apoyo del demandante,<sup>22</sup> en relación incluso con la cuestión de la competencia de la Corte.

El hecho de que un grupo tan numeroso de Estados reclame su derecho de intervención (y parece difícil que la Corte lo rechace) podría interpretarse como fuente de desequilibrio en el principio de la igualdad de armas que debe caracterizar todo procedimiento ante la Corte. Los números cuentan, desde luego, y el refuerzo a las pretensiones de Ucrania ante la Corte generado por este proceso es indudable. En todo caso, la “intervención en masa” es un derecho inherente a toda violación grave de un tratado multilateral que otorga competencia a la Corte. Es también una práctica habitual ante otros tribunales internacionales que, si bien con números más bajos, conocen de asuntos en los que varios estados o instituciones participan en el procedimiento (con estatus de “parte”, lo que aquí no sería el caso) en apoyo de las pretensiones de una de las partes.<sup>23</sup> Además, a pesar de las sanciones, no es la Federación Rusa un Estado parco en recursos jurídicos que le permitan afrontar este proceso con las debidas garantías.

<sup>19</sup> DE, para. 29. *Reservations to the Genocide Convention, Advisory Opinion of 28 May 1951, I.C.J. Reports 1951*, pág. 23.

<sup>20</sup> DE, para. 29.

<sup>21</sup> *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 16 March 2022*, pendiente de publicación.

<sup>22</sup> MCGARRY, Brian, “Mass Intervention?: The Joint Statement of 41 States on Ukraine v. Russia”, *EJILTalk!*, 30 mayo 2022, disponible en <https://www.ejiltalk.org/mass-intervention-the-joint-statement-of-41-states-on-ukraine-v-russia/>

<sup>23</sup> Por poner un ejemplo entre muchos, la entidad televisiva Russia Today France ha perdido recientemente un recurso en el que, al otro lado, tenía al Consejo apoyado por seis Estados, la Comisión y el Alto Representante (*RT France c. Consejo*, sentencia de 27 de julio de 2022, T-125/22, ECLI:EU:T:2022:483). No hay duda alguna sobre la equidad del procedimiento seguido ante el TJUE.

En el presente caso, todos los intervinientes apoyan de una manera u otra la competencia *ratione materiae* de la Corte. En un artículo publicado anteriormente en esta Revista, el autor se mostró de acuerdo en parte con este argumento, explicando que la cláusula compromisoria del art. IX de la Convención sobre genocidio debe interpretarse en el sentido de incorporar demandas en las que un Estado alega su “inocencia”.<sup>24</sup> En esencia, la breve declaración española defiende esta línea de razonamiento. Lo hace con elocuencia y un análisis detallado basado en los conocidos métodos consuetudinarios de interpretación; en particular al detenerse en los detalles del texto de esta disposición, así como el objeto y fin de la Convención sobre genocidio.

Por otro lado, en el mismo artículo expuse mis dudas sobre la competencia de la Corte en relación con la parte de la demanda ucraniana relativa a la ilegalidad del uso de la fuerza.<sup>25</sup> Para ello, cité cierta jurisprudencia de la Corte, y expliqué asimismo que los argumentos basados en una violación del principio de buena fe y el abuso de derecho, así como la frustración del objeto y fin de un tratado, no han sido acogidos por esta como fuente de obligaciones específicas cubiertas por cláusulas compromisorias. En particular (explico ahora), el uso del término “ejecución” no aporta un fundamento de competencia en sí si no va acompañado de un anclaje de los hechos en disposiciones materiales de la Convención sobre genocidio.<sup>26</sup>

Esta última cuestión no es abordada en la declaración española, pero sí en otras que han arrojado luz a este respecto. Como argumentan, por ejemplo, el Reino Unido, Letonia y Bélgica, existe una simbiosis entre la obligación de prevenir el delito de genocidio (art. I de la Convención), el recurso a los órganos de Naciones Unidas en el art. VIII de la Convención (de mención aparentemente superflua), y la protección del objeto y fin humanitario y civilizador de esta. En las palabras del Reino Unido,

“a Contracting Party purportedly acting in fulfilment of the obligations in Article I is required to assess whether genocide is occurring, or there is a serious risk of genocide occurring. Like all treaty provisions, Article I must be both interpreted and performed in good faith ... Thus, a dispute as to whether a Contracting Party has acted in good faith in purporting to perform its undertaking under Article I, including in relation to ascertaining the

<sup>24</sup> GARRIDO MUÑOZ, Asier, “Al filo de su competencia *ratione materiae*: la providencia de la Corte Internacional de Justicia en el asunto *Alegaciones de genocidio en virtud de la Convención para la prevención y la sanción del crimen de genocidio (Ucrania c. Federación Rusa)*”, *REDI*, Vol. 74, n° 2, 2022, pp. 77-104.

<sup>25</sup> La parte de la demanda relativa a la legalidad del reconocimiento por parte de Rusia de las autoproclamadas repúblicas de Donetsk y Luhansk ha quedado desfasada por los acontecimientos, y por tanto no será abordada aquí.

<sup>26</sup> Ha de recordarse que, en su sentencia en el asunto *Bosnia-Herzegovina c. Serbia*, la Corte no pareció haber dado mayor importancia al uso de la expresión “ejecución” (Opinión individual del juez TOMKA relativa al asunto *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment, I.C.J. Reports 2007*, pág. 338, para. 51, en referencia a la pág. 114, para. 168 de la sentencia sobre el fondo).

existence or serious risk of genocide, and responding in accordance with its undertaking to prevent and punish genocide, is a dispute concerning “the interpretation, application or fulfilment” of Article I”.<sup>27</sup>

Para Letonia,

“the Convention provides guidance concerning the lawful means by which the Contracting Parties may prevent and punish genocide. The proper construction of Article I in this respect requires consideration of other parts of the Convention, including “Articles VIII and IX, as well as its Preamble”, and Article VI”.<sup>28</sup>

Argumenta el estado báltico que

“[a] Contracting Party with reason to believe that genocide or other acts enumerated in Article III have occurred or that there is a risk that such acts may occur, may call upon the competent United Nations organs to undertake necessary enforcement actions. Article VIII of the Convention sets out a basic framework of cooperation within which the obligations to prevent and to punish may be performed and provides a reference point for the actions that States Parties should resort to in the discharge of those obligations. If Article I were to be interpreted in a way that permits a Contracting Party to make an abusive unilateral characterisation of a situation as genocide and act upon it, Article VIII would be redundant (*effet utile*)”.<sup>29</sup>

En fin, para Bélgica,

“[i]l découle de l’obligation de procéder à une évaluation de bonne foi de l’existence d’un génocide ou d’un risque sérieux de génocide que, lorsqu’un État n’a pas procédé à une telle évaluation, il ne peut invoquer l’obligation de “prévenir” le génocide prévue à l’article I de la Convention pour justifier son comportement ”.<sup>30</sup>

Se podría argumentar que estos planteamientos contrastan en parte con lo argumentado por la Corte en la sentencia *Guinea Ecuatorial c. Francia*, que evoqué en mi anterior trabajo. La Corte concluyó que, aunque las normas sobre inmunidad del Estado derivan del principio de igualdad soberana de los Estados, “[a]rticle 4 (1) does not impose, through its reference to sovereign equality, an obligation on States parties to act in a manner consistent with the many rules of international law which protect sovereignty in general, as well as all the qualifications to those rules”.<sup>31</sup>

<sup>27</sup> DRU, paras. 37-38.

<sup>28</sup> DL, para. 48.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> DB, para. 24.

<sup>31</sup> *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2018*, pág. 321, para. 94. Según el art. 4 de la Convención de Palermo, “[l]os Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados”.

Este paralelismo no parece convincente por dos motivos. En primer lugar, en aquel asunto la relación entre, por un lado, la referencia a los principios de soberanía y no intervención mencionados en la cláusula de salvaguardia del art. 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (“Convención de Palermo”); y por otro, las presuntas violaciones de dichos principios invocadas por el demandante (relativas a las inmunidades del vicepresidente de Guinea Ecuatorial) era más forzada que en el presente caso.<sup>32</sup>

En segundo lugar, contrariamente a lo que sucedió en aquel asunto, el eje de la controversia planteada ante la Corte en el presente caso reside no tanto en la presunta violación de los principios de soberanía y no intervención por parte del demandado, sino más bien en el uso espurio de la Convención sobre genocidio para justificar dicha violación. En otras palabras, es la invocación abusiva de la Convención sobre genocidio por parte del demandado a efectos de justificar su conducta contraria a los principios de soberanía y no intervención (tan característica de este asunto), y no tanto el cuestionamiento por el demandante, sobre la base de dicha Convención, de una conducta presuntamente contraria al principio de soberanía (característica de aquel), que parece justificar aquí una solución diferente a la reflejada en *Guinea Ecuatorial c. Francia*. Si la Corte acogiera esta lógica en la fase de objeciones preliminares, todo el crédito debería ir para el presidente Putin por su discurso de 24 de febrero de 2022.

Es importante señalar, como señalan varios intervinientes, que si siguiera esta vía, la Corte no tendría necesidad alguna, en una hipotética sentencia sobre el fondo, de resolver la controvertida cuestión de la legalidad en virtud de la Convención de las llamadas “intervenciones humanitarias” para prevenir un genocidio.<sup>33</sup> Y es que, a falta de aparente genocidio, no hay necesidad alguna de considerar si la “intervención” rusa podría justificarse en estos términos, pues en ningún caso se da la premisa básica que pudiera justificarla.

Sí que tendría la Corte más dificultades para pronunciarse sobre la pretensión ucraniana relativa al uso de la fuerza evitando al mismo tiempo resolver, de manera incidental, la controversia paralela relativa a la aplicabilidad de la otra base jurídica invocada por Rusia para justificar su uso de la fuerza: la legítima defensa. Y es que cualquier caracterización de dicho uso de la fuerza que vaya más allá de una mera constatación de su “unilateralidad” (como podría ser la conclusión de que Rusia ha ejecutado la Convención sobre genocidio en violación de la Carta de las Naciones Unidas) podría ir más allá del ámbito de aplicación de la Convención sobre genocidio. En este aspecto, las

---

<sup>32</sup> A este respecto, es de esperar que los trabajos preparatorios de la Convención sobre genocidio sean de gran relevancia para la interpretación de esta que formule la Corte.

<sup>33</sup> Véanse, entre otras, las declaraciones de Dinamarca (para. 38) y el Reino Unido (para. 62).

citadas declaraciones de Reino Unido y Letonia parecen ir demasiado lejos en lo que asumen que la Corte puede razonar.

Menos dudas parece haber de que existe una estrecha conexión entre, por un lado, la cuestión de la competencia *ratione materiae* de la Corte sobre la demanda ucraniana (tal y como la discuten muchos declarantes),<sup>34</sup> y por otro, el fondo de las pretensiones ucranianas. No sería de extrañar, pues, que basándose en el art. 79<sup>ter</sup>.4 de su Reglamento, la Corte declarara que la cuestión de su competencia debe resolverse en fase de fondo. Lo cual, no hay que dudarlo, supondría otra victoria procesal para Ucrania. Y ya van varias.

---

<sup>34</sup> Véanse, entre otras, las declaraciones de Australia, Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Nueva Zelanda, Polonia, Portugal, Rumania y Reino Unido.



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

**EFICACIA EN ESPAÑA DE UN PODER DE  
REPRESENTACIÓN OTORGADO AL AMPARO DE UN  
ORDENAMIENTO EXTRANJERO EN LA ACTUAL  
LEGISLACIÓN Y EN LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN  
GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA**

***FOREIGN POWER OF REPRESENTATION EFFECTIVENESS  
IN SPAIN UNDER THE CURRENT LEGAL FRAMEWORK AND  
DOCTRINE OF THE SPANISH DIRECTORATE-GENERAL FOR  
LEGAL SECURITY AND CERTIFICATION***

Marta Patricia PASCUA PONCE\*

**Palabras clave:** poder extranjero, equivalencia de funciones, notario.

**Keywords:** foreign power of representation, equivalent functions, notary.

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.—1. NORMATIVA EUROPEA.—2. NORMATIVA ESPAÑOLA.—3. LA EQUIVALENCIA DE FORMAS EN LA DOCTRINA NOTARIAL Y REGISTRAL.— 4. NORMATIVA ACTUAL.—5. LA FUNCIÓN NOTARIAL ESPAÑOLA EN EL OTORGAMIENTO DE PODERES.—6. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN) —ACTUALMENTE DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (DGSJFP)—.

## **INTRODUCCIÓN**

Según el Art. 1259.1 del Código Civil español (CC)<sup>2</sup>: “Ninguno puede contratar en nombre de otro sin estar por este autorizado o sin tener por la ley la representación legal”.

**Federico DE CASTRO** define la representación como la concesión de un poder de legitimación a determinada persona (representante), bien por ministerio de la ley o bien por un negocio jurídico, para que actúe en interés y por cuenta de otra (representado), de manera que los efectos jurídicos se produzcan bien de modo directo o bien indirecto en la esfera jurídica del representado y no en la del representante.

---

\* Notaria.

<sup>2</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid, núm. 206, de 25 de julio de 1889

En este trabajo me voy a centrar en la representación **voluntaria** que es la que se confiere por un acto de voluntad del representado llamado poder o apoderamiento, el cual puede tener su origen en un contrato de mandato, de comisión, de sociedad, de agencia u otros. No obstante, el negocio especial en el que se plasma la representación voluntaria se conoce como apoderamiento o poder.

**El poder es la autorización para la representación** y permite a una persona celebrar negocios jurídicos sin necesidad de estar físicamente presente. Tiene una relevancia primordial en el tráfico jurídico internacional de una sociedad globalizada integrada por casi doscientos países, especialmente en los últimos tiempos en los que, por las circunstancias sanitarias, muchas personas han visto severamente limitada su libertad de desplazamiento. En esta sociedad globalizada coexisten dos sistemas muy diferentes de notariado: el notariado latino y el notariado anglosajón con funciones, competencias y atribuciones legales distintas. Una misma denominación designa dos realidades completamente diferentes.

La utilización de apoderamientos otorgados fuera de España es constante en la práctica notarial habida cuenta de la internacionalización de las relaciones económicas. Puede considerarse por tanto habitual y en ningún caso excepcional. (Cfr. RDGRN de 23 de febrero de 2015).

## 1. **NORMATIVA EUROPEA**

En la normativa europea, tanto el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 como el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, *DOUE* núm. 177, de 4 de julio de 2008 (Roma I), han excluido de su ámbito de aplicación la representación voluntaria y la orgánica, al menos en su aspecto externo.

## 2. **NORMATIVA ESPAÑOLA**

a) La Constitución española<sup>1</sup> en su Artículo 149.1. regla 8ª dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: *En todo caso, ordenación de los registros e instrumentos públicos, ... normas para resolver los conflictos de leyes.*

La fe pública extrajudicial es una parcela de la soberanía del Estado que está delegada en los funcionarios públicos y profesionales especializados que son los notarios.

---

<sup>1</sup> Constitución española de 1978, BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978

Los servicios notariales fueron excluidos de liberalización por la Directiva 2006/123/CE y los títulos profesionales de notario fueron excluidos de equiparación por la 2005/36/CE (modificada por la 2013/55/UE). En consonancia con ello, la Ley de 23 de noviembre de 2009 no liberaliza las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública, en particular las de los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles

Según ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la reserva de esta función pública que es la fe pública extrajudicial a favor de los notarios cumple el criterio de proporcionalidad, de manera que se entiende justificada por razones imperiosas de interés general la posible restricción de la libertad de establecimiento<sup>2</sup> y de la libre prestación de servicios<sup>3</sup>.

En relación con la libertad de establecimiento, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia de 24 de mayo de 2011, Comisión/Austria, que la circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares constituye una razón imperiosa de carácter general que permite justificar posibles restricciones del artículo 49 TFUE.

En relación con la libre prestación de servicios, el supuesto de hecho de la sentencia del TJUE 9 marzo de 2017, asunto C342/15 consistía en el acceso al Registro de la Propiedad austríaco de un documento con firmas legitimadas por un abogado checo. El TJUE reconoce y destaca que en países con sistema de notariado latino la función del notario no se limita a la legitimación de firmas, es decir, a atestiguar que determinada persona ha firmado un documento, sino que controla la legalidad del documento y la capacidad de la persona para otorgarlo. El TJUE reconoce que en los países de sistema de notariado latino esa restricción a la libre prestación de servicios, cumple el criterio de proporcionalidad y se estima justificada por razones imperiosas de interés general.

### **b) Código Civil**

Artículo 10. 11. A la representación legal se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante, y a la voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas.

Artículo 11: 1. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente

<sup>2</sup> STJUE 24 de mayo de 2011 en asunto C53/08

<sup>3</sup> STJUE 9 marzo de 2017, asunto C342/15

serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que éstos radiquen.

Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado al que pertenezcan.

2. Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero.

En relación con este apartado, el artículo **1280-1º CC** establece que deben constar en documento público los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles. También deben constar en documento público los poderes para realizar tales actos puesto que el apartado 5º del citado artículo exige documento público para el poder que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

### **c) Normativa notarial y registral**

La normativa especial que regulaba esta materia en el ámbito notarial y registral estaba constituida fundamentalmente por los arts. 4 de la Ley Hipotecaria (LH)<sup>4</sup>, 36 y 37 del Reglamento Hipotecario (RH)<sup>5</sup>

- El artículo 4 de la Ley Hipotecaria para la inscripción de títulos otorgados en país extranjero exige “que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes”.
- El Artículo 36 del Reglamento Hipotecario para la inscripción de documentos otorgados en territorio extranjero requiere:
  - que reúnan los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado,
  - que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

La observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un Notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. Por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles.

<sup>4</sup> Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, *BOE*, núm. 58, de 27 de febrero de 1946.

<sup>5</sup> Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario, *BOE*, núm. 106, de 16 de abril de 1947.

El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente.

Artículo 37 del Reglamento Hipotecario en su párrafo primero establece: Los documentos no redactados en idioma español podrán ser traducidos, para los efectos del Registro, por la Oficina de interpretación de Lenguas o por funcionarios competentes autorizados en virtud de leyes o convenios internacionales, y, en su caso, por un Notario, quien responderá de la fidelidad de la traducción. Y en su párrafo tercero: El Registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir del documento oficial de traducción cuando conociere el idioma, el dialecto o la letra antigua de que se trate.

Los requisitos generales de forma que deben reunir los documentos extranjeros para ser admitidos por autoridades españolas son:

— Legalización.

La legalización es un acto administrativo por el que se otorga validez a un documento público extranjero, comprobando la autenticidad de la firma puesta en un documento y la calidad en que la autoridad firmante del documento ha actuado.

A no ser que exista algún instrumento jurídico que exima de esa obligación, todo documento público extranjero debe ser legalizado para tener validez en España

Esta legalización, en los países firmantes del Convenio de La Haya de 5 de Octubre de 1961<sup>6</sup> se realiza de forma abreviada con Apostilla.

En países no firmantes de dicho convenio la legalización se hace por la vía diplomática; en este último caso hay una cadena de diligencias de legalización que empieza por

- La autoridad competente previa según la legislación local del país, es decir, legalización por el funcionario superior de la autoridad emisora del documento.
- Ministerio de Asuntos Exteriores del país de la autoridad que expide el documento.
- el Consulado o Sección Consular de la Embajada de España en dicho país provista de una etiqueta de seguridad.

Como alternativa a esta cadena de legalizaciones se suele admitir en la práctica la legalización directa por el Consulado español en el país en el que se emite dicho documento.

<sup>6</sup> *Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros*, La Haya, 5 de octubre de 1961

No obstante, los documentos expedidos por los servicios consulares de un país extranjero en España, pueden también ser legalizados directamente por el Ministerio de Asuntos Exteriores español.

— Traducción.

Para su comprensión, los documentos otorgados en país extranjero necesitan de traducción al idioma español (o al oficial de la Comunidad autónoma donde vaya a surtir efectos), siempre que el Notario no conozca el idioma en el que estén extendidos o no quiera asumir la responsabilidad de la traducción.

La traducción debe hacerse por intérprete jurado ya que las traducciones realizadas por éstos tienen carácter oficial, pudiendo ser aportadas ante los órganos judiciales y administrativos.

El concepto de traducción oficial viene recogido en la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, disposición adicional 16<sup>a</sup>, pendiente de desarrollo reglamentario. El título de Traductor/a-Intérprete Jurado/a lo concede el Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación.

En caso de traductor extranjero la traducción tiene que venir con su apostilla o legalización, pues el intérprete, aunque no es funcionario, sí tiene un título oficial y su traducción y firma es susceptible por tanto de legalización por Apostilla.

Todas las hojas de la traducción debe aparecer firmadas o unidas con un sistema que garantice su procedencia; el documento traducido y su traducción deben estar conectados físicamente o por fotocopia, de manera que se esté seguro de que esa traducción es de ese documento y no de otro y, además de la traducción debe presentarse el documento original, no basta que se presente la traducción incorporando fotocopia del documento como ocurre con frecuencia, especialmente en poderes, en los que la presentación del documento original constituye una prueba importante de que no ha sido revocado.

Los artículos de la LH y RH expuestos establecen los requisitos generales para la inscripción en el Registro de la Propiedad y Mercantil de los documentos otorgados en el extranjero y se aplicaban a los poderes hasta la entrada en vigor del artículo 98 de la ley 24/2001, ya que hasta esa fecha la representación estaba sujeta a calificación del Registrador.

Actualmente debe entenderse que los requisitos expuestos son necesarios no para la inscripción, ya que los poderes, por lo general no se inscriben, sino para la admisión del poder extranjero por el notario ante el que se otorgue el negocio representativo.

### 3. LA EQUIVALENCIA DE FORMAS EN LA DOCTRINA NOTARIAL Y REGISTRAL

Entre los dos polos opuestos consistentes en rechazar los poderes que no reúnan los mismos requisitos que cumplen los poderes notariales en España o su admisión incondicionada, por aplicación del principio *lex locus regit actum* que recoge el artículo 11.1 del CC, tradicionalmente ha habido en la doctrina notarial y registral<sup>7</sup> un cierto consenso a la hora de entender el requisito de la equivalencia de formas exigiendo los siguientes requisitos para la admisión en España de documentos extranjeros:

3.1. Que el documento esté redactado o legitimado por notario (o por la autoridad judicial en los actos de jurisdicción voluntaria que no ejerzan los anteriores). Deben rechazarse documentos en que intervienen autoridades distintas como alcaldes o autoridades similares o los legitimados por abogados.

3.2. Que el notario o la autoridad competente identifique al compareciente, le considere capaz y que éste consienta o asuma el documento. Deben rechazarse los documentos con una simple legitimación de firmas en las que el notario se limite a aseverar escuetamente que una firma es de determinada persona.

3.3. Que el papel en que esté redactado el documento presente garantías de autenticidad y esté debidamente legalizado o apostillado. Deben rechazarse los documentos cuyas hojas no reúnan unas mínimas garantías de autenticidad y de este defecto adolecen muchos documentos extranjeros que no se redactan en papel oficialmente numerado y en los que la intervención notarial garantiza la autenticidad de la hoja en la que se estampa pero no la de las demás.

3.4. Que el poder otorgado en el extranjero esté redactado en idioma español u oficial en España, que el idioma sea común a todos los elementos personales intervinientes (poderdante, notario ante el que se otorga el poder y notario ante el que se otorga el negocio representativo) o se presente con traducción legalmente hecha y acreditada. En relación al idioma pueden ocurrir varios supuestos:

- a) Que el poder otorgado en el extranjero esté redactado en español o lengua oficial en España y este idioma sea común a todos los elementos personales que hemos citado: otorgantes del poder, notario ante el

<sup>7</sup> Juan Bolás Alfonso, Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez y Manuel Sagardía Navarro en su ponencia en el XX Congreso Internacional del Notariado Latino de Cartagena de Indias de 1992 bajo el título "Valor y efecto de un documento extranjero recibido por el Notario" (Revista Jurídica del Notariado n° 1 extraordinario de 1992) según recoge el notario D Rafael Rivas Andrés en Revista Lunes Cuatro Treinta número 382. Guillermo Pérez-Holanda Fernández "Valor y efectos del documento notarial extranjero en España" (Revista Jurídica del Notariado octubre-diciembre 1994)

que se otorga y notario ante el que se ejercitan las facultades representativas)<sup>8</sup>: en este caso, el poder es plenamente admisible

- b) Que el poder otorgado en el extranjero esté redactado en español o lengua oficial en España, pero este no sea el idioma del notario autorizante del poder ni de los comparecientes. En este caso, el notario ante el que se otorgue el poder debe hacer constar que ha traducido el poder o que se ha hecho una traducción que permita entender el documento a los comparecientes y a él.
- c) Que el poder esté redactado en idioma extranjero común a los comparecientes y al notario ante el que se otorga el poder y se presenta a un notario español:

Si éste conoce el idioma extranjero y quiere asumir la responsabilidad de la traducción: el notario español puede dar fe de conocer el idioma en que está redactado el poder. Este es el supuesto previsto en el artículo 37 del Reglamento Hipotecario y 253 del Reglamento notarial.

Pero si el notario español no conoce el idioma o no quiere asumir responsabilidad por la traducción, el poder debe ser traducido:

- en España por traductor-intérprete jurado, en cuyo caso el notario puede controlar la autenticidad de la traducción.
- Por traductor extranjero, en cuyo caso la traducción también debe someterse a un control de autenticidad en los mismos términos que el documento traducido:

### **La equivalencia de formas en la doctrina de la DGRN**

La DGRN admitió esta doctrina de la equivalencia de las formas en su Resolución de la DGRN de 11 de junio de 1999<sup>9</sup> considerando que el documento extranjero es inscribible en el Registro de la Propiedad sólo cuando reúna los requisitos o presupuestos mínimos imprescindibles que caracterizan al documento público español, los cuales que, teniendo en cuenta el artículo 1.216 del Código Civil son los siguientes:

- Que el acto o negocio se otorgue ante autoridad titular de la función pública de dar fe
- Y que cumpla con las formalidades que le serían exigidas de haberse otorgado en España, siendo necesario que el funcionario autorizante haya realizado, en los términos que resulten exigibles conforme a su legislación, los juicios de identidad y capacidad del otorgante.

<sup>8</sup> vgr. poder otorgado ante notario de país latinoamericano

<sup>9</sup> Resolución de 11 de junio de 1999, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por el Notario de Torroella de Montgrí, don Leopoldo de Urquía y Gómez contra la negativa de la Registradora de la Propiedad de Bisbal d'Empordá, doña Raquel Laguillo Menéndez-Tolosa, a inscribir una escritura de compraventa, en virtud de apelación del recurrente, BOE, núm. 166, de 13 de julio de 1999.

La falta de constancia documental del juicio de capacidad no implica que éste no haya existido, pues puede considerarse implícito en la autorización del documento, (pero esto sólo en los sistemas en que sea así).

La DGRN mantuvo esta postura favorable a la eficacia de los poderes otorgados en el extranjero en su siguiente Resolución sobre la materia: La Resolución de 21 de abril de 2003<sup>10</sup> referente a unos poderes redactados en documento privado legitimados por notarios alemanes que decían desconocer el idioma del texto en que estaba redactado el documento. En esta Resolución, la DGRN hace una exposición del derecho alemán distinguiendo la existencia en tal derecho de dos tipos de documentos públicos: el equivalente a nuestra escritura pública y el denominado “poder diligencia”. Entre los requisitos comunes a ambos está la exigencia de que el notario se asegure de la capacidad de los que firman sin que se exija la constancia expresa de ese juicio. En el documento equivalente a nuestra escritura el notario debe conocer el idioma en que está redactado el documento sin embargo este requisito no se exige en el denominado “poder diligencia”.

Los argumentos esgrimidos por la DGRN en esta Resolución fueron contestados, entre otros, por notarios como Manuel Andrino Hernández quien, tras estudiar el derecho alemán, concluyó que la legitimación de firmas del “poder diligencia” no implica necesariamente que el notario haya examinado el contenido del documento ni que haya emitido un juicio de capacidad, entre otras cosas porque la legitimación de firma puede hacerse incluso en un papel en blanco.

En Resoluciones posteriores la DGRN fue adoptando una postura más restrictiva en supuestos de hecho similares a los de las Resoluciones de 11 de junio de 1999 y 21 de abril de 2003, considerando que los poderes reseñados en las escrituras no eran documentos auténticos, sino meras legitimaciones de firma imponiendo al que pretenda la inscripción probar que el poder extranjero cumple con exigencias equivalentes a las requeridas por el ordenamiento español quien podrá servirse para ello de los medios previstos en el artículo 36 del RH.

#### 4. **NORMATIVA ACTUAL**

La reciente legislación sobre la materia comenzó con el artículo 97 de la Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil, *BOE* núm. 175, de 22 de julio de 2011 (LRC) y continuó con la Ley 15/2015 de 2 de Julio, de Jurisdicción Voluntaria, *BOE* núm. 158, de tres de julio de 2015 (LJV) y con la Ley 29/2015,

<sup>10</sup> Resolución de 21 de abril de 2003, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso gubernativo interpuesto por don Santiago Chicano Wust, contra la negativa del Registrador de la Propiedad número 1 de San Javier, don Constancio Villaplana García, a inscribir una escritura calificada de “elevación a público de documento privado de compraventa y herencia”, en virtud de apelación del Registrador. *BOE*» núm. 119, de 19 de mayo de 2003, páginas 19078 a 19080

de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil, *BOE* núm 182 de 31 de julio de 2015 (LCJIMC). Esta última ley, en su exposición de motivos considera que los documentos públicos, especialmente los notariales, constituyen un pilar de la cooperación jurídica internacional, reconoce su vocación de circulación, no estima preciso un previo procedimiento de reconocimiento del documento público, pero sí habrá de ser valorada su eficacia en el país de origen a fin de establecer que allí posee, al menos, el mismo efecto equivalente. En todo caso, un parámetro común con las resoluciones judiciales es que el contenido que incorporan no puede contravenir el orden público, lo cual resulta también del artículo 12.3 del C Civil.

**La Ley de Jurisdicción Voluntaria** (Ley 15/2015 de 2 de Julio en su **Disposición Adicional Tercera**. Según la cual “1. Un documento público extranjero no dictado por un órgano judicial es título para inscribir el hecho o acto de que da fe siempre que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.
- b) Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen.
- c) Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.
- d) Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español. [...]”.

En sentido parecido se expresa la **Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil** que, en su **artículo 60** establece que “Los documentos públicos extranjeros extrajudiciales podrán ser inscritos en los registros públicos españoles si cumplen los requisitos establecidos en la legislación específica aplicable y siempre que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen”.

Estas dos últimas leyes (LJV y LCJIMC) establecen los requisitos que debe reunir un documento público extranjero extrajudicial *para que se inscriba en un Registro Público* el hecho o acto de que da fe, por tanto, tales requisitos se exigen para la inscripción del poder en registros públicos en los supuestos en que tales poderes son inscribibles<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Vgr. poder general mercantil.

*Sin embargo, en materia de poderes en general, tras la entrada en vigor del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre<sup>12</sup> cabe interpretar que los requisitos que establecen la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil, para la inscripción de documentos extranjeros son necesarios, no para la inscripción del poder o del acto para el que el poder se ha conferido, sino, en general, para que el poder pueda ser admitido o reconocido en España por el notario ante el cual el apoderado ejercite las facultades representativas, (así lo expresa el Notario Rafael Rivas Andrés) y ello porque el poder puede no ser inscribible en ningún registro (vgr. poderes otorgados por personas físicas o poderes especiales otorgados por sociedades mercantiles); aunque el poder sea inscribible (vgr. poder general mercantil) y aunque tenga por objeto un acto inscribible (vgr. compraventa de inmuebles), la inscripción en ciertos Registros públicos, como el de la Propiedad, es, por lo general, voluntaria; incluso aunque existiera voluntad de inscribir puede ocurrir que el negocio con transcendencia real inmobiliaria no pueda ser inscrito en el registro de la propiedad al menos, de momento, como la venta de una finca no inmatriculada. En este caso, la compraventa y el poder para otorgarla deben constar en documento público ex art. 1280-1º y 5º del CC, pero la compraventa puede no ser inscribible en el Registro de la Propiedad porque no se den los requisitos necesarios para la inmatriculación de la finca en el Registro conforme a los artículos 203 y 205 de la Ley Hipotecaria.*

## 5. LA FUNCIÓN NOTARIAL ESPAÑOLA EN EL OTORGAMIENTO DE PODERES

La LJV y LCJIMC exigen la *equivalencia de funciones* de la autoridad extranjera y que el documento *surta los mismos o más próximos efectos* en el país de origen. Para entender mejor estos requisitos conviene hacer referencia a las características de los poderes notariales otorgados en España.

5.1. *Forma: escritura pública.* Frente al principio general de libertad de forma que rige en materia negocial en nuestro derecho civil, el artículo 1280 del Código civil (CC)<sup>13</sup> establece que deberán constar en **documento público**: 5.º El poder para contraer matrimonio, el general para pleitos y los especiales que deban presentarse en juicio; el poder para administrar bienes, y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública, o haya de perjudicar a tercero.

El poder notarial en los casos expresados requiere **escritura pública** ya que contiene una *declaración de voluntad*, es decir no se formaliza en acta, ni en documento privado con firmas legitimadas (*salvo excepciones, vgr. legi-*

<sup>12</sup> Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001

<sup>13</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid*, núm. 206, de 25 de julio de 1889.

*timación de firmas en documentos privados que contengan un poder cuando sólo van a surtir efecto en el extranjero en países que admitan dicha forma)*<sup>14</sup>.

5.2. El **autor** de la escritura es el **notario**, que es un funcionario público y profesional del derecho con formación jurídica especializada y acreditada oficialmente mediante oposición, a diferencia de lo que sucede en muchos países de notariado anglosajón, en los que el notario carece de esa preparación jurídica especializada. Así ocurre, por ejemplo, en E.E.U.U. donde la función de notario la ejercen abogados, peluqueros, estanqueros, etc., incluso se presta la función notarial online mediante cita telemática identificando el notario a los otorgantes a través de webcam previo envío al notario de sus documentos de identidad escaneados. En estas páginas webs se advierte a los firmantes sobre la necesidad de recibir previamente asesoramiento legal ya que la función notarial no sólo no la incluye sino que incluso puede estar prohibida.

En España, el notario interviene en la confección del documento recibiendo la voluntad de los otorgantes indagándola, interpretándola y redactando el poder adecuando tal voluntad al ordenamiento jurídico e informando al poderdante sobre el valor y alcance del documento que va a firmar. (art 147 RN).

5.3. **Identificación:** En la escritura, el notario **da fe de la identidad del poderdante o compareciente** identificándole por conocimiento directo o por testigos de conocimiento, si bien, generalmente lo hace mediante documentos de identidad o pasaportes, cuyas fotocopias debe conservar durante diez años (exigencia impuesta por la normativa de prevención de blanqueo de capitales), debiendo cumplir, además, algunos requisitos impuestos por la legislación fiscal: (expresión del N.I.E. de poderdante y apoderado si lo tienen, ya que el NIE de ambos es preciso para la inscripción del negocio en Registros públicos).

5.4. **Juicio de capacidad y discernimiento.**- En el poder, el notario debe analizar y emitir un juicio favorable acerca de la capacidad y discernimiento del poderdante, debiendo prestarle apoyo en el ejercicio de su capacidad si fuere preciso.

5.5. Si el compareciente representa a otra persona, el notario *debe juzgar la suficiencia de la representación alegada* y exigir que ésta *se acredite* mediante exhibición de copia auténtica copia auténtica del poder en cuya virtud actúa –con ello tiene un fuerte indicio de que no está revocado- o de la escritura de la que resulte la representación orgánica, cuando se trate de órganos de personas jurídicas –vgr. administrador de una sociedad- o el Boletín Oficial del que resulte el nombramiento, si se trata de una autoridad pública). Además el notario debe recoger y hacer constar las manifestaciones del compareciente

<sup>14</sup> Cfr. Art. 207.2 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. BOE» núm. 189, de 07 de julio de 1944.

sobre la subsistencia, sin modificación, de sus facultades representativas y sobre la subsistencia de la capacidad de la persona representada.

También debe cumplir obligaciones fiscales<sup>15</sup> y de prevención de blanqueo de capitales<sup>16</sup>.

5.6. El notario *adecúa el poder a la legalidad y a la voluntad debidamente informada* del poderdante dando fe de que su consentimiento ha sido libremente prestado. El documento goza de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro.

5.7. La escritura matriz se conserva en el protocolo notarial bajo custodia del notario y circula su copia auténtica expedida bajo la fe del notario en *papel timbrado* de uso exclusivo notarial o *electrónica*, que circula telemáticamente entre los notarios españoles a través de red privada notarial (SIGNO) y se presenta telemáticamente en Registros públicos. El apoderado no puede solicitar copia del poder si el poderdante no le ha autorizado expresamente.

## 6. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (DGRN) —ACTUALMENTE DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (DGSJFP)—

Tras la LJV y la LCJIMC, la DGRN ha ido perfilando los requisitos precisos para la admisión de poderes extranjeros en España afirmando que, tratándose de una representación voluntaria sobre la que no se ha pactado otra cosa y que se va a ejercitar en España, la Ley que regula el poder de representación es la Ley española.

Conforme a la ley española, si no se pacta otra cosa –siempre con sometimiento a un test de realidad–, (artículo 11.2 del Código Civil) procede examinar la valoración formal del documento para determinar si el poder otorgado en país extranjero conforme a sus leyes puede tener en España la consideración de **documento público** que es el requisito de forma exigido por el derecho español para otorgar e inscribir en Registro de la Propiedad actos o contratos con trascendencia real inmobiliaria y también para el poder que se otorgue para formalizar tales actos y contratos. (cfr. artículo 1280.5 del Código Civil y artículo 3 de la Ley Hipotecaria).

Reconoce la DGRN la preeminencia del Derecho español en esta materia puesto que corresponde al legislador nacional fijar las condiciones del propio sistema de seguridad jurídica preventiva, tal y como reconoció el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la citada Sentencia de 9 de marzo de 2017 (asunto C-342/15).

<sup>15</sup> Expresión del número de identificación de extranjero y comprobación de la revocación del N.I.F. de personas jurídicas.

<sup>16</sup> Vgr. Identificación del titular real y conservación de documentos de identificación.

El principio de legalidad impone una rigurosa selección de los títulos inscribibles en el Registro de la propiedad, exigiendo que se trate de documentos públicos o auténticos (artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 y 34 de su Reglamento).

Procede por tanto valorar la aceptación en España de una determinada forma y no de la relación jurídica que subyace a la misma.

La presentación al notario de un poder otorgado fuera de España exige un análisis jurídico que conllevará:

- la remisión a la ley española respecto de la suficiencia del poder, ya que a ella se somete el ejercicio de las facultades otorgadas por el representado, de no mediar sumisión expresa a otra ley (artículos 10.1 y 11.1 del Código Civil)
- y de otra, el análisis de la equivalencia de la forma en España, forma que habrá de regirse por la ley del país en que se otorgue el poder (artículo 11.1 del Código Civil) de manera que, analizado el valor del documento en el país de origen, tanto desde la perspectiva material como formal, el notario pueda concluir su equivalencia o aproximación sustancial de efectos, en relación con un apoderamiento para el mismo acto otorgado en España.

La DGRN en estas recientes resoluciones hace referencia a la doctrina de la equivalencia de formas que admitió en la Res 11 de junio de 1999 y posteriores, indicando que, con independencia de la validez formal del documento de acuerdo a las normas de conflicto aplicables (artículo 11 del Código Civil), y de su traducción y legalización (artículos 36 y 37 del Reglamento Hipotecario), es preciso que el documento supere un **análisis de idoneidad o de equivalencia** en relación a los documentos públicos españoles y reitera que el documento extranjero sólo es equivalente al documento español si concurren en su otorgamiento aquellos elementos estructurales que dan fuerza al documento público español, a saber:

- que sea autorizado por quien tenga atribuida en su país la competencia de otorgar fe pública
- y que el autorizante de fe, garantice, la **identificación** del otorgante así como su **capacidad** para el acto o negocio que contenga (vid. En el mismo sentido el artículo 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o el artículo 2.c del Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 –Bruselas I refundido–).

Este juicio de equivalencia debe hacerse en función del ordenamiento extranjero aplicable por corresponder a éste determinar el alcance y eficacia de la actuación del autorizante lo que a su vez impone que la equivalencia sea debidamente **acreditada**, salvo que el registrador no lo considere preciso<sup>17</sup>. La regla de

<sup>17</sup> vgr. porque conozca suficientemente el derecho extranjero.

equivalencia de funciones supera y deja atrás la regla de equivalencia de formas y significa que un documento otorgado en el extranjero será válido prima facie para las exigencias del derecho español si la autoridad extranjera autorizante cumple unas funciones equivalentes a las de una autoridad española o bien pueden ser adecuadas o integradas por el notario español en el caso concreto.

A tales efectos, la aplicación de llamada regla de equivalencia de funciones se ha de centrar no tanto en el contenido del documento, sino en el estatuto y la actuación de la autoridad extranjera conforme a sus propias reglas.

#### **PRUEBA DEL REQUISITO DE EQUIVALENCIA:**

- La equivalencia de funciones debe ser **acreditada**, como derecho extranjero que es y, en sede registral, la DGRN considera aplicable en esta materia el artículo 36 del Reglamento Hipotecario (al que se remite el artículo 5 del Reglamento del Registro mercantil<sup>18</sup>), como *lex specialis* (prueba mediante aseveración o informe de un notario o Cónsul español o de Diplomático, Cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable) debiendo probarse no sólo el contenido sino también la vigencia así como el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país.
- La acreditación del principio de equivalencia no es un requisito estructural de la escritura pública ni compete en exclusiva al notario español, puesto que la autoridad española no está obligada a conocer el derecho extranjero.
- La declaración de que la autoridad extranjera actúa en términos equivalentes al notario español puede ser llevada a cabo en el mismo instrumento público o mediante la aportación de documentación complementaria ya sea expedida por notario español o extranjero ya por otro funcionario con competencia al respecto (vgr. Cónsul del país de la legislación que sea aplicable) o incluso por la aportación de otros medios de prueba.

#### **RESEÑA DEL PODER OTORGADO AL AMPARO DE UN ORDENAMIENTO EXTRANJERO EN LOS DOCUMENTOS PÚBLICOS NOTARIALES:**

El artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre en sus dos primeros apartados:

***Artículo 98. Juicio de suficiencia de la representación o apoderamiento por el Notario.***

*1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del **documento auténtico** que se le haya aportado para acreditar la representación alegada y expre-*

<sup>18</sup> Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil. BOE núm. 184, de 31/07/1996.

*sará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera.*

*2. La reseña por el notario de los datos identificativos del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente, por sí solas, de la representación acreditada, bajo responsabilidad del notario. El registrador limitará su calificación a la existencia de la reseña identificativa del documento, del juicio notarial de suficiencia y a la congruencia de éste con el contenido del título presentado, sin que el registrador pueda solicitar que se le transcriba o acompañe el documento del que nace la representación.*

Este artículo, como vemos presupone que el poder debe constar en documento auténtico ya que se refiere a esta forma cuando alude al documento en el que consta la representación.

En relación con los poderes otorgados al amparo de un ordenamiento extranjero la Resolución DGRN de 14 de septiembre de 2016<sup>19</sup>, enumeró los requisitos que debe cumplir la reseña que hace el notario del poder para cumplir con la previsión del artículo 98 de la Ley 24/2001 y a los cuales se extiende la calificación registral.

Exige que la reseña haga referencia expresa a:

- la **legalización o apostilla** o, en su caso, la excepción de acuerdo con los tratados internacionales,
- la **traducción**, en su caso.
- Pero además es necesario que se acredite **el cumplimiento de los requisitos de equivalencia del poder otorgado en el extranjero** (cfr. Disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, y el artículo 60 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), es decir, que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate y surta los mismos o más próximos efectos en el país de origen, que implica juicio de identidad y de capacidad de los otorgantes y que resulta sustancial y formalmente válido conforme a la ley aplicable (artículos 10.11 y 11 del Código Civil), si bien el registrador, bajo su responsabilidad, puede apreciar esa equivalencia (cfr. artículo 36 del Reglamento Hipotecario).

<sup>19</sup> Resolución de 14 de septiembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Mazarrón, por la que acuerda suspender la inscripción de una escritura de compraventa con subrogación de hipoteca. BOE núm. 241, de 5 de octubre de 2016

## JUICIO DE EQUIVALENCIA Y JUICIO DE SUFICIENCIA.

En la **Resolución de la DGRN de 17 de abril de 2017**<sup>20</sup> la DGRN reconoce que el juicio o informe de equivalencia no es lo mismo que el juicio de suficiencia del artículo 98 de la Ley 24/2001.

1.- Respecto de los **poderes otorgados ante notario español** el juicio de suficiencia en caso de actuación representativa constituye una *obligación del notario* cuya *competencia exclusiva* al respecto ha sido reiteradamente reconocida (vid. la continua doctrina de la DGRN, por todas, Resolución de 14 de diciembre de 2016<sup>21</sup>).

2.- En relación con los **poderes otorgados en el extranjero**, para que el notario emita juicio de suficiencia es preciso que haya apreciado previamente su equivalencia conforme al derecho español. Siendo juicios distintos, el de suficiencia y el de equivalencia, cuando, para el acto o negocio que se autoriza, el notario expresa un juicio de suficiencia, éste necesariamente ha de implicar el juicio de que el poder es equivalente.

Es decir, cuando en un negocio una de las partes interviene con poder otorgado ante autoridad extranjera la acreditación de la equivalencia de funciones es un elemento necesario para que el notario pueda juzgar suficiente la representación.

El juicio de equivalencia notarial no tiene por qué ajustarse a fórmulas sacramentales, ni tiene necesariamente que adoptar la forma de informe separado, sino que basta la reseña del documento extranjero, el nombre y residencia del notario autorizante, la ley extranjera conforme a la cual se ha autorizado y la existencia de la apostilla o legalización, y que el notario en base a las circunstancias del caso y a su conocimiento de la ley extranjera hiciera constar bajo su responsabilidad «que el poder reseñado es suficiente para el otorgamiento de esta escritura de que se trate, *entendiendo que el mismo es funcionalmente equivalente a los efectos de acreditar la representación en el tráfico jurídico internacional*» o fórmulas similares.

Lo que no sería suficiente para entender acreditada la equivalencia de funciones es el mero otorgamiento del instrumento público. Pero si hay una expresa declaración de suficiencia para el acto o negocio concreto que se autoriza, esta debe implicar la de equivalencia necesariamente.

<sup>20</sup> Resolución de 17 de abril de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación extendida por el registrador de la propiedad de Mijas n.º 3, por la que suspende la inscripción de una escritura de compraventa, BOE núm. 101, de 28 de abril de 2017.

<sup>21</sup> Resolución de 14 de diciembre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles IV de Málaga a inscribir una escritura de poder. BOE núm. 6, de 7 de enero de 2017

Puede ocurrir que el notario no quiera o no pueda emitir juicio de equivalencia por no conocer el derecho extranjero. En tal caso no puede decir que el poder exhibido es suficiente y, si autoriza el documento pese a no entender acreditada la equivalencia, debe **advertir e informar expresamente** que dicha equivalencia no ha podido ser apreciada (RDGRN 18 de diciembre de 2018), sería un supuesto de representación insuficiente que deberá complementarse con la acreditación de la equivalencia por medios de prueba distintos del conocimiento directo del notario.

Cuando quien emite el juicio de suficiencia de un poder es un notario extranjero, por otorgarse ante él el título directamente inscribible en España (vgr. compraventa de inmueble otorgada ante notario extranjero), el juicio de suficiencia debe ser completamente equivalente al emitido por notario español y cumplir con todo rigor las exigencias del artículo 98 de la Ley 24/2001 ya que en los documentos directamente inscribibles en el Registro, el requisito de la equivalencia debe apreciarse con criterios rigurosos.

Así lo reconoció la DGSJFP en **Resolución de 24 de mayo de 2021**<sup>22</sup>. En la escritura que dio lugar a tal resolución, otorgada ante notario de Los Países Bajos y relativa a un inmueble sito en España, el notario de Los Países Bajos **no especificó que el poder fuera un documento público**, ya que el Derecho holandés no exige la forma de documento público como condición de validez del mandato o poder de representación voluntario, ni insertó la reseña identificativa del poder, limitándose a afirmar que fue otorgado ante él; no expresó el juicio de suficiencia de las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refería, debiendo ser dicho juicio congruente con el contenido del título presentado; ni hizo referencia a la autorización del posible conflicto de interés.

La DGSJFP estimó que, siendo aplicable la ley española al poder de representación (artículos 10.11, 11 y 1280.5.º del Código Civil y Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 19 de noviembre de 2020<sup>23</sup>), el juicio de suficiencia realizado por el notario de Países Bajos, no podía ser considerado equivalente, en cuanto como resulta del mismo instrumento lo es a los efectos del Derecho de aquel país, no siendo allí donde la representación surte sus efectos sino en España, lugar de situación del inmueble y de la autoridad del Registro. No existiendo en el documento indicación alguna al respecto que permita su adecuación y equivalencia.

---

<sup>22</sup> RDGSJFP 24 de mayo de 2021, Resolución de 24 de mayo de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Amposta n.º 1 a inscribir una escritura de ratificación de extinción de condominio, BOE, núm. 138, de 10 de junio de 2021

<sup>23</sup> Resolución de 19 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Vélez-Málaga n.º 2 a inscribir una escritura de compraventa. BOE núm. 319, de 7 de diciembre de 2020

### **CALIFICACIÓN REGISTRAL y JUICIO DE EQUIVALENCIA:**

La declaración de equivalencia del poder extranjero hecha por notario español es suficiente para la inscripción en el Registro de la Propiedad del acto dispositivo efectuado en base al mismo, lo cual es lógico, dado que forma parte del juicio de suficiencia de la representación.

Si el registrador disiente de la equivalencia declarada por el notario sólo podrá suspender la inscripción si entiende que hay error del notario en la apreciación de la equivalencia y además realiza una **motivación expresa, adecuada y suficiente, de modo que resulte probado el contenido y vigencia del Derecho extranjero sobre tal extremo**, sin que –como ocurre en el caso que dio lugar a la **Resolución DGRN de 18 de diciembre de 201824**– baste la cita aislada de una ley sueca, y mucho menos la respuesta a una consulta formulada al Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y de Bienes Muebles de España (siendo cualquier actividad formativa o informativa colegial bienvenida en la necesaria especialización internacional de los notarios y registradores, carece de valor alguno a efectos de este expediente la aludida respuesta, a lo que debe añadirse que, al ser la calificación registral autónoma e independiente, carece dicho informe de efecto vinculante alguno). Y es que **sobre este punto no puede prevalecer una interpretación de la ley extranjera realizada por el registrador que difiera de la que haya realizado el notario en el ejercicio de la competencia que a tal efecto tiene atribuida**, sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pudiera deducirse contra él por una negligente valoración de la equivalencia de funciones del notario extranjero.

Si el registrador disiente del juicio o informe de equivalencia hecho por el notario no puede solicitar que se le transcriba o acompañe el poder.

### **LA EQUIVALENCIA DE FUNCIONES CUANDO EL NEGOCIO REPRESENTATIVO SE OTORGA ANTE FUNCIONARIO EXTRANJERO CON BASE EN UN PODER DE REPRESENTACIÓN FORÁNEO.**

Cuando el negocio representativo se otorga ante funcionario extranjero (vgr. cuando se otorga ante fedatario extranjero una compraventa o hipoteca sobre inmueble sito en España), es preciso **acreditar la equivalencia**, para que el documento extranjero se tenga como documento público equivalente al español, y goce de las prerrogativas que a éste se le reconocen en nuestro ordenamiento.

Esa declaración o acreditación de la equivalencia, al igual que hemos visto para los documentos inscribibles otorgados en España, puede constar en el mismo documento público que pretenda inscribirse o en documentación

<sup>24</sup> Resolución de 18 de diciembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Mijas n.º 3 a inscribir una escritura de compraventa, BOE, núm. 24, de 28 de enero de 2019

complementaria expedida por notario español o extranjero o por otro funcionario competente al respecto, o incluso por aportación de otros medios de prueba.

La DGRN en la Resolución de 6 de noviembre de 2017<sup>25</sup> indica que, el funcionario español al que más propiamente compete la emisión de ese juicio es el notario, quien de esta forma, mediante la emisión del correspondiente documento en que plasme su opinión oficial al respecto, complementará en forma y medida adecuada el documento extranjero para que éste tenga plena efectividad en nuestro país. En este punto creo que más adecuado sería que el fedatario extranjero emitiera el informe de equivalencia, puesto que se trata de certificar sobre la ley extranjera vigente en el lugar del otorgamiento que regula sus funciones.

En la **Resolución DGRN de 18 de diciembre de 2018**, en relación con los documentos otorgados en el extranjero, la DGRN distingue:

- a) **DOCUMENTOS DIRECTAMENTE INSCRIBIBLES** (vgr. compraventa de inmueble sito en España otorgada ante fedatario extranjero): en ellos está justificada la aplicación de criterios rigurosos a la hora de apreciar la equivalencia de funciones del fedatario extranjero. En este caso, el documento extranjero no será equivalente a la escritura de compraventa otorgada ante notario español si el notario extranjero no puede llevar a cabo el mismo control que realiza un notario español, al no estar la autoridad extranjera bajo la dependencia o sujeción de ningún otro Estado que no sea el suyo ni serle tampoco exigible el conocimiento ni la aplicación cabal de un ordenamiento jurídico foráneo, ajeno a su competencia. Los intereses del foro vinculados a determinadas formalidades que resultan protegidos mediante el control formal que ejerce un funcionario ligado al propio Estado y garante de la entera legalidad del acto dentro de ese ordenamiento estatal, no pueden, por ello, considerarse asegurados de modo equivalente si quien interviene el acto es un funcionario extranjero, carente de formación y autoridad para controlar una legalidad ajena a su competencia y exento de deberes de cooperación con una Administración Pública de la que no forma parte [Aquí la DGRN trae a colación la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de marzo de 2017).
- b) **PODERES DE REPRESENTACIÓN OTORGADOS EN EL EXTRANJERO**: para estos documentos entiende la DGRN que no existen esas mismas razones expuestas en el apartado anterior, lo que, unido a la necesidad de facilitar la circulación de los mismos –precisamente

---

<sup>25</sup> Resolución de 6 de noviembre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Marbella n.º 1 a inscribir una escritura de compraventa, BOE, núm. 290, de 29 de noviembre de 2017.

para permitir con mayor agilidad el otorgamiento en España de la escritura de compraventa que reúna los requisitos exigidos por el Derecho español— **debe conducir a la necesaria flexibilidad en la apreciación de la referida equivalencia de funciones** de manera que:

- Deben **excluirse** por **no equivalentes** los documentos extrajudiciales generados en aquellos sistemas en los cuales la intervención de los mismos, aun cualificada, corre a cargo de quienes **no tienen encomendada la función fedataria**, y **sin que sea posible en tales supuestos su adecuación mediante la actuación del notario español** (artículo 57 de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil). Así ocurriría con poderes con firmas legitimadas por abogados o personas que no tengan encomendada la función fedataria.
- Deben **admitirse** aquellos documentos en los que haya **intervenido el titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos** en ellos contenidos **que haya dado fe de la identificación** del otorgante así como su **capacidad para el acto o negocio** que contiene.
- En todo caso, para garantizar la seguridad del tráfico (artículos 11.1 del Código Civil y 57 de la Ley 29/2015), **deben rechazarse los documentos que no tengan el valor de documento público equivalente** porque —aun estando autorizados por una autoridad del país— **no incorporen claramente garantías o produzcan en dicho país efectos equivalentes a los que son exigidos por la Ley española**, y no puedan, por ello, adecuarse a los parámetros establecidos por la misma Ley española.

**Esto último nos lleva a plantear si en España es admisible un poder en documento privado con firmas legitimadas notarialmente.**

Mi opinión a este respecto es que debe tenerse en cuenta la realidad jurídica y económica internacional y sobre todo, que cada Estado, en ejercicio de su soberanía diseña su propio sistema de seguridad jurídica. Los países de notariado latino ponen el énfasis en la seguridad jurídica preventiva mientras que los países de notariado anglosajón se adoptan otras soluciones: vgr. seguro de títulos o bien los problemas causados por la falta de un sistema de seguridad jurídica preventiva semejante al latino, se resuelven mediante litigio, de manera que en países de notariado anglosajón la litigiosidad es notablemente superior a la propia de los países de notariado latino.

a) Respecto del **notariado anglosajón**, hay países cuyos notarios no ejercen funciones equivalentes y cuyas inversiones representan un alto porcentaje del total de las inversiones extranjeras en España (ya hemos visto que en Estados Unidos de América los notarios no pueden prestar asesoramiento

legal y los abogados no tienen encomendada la función de dar fe). Son Estados soberanos y no tenemos una alternativa que nos permita rechazar los poderes que emanan de sus funcionarios por el solo hecho de que no sean como los nuestros.

No es fácil que los ciudadanos acudan a las embajadas o consulados de España, que pueden hallarse muy lejos de su domicilio. España tiene 215 embajadas y consulados (117 embajadas y 98 consulados en el exterior) y su función principal es representar a España y asistir a los españoles residentes o transeúntes en su demarcación consular. Por ejemplo, en Estados Unidos, los Consulados de España son ocho (se encuentran en Boston, Chicago, Los Ángeles, Miami, Nueva York, San Francisco y San Juan de Puerto Rico, además de una Sección Consular en la Embajada en Washington, DC.). En los consulados las funciones notariales son sólo una parte pero hay que reconocer que no tienen capacidad para absorber todos los poderes necesarios para formalizar actos jurídicos en España. Los clientes habitualmente se quejan del tiempo que se tarda en darles cita en los consulados y embajadas, y esto no es una crítica: es que con el número de embajadas y consulados que hay y teniendo que dedicarse a otras funciones, no cabe esperar la misma agilidad que dentro del notariado del mismo Estado.

Respecto del notariado anglosajón, dado que no hay una alternativa real, puede defenderse la postura de la DGSJFP de utilizar  **criterios flexibles**  para facilitar el tráfico jurídico y considerar equivalente el documento intervenido por el titular de una función pública, nombrado por el Estado para conferir autenticidad a los actos y negocios jurídicos en ellos contenidos.

b) **Respecto del notariado latino** es más complicado considerar equivalente al **poder en documento privado con firmas legitimadas notarialmente** otorgado en un país de notariado latino que admita dicha forma, pero en el cual también se puede conferir el poder en escritura pública de forma prácticamente idéntica a los otorgados en España.

Este fue el caso que dio lugar a la **Resolución de 19 de noviembre de 2020**<sup>26</sup> contempla esta cuestión.

El supuesto de hecho fue una escritura de compraventa otorgada ante notario español en la que la sociedad compradora actuó representada en virtud de un título de representación (denominado «*escritura de poder*») formalizado en París ante notaria francesa que fue reseñado adecuadamente por el notario español quien emitió juicio de suficiencia y declaración expresa de equivalencia expresando que es «equivalente formal y sustancialmente respecto al derecho español, al estar **suscrito** por autoridad con facultades de fe

---

<sup>26</sup> Resolución de 19 de noviembre de 2020, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Vélez-Málaga n.º 2 a inscribir una escritura de compraventa. BOE núm. 319, de 7 de diciembre de 2020

pública conforme a la ley francesa y contener juicio suficiente de identidad y capacidad de los otorgantes». Testimonio del poder quedó incorporado a la escritura.

El registrador suspendió la inscripción por considerar que, a su juicio, la notaría francesa se limita únicamente a legitimar las firmas de los gerentes de la sociedad poderdante, no siendo equivalentes sus funciones a las que desempeña el notario español, por lo que esta legitimación de firma no puede equipararse al documento público previsto en el artículo 1280.5.º del Código Civil y carece, por tanto, de todos los requisitos exigibles a un documento público, de modo que no puede entenderse debidamente acreditada la representación alegada.

En esta resolución se perdió la ocasión de conocer la postura de la DGRN respecto a esta cuestión porque el Registrador cuestionó el juicio de equivalencia sin una motivación suficiente y sin prueba del derecho extranjero. Y el notario conocía el derecho francés que admite tal poder aunque las funciones que despliega el notario no son del todo equivalentes.

En el encabezamiento del poder aparecía la denominación de “*escritura de poder*” pero en realidad se trataba de un documento privado con firmas legitimadas por notario. No era escritura pública de poder.

De la lectura de esta resolución parece deducirse que la DGRN considera documento público al poder presentado y por ello termina concluyendo que el documento es equivalente, sin embargo, la legitimación de firmas por notario no tiene la virtud de transformar un documento privado en documento público. Un documento es público cuando ha sido autorizado por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley (art. 1216 Cc). Legitimar una firma es hacer constar una circunstancia de hecho: que determinada firma corresponde a una persona o ha sido puesta o reconocida en presencia del notario.

Hay notables diferencias dentro los países de notariado latino en relación con la admisión de poderes en documento privado con firmas legitimadas notarialmente. También son muy diferentes las funciones que desempeñan los notarios en relación con esa clase de poderes. En muchos casos, nada equivalentes a las que desempeñan los notarios españoles.

Por ejemplo, en **Bélgica**, en el poder en documento privado con firmas legitimadas el notario únicamente garantiza que la firma es de determinada persona pero no da fe de la identidad, ni de la capacidad del poderdante, ni de la suficiencia de la representación de los representantes de la entidad poderdante, ni el notario controla la legalidad del contenido del poder ni el cumplimiento de la legislación de prevención de blanqueo de capitales, ni verifica que el contenido del documento corresponda a la voluntad del mandante.

En **Andorra**, por ejemplo, en el poder en documento privado el notario da fe de la identidad pero no de la capacidad del poderdante; no comprueba la representación de quienes otorguen poder en nombre de una persona jurídica, ni comprueba que el poder se ajuste a la voluntad del poderdante ni informa a éste sobre el negocio objeto del poder.

En Francia y en Alemania, el notario no verifica que el contenido del documento corresponda a la voluntad del mandante<sup>27</sup>.

Creo que la distinción que hace la DGSJFP, en materia de equivalencia de funciones entre los documentos directamente inscribibles en el Registro de la Propiedad y los poderes es artificiosa. Los poderes son un pilar del negocio que otorga el representante ya que en ellos descansa el consentimiento de los elementos personales esenciales del negocio. **En países de notariado latino, no debería admitirse un poder que no contenga un consentimiento informado.** Aunque en otros países de notariado latino se admitan los poderes en documento privado con firmas legitimadas, en España, por todas las razones que la propia DGSJFP reconoce, sólo deberían admitirse los poderes en escritura pública, que son los verdaderamente equivalentes al poder otorgado en España.

La apreciación de la equivalencia por el notario español implica emitir un certificado sobre el contenido y vigencia del derecho extranjero sin tener muchos medios a su alcance. En algunos países, vgr. Francia, hay actos que necesariamente deben constar en escritura pública y el poder para otorgar tales actos, también.

Por tanto, en materia de equivalencia, la única distinción que debería hacerse, en mi opinión, es entre el poder otorgado en países de notariado latino y los otorgados en países de notariado anglosajón.

En los países de sistema de **notariado latino**, el poder debe constar en escritura pública que es la única forma en la que hay completa seguridad de que se cumplen los requisitos de equivalencia establecidos en la LJV y LCIMC. Admitir sin más los poderes en documento privado con firmas legitimadas procedentes de países de notariado latino supondría devaluar el nivel de seguridad jurídica que ofrece el sistema español sin que exista una razón justificada para ello.

En los países de **notariado anglosajón**, sí puede admitirse la flexibilidad de la que habla la DGRN para los poderes, habida cuenta de las diferencias estructurales entre ambos sistemas notariales y la inviabilidad práctica de que todos los poderes en esos países se otorguen ante Cónsul español. Por tanto, deben admitirse los poderes otorgados ante notario o autoridad a la

---

<sup>27</sup> Fuente: Procurations : Conditions Indispensables pour la Validité des Procurations Notariales dans 33 pays européens. 2<sup>a</sup> ed. Commission des Affaires Européennes-CAE de l'Union Internationale du Notariat (UINL)

que el Estado le haya conferido la función fedataria siempre que surtan en el país de origen análogos efectos a los que surten los poderes en España o sean susceptibles de ser adecuados por el notario español.

Como posibles soluciones para facilitar que los notarios españoles emitan juicio de equivalencia podrían sugerirse las siguientes:

- Desarrollo reglamentario: Elaborar reglamentariamente un listado (de manera similar al listado de países que constituyen paraísos fiscales o jurisdicciones de riesgo) en los que se determinen los países cuyos fedatarios desarrollan funciones equivalentes y los que no, de manera que los documentos provenientes de estos últimos deberán ser adecuados por el notario español.
- Añadir un certificado o formulario que cumplimentara la autoridad que expide el poder.

Marbella, a 18 de abril de 2023



## IV. BIBLIOGRAFÍA/ *BIBLIOGRAPHY*

Sección coordinada por Joana ABRISKETA URIARTE (Derecho Internacional Público), Andrés RODRÍGUEZ BENOT (Derecho Internacional Privado) y Rafael GRASA HERNÁNDEZ (Relaciones Internacionales)

### RECENSIONES

### *BOOK REVIEWS*

BADÍA MARTÍ, Anna María y HUICI SANCHO, Laura (dirs.), *El Brexit y sus consecuencias*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 169 pp.

Durante la redacción de estas líneas el Reino Unido (RU) supera un momento de consternación por el fallecimiento de Isabel II, quien fuera reina por más de 70 años, y el traspaso (*accession* en terminología legal inglesa) del nuevo Rey Carlos III. El nuevo monarca accede a la Jefatura del Estado en un momento tremendamente convulso con tres *Premiers* en el último año (Boris Johnson, Liz Truss y Rishi Sunak). Además, el nuevo Gobierno debe hacer frente a una serie de retos: el control de la inflación, la propia estabilidad del Gobierno frente al escenario de recesión que parece vislumbrarse en el futuro próximo, al mismo tiempo que continua con otros desafíos latentes como los coletazos de la aplicación del *Brexit*. De hecho, uno de los momentos más esperados fue la visita institucional del nuevo rey a las naciones que conforman la Unión como Irlanda del Norte, donde la cuestión independentista se ha revitalizado. A esto se le suma la declarada intención por parte de RU de renegociar el acuerdo de retirada en lo que

respecta al tan difícil protocolo de Irlanda del Norte. Todo ello resume en pocos datos la más que vigorosa actualidad de la excelente obra dirigida por las Profesoras Badía Martí y Huici Sancho que comentaremos en las líneas que siguen.

La obra colectiva “*El Brexit y sus consecuencias*” ha visto la luz en el marco del Máster en Estudios Internacionales de la Universitat de Barcelona (que cuenta con 33 ediciones a sus espaldas), en colaboración con la cátedra Jean Monet de Derecho Privado Europeo de la misma Universidad. Ésta se compone de ocho aportaciones (en español o inglés), que analizan distintas consecuencias derivadas del largo y tortuoso proceso del *Brexit*, por el cual el Reino Unido abandonó la Unión Europea (UE) desde el 1 de febrero de 2020. Podríamos agrupar los trabajos en torno a tres ejes temáticos: el estudio general sobre la adquisición y pérdida de la membresía tanto en el Derecho de las Organizaciones Internacionales como en el Derecho de la Unión Europea; el análisis de las consecuencias del *Brexit* sobre ámbitos materiales con-

cretos como es el derecho constitucional británico, los consumidores, la industria creativa o los bienes de doble uso; y finalmente, las consecuencias tanto para la UE como para el Reino Unido en materia de política exterior.

El primer bloque lo conforman dos aportaciones que a modo de tándem introducen al lector en los aspectos básicos del tema. Por un lado, la Profesora Anna María Badía Martí desgrana de forma sucinta el marco regulatorio general relativo a la adquisición y pérdida de la membresía de una Organización Internacional, acto unilateral que refleja lo que la autora denomina “voluntariedad de participación” (p. 17), y que está presidido por los principios de buena fe y de cooperación; concluyendo que la adquisición y pérdida de la condición de miembro siempre se mueve en un plano relacional Estado-Organización, en el que el primero es libre de manifestar su voluntad, pero que la misma está condicionada al respeto de los objetivos de la segunda (p. 20). La aplicación de estas generalidades al caso concreto de la Unión Europea se lleva a cabo por Laura Huici Sancho. La autora demuestra la complejidad del proceso de retirada analizando profusamente, en primer lugar, el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea (TUE) y los problemas interpretativos que suscitó; y, en segundo lugar, la negociación y aplicación de los acuerdos de retirada y de comercio y cooperación, de enero y diciembre de 2020, respectivamente. Por cuanto respecta a los problemas interpretativos, no fueron pocos los momentos en los que la discrecionalidad del Reino Unido para poder activar (o desactivar) el art. 50 del TUE vieron la luz, tanto por parte del Tribunal de Justicia de la UE como por el Tribunal Supremo de RU (pp. 26-27). Sin embargo, como recuerda la autora, la unilateralidad concedida por el art. 50 del TUE responde al reconocimiento de la potestad de los Estados de decidir

voluntariamente formar parte o salir de una Organización Internacional (p. 25), pero siempre respetando las reglas de la Organización (como ya apuntara Badía Martí en su contribución previa). Igualmente, la autora concluye que, pese a los avances hacia la seguridad jurídica gracias al art. 50 del TUE, la retirada de la UE supone un proceso extremadamente complejo dada la particular naturaleza integradora de esta Organización Internacional (p. 42). Acertadamente quedó patente en los distintos *tira y afloja* a lo largo de la negociación, tanto para la propia retirada como respecto del acuerdo de relación futura. Relación que dista mucho de haber quedado zanjada, pues como afirma la Profesora Huici desde una óptica realista “será preciso que transcurran algunos años para reajustar las relaciones entre la UE y RU” (p. 43).

El segundo bloque de aportaciones acomete el análisis de las consecuencias del *Brexit* sobre determinados ámbitos. Así, los Profesores Mel Kenny y Antonio Cardesa-Salzmann, abordan los desafíos que para el particular sistema constitucional británico ha supuesto el proceso y la andadura hacia lo que ellos denominan la “elective dictatorship”. De este modo, el *Brexit* “represents a fundamental challenge for the ‘unwritten’ UK Constitution [...] in which the only limits are political and moral rather than substantive and legal” (p. 46). Esta particular configuración dio lugar a una amplia actuación del poder ejecutivo (p. 47) sólo controlada por el judicial; actuación de éste que le valió críticas y la intención de aquél de limitar su capacidad de actuación (p. 50). El efecto del *Brexit* en la legislación británica en materia de consumidores es estudiado por el Profesor Christian Twigg-Flesner. El autor desgrana los cambios en la legislación antes, durante y tras el acuerdo de comercio y cooperación, concluyendo que existe un amplio margen de maniobra para las autoridades británicas para la protec-

ción del consumidor dado los silencios y la falta de claridad de los preceptos del Acuerdo de comercio y cooperación (p. 79). La investigadora postdoctoral Claudia Manrique Carpio analiza otro de los sectores afectados tras el *Brexit* como es el comercio internacional de servicios y, en particular, la industria creativa. Ésta tiene una gran relevancia como emblema cultural en RU, véase en especial la música (p. 91), pero la lógica limitación de movimiento tras la salida de RU de la Unión tuvo como reflejo una serie de demandas de los británicos ante Westminster para que buscasen una salida acordada con sus socios europeos (p. 93). Sin embargo, las disposiciones contenidas en el acuerdo de comercio y cooperación no serían aplicables según la autora a la industria creativa, por lo que aboga por una solución acordada RU-UE que permita una colaboración cultural entre ambos (p. 103). Finalmente, la investigadora postdoctoral Ana Sánchez Cobaleda realiza una magnífica aproximación a un tema capital que enlaza la seguridad y el *Brexit*, como es el de los controles en el comercio de bienes de doble uso. Como indica, la salida de RU del mercado común ha supuesto importantes cambios que se han tratado de colmar mediante licencias generales para facilitar los intercambios (p. 121), por lo que la cooperación y la transparencia entre ambos socios sigue siendo la mejor manera de reducir la brecha del *Brexit* (p.122).

La obra finaliza con sendas aportaciones de las Profesoras Leire Moure y María Mut Bosque desde el ámbito de la geopolítica centrándose en el papel de la UE como actor global y de la *Commonwealth*, respectivamente. Por un lado, el papel de la UE en el tablero de la política internacional y su propia autonomía estratégica rodean el relato de la Profesora Moure quien destaca la persistente discrepancia dentro de la Unión sobre estas materias (p.143). La Profesora Mut Bosque analiza en detalle la discutida configuración jurídica que tiene la organización de la Mancomunidad de Naciones o *Commonwealth*, para reflexionar si ésta podría ser un foro alternativo a la Unión en materia comercial. Sin embargo, del profuso análisis que se realiza, concluye su autora que “la propia naturaleza *sui generis* y normativa de *soft law* de la *Commonwealth* hacen que, hoy por hoy, la tarea de establecer un área comercial común sea inviable” (p. 169).

En definitiva, la excelente obra colectiva “El *Brexit* y sus consecuencias” constituye sin duda una pieza que todo estudioso del tema debe consultar para aprender sobre una cuestión compleja y con muchas aristas que, lejos de quedar definitivamente resuelta en el 2020 seguirá de plena actualidad durante los próximos años.

Andrés BAUTISTA-HERNÁEZ  
Universidad de Málaga

BELINTXON MARTÍN, Unai (dir.), *La transmisión de la empresa familiar. Cuestiones de Derecho Europeo e Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 213 pp.

Las empresas familiares son actores clave en la economía europea toda vez que representan un amplio y diverso colectivo en el mercado único. A consecuencia de la importancia socio-económica que ostenta la empresa familiar en

la mayoría de las economías mundiales, así como la particular incidencia que viene causando la progresiva internacionalización de la actividad empresarial, es lógico que cada vez se les preste una mayor atención. De este modo, se puede

a severar que las empresas familiares no son ajenas al fenómeno de la globalización, es más, se ven afectadas de forma muy singular por él. Resulta evidente que, en el actual entorno económico, cada vez son menos las empresas que solo desarrollan su actividad en áreas locales. En este sentido, la internacionalización es una vía para obtener un mayor desarrollo en la organización, y también debe ser concebida como una estrategia de apoyo de carácter competitivo.

Así las cosas, en la monografía objeto de esta recensión, nos hallamos con un primer epígrafe bajo el título “El contrato de compraventa de participaciones sociales. Clausulado contractual y cuestiones de Derecho Europeo y Derecho Internacional Privado”, en el que el Dr. Belintxon Martín realiza una necesaria diferenciación entre las partes intervinientes y las peculiaridades de cada una de ellas.

Seguidamente, el epígrafe tercero, constituyendo este el *grosso* de la obra, está articulado a lo largo de dieciocho apartados asentados en la definición y reglas de interpretación del citado contrato, el objeto del mismo, el precio y su pago, su formalización en escritura pública y la declaración y garantías de los vendedores en el cual conviene destacar el excelso y razonado planteamiento llevado a término en sede de transporte por carretera. Verdaderamente, su autor destaca la necesidad imperante de dotar a transportistas y porteadores locales de las herramientas jurídicas adecuadas con el fin de que puedan competir frente a otros transportistas europeos sin sufrir una clara restricción, conllevando ello una evidente contradicción con el Derecho y jurisprudencia europea. Los siguientes apartados —declaraciones y garantías de la parte compradora, compromiso e indemnización, la reclamación de indemnización, la adscripción de los socios partícipes salientes como trabajadores junto con la particularidad

de sus desplazamiento transfronterizo, el compromiso de la parte vendedora de no competencia y confidencialidad, los derechos de compensación y retención de la parte compradora, la confidencialidad, la cesión, los gatos y tributos, la información sobre el tratamiento de datos personales y la determinación de la ley aplicable a la compraventa de participaciones sociales—, cierran el extenso epígrafe supra referenciado.

Conviene poner de manifiesto el interesante razonamiento alcanzado por el Dr. Belintxon en sede de aplicación del Reglamento Roma I al afirmar el gran paso dado por el legislador europeo en tanto en cuanto la homogenización de ciertos aspectos materiales respecto de la regulación dedicada a los contratos, de manera especial al sector del Derecho del transporte, se convierte en aspecto sumamente importante en el ámbito empresarial. De hecho, sostiene acertadamente que, en atención al Derecho europeo, los legisladores nacionales de los diversos Estados miembros han venido adecuando sus normas internas y ello ha permitido el desencadenamiento de una política jurídica de prohibición de carácter general para la protección de los particulares no profesionales, conforme a la cual únicamente las entidades autorizadas tienen acceso al mercado.

Un asunto de relieve hasta ahora no tratado en esta obra es el juego de la autonomía de la voluntad en el contrato de compraventa de participaciones sociales. A este respecto, el Prof. Belintxon apunta que las singularidades que caracterizan a determinados contratos pueden, en ocasiones, complicar la concreción o ubicación en un específico ordenamiento jurídico nacional según las pautas o criterios de conexión típicos, *ex. gr.* la ley de la residencia habitual de la parte prestadora del servicio, y/o la ley de la residencia habitual de la parte que deba realizar la prestación característica o el lugar de

materialización de las obligaciones contraídas por las partes y, lógicamente, sin obviar las particularidades de los criterios de conexión diseñados para la protección de la parte débil.

En cualquier caso, la pretensión de esta reseña ha sido destacar las principales virtudes de la monografía, renunciando por ello a una descripción exhaustiva de la que da cuenta formidablemente el Dr. Iriarte Ángel, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Pública de Navarra.

En definitiva, descubrimos una obra de muy alto nivel, dado que el Dr. Belintxon Martín en ningún momento abandona la perspectiva práctica, habida cuenta de que debe quedar palpable en todo estudio jurídico, constituyendo

ello su propia razón de ser. Tal y como apunta el propio autor “la empresa familiar se acaba disolviendo, vendiendo o transmitiendo a un tercero. Tal vez, el fortalecimiento del proyecto común europeo pueda ofrecer una vía de solución al inadecuado trato, en términos de protagonismo comercial o empresarial, que ha recibido la empresa familiar”. Con su estudio, examen y sendas reflexiones el autor alumbrará reflexivas y analíticas respuestas centradas en el contorno *ius internacional privatista* referente al contrato de compraventa de participaciones sociales, mereciendo ello todas las loas ante una materia revestida de gran dificultad.

David CARRIZO AGUADO  
Universidad de León

BENEYTO PÉREZ, José María y JIMÉNEZ PIERNAS, Carlos (dirs.), *Concepto y fuentes del Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 687 pp.

El primer volumen de un gran proyecto jurídico-académico en español ha visto la luz y dar cuenta de ello, tanto en un acto presencial en un marco universitario en septiembre de 2022 como a través de la REDI con esta reseña, es un acontecimiento relevante para la comunidad académica española e iberoamericana.

No hablo de un nuevo manual o de un mero libro colectivo al uso.

Hablo de la primera evidencia de un “Tratado” de Derecho internacional público al publicarse su vol. 1 dedicado al Concepto y Fuentes. Claro que los directores no utilizan la denominación de Tratado en la cubierta anterior o portada ni en otros lugares; con suma discreción en lomo se hace referencia a un tomo 1 y en la solapa interior clarifica que es el primer volumen de “una gran aventura académica y editorial”. De hecho, el segundo volumen debería estar ya publica-

do también si un autor hubiera honrado su compromiso con el resto.

Es prácticamente insólito, es decir, por desacostumbrado, en la tradición iusinternacionalista española, y muy escaso en la iberoamericana, emprender la realización de un Tratado científico que aborde de forma sistemática, profunda y extensa la totalidad del Derecho internacional público. Aunque la Real Academia Española no contiene en su Diccionario la acepción científica de “tratado”, por ejemplo, el Diccionario Salamanca (de la editorial Santillana) del que es director el Académico de la RAE y Catedrático en la Universidad de Salamanca, José Antonio Pascual, expresa en una de sus acepciones que Tratado es una “Obra que trata sobre una materia con profundidad”. Por ello, esta obra es un Tratado que despliega su primer tomo o volumen y no simplemente un buen manual.

Son clásicos y modelos de tratados reconocidos en la doctrina extranjera los publicados hacia la segunda mitad del siglo XX, por ejemplo, entre varios, el de Ch. Rousseau, el de G. Schwarzenberger, el de B.A. Simmons (aunque atravesando el siglo XXI) y sobresaliendo, sobre todos, la monumental obra publicada en 1905–1906, en dos volúmenes (paz y guerra), de L. Oppenheim, revisado y completado por R. Jennings, A. Watts y, sobre todo, por H. Lauterpacht con reconocida coautoría.

Claro que en España ha habido grandes, por bondad científica, manuales en los últimos cincuenta años hechos por eximios maestros españoles. Cómo olvidar manuales, aunque no fueran “Tratados”, pero con vocación y hechuras de “Tratado”, y todavía vivos en sus contenidos y perspectivas. Tal es el caso de la *Introducción* de A. Miaja de la Muela, o los *Fundamentos* y, más tarde, la *Historia del Derecho Internacional Público* de A. Truyol y Serra. También Manuales clásicos de excelente calidad han sido los de J. D. González Campos, L. I. Sánchez Rodríguez y M. P. Andrés Sáenz de Santa María; o los de M. Díez de Velasco, o J. A. Carrillo Salcedo o J. A. Pastor Ridruejo.

Después en este siglo y con el daño infinito a la enseñanza del Derecho (a alumnos y profesores) ocasionado por la conocida como “reforma de Bolonia”, se pueden salvar pocos nuevos manuales. Una amplia mayoría de los publicados en los últimos diez años no merecen tal nombre de manuales y muestran la degradación de la enseñanza a la que se ha sumido a alumnos y docentes: son apuntes hechos por profesores para sus alumnos. El mundo al revés: los profesores hacen los apuntes o resúmenes a sus alumnos.

Por ello, hay que congratularse que esta obra nazca con vocación, forma y fondo de obra profunda, Tratado, desde su primer volumen. Y además se ha gestado como Tratado de origen y proyección hispanoamericano. En Iberoaméri-

ca tampoco ha habido una gran tradición de magnas obras, si bien es justo reconocer que en el pasado siglo hubo serios Tratados, personales —no de equipos o grupo—, de calidad como el de E. Jiménez de Aréchaga (su Curso de dos volúmenes), o el de L. Moreno Quintana (Tratado, de tres vols.).

Estamos ante el primer paso para un Tratado de Derecho internacional público hispanoamericano en español con presencia de calidad de dos autores de la otra orilla del Atlántico: la argentina Zlata Drnas de Clément y el mexicano Manuel Becerra Ramírez. Los nueve restantes profesores son españoles de muy diversas universidades (Esther Barbé, J. M. Beneyto, Rafael Casado Raigón, Rosario Huesa Vinaixa, Carlos Jiménez Piernas, Xavier Pons Rafols, Ángel Rodrigo, Santiago Ripol Carulla y María Isabel Torres Cazorla).

Este Tratado no es la obra de toda una vida de un solo autor, diferencia notable con los Tratados clásicos. Es, pues, una obra colectiva con dos directores, aunque con el objetivo de trabar una obra general y pormenorizada con los papeles bien repartidos en materias de gran enjundia teórica como la historia de este ordenamiento, la dimensión material y normativa, así como su fundamento y sus grandes categorías, los principios estructurales y principios generales, la costumbre internacional, los actos unilaterales y la ciencia del Derecho internacional.

Sorprende muy positivamente en la extensa obra que, aunque los temas son esenciales y aparentemente abstractos y generales, varias de las contribuciones abordan conceptos desde la realidad más inmediata: se conectan conceptos y planteamientos esenciales con situaciones vividas por la comunidad internacional en el día a día y se dan respuestas racionales a muchas cuestiones vivas de gran transcendencia práctica. Por ello, aunque este primer volumen aparenta abordar capítulos muy académicos, hay que recono-

cer que podía haberse subtítuloado, por ejemplo “Teoría y realidad”, al buscar respuestas a vacíos e interrogantes que el público medianamente culto se plantea sobre la incertidumbre en las relaciones jurídicas internacionales.

El mar de fondo de muchas de las contribuciones es la *crisis del sistema internacional* heredado tras la Segunda Guerra Mundial. No ha habido renovación en 1989 cuando hubo un giro que ponía fin a la era bipolar y la estructura del sistema internacional, de forma global y en ámbitos concretos, ha entrado en *proceso de transformación*. Además de contestación normativa, se reformulan principios como los relativos al respeto a los derechos humanos o democracia y las instituciones multilaterales entran en crisis de legitimidad —como señala Esther Barbé—, por su falta de representatividad o su hiper representación del mundo occidental y problemas de eficacia.

Como obra colectiva el lector puede encontrar diferencias, pero hay que reconocer que, en conjunto, este primer volumen es aceptablemente armonioso. No hay solapamientos o repeticiones, salvo las referencias cruzadas a conceptos que no pueden aislarse. La apreciación crítica más adversa sería seguramente el título dado al primer volumen: “Concepto y fuentes”. Creo que rememora traumáticos esfuerzos ligados a las antiguas oposiciones a profesor adjunto y a Cátedras en España y no hace justicia a varios destacados trabajos que, más allá, de la exhaustividad, han conectado conceptos, estruc-

turas, principios y fuentes estudiadas a la realidad internacional que vivimos.

A L. Oppenheim le previnieron, editor y colegas, en 1905 del previsible fracaso de su ambiciosa obra; fue un éxito inmediato y todavía hoy siguen las ediciones de la obra probablemente más citada por la Comisión de Derecho Internacional y los buenos autores. En la segunda edición de 1912, Oppenheim se congratulaba de haber pensado en los buenos estudiantes y en los buenos profesores.

Es cierto que puede ser indigesto por igual al alumnado mediocre y a tantos y tantos profesores improvisados que dan clases en universidades públicas y privadas. Pero todavía quedan reductos de estudiantes con inquietudes y algunos jóvenes y no tan jóvenes profesores que no se limitan a preparar las clases por apuntes para alumnos. Quiero creer que esta obra servirá para abrir los ojos y el espíritu de un alumnado escogido y profesorado responsables en la materia del Derecho internacional. Va de suyo que hará las delicias de los maduros profesores que se forjaron en el exigente sistema anterior a Bolonia y de sus acreditaciones y será un festín para los operadores jurídicos con frecuencia confusos en la selva jurídica del complejo Derecho internacional.

Saludamos con optimismo la solidez académica y la dimensión jurídica ligada a la realidad y esperamos el volumen segundo, el tercero (y continuará).

Araceli MANGAS MARTÍN  
*Universidad Complutense de Madrid*

CUARTERO RUBIO, María Victoria y VELASCO RETAMOS, José Manuel (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 424 pp.

Pocas materias han sido objeto de tanta atención en los últimos años como las cuestiones atinentes al Derecho in-

ternacional de familia, y, más concretamente, en nuestro ámbito, en lo relacionado con el Derecho internacional

de familia de origen europeo. La determinada decisión del legislador europeo por tejer un constructo legislativo que facilite la libre circulación de familias en su espacio judicial ha traído consigo una motorizada actividad legislativa que, prácticamente, ha dado respuesta a todas las materias de Derecho de familia desde la perspectiva de la competencia judicial internacional, el derecho aplicable, el reconocimiento de decisiones y la cooperación de autoridades. Tanto es así, que el Parlamento Europeo ya sugirió la necesidad de elaborar un código que sistematice toda esta legislación para hacerla más practicable, para facilitar a los operadores jurídicos su aplicación, pues no resulta en muchos casos sencillo conocer los entresijos de las relaciones que los distintos Reglamentos tienen entre sí y es necesario conocerlas para mejor decidir las cuestiones que llegan a sede judicial.

Por eso, que haya obras doctrinales como esta, que reflexionan sobre el bagaje legislativo que tenemos, las cuestiones que a raíz de él se han ido suscitando y los problemas que devienen de su práctica, son necesarias y deben ser muy bienvenidas.

Los Profesores María Victoria Cuartero y José Manuel Velasco, que dirigen esta obra, se han esmerado en reunir autorías muy cualificadas en el Derecho de familia internacional, y con acierto también han planteado en cuatro partes (cuestiones y problemas generales, matrimonio y uniones, crisis matrimoniales e inmigración) análisis y propuestas sobre un Derecho, el de familia, que está en constante construcción.

Así, la obra se abre, tras un acertado prólogo de la Profesora y exmagistrada del Tribunal Constitucional, Encarna Roca Trías, con una inmersión de cuestiones y problemas generales, como una valoración de los Reglamentos europeos en materia de familia, que aporta el

Profesor Guillermo Palao; una reflexión sobre el reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea, del Profesor Rafael Arenas; un trabajo del Profesor Nicolas Nord que aborda la circulación de documentos relativos al estado civil en la Unión Europea y otro de la Profesora Amélie Benoistel sobre los problemas de derecho transitorio en el Derecho de familia.

En la parte II, dedicada al matrimonio y a las uniones, la Profesora Mónica Guzmán reflexiona sobre los desafíos que plantea la falta de una noción común de matrimonio en el Derecho Internacional Privado europeo; el Profesor Andrés Rodríguez Benot, sobre el proceso de elaboración de los Reglamentos europeos sobre régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de uniones registradas y una interesante contribución de Ana Fernández-Tresguerres sobre la interconexión de los Reglamentos sobre los efectos económicos de parejas y el Reglamento de sucesiones.

Sobre las crisis familiares, en su parte III, se ofrecen cinco trabajos de especial interés. Uno de ellos dedicado por la Profesora Beatriz Campuzano a realizar un balance sobre la aplicación por parte del Tribunal Supremo español del ya extinto Reglamento (CE) 2201/2003; otro que se encarga de analizar las relaciones entre los distintos Reglamentos en materia de crisis familiares, realizado por la Profesora Esperanza Castellanos; también se aporta una valoración sobre los diez años de aplicación del Reglamento Roma III (derecho aplicable a la separación y al divorcio) por José Manuel Velasco; habiendo lugar además para una contribución sobre la sustracción internacional de menores analizada desde la perspectiva del Convenio de La Haya de 1980 por la Profesora M<sup>a</sup> Victoria Cuartero y una contribución que es especialmente bienvenida para

valorar desde la perspectiva escocesa, post *Brexit*, la regulación de los conflictos matrimoniales, que escribe la Profesora Janeen M. Carruthers.

Finalmente, la parte IV, dedicada a la inmigración, incluye tres trabajos que abordan distintas problemáticas. Desde las implicaciones que tiene el derecho de los españoles a residir con sus cónyuges extranjeros en España, a cargo de la Profesora Pilar Jiménez Blanco; los intereses diplomáticos y migratorios en la protección del menor, partiendo del conflicto con Marruecos a raíz de la kafala y la consiguiente reforma de la Ley de adopción internacional en 2015, que aborda la Profesora Ana Quiñones; hasta la inserción en el mercado de trabajo de la mujer inmigrante y sus dificultades para conciliar, que desarrolla la Profesora Pilar Charro.

Estas quince contribuciones no hacen sino poner de manifiesto la importancia que para la doctrina ha ido adquiriendo el Derecho internacional de familia, probablemente acelerada por la ingente actividad legislativa de la Unión Europea. Y son preludio de lo que vendrá, ya en aplicación el Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, cuyo análisis está aportando ya importantes trabajos. Desde luego, parece una obviedad, pero a día de hoy, para ser un buen internacional privatista, hay que dominar el Derecho de familia internacional y para ello, nada como aprender con los mejores, disfrutando de la lectura de esta cualificada obra.

Antonia DURÁN AYAGO  
Universidad de Salamanca

DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, *Derecho privado de Internet*, 6ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 1612 pp.

La obra que me ocupa presentar es un referente imprescindible para todo el que desee alcanzar una visión completa y sistemática de las complejas cuestiones afectadas por el fenómeno de Internet en los principales sectores del Derecho privado, en una doble vertiente interna e internacional. En línea con las ediciones anteriores, el Profesor De Miguel Asensio analiza con rigor no solo los problemas jurídicos que suscita la ordenación de las relaciones privadas internacionales vinculadas a Internet, sino también en el ámbito interno, tanto en un plano material como procesal, incluida la importante proyección sobre esta materia de normas con un significativo contenido jurídico-público, como sucede en sectores tan dispares como la defensa de la competencia, la protección de los consumidores o los datos

personales. Esta sexta edición mantiene la misma estructura de las anteriores ediciones, pero con una completa revisión de sus siete capítulos en la que incorpora la dinámica evolución normativa, doctrinal y jurisprudencial, y las perspectivas de futuro (Ley de servicios digitales, Ley de mercados digitales, ...), en esta materia. El resultado de tal ambiciosa investigación es una obra de gran utilidad práctica, tanto para el universitario investigador, como para el operador jurídico práctico, con particular referencia a la abundante jurisprudencia en los sectores afectados.

El Capítulo primero tiene por objeto el análisis de la caracterización y organización de Internet desde una perspectiva jurídica, en el que destaca la incorporación de un nuevo subapartado "Seguridad", relativo al importan-

te papel de la ciberseguridad en la prevención y represión de las actividades ilícitas en Internet; la actualización de las funciones y la evolución de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN); las recientes instrucciones en relación con la asignación de los nombres de dominio “.es”, y la nueva normativa sobre el nombre de dominio “.eu”. El Capítulo segundo se ocupa del marco normativo de los servicios de la sociedad de la información (SSI), con especial atención a la jurisprudencia del TJUE en relación con la calificación de las actividades de plataformas de la economía colaborativa y el régimen de responsabilidad por contenidos ilícitos en Internet; la delimitación de los SSI respecto de los servicios de comunicaciones electrónicas y audiovisuales; y las nuevas obligaciones de los prestadores de SSI que ofrecen servicios en la Unión (Reglamento de geobloqueo,...). En el ámbito internacional, el autor realiza un minucioso tratamiento del *forum delicti commissi* y de la ley aplicable a los litigios por vulneración de los derechos de la personalidad, junto a la interacción del RRII/art. 10.9 CC y la Directiva 2000/31 (criterio del control de origen,...). El Capítulo tercero ha sido objeto de una profunda revisión como consecuencia del nuevo marco normativo sobre protección de datos personales, en el que sobresale el análisis comparativo del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) con el modelo prevalente en los EE.UU.; el riguroso examen del ámbito de aplicación territorial de la normativa europea y los derechos del interesados, con especial atención al derecho al olvido a la luz de la reciente jurisprudencia del TJUE; la transferencia internacional de datos, y la tutela jurídico-pública y privada de los interesados en las reclamaciones transfronterizas. El Capítulo cuarto nos acerca al estudio del Derecho de la competencia, con un tratamiento exhausti-

vo de la adaptación del régimen legal de la competencia desleal al entorno de las plataformas en línea, las nuevas obligaciones de transparencia, y el régimen de las comunicaciones comerciales en Internet, con particular referencia a los mecanismos de autorregulación. Como novedad frente a las ediciones anteriores, el autor incorpora un nuevo estudio dedicado a la libre competencia, que incluye un análisis específico de los acuerdos de distribución a la utilización de Internet como vía para la comercialización de los productos, y los abusos de posición dominante cometidos en el entorno digital. El capítulo se cierra con un profundo examen de la competencia judicial y la ley aplicable en los ámbitos de la competencia desleal y la libre competencia.

El Capítulo quinto se centra en la Propiedad Industrial, en el que autor aborda la patentabilidad del software, la infracción de patentes y marcas en Internet, los conflictos entre nombres de dominio y marcas, los mecanismos extrajudiciales en materia de nombre de dominio de la ICANN, el uso de marcas como palabras claves en servicios publicitarios de los motores de búsqueda, las medidas judiciales frente a prestadores intermediarios, y un exhaustivo estudio de la tutela transfronteriza. El Capítulo sexto se ocupa de la Propiedad Intelectual, donde recibe especial atención la evolución de la legislación, los objetos protegidos (programas de ordenador, bases de datos, páginas webs, y obras producidas a través de inteligencia artificial); los derechos de explotación y los límites en el entorno digital; las infracciones mediante enlaces, descargas de contenido, intercambios de archivos; el régimen de responsabilidad específico para los prestadores de SSI para compartir contenidos en línea; las medidas procesales de protección de los derechos de propiedad industrial y su ponderación con el derecho fundamental a

la protección de datos, y la tutela transfronteriza. Finalmente, cierra la obra el Capítulo séptimo dedicado al estudio a la Contratación, en el que se aborda la evolución de la normativa europea en la contratación con consumidores (comercialización en línea de contenidos y servicios digitales y por medio de mercados en línea); las fases de formación y ejecución del contrato electrónico;

el régimen de los servicios de pago, el dinero electrónico y los criptoactivos; el régimen de las firmas electrónicas y servicios de confianza para las transacciones electrónicas; y un pormenorizado tratamiento de la solución de controversias transfronterizas, a nivel judicial y extrajudicial.

José Ignacio PAREDES PÉREZ  
*Universidad Autónoma de Madrid*

DEL CASTILLO, Lilian (dir.), *Cortes y tribunales internacionales. Organización, competencia, procedimiento y jurisprudencia*, Astrea, Buenos Aires, 2021, 536 pp.

La obra colectiva objeto de recensión constituye un extenso y valioso estudio sobre la organización, la competencia, el procedimiento y la jurisprudencia más relevante de buena parte de las cortes y tribunales internacionales. Dirigida por la Profesora Del Castillo y coordinada por el Profesor Laborías, la obra comienza con un estudio preliminar de carácter histórico sobre los orígenes y la evolución de las jurisdicciones internacionales para, a continuación, en doce capítulos, proceder a un análisis eminentemente procesal de las mismas. La obra se estructura en tres partes: una primera relativa a los tribunales de alcance universal con competencia *ratione materiae* general o específica, una segunda a propósito de los mecanismos jurisdiccionales del comercio y de la integración y, finalmente, una tercera parte sobre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sobre los tribunales penales internacionales.

En el estudio preliminar introductorio, Del Castillo realiza un recorrido histórico sobre la “unión virtuosa” entre el Derecho internacional y la jurisdicción internacional. Dicho estudio parte de la Antigüedad —desde Mesopotamia

pasando por la antigua Grecia y Roma, el Sacro Imperio Romano-Germánico, la Paz de Westfalia o las Conferencias de Paz de La Haya— y llega hasta la etapa actual del Derecho internacional contemporáneo, con la entrada en vigor de la Carta de las Naciones Unidas y del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En este capítulo preliminar, que constituye una contribución significativa a la historia de las cortes y tribunales internacionales, la autora defiende que el Derecho internacional establece la jurisdicción internacional y, al mismo tiempo, la jurisdicción internacional completa la estructura normativa del Derecho internacional. En suma, Del Castillo concluye que, a su juicio, las principales funciones de la jurisdicción internacional son tanto de naturaleza política —en la medida en que permite a los Estados arreglar pacíficamente sus controversias— como jurídica —dado que los tribunales “incorporan en el Derecho internacional mecanismos institucionalizados de aplicación” (p. 68)—.

El siguiente capítulo, siguiendo un orden cronológico, aborda la *Corte Permanente de Arbitraje*. Con un gran detalle técnico, Laborías analiza los anteceden-

tes, la organización, la competencia, el procedimiento, la evolución y la actualidad de esta *organización internacional* creada en la Primera Conferencia de Paz de La Haya (1899), tan relevante para el arbitraje internacional. La misma aproximación sistemática, presente en adelante en el conjunto de la obra, es seguida por el citado profesor para el estudio de la *Corte Permanente de Justicia Internacional*, del que caben destacar las páginas dedicadas al tránsito de esta institución judicial a su sucesora, la *Corte Internacional de Justicia*, convertida hoy en órgano judicial principal de las Naciones Unidas y respecto del que Laborías presta una particular atención al procedimiento en el marco de su jurisdicción contenciosa. Como cierre de esta primera parte, se incluye un excelente capítulo de Godio respecto del *Tribunal Internacional del Derecho del Mar*. En él, este autor estudia los antecedentes, la organización y, sobre todo, la competencia de este foro obligatorio conducente a decisiones obligatorias en el marco de la Parte XV del Convenio del Montego Bay. Cabe destacar la inclusión en estos cuatro capítulos y también en los siguientes de una suerte de anexo jurisprudencial con comentarios de distintos casos de relevancia sometidos ante los respectivos tribunales internacionales, entre los que, lógicamente, sobresalen asuntos en los que Argentina ha sido parte.

La parte segunda, dedicada a los *mecanismos jurisdiccionales del comercio y de la integración*, comienza con el capítulo de Argañarás sobre el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones* (CIADI), donde, siguiendo la sistemática del conjunto de la obra, aborda detalladamente el procedimiento ante el CIADI. Tras un posterior capítulo de Gutiérrez y Laborías sobre el sistema de solución de controversias de la *Organización Mundial del Comercio*, esta parte concluye con el capítulo de Chiesa relativo al *Sistema de solución de contro-*

*versias del MERCOSUR*, destacando su análisis del *Tribunal Permanente de Revisión* y su reflexión sobre una hipotética Corte de Justicia para el MERCOSUR.

Finalmente, la tercera parte (*sistema interamericano de protección de los derechos humanos*) se compone del estudio de Anabel Papa respecto de la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, que se completa con un capítulo de Nazar sobre sus *Mecanismos de monitoreo, promoción y seguimiento de recomendaciones* (destacando su carácter versátil y la gran adaptabilidad y diversidad de dichos mecanismos), y con otro, el décimo, también de Papa, que representa un estudio muy completo sobre el procedimiento ante la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, del que deben mencionarse, por su carácter novedoso, las figuras del Defensor Interamericano y del *amicus curiae* (p. 427). En fin, la obra concluye con un interesante capítulo de Ricci sobre la *Corte Penal Internacional*, que detalla la organización, la competencia y el procedimiento ante la misma, y con un trabajo de Morassutti a propósito de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, cuya parte final, dedicada a los que tienen carácter híbrido, supone una gran aportación.

En definitiva, esta obra colectiva subraya la posición principal de los tribunales internacionales en el ordenamiento jurídico internacional y su contribución tan significativa al desarrollo, concreción, definición y precisión de la regulación jurídica de los más diversos ámbitos del Derecho internacional. De contenido principalmente procesal, este trabajo, aunque resaltando la perspectiva histórica y argentina, presenta una gran utilidad para la enseñanza y estudio de las jurisdicciones e internacionales y también para la práctica de las cortes y tribunales internacionales.

Eduardo JIMÉNEZ PINEDA  
Universidad de Córdoba

ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel, *La relación laboral internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 653 pp.

El incremento de la movilidad internacional “en” y “para” el trabajo, así como los cambios corporativos, sociales y tecnológicos que se han sucedido durante las últimas décadas, han tensionado la respuesta que ofrece el ordenamiento jurídico en situaciones transfronterizas; generando primordialmente una creciente atención doctrinal, que se ha visto seguida —en ocasiones— por una actividad legislativa y jurisprudencial que, desde una perspectiva internacional-privatista, se aprecia más intensa en el plano regional europeo. Así las cosas y tomando este complejo y cambiante sustrato como punto de partida, esta obra persigue llevar a cabo una exposición y posterior análisis completo de la respuesta normativa —principalmente institucional, en menor medida autónoma y casi inexistente en el plano convencional— que se ofrece desde el Derecho Internacional privado —desde una concepción amplísima— a la que conceptualiza —igualmente desde una óptica alejada de aproximaciones más clásicas y limitadas, centradas exclusivamente en el contrato individual de trabajo— como “relación laboral”.

Como se destaca en la introducción de esta voluminosa monografía, son tres los ejes sobre los que se construye un completo análisis de este tipo de relaciones, por medio de la que se ofrece un valioso estudio —sobre todo, desde un punto de vista práctico—. Primero, se analiza la “relación laboral” en su totalidad y en todas sus fases temporales —desde su nacimiento, hasta su extinción—; huyendo de un estudio más centrado en los sectores clásicos de nuestra disciplina —*forum e ius*—, condicionante de una aproximación más “conflictiva” que dificulta una visión de conjunto de esta peculiar relación y de los diversos ámbitos afines y/o

cercanos que condicionan su régimen legal en supuestos internacionales. Una relación que, en segundo término, no se limita a analizar desde su dimensión contractual individual (aunque sin abarcar la colectiva en su objeto) en sentido estricto, sino que se nutre y se complementa igualmente con la exposición de otros sectores normativos directamente relacionados que la condicionan —así, su dimensión ius-publicista, el régimen migratorio y el de seguridad social—, así como de otros ámbitos subyacentes de gran interés —como son el extracontractual, el societario y o la normativa relativa a la insolvencia—. En tercer lugar, se aproxima este estudio desde las relaciones estructurales existentes entre el Derecho Internacional privado relacionado con la actividad laboral —siempre desde la óptica de la relación individual— y otros sectores con los que interactúa en la práctica, como son el Derecho del Comercio Internacional y del Derecho de la Extranjería.

El resultado es una obra con un propósito de completitud que destaca por contar con una alta carga de practicidad, por medio de la que se cubren con solvencia los distintos problemas legales que presenta la dinámica de la “relación laboral” internacional; ofreciendo un análisis exhaustivo de los distintos tópicos que se presenta al respecto de la misma, junto a una valiente aproximación crítica, valorativa y profundamente propositiva (no sólo desde una perspectiva puramente interpretativa, sino incluyendo soluciones al respecto de las carencias del modelo y propuestas *de lege ferenda* sobre los problemas aplicativos), acompañada a lo largo de sus páginas de la exposición y el análisis desarrollado de numerosos casos y de cláusulas tipo, por medio de las que se enriquece el estudio

de cada una de las cuestiones analizadas. Una dimensión pragmática que, a su vez, se aprecia no ya tanto en las conclusiones generales —donde se regresa a un planteamiento más clásico, basado en las dimensiones propias de derecho privado, público y jurisdiccional—, sino fundamentalmente en relación con el extenso *Prontuario* (de 60 páginas) donde se condensan —perfectamente sistematizadas— las principales propuestas y aportaciones que se han ido desgranando a lo largo de cada uno de los seis capítulos.

Por lo que hace a su estructura, según el plan presentado en su introducción, el libro se articula en seis capítulos que se relacionan con las distintas fases temporales en las que se desarrolla habitualmente la “relación laboral” internacional y los litigios que ésta pudiera generar. En este sentido, la exposición se inicia con los problemas que —desde los distintos sectores y las dimensiones normativas antes mencionados; principalmente el migratorio, el régimen de la seguridad social y la respuesta conflictual vigente— se suscitan al respecto de la celebración del contrato (individual) internacional de trabajo —incluida la fase precontractual, la relativa a la formación del contrato, las peculiaridades vinculada a la capacidad de las partes y a la propia regularidad de la relación, así como el contenido del acuerdo— (Capítulo I), continuando con estudio de su configuración —según se trate sus condiciones temporales y espaciales de la relación, la cualificación del trabajador o la naturaleza privada o pública del empleador, incluidas las ETTs— (Capítulo II); y ello, de forma previa enfrentarse con las cuestiones que se suscitan al respecto de la ejecución de la “relación laboral” en su dimensión internacional —incluyendo el estudio de asuntos tan relevantes como son los ac-

cidentes y las enfermedades que pudiera sufrir el trabajador durante su prestación o la propia irregularidad de la actividad laboral— (Capítulo III), al igual que su eventual alteración —ya fuera al respecto de las circunstancias objetivas del contrato, las subjetivas que afecten al empleador, las espaciales motivadas por los supuestos de traslado o desplazamiento temporal, al igual que las temporales que afecten a la relación— (Capítulo IV). Junto a ello, y de forma previa del estudio de la dimensión contenciosa, la obra finaliza con el estudio de las distintas fases en las que se desarrolla la “relación laboral”, con una aproximación a los problemas que se plantean con motivos de su extinción —principalmente en su dimensión individual, pero también desde la perspectiva colectiva de situaciones como la de los expedientes de regulación o la insolvencia empresarial— (Capítulo V). El estudio finaliza con la exposición de la dimensión litigiosa relacionada con la “relación laboral” internacional (Capítulo VI) analizada extensamente —sin limitarse a la dimensión jurisdiccional—, cubriendo igualmente los aspectos propios del proceso laboral con elementos extranjeros y la circulación interacción al de resoluciones —con un tratamiento algo parco del papel que pueden jugar los mecanismos alternativos en esta sede—.

Como resultado de lo expuesto, nos encontramos ante un completo y audaz estudio que contiene una exposición exhaustiva de los distintos problemas legales a los que se enfrente la “relación laboral” internacional y los litigios que pudiera suscitar, ofreciendo una aproximación novedosa y una estimable guía práctica que merece una valoración muy positiva.

Guillermo PALAO MORENO  
*Universitat de València*

GARCÍA PÉREZ, Rafael, *La ampliación de la plataforma continental española*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 235 pp.

El estudio de los problemas técnicos y políticos derivados del proceso de extensión de las plataformas continentales más allá de las 200 millas marinas, en aplicación del complejo artículo 76 de la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (en adelante, CNUDM), ha demostrado ser un campo fructífero, no sólo para el análisis jurídico, sino también para la prospección política sobre los conflictos y acuerdos que pueda generar. El libro del Profesor Rafael García Pérez, centrado en el caso de *La ampliación de la plataforma continental de España*, como reza su título, une a los alicientes recién reseñados, el fundamental de que se refiere a nuestro país y el no menos importante de que es una monografía escrita por un especialista en el área de las Relaciones Internacionales, lo que no es desde luego habitual en este tipo de temáticas y supone una mirada diferente y particularmente interesante.

La obra que tengo el gusto de comentar contiene ciertas ideas motrices que se me antojan particularmente atractivas, por su realismo desilusionante. Por una parte, echa un jarro de agua fría sobre las expectativas optimistas relativas a la explotación de las ingentes riquezas que reposan en las plataformas continentales, señalando las incertidumbres en torno a estos proyectos, derivadas, entre otros motivos, de los altísimos costes de explotación. Por otra parte, coloca en su lugar los derechos de los Estados ribereños sobre la plataforma continental extendida, señalando con propiedad, que son derechos de jurisdicción y limitados, evitando así dar rienda suelta al patriotismo desbordante que suele rodear a estas reclamaciones.

Estructurada en un planteamiento del objeto de estudio y cinco capítulos, el libro del Profesor García Pérez estudia

conceptos clásicos del Derecho del Mar, como los espacios marítimos definidos por la CNUDM, con particular atención a su objeto de estudio, la plataforma continental; su delimitación de otros espacios vecinos a ésta; la definición de la plataforma continental ampliada (Capítulo I); la Comisión de Límites de la Plataforma Continental (en adelante, CLPC) y el procedimiento fijado por el artículo 76 de la CNUDM (Capítulo II); la práctica española en materia de delimitación (Capítulo III) y las relaciones de ello derivadas con nuestros vecinos (Capítulo IV). El Capítulo V se centra en el análisis de la explotación de los fondos marinos —un balance de la propia CNUDM, a casi 30 años de su entrada en vigor— y el potencial económico de la plataforma continental española —una evaluación de oportunidades y riesgos para España derivados de la posible explotación económica de los recursos existentes en esta área—.

Una de las grandes contribuciones teórico-doctrinales del trabajo es la que se refiere a la distinción entre las dos fases del proceso de reclamación ante la CLPC de extensión de la plataforma continental más allá de las 200 millas marinas, cuales son la fase de delineación y la fase de demarcación. El Profesor García Pérez, siguiendo la estela teórica de B.M. Magnússon, en sus trabajos de 2013 y 2015, analiza la fase de delineación —el procedimiento científico-jurídico que fundamenta las reclamaciones de extensión de la PC, más allá de las 200 millas marinas— realizada por España en su práctica en el Mar Céltico y Golfo de Vizcaya, en el área de Galicia y en el área al oeste de las Islas Canarias, y concluye que el trabajo técnico-jurídico realizado por nuestro país, es encomiable. Sin embargo, la visión del autor es particular-

mente inquisitiva y rica cuando analiza la fase de demarcación, un proceso de alcance político-diplomático que no escapa al ojo crítico de un especialista en las Relaciones Internacionales, que adivina los próximos problemas que se pueden derivar de una falta de acuerdo en la determinación de los límites exteriores con algunos de nuestros vecinos, como Francia y Marruecos.

Las reflexiones finales en torno a la responsabilidad del Estado sobre la plataforma continental constituyen una clara toma de postura del autor a favor de la gestión responsable de este espacio, de conformidad con el principio de precaución, el enfoque ecosistémico de todas

las actividades que se puedan realizar en la plataforma continental, y, como consecuencia, la prohibición expresa de la minería submarina.

Este trabajo se inscribe en una línea de investigación consolidada del Grupo de Investigación de Estudios Internacionales (GRESIN) de la Universidad de Santiago de Compostela. De fácil lectura para cualquier interesado en la política exterior española, es de obligada lectura para iusinternacionalistas que se precien de estar al día y para diplomáticos, técnicos y prácticos del Derecho Internacional.

Elena CONDE PÉREZ  
*Universidad Complutense de Madrid*

GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel Ignacio, *La libertad de expresión 4.0 en el sistema del Convenio europeo de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 268 pp.

La libertad de expresión constituye una piedra angular del sistema europeo de reconocimiento y protección de los derechos humanos. Este derecho se encuentra intrínsecamente unido al pluralismo necesario para que pueda afirmarse la existencia de una verdadera sociedad democrática. La libertad de expresión se erige como uno de sus fundamentos esenciales, al tiempo que conforma una de las condiciones básicas para su progreso. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos así lo entendió en la resolución de uno de sus primeros asuntos: *Handyside c. Royaume-Uni* de 7 de diciembre de 1976.

Sin embargo, el contexto comunicativo en el que fue adoptada aquella sentencia ejemplar ha variado tanto sustancialmente (contenidos), como formalmente (medios), si lo comparamos con el actual. Así, la información sobreabunda hasta saturar y lo considerado como público o privado resulta difícilmente delimitable (contenidos). Al mismo tiempo, la emer-

gencia de nuevos cauces comunicativos —como es el caso de Internet— y la aplicación de nuevas tecnologías como la algorítmica o la inteligencia artificial (medios), nos sitúa ante un nuevo escenario que el autor de la obra califica como 4.0 para diferenciarla de las tres revoluciones industriales anteriores (véase nota 73).

En este nuevo e insólito contexto, cabe preguntarse si aquel posicionamiento del Tribunal de Estrasburgo continúa siendo válido; máxime cuando la situación descrita arroja externalidades indeseables como el discurso del odio o las noticias falsas (*fake news*) que pueden llegar a socavar los cimientos de la democracia misma. Precisamente, el estudio monográfico del Dr. García San José persigue responder a esta cuestión central que concreta en la siguiente pregunta que se plantea en sus páginas: “¿son válidas y suficientes las respuestas desde el Derecho europeo de protección de los derechos humanos ante los desafíos que plantean los avances científicos y tecno-

lógicos y que se reflejan en la que hemos llamado la libertad de expresión 4.0?” (p. 56).

Para responder a este interrogante principal, la obra que recensionamos alberga un minucioso y dilatado examen casuístico en el que el catedrático sevillano analiza —con “microcirugía jurídica”, según sus palabras (p. 15)— la evolución y el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en relación con la libertad de expresión.

Para ello, el capítulo primero del estudio aborda el modo en el que este derecho es concebido por la jurisdicción europea con “especial atención a Internet” (p. 77 y ss.), así como “al bloqueo a su acceso” (p. 94 y ss.). Al respecto, el Tribunal de Estrasburgo reconoce que esta red electrónica constituye una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión de la que son usuarios miles de millones de personas en el mundo. Blogueros e *influencers* pueden convertirse en “perros guardianes” (*watchdog*) de la información tal y como también lo son —salvando las distancias— los profesionales del periodismo. Por este motivo, en este contexto, las medidas de bloqueo que puedan adoptarse, según extrae el autor de su análisis, “no parecen ser compatibles con el Convenio europeo si no forman parte de un marco legal que garantice tanto un control estricto del alcance de la prohibición como una eventual revisión efectiva por parte de una autoridad judicial independiente para prevenir eventuales abusos” (p. 100).

No obstante, lo anterior no significa que no haya que poner vallas al campo. Internet no está exenta de peligros. A través de esta red informática se pueden transmitir contenidos ilícitos que impacten en sus destinatarios en una medida mayor de lo que pudieran hacerlo los difundidos por la prensa. Precisamente, la cuestión de los límites del derecho a

la libertad de expresión 4.0 en conexión con otros derechos y libertades es examinada en el capítulo segundo. A tal efecto, se diferencian entre los que tienen una dimensión individual, como es el caso del derecho a la intimidad, el honor o la imagen; o bien de índole colectiva ante las manifestaciones racistas, xenófobas y el discurso del odio. De este capítulo segundo merece destacarse la identificación que realiza el Dr. García San José de los criterios que pueden deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Europeo para alcanzar un equilibrio entre los derechos en juego (p. 125). Estos criterios interpretativos pueden resumirse en los siguientes: el contexto y el contenido de esos comentarios; la responsabilidad de sus autores; las medidas tomadas contra éstos últimos y la conducta de la parte agraviada; y, finalmente, las consecuencias que se derivan de los comentarios tanto para quienes los emiten como para quienes son sus destinatarios.

Los criterios anteriores se tornan principios y son objeto de especial estudio en el capítulo tercero de la monografía. Para finalizarla, un capítulo cuarto y último se focaliza en el examen de lo que el autor rotula como el “alcance de las restricciones por motivo de interés general y la para la protección de los derechos de terceros en la libertad de expresión 4.0 a la luz de la jurisprudencia europea”; y en el que se ocupa, por ejemplo, de la lucha contra un fenómeno de actualidad: el de las noticias falsas (*fake news*).

Después del detallado análisis jurisprudencial, el profesor de la universidad hispalense retoma el interrogante inicial para concluir su trabajo señalando de manera general y asertiva que siguen siendo válidas y suficientes las respuestas del Derecho europeo relativo a la protección de los derechos humanos ante los desafíos que plantean los avances científicos y tecnológicos aplicados a la libertad de expresión (pp. 251-260). Qué duda cabe que los

redactores del Convenio europeo no llegaron a sospechar, siquiera, los cambios que se producirían en el futuro; en particular con el advenimiento de Internet. Sin embargo, el hecho de que concibieran un instrumento vivo y dinámico, moldeable y adaptable a realidades como las tratadas en este estudio monográfico, facilitaron que se lograra una solución satisfactoria. No obstante, el autor no se conforma con dejar tranquilo al lector con el resultado fundado con el que arriba a puerto. Además, le regala lo que considera las “cuatro

reglas de oro” de la protección de la libertad de expresión 4.0, fruto de su análisis jurisprudencial “microquirúrgico”. Avisos para los navegantes profesionales de la red y para los que sólo somos usuarios; una lectura, la de este libro, concienzuda sin dejar de ser amena, que resulta recomendable para todos; máxime en los tiempos que corren en los que nadie está ya libre de verse afectado por un naufragio en Internet.

José Manuel SÁNCHEZ PATRÓN  
Universidad de Valencia

HORRACH-ARNO, Josep Gunnar, *Jurisdicción y ley aplicable en materia de competencia desleal en el marco de la economía de las plataformas virtuales*, Marcial Pons / AEPDIRI, Madrid, 2022, 377 pp.

La economía de plataformas virtuales lleva años generando estudios doctrinales que abordan diferentes perspectivas considerando las innumerables implicaciones que los servicios ofrecidos a la ciudadanía por medio de los mencionados operadores generan en el incremento de bienestar social por un parte y, por otra, en los operadores incumbentes que venían ofreciendo servicios en los distintos mercados en que estas entidades han comenzado a operar. Esta alteración de las estructuras tradicionales ha generado respuestas de ciudadanía, operadores y *lobbies* empresariales que han recibido importante eco en los medios de comunicación del mundo entero con opiniones enfrentadas que subrayan diferentes consecuencias de este fenómeno.

La monografía del Dr. Gunnar, aborda una cuestión de relevancia práctica para deslindar los pros y contras generados por la extraordinaria disrupción que las plataformas han creado en muchos sectores económicos: la determinación de cuándo una conducta llevada a cabo por estos nuevos operadores o interme-

diarios en el mercado puede reputarse desleal.

Los operadores tradicionales han acusado de deslealtad en muchos casos a los servicios ofrecidos por estas entidades, tan solo porque generaban una nueva manera de ofrecer productos y servicios a la sociedad que resultaba más eficiente y más del agrado de los ciudadanos. En consecuencia, eran seleccionados por aquéllos produciendo impacto en modelos económicos tradicionales que han necesitado adaptar sus ofertas a las nuevas necesidades de la sociedad bajo la amenaza de perder las cuotas de mercado que antes mantenían sin realizar mayores esfuerzos de innovación, mejoras de precios o de mayor calidad.

Todas estas cuestiones pueden verse afectadas por elementos de extranjería. Es más, la intervención de plataformas simplifica enormemente la interacción entre oferentes y usuarios, estando todos ellos vinculados a diferentes jurisdicciones. Ello se agrava por el hecho de que las plataformas están ordinariamente vinculadas con países diferentes de los de oferentes y

demandantes. Por ello, cualquier relación llevada a cabo dentro de una plataforma virtual es un reto desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado.

La referencia doctrinal a las relaciones de derecho internacional privado vinculadas con las plataformas no ha sido adecuadamente abordada por la academia, salvo, a partir de esta monografía en lo que hace a las cuestiones de jurisdicción y derecho aplicable en materia de competencia desleal. Las cuestiones clásicas que en Derecho Internacional Privado generan un todo indisoluble que exige una valoración sistémica. En la obra se analizan las cuestiones referidas a la jurisdicción competente y al derecho aplicable relativas a las distintas controversias que pueden surgir con ocasión de las conductas que se definan como de competencia desleal en relación con la economía colaborativa. En este sentido la obra de Grunnar Horrach-Armo viene oportunamente a colmar una laguna doctrinal muy relevante.

El autor realiza un análisis de los foros de competencia judicial internacional analizando las fuentes de nuestro ordenamiento: el Reglamento Bruselas I bis, el Convenio de Lugano y la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cada uno analiza los foros en materia de responsabilidad extracontractual, el foro del domicilio del demandado, los foros de aplicación residual y los foros de vinculación procesal.

El análisis comienza haciendo una adecuada definición de la competencia desleal como materia delictual o cuasi delictual y de la noción de mercado afectado que resulta relevante para determinar las actuaciones del perjudicado o del infractor. También se realiza un estudio de los elementos que sirven para determinar el lugar del hecho causal tanto en transacciones simples como complejas y cuando existen codemandados.

Especialmente interesante resulta el estudio de los actos de competencia des-

leal contra el aprovechamiento y la utilización indebida de la reputación ajena, los actos de descrédito y de comparación ilícita. También se analizan las conductas contra los consumidores, los actos de dependencia económica, la inducción a la infracción contractual, la violación de secretos y la venta a pérdida. En cada uno de esos problemas el autor analiza las cuestiones a que puede enfrentarse un operador ofreciendo pros y contras de las diversas respuestas que resultan posibles.

En la determinación de la Ley aplicable se comienza con una definición de las fuentes de las que emana la regulación en nuestro ordenamiento. Se determinan los ámbitos de aplicación del Reglamento Roma II y su relación con el Código Civil y la Ley de Competencia Desleal. Muy acertado resulta el análisis de los daños pluri localizados en el ámbito del transporte de viajeros por carretera y en el del alojamiento vacacional intermediado con plataformas virtuales.

El estudio tiene como corolario un análisis pertinente de las situaciones en las que se produce una falta de correlación entre las normas de jurisdicción y ley aplicable en materia de competencia desleal.

La aportación de la obra es el tratamiento global de los principales aspectos del Derecho Internacional Privado en estas relaciones y el análisis teórico y práctico de que presentan las complejas relaciones llevadas a cabo con la intermediación de plataformas digitales. La obra es útil para abogados, jueces o particulares cuando la existencia de elemento extranjero es inherente. El autor ofrece propuestas sólidas atendiendo a los criterios del Tribunal de Justicia con un cuerpo doctrinal adecuadamente recogido en la monografía y llega a conclusiones atendiendo a los derechos que se deben salvaguardar.

María Pilar CANEDO ARRILLAGA  
*Universidad de Deusto*

JIMÉNEZ PINEDA, Eduardo, *El arbitraje internacional y el Derecho del mar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 629 pp.

Uno de los ámbitos del Derecho internacional que ha conocido un mayor desarrollo a través de los mecanismos pacíficos de solución de controversias ha sido el Derecho del mar. Buena prueba de ello es el gran número de controversias que han sido solventadas hasta ahora a través de los medios diplomáticos y jurídicos de solución de controversias, entre ellos el arbitraje internacional. Algunos de estos mecanismos constituyen instituciones jurídicas internacionales con una gran tradición histórica, y que, por sus características, han perdurado en el tiempo e, incluso, ahora, en el siglo XXI parecen estar viviendo un proceso de revitalización.

La voluntad de los sujetos de Derecho internacional de someterse a un arbitraje para buscar una solución basada en Derecho cuyo resultado les resulte obligatorio muestra el interés que despierta en el medio académico y científico esta institución. Interés que persiste como revelan los estudios que se han dedicado recientemente y, en particular, en el ámbito jurídico-marítimo. Indudablemente, el art. 287 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM) ha contribuido para que el arbitraje sea uno de los mecanismos específicos de solución de las diferencias marítimas más utilizados en la actualidad, y cuyos laudos han sido utilizados en numerosas ocasiones por la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y el Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM). La contribución del arbitraje internacional a la solución pacífica de las controversias marítimas nos parece destacable e incluso relevante todavía más hoy en día si se tiene en cuenta el contexto internacional actual en el que, en pleno conflicto en el Mar Negro como consecuencia de la agresión a Ucrania por parte de la Fe-

deración Rusa, los cauces jurídicos parecen seguir aún abiertos entre estos dos Estados, aunque el conflicto existente dificulte, hoy por hoy, los avances de los dos arbitrajes internacionales pendientes entre ellos relativos a disputas relacionadas con el Derecho del mar.

Buen reflejo de este interés es la monografía titulada *El arbitraje internacional y el Derecho del mar*, que es objeto de atención en la presente recensión, y que es, a nuestro juicio, de los pocos estudios doctrinales que abordan desde una perspectiva holística la institución jurídica del arbitraje internacional y su aplicación al ámbito del Derecho del mar. La publicación de esta obra se realiza en un momento muy especial para esta disciplina pues precisamente el año 2022 marca cuarenta años desde la apertura a la firma de la CNUDM. Un dato histórico que, en cuanto a la utilización del arbitraje en las disputas marítimas, ha de ser comprendido en un espacio temporal mucho más amplio puesto que han pasado más de 165 años desde el primer laudo arbitral sobre temas de Derecho del mar (*Caso del Washington/Gran Bretaña* (1854)) y casi 115 años desde el primer laudo arbitral en una controversia de delimitación de las fronteras marítimas entre dos Estados (*Noruega/Suecia, arbitraje contra los arrecifes de Grisbadarna* (1909)).

El autor utiliza un método que podríamos calificar como cartesiano para ofrecernos una presentación de conjunto de la problemática del arbitraje internacional en el ámbito del Derecho del mar. Así, tras una breve *Introducción*, la obra se estructura en tres Partes principales y cada una de ellas cuenta con dos capítulos. La *Primera Parte* realiza un análisis acerca de la perspectiva histórica, desde sus orígenes y hasta la adopción de la

CNUDM, y, también, de las características del arbitraje internacional que le han posibilitado ser parte indiscutible de la jurisprudencia internacional. La *Segunda Parte* se centra, por un lado, en los títulos de jurisdicción, y, por otro lado, en las reglas de procedimiento de los arbitrajes en el Derecho del mar. Destaca, en este sentido, el gran esfuerzo de sistematización de las cláusulas compromisorias. Así, el autor distingue, por una parte, entre las cláusulas compromisorias multilaterales (dieciocho en total) y bilaterales, y, por otra parte, los procedimientos obligatorios de arbitrajes conducentes a decisiones vinculantes en el marco de la CNUDM. La *Tercera Parte* se dedica específicamente al estudio de la aportación del arbitraje internacional al desarrollo del Derecho del mar. En este sentido, el autor efectúa un estudio pormenorizado del régimen jurídico de los distintos espacios marinos a la luz de los laudos arbitrales, y maneja con gran soltura y precisión esta práctica judicial para mostrar su contribución a la cristalización de un verdadero Derecho de las delimitaciones marítimas. Se trata, sin duda, de una enjundiosa labor de análisis de los más de cincuenta arbitrajes anteriores a la entrada en vigor de la CNUDM y de otros dieciocho arbitrajes celebrados tras la entrada en vigor de este tratado, tal y como puede consultarse en los Anexos de la monografía. Labor que resulta de gran

utilidad al lector; que le permite hacerse con un panorama completo de esta actividad jurisdiccional.

Esta obra es el resultado de muchos años de trabajo realizado por el autor durante su etapa de formación predoctoral. Esfuerzos investigadores que se reflejan en el importante volumen de aportaciones doctrinales, textos jurídicos, y pronunciamientos judiciales que el autor ha manejado y que se han plasmado, de manera sistemática y con gran rigor científico, en esta amplia monografía. Investigación en la que, además, se ve la impronta del Grupo de investigación al que pertenece el autor. Grupo liderado por su maestro, el Profesor Casado Raión, e integrado, entre otros, por el Profesor García García-Revilla (el otro co-director de la Tesis doctoral que se publica en esta monografía), y que es reconocido como un referente en los estudios tanto de las jurisdiccionales internacionales como del Derecho del mar.

En resumidas cuentas, se trata de una monografía oportuna, original y con un alto valor práctico, que contiene un material de investigación de gran riqueza, y que constituye una excelente contribución al estudio del complejo campo del arbitraje internacional en el ámbito jurídico-marítimo.

Gabriela Alexandra OANTA  
Universidade da Coruña

LARA AGUADO, Ángela (coord.), *Guía de buenas prácticas para la efectividad de los derechos de la niñez, adolescencia y juventud en situaciones de movilidad transfronteriza desde las perspectivas de género y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 540 pp.

Estamos ante una obra que logra con creces su objetivo. Este es, como indica en la introducción Ángeles Lara Aguado, la elaboración de una guía de buenas prácticas que, entendemos, cumple una

función orientadora e impulsora tanto en la promulgación de leyes y el diseño de políticas como en la interpretación y aplicación de las normas por parte de las autoridades judiciales y administrativas,

en el camino hacia la optimización de los derechos de la niñez, de la adolescencia y de la juventud ante situaciones que presentan una dimensión trasfronteriza. Dimensión en la que, repetidamente se nos advierte a lo largo de las distintas contribuciones, debe tomarse conciencia de la vulnerabilidad añadida que esta comporta y que incluso se recomienda sea categorizada en atención a la situación personal. Tarea en la que además uno de los primeros cambios que se exige es la promoción de un lenguaje que vehicule primar la condición de menor respecto a otras condiciones como es la extranjería. Por ejemplo, utilizar términos como infancia migrante o migración infantil, adolescente y juvenil, y conseguir así que sean visualizados como personas con derechos, cuyo impacto acabe calando en la sociedad en la que desarrollan su vida.

Un objetivo como el propuesto precisa contar con un equipo adecuado para poder abordar la pluralidad de escenarios con el enfoque transversal y multidisciplinar que se merece en pro a la utilidad que se predica e inspira la obra. Esto se consigue al integrar a los equipos de distintos proyectos de investigación competitivos. Un *win-win* con un valor añadido que culmina con un trabajo exhaustivo en el que es difícil concebir situaciones distintas a las que se recogen. Y aunque se nos advierta que no se han podido introducir todas las problemáticas, resultando ser las más significativas o que precisan de una actuación más urgente las que se encuentran en la obra, estamos convencidos, que cualquiera que sea el ámbito en protección de menores en el que se quiera o requiera actuar, lo más seguro es que esta guía ofrezca una respuesta.

Se trata pues de un esfuerzo loable en el que debe reconocerse la labor de coordinación y que es la que permite dar forma a esta obra, que también precisa de una estructura que coadyuve a que es-

temos ante una guía útil para el público al que principalmente va dirigida. Es por ello que se aplaude que todas las contribuciones cuenten con una pauta. Esta se traduce en partir de una recomendación con respecto a una problemática o situación concreta que se justifica a través de unas evidencias, en las que se puntualizan las necesidades, para las cuales se elaboran toda una serie de recomendaciones subsiguientes concretas y justificadas. Esto debería facilitar la tarea del legislador o de la autoridad competente a la hora de implementarlas o aplicarlas o de dejar de hacerlo o no optar por ellas, aunque sea por motivos económicos. Y es que la reivindicación es recurrente. Para lograr la optimización de los derechos de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes en situaciones de movilidad transfronteriza y promover un verdadero cambio de paradigma que incorpore la perspectiva de género y la necesaria concreción del principio del interés superior del menor (ambas excelentemente presentadas y expuestas), en el que se superen las barreras y límites del escenario actual sobre estas personas que no han alcanzado la mayoría de edad o que van a alcanzarla en transcurso a su vida adulta, apremia dotar al sistema de recursos materiales y humanos que cuenten con formación especializada. Ello propiciaría una atención y asistencia jurídica con todas las garantías, a la par que social, que no conduzca a su revictimización, precisamente por la situación de vulnerabilidad que les acompaña (como ocurre con la trata, el abuso sexual, el matrimonio infantil forzado y la violencia de género, etc.), en procesos propiamente de extranjería y/o nacionalidad, como también en aquellos que impactan en el desarrollo de sus relaciones privadas familiares, en situaciones que cuentan con una especial complejidad. A modo de ejemplo, entre otras, la gestión por sustitución, la obtención de alimentos en el extranjero o la sustracción internacional de menores

especialmente en contextos de violencia de género.

Pero la falta de estos recursos no es obstáculo para contribuir a los avances que se pretenden. Y aunque la exposición de datos cuantitativos no siempre es sinónimo de calidad, no podemos resistirnos a afirmar, que, en esta obra, la calidad del gran número de las sólidas recomendaciones que contiene es avalada por el rigor y el alto nivel de especialización técnico y/o práctico de sus autores y autoras. Nada más y nada menos que cuarenta y tres personas (por razones de espacio no hemos podido nombrar de manera expresa, pero quisieramos felicitar encarecidamente la labor realizada) que han trabajado bajo el paraguas de doce recomendaciones generales, sin contar las dos recomendaciones preliminares sobre las que pivota el libro, que, a su vez, integran cuarenta y dos recomendaciones globales y que dan lugar a un total de doscientas ochenta recomendaciones específicas. Un síntoma,

sin lugar a dudas, de las deficiencias en las respuestas actuales en relación con la pluralidad de circunstancias que afectan a la niñez, adolescencia y juventud que abogan por ser, cada una de ellas, un elemento transformador, o al menos de toma de conciencia, en quienes tienen el poder de decidir y aplicar.

En conclusión, nos encontramos ante un provechoso y pragmático trabajo de detección de problemas con propuestas de soluciones que marcan una valiosa hoja de ruta, nacido de consistentes trabajos de investigación, y que debería tener un lugar privilegiado en toda mesa de trabajo de toma de decisiones a nivel legislativo y/o de aplicación práctica, al mismo tiempo que abre la puerta a interesantes temas, a través de las evidencias y recomendaciones, que pueden ser objeto de debate en nuestras aulas.

Diana MARÍN CONSARNAU  
*Universidad Rovira i Virgili*

PASTOR PALOMAR, Antonio, *Acuerdo de Comercio y Cooperación de la UE y EURATOM con el Reino Unido*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 315 pp.

Antonio Pastor Palomar, profesor titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos y *consultant* en las áreas de Derecho internacional y Derecho de la Unión Europea de Herbert Smith Freehills, analiza en este trabajo un tema de incuestionable relevancia y actualidad. Lo hace con un enfoque particularmente atinado, por las razones que se exponen a continuación, y con un rigor y detalle que hacen de este libro una obra de consulta imprescindible para los interesados en la cuestión.

Procede señalar, de entrada, que el título de la obra no le hace justicia. Porque si bien es cierto que, como indica el

título, el trabajo analiza el Acuerdo de Comercio y Cooperación de la UE y Euratom con el Reino Unido (en adelante ACC), también lo es que estudia, además, otros tratados y otras materias, hasta ofrecer una visión de conjunto de cómo se han articulado desde el *Brexit* y cómo se articularán jurídicamente en el futuro las relaciones entre la UE y el Reino Unido. Ahora bien, el ACC constituye la piedra angular de esta nueva relación jurídico-económica entre el bloque de la UE y el Reino Unido y este hecho justifica por sí solo la oportunidad del libro.

La obra se estructura en tres partes: la primera, aborda “El contexto: dos fa-

ses del *Brexit*”, (capítulos 1 y 2), la segunda analiza “La gobernanza del tratado” (capítulos 3 y 4) y la tercera, se centra en “Los contenidos y lagunas del tratado” (capítulo 5). Asimismo, incluye unas Conclusiones (que no por breves carecen de interés) y una extensa —y muy valiosa— sección de bibliografía y, especialmente, de documentación.

La parte primera —el contexto— es un acierto de la obra. Lo es, desde luego, comenzar el estudio del ACC poniendo este acuerdo en relación con los otros tres acuerdos mediante los que se consuma la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, a saber, el Acuerdo de Retirada (AR), el Acuerdo relativo a los procedimientos de seguridad para el intercambio y la protección de información clasificada (ASI) y el Acuerdo para la cooperación y el uso seguro y pacífico de la energía nuclear (AN). Como también es un acierto encuadrar el ACC en el contexto de la acción exterior de la Unión Europea y compararlo con los acuerdos de la nueva política comercial europea. Sólo a partir de estos elementos puede el lector hacerse una idea cabal de la complejidad y mutabilidad del Acuerdo de Cooperación y Comercio.

La obra comienza, ya se ha dicho, por el estudio del Acuerdo de Retirada (Capítulo 1), vigente entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2020. El AR es menos extenso (185 artículos) que el ACC, pero igualmente complejo. Establece un sistema institucional formado por un Comité Mixto y seis Comités especializados, designa autoridades encargadas de la aplicación del propio AR en cada Parte y que deben actuar en cooperación con el Comité Mixto, al que se encarga de la ejecución del Acuerdo, de buscar fórmulas para prevenir problemas y de resolver controversias, así como de su modificación, y al que se dota de capacidad para aprobar recomendaciones y adoptar decisiones vinculantes.

El capítulo 2 incluye una exposición breve de los otros dos tratados que rigen la salida del Reino Unido de la UE (ASI y AN), y —como se ha dicho, acertadamente— pone en relación el ACC con otros acuerdos de comercio y cooperación celebrados por la UE en el marco de su estrategia comercial revisada (acuerdos con Japón y Canadá, principalmente). A continuación, introduce el ACC. En este sentido, da cuenta de su compleja estructura —783 artículos divididos en 7 partes, y 3 protocolos— y contenido, destacando que el ACC contiene, por una parte, disposiciones que incorporan por referencia otros tratados internacionales y, por otra, cláusulas que remiten a la aprobación de acuerdos internacionales de aplicación del propio ACC y que serán adoptados por las Partes en el ACC o por los Estados miembros bilateralmente con RU, según los casos.

Los capítulos 3 y 4 (Parte segunda) constituyen el cuerpo central de la obra. Tras caracterizar el ACC como un acuerdo de asociación, no mixto, trilateral y vinculante para los Estados miembros son analizados los ámbitos temporal, material y territorial de aplicación. Al tratar de los principios que rigen la interpretación y aplicación del Acuerdo, el autor destaca la ausencia, salvo excepciones, de efecto directo de las disposiciones del ACC.

Por lo demás, la complejidad del Acuerdo se manifiesta en su estructura institucional: además del Consejo de la Asociación, establece el Comité de Asociación Comercial, del que dependen 10 comités especializados en Comercio, 8 comités especializados en otras áreas, y prevé la constitución de Grupos de Trabajo por los órganos mencionados. Es de destacar que el ACC establece un mecanismo de prevención y solución de diferencias exclusivo, en el sentido de que las partes se comprometen a no someter las diferencias entre ellas a un mecanis-

mo distinto, en el que el arbitraje ocupa un lugar principal, pero no único, pues junto a este mecanismo general conviven otros mecanismos específicos.

El capítulo 5 se dedica al contenido del ACC. Y en él no sólo se analizan los sectores cubiertos en el ámbito del “comercio”, sino también determinadas lagunas de relevancia como la no regulación de los servicios financieros o de la cooperación judicial en materia civil y mercantil, entre otras.

Junto al acierto —ya señalado— de poner el ACC en su contexto, el libro tiene como característica principal la profundidad del estudio realizado. A modo de ejemplo, el libro no sólo enumera los comités creados por el AR, sino que además da cuenta de las reuniones que han celebrado y de los acuerdos y desacuerdos resultantes. En este sentido tienen particular interés las páginas dedicadas al Protocolo sobre Irlanda. De igual forma, cuando en el capítulo 5 considera determinadas lagunas del ACC examina con detalle la falta de un mecanismo de solución de diferencias de inversiones, lo

que conduce a un interesante análisis de la problemática existente en torno de los acuerdos de protección en materia de inversiones.

Este nivel de rigor en el análisis y el constante encuadramiento del ACC y de sus partes permiten al lector obtener una visión panorámica, completa y detallada del Acuerdo que establece las bases de la nueva relación UE/RU, una relación que el autor prevé “compleja y evolutiva” (pág. 75). No puede ser de otra manera si tenemos en cuenta que el objeto del ACC es regular la divergencia (pág. 275).

A destacar, por último, la constante consideración de los efectos del ACC y, en general, del marco jurídico post *Brexit*, para España, sus Administraciones Públicas, ciudadanos y empresas. También en este punto se deja ver el conocimiento profundo —desde la teoría y en la práctica— que A. Pastor Palomar posee del tema.

Santiago RIPOL CARULLA  
Universidad Pompeu Fabra

PÉREZ-PRAT DURBÁN, LUIS y CORTÉS MARTÍN, José Manuel (coords.), *Un mundo en continua mutación: desafíos desde el Derecho internacional y el Derecho de la UE. Liber Amicorum Lucía Millán Moro*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022. 950 pp.

Ve la luz esta obra ofrecida a la Profesora Lucía Millán Moro, catedrática de Derecho internacional público y Relaciones internacionales en las universidades de Cádiz y Pablo de Olavide de Sevilla —antes, profesora en la Universidad de Sevilla— con motivo de su jubilación y como reconocimiento a su remarcable ejecutoria profesional.

Se trata de un libro miscelánea en que se ha ofrecido a los contribuyentes elegir el tema de su colaboración en las tres partes en que se divide la obra: Derecho

internacional, Derecho de la UE y Relaciones internacionales. Por tanto, se ha eludido la fórmula de una obra agrupada en una materia más concreta, opción que, junto a inconvenientes, encierra la ventaja de ser más identificable en un índice bibliotecario de materias (recuérdese, por ejemplo, la fórmula elegida para celebrar la trayectoria del prof. Oriol Casanovas, en torno a la unidad y pluralismo del Derecho internacional, si bien este ámbito ya era amplio de por sí). La propia homenajeada se ha movido en su

trayectoria investigadora y docente a caballo entre las dos primeras asignaturas citadas. Las contribuciones encuadradas en las “Relaciones internacionales” son menores en número, destacando el espíritu optimista y federalista de Francisco Aldecoa en torno a la conferencia sobre el futuro de Europa y la entidad del trabajo de Inmaculada Marrero sobre el protagonismo del Estado también entre los actores de las relaciones internacionales; o bien, la perspectiva de la autonomía estratégica de la UE, según Rafael García Pérez.

Dado el menosprecio curricular a los libros-homenaje, el motor de la amistad aparece como superior a cualquier otro, y no es pequeña cosa. A juzgar por el contenido y el peso de la obra (rayana en las 1000 páginas), se puede decir que Lucía Millán cuenta con numerosos y prestigiosos amigos, una pléyade de autores ilustres, localizados en Andalucía y más allá de Despeñaperros. Varios autores acompañan su estudio doctrinal de referencias académicas y personales a la figura de la profesora sevillana. El resultado final, obviamente, es heterogéneo en cuanto al interés y originalidad de las aportaciones. También en cuanto al volumen, oscilando entre las 65 páginas del trabajo (responsabilidad internacional del Estado por actividades cibernéticas en el espacio ultraterrestre) de ese gran investigador y polígrafo que es Cesáreo Gutiérrez Espada y las 5 páginas de la aportación de Carlos Moreira en torno a la unanimidad en las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE. El resultado global es un fresco muy provechoso, variado y representativo de una parte de la doctrina española, en numerosos casos sobre la base de líneas de investigación ya iniciadas, y hasta consolidadas, de sus autores. En otros, la contribución se presenta como un embrión de una investigación más enjundiosa a futuro, como la que ofrece Joaquín Alcaide sobre la ciencia del “Derecho de la UE español”.

En cuanto al título de la obra, es reflejo de su generalidad de contenidos y de la terminología tradicional de un *liber amicorum* (que es también, claro, un *liber discipulorum* en casos como el del codirector de la obra, José Manuel Cortés, y varios más). El título evoca, en efecto, los tiempos siempre cambiantes, aserto que nadie nunca puede objetar. Solamente cabría añadir que, dadas las distopías encarnadas en realidades o en serias amenazas, habría que preguntarse si el mundo sigue simplemente en mutación, o si está ya en extinción en tantas cosas. Lo único previsible es lo imprevisible, como se repite ahora.

Hay otro factor temporal que mediatiza siempre estas obras corales: el tiempo de la elaboración y revisión de las contribuciones y de los temas que abordan. Es una tarea ciclópea solicitar y obtener todas ellas. El proceso requiere años; en este caso, la larga gestación está más justificada por la pandemia del covid-19, a la que, por cierto, Teresa Ponte consagra su estudio, relacionado con la responsabilidad internacional que pueden haber contraído organizaciones internacionales (como la OMS) o Estados a este propósito. Claro, algún autor, como Cástor Díaz Barrado, se previene de este problema con un tema como el de las Conferencias internacionales americanas antes de 1945 y el principio de igualdad. Pero la mayoría habla de temas movедizos, y hay autores que precisamente por aplicados y puntuales ven su aportación algo desfasada respecto a la realidad actual; otros se valen de un *post-scriptum* o señalan la fecha última de consulta de los datos manejados.

Los trabajos se leen todos en lengua castellana, salvo el de Anne-Marie Snijders, sobre la crisis del Estado de Derecho, publicado en francés, y el de Jonathan Pass sobre el “long and winding road to Brexit”, en inglés.

Ya digo que la obra está dividida en tres grandes bloques. Dentro de ellos se sigue la ordenación alfabética de los autores. Es decir, los codirectores, ellos mismos juristas de reconocida competencia vinculados a la Universidad Pablo de Olavide, han descartado cualquier sugerencia, cualquier ensayo, acaso indeseable y hasta imposible, de conexión temática, de diálogo entre contribuciones emparentadas en el tema. Claro, en el bloque de Derecho internacional encontramos, como no podría ser de otra manera, alusiones al Derecho de la UE: así sucede en los dos trabajos enmarcados en las misiones militares de Miguel Acosta y de Gloria Fernández Arribas, o en el de J. M. Cortés, que trata de la especificidad de la UE en el campo de la responsabilidad internacional de organizaciones internacionales.

¿Qué otros temas son objeto de estudio en la obra? Ciertamente, las vicisitudes del Estado de Derecho y la identidad constitucional en la Unión Europea. La malhadada sentencia del TC alemán de 5 de mayo de 2020, desafiante en toda regla del control del Derecho comunitario derivado por parte del TJUE, es analizada por Marycruz Arcos y por Juan Manuel de Faramiñán. Manuel López Escudero nos alumbró sobre el estado de la primacía del Derecho de la Unión Europea de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria (él comprende que por motivos de seguridad jurídica o de protección de derechos humanos, este principio esencial para un derecho común pueda verse exceptuado). Sobre la tutela judicial efectiva gravita el trabajo de Diego Javier Liñán concerniente al control judicial de la PESC. José Martín y Pérez de Nanclares trata del Estado de Derecho a la luz de la jurisprudencia de Luxemburgo. Antonio Lazari, con un enfoque interdisciplinar, analiza la identidad constitucional europea. Paz Andrés nos ilustra sobre las virtudes y defectos de la llamada *Ley Magnitsky europea*. Gregorio Garzón ha-

bla de los derechos políticos enmarcados en la ciudadanía europea, cuya evolución normativa se encuentra estancada, y de dos cuestiones conexas: los partidos políticos europeos y la sedicente “ampliación interna” de la UE relacionada con una eventual secesión ocurrida en un Estado miembro. A propósito del desafío soberanista catalán —desafío al sistema constitucional español y europeo—, Araceli Mangas advierte sobre la “secesión por negligencia” que podría acontecer por la efectividad e ilegalidad en que se han movido las delegaciones exteriores de Cataluña.

También con el marco de los derechos humanos, pero en una perspectiva más internacional, se sitúan los trabajos de Mariano Aznar, sobre el poco conocido procedimiento de protección de la Unesco 1004, y los de Rosario Carmona y Jorge Cardona sobre derechos de la infancia, aquella en la perspectiva onusiana y el gran teórico y práctico del tema que es el catedrático de Valencia acerca del derecho regional americano en la materia.

El otro gran bloque de materias sería el relacionado con la cuestión fronteriza y migratoria, seña de identidad de la nueva escuela gaditana, encabezada por Alejandro del Valle, y que cuenta en este libro y sobre estos temas con su firma, y también con las de Inmaculada González (sobre la inmigración hacia Canarias en el periodo 2016-2021) y de Jesús Verdú, sobre el nuevo estatuto de Gibraltar. El mismo problema gibraltareño, relacionado con el *Brexit*, es abordado también por Pablo Antonio Fernández. El tema migratorio y el recurso frecuente al *soft law* son tratados por Montserrat Pi y Esther Zapater en su contribución conjunta.

En fin, hay también espacio para el derecho del mar, en relación con las inmunidades soberanas y la seguridad marítima frente a la piratería, en estudios

hechos, respectivamente, por Concepción Escobar y José Manuel Sobrino. También hay análisis de cuestiones de índole cultural, en los trabajos de Luis Pérez-Prat (la destrucción del patrimonio cultural) y Carlos Fernández Liesa (sobre historia, cultura y nación española).

Una referencia última a una pieza muy jugosa de información e ingenio sobre el periodo 2016-2021 de la Corte Internacional de Justicia, firmada por Antonio Remiro.

Los últimos caracteres disponibles los reservo para celebrar y encomiar; en general, este libro y para que este glosador se sume con esta recensión —ya que no pudo hacerlo en su momento con una contribución—, de todo corazón y de toda cabeza, sentimental y racionalmente, al tributo dedicado a la Profesora Lucía Millán Moro.

JAVIER ROLDÁN BARBERO  
*Universidad de Granada*

QUINZÁ REDONDO, Pablo, *Uniones registradas en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 200 pp.

Es para mí un placer presentar la monografía del Prof. Quinzá Redondo por varios motivos. Por un lado, porque viene a cubrir la laguna existente respecto de estudios monográficos de cuño internacional privatista español, dedicados al estudio de los conflictos de leyes que se generan en torno a las parejas de hecho. Si bien, existían interesantes trabajos científicos, todavía no se había dedicado una monografía completa a este complejo tema.

Por otro lado, la obra contiene un análisis completo de la problemática, focalizado en los dos sectores clásicos del Derecho Internacional Privado: competencia judicial internacional y Derecho aplicable. El autor en esta obra no se limita a realizar un acercamiento meramente descriptivo del Reglamento 2016/1104 sino que bucea a través de él, para localizar los múltiples problemas que genera. A su vez, trata de dar con las mejores soluciones y para ello analiza de manera exhaustiva las posiciones doctrinales a las que la falta de concreción del Reglamento (en espera de posicionamiento por parte del TJUE) ha dado lugar. Se trata, por lo tanto, de un trabajo de auténtica investigación que tiene ves-

tigios de “intervención” en la medida en que propone soluciones con buena argumentación jurídica.

Tras la introducción el libro se articula en torno a tres capítulos. El primero sirve de arranque a la obra y se centra en el ámbito de aplicación del Reglamento de parejas de hecho. Es especialmente destacable las consideraciones que el autor hace (dentro del ámbito personal del Reglamento) respecto de los elementos formales (p. 45 y ss.). En este punto se plantea el alcance de la expresión utilizada en el art. 3.1 a) que contiene la definición de “unión registrada”: régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, *cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley* y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación.

El hecho de que en España las diferentes leyes autonómicas establezcan registros meramente declarativos, puede ser un obstáculo para su inclusión dentro del ámbito del Reglamento, habida cuenta de la exigencia de registro obligatorio conforme a la ley reguladora. En espera de pronunciamiento del TJUE la interpretación finalista que sostiene el autor es la más conveniente, pues aprehende

a las uniones registradas españolas con independencia de que el registro fuera constitutivo o declarativo. En realidad, lo importante es que exista el Registro.

Ahora bien, se plantea un problema especial cuando, como ocurre en Derecho aragonés, la inscripción en el registro administrativo sólo es necesaria para que a la pareja estable no casada le sea aplicable las medidas administrativas que le correspondan. La consideración de pareja estable y, por tanto, del despliegue de algunos efectos que la equiparan al matrimonio (por ej. adopción, D. de alimentos, testamento mancomunado) requiere la concurrencia de los requisitos necesarios para ello, y que puede ser acreditada mediante cualquier medio de prueba y no requiere de inscripción.

Dentro del análisis del ámbito material, el autor aborda las cuestiones controvertidas de las exclusiones que realiza el Reglamento (p. 58 y ss). Dentro de ellas hay una especialmente sensible (art. 1d) que es la relativa a la sucesión por causa de muerte de uno de los miembros de la unión registrada y el problema que plantea la existencia de figuras jurídicas de “dudosa calificación”. El ejemplo tomado por el autor es la cuarta viudal catalana que en origen estaba prevista para el matrimonio y que ahora también, concierne a la pareja estable. Dificultad de encaje que también plantea el usufructo viudal aragonés (respecto del régimen matrimonial y el sucesorio), y que pone en jaque la armonía del sistema creado por los Reglamentos. El Considerando 12 del Reglamento de sucesiones se antoja vago e impreciso para abordar los problemas concretos que el tráfico jurídico genera.

El capítulo segundo del libro se dedica al análisis de las normas de competencia judicial internacional. El estudio se estructura en torno a la determinación de la competencia en los supuestos previstos por el Reglamento (art. 4 a 11). En

concreto, en los casos de fallecimiento de uno de los miembros de la unión registrada, respecto de los cuales el autor examina cuatro problemáticas concretas. A continuación, analiza los supuestos de disolución o anulación del vínculo jurídico y, por último, la competencia en otros casos, supuestos de sumisión y ausencia de ella, con la articulación de cinco foros jerárquicos y la problemática que se puede generar entre ellos.

De especial interés resulta la dificultad que plantean los supuestos de doble nacionalidad respecto del cuarto foro previsto en el art. 6 *la nacionalidad común de los miembros de la unión registrada en el momento de la interposición de la demanda*. El autor se inclina por una solución armónica con los Reglamentos en Derecho de familia y, por lo tanto, con la posibilidad de que poseyendo los miembros de la pareja dos o más nacionalidades comunes puedan presentar la demanda antes los órganos jurisdiccionales de cualquiera de ellos (pp. 121-122). Este tema volverá a tratarlo, pero en sede de Derecho aplicable, sin decantarse, esta vez, por una de las dos interpretaciones que se han dado del considerando 49 del Reglamento (pp. 145-146).

El tercer capítulo del libro es el dedicado a las disposiciones sobre ley aplicable a los efectos patrimoniales previstas en el Reglamento. Para ello se distinguen los supuestos en los que ha habido elección de ley y aquellos en los que no. El autor proporciona las líneas básicas de interpretación de los preceptos y avanza soluciones a problemas tales como el registro de la unión en varios Estados o la posibilidad de elección tácita de la ley aplicable.

El último apartado es el dedicado a los problemas que presenta la determinación de la ley aplicable en Estados plurilegislativos y en concreto en el caso español. Precisamente la situación caótica, a nivel interregional, que origina el que

no se cuente en España con un sistema de solución de conflictos de leyes interno en este tema (dado el vacío legal al que conduciría la remisión del artículo 16. 1 del CC) facilita la determinación de la ley concreta de las que coexisten en España cuando se deba aplicar el Derecho español. Esto es así porque se debe acudir al sistema de remisión directa que prevé el art. 33.2.

El Reglamento (ni este ni ninguno hasta ahora) se aplica a supuestos exclusivamente internos y la brújula internacional privatista funciona bien en la determinación, no sólo de la aplicación del Derecho español, sino en la selección del concreto Derecho español de los que coexisten en España. Ahora bien, nuestra brújula deja de apuntar al norte cuando penetra en el ámbito estricto del Derecho interregional, puesto que cae en el mar de la inseguridad jurídica, al no contar con la debida norma de solución de conflictos de leyes internos. Ante ello, la alternativa del matrimonio se presenta como el salvavidas más interesante.

Antes de terminar me gustaría llamar la atención del lector sobre la sorpresa que contiene el libro a modo de *bonus*. Me refiero al prólogo del Prof. Esplugues Mota. Confieso que soy fiel seguidora de todos los que escribe con un estilo tan elegante, irónico y sugerente que crea tal adicción que esperas con expectación su siguiente prólogo. Los académicos verán reflejados muchos de sus pensamientos y sentimientos no siempre confesados.

No me resta más que dar la enhorabuena al Prof. Quinzá por su obra que ya es un referente de la doctrina y felicitarle por su resistencia al lado oscuro de lo que se ha dado a llamar “efecto ANECA”. El trabajo serio requiere mucho estudio y es enemigo de publicaciones vacuas. El autor consolida con este libro su carrera investigadora y muestra como los buenos frutos provienen del árbol de leer más y escribir con rigor.

María Pilar DIAGO DIAGO  
*Universidad de Zaragoza*

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena y TORRALBA MENDIOLA, Elisa (dirs.), *La protección de las transmisiones de datos transfronterizas*, Thompson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, 412 pp.

El desarrollo de mecanismos de Derecho privado en relación con la tutela del derecho fundamental a la protección de datos personales se ha convertido en un complemento esencial de la tradicional tutela jurídico-pública por medio de las autoridades administrativas de control y la eventual revisión judicial de sus decisiones. A esos efectos, destaca la creciente trascendencia del ejercicio de acciones frente a responsables o encargados del tratamiento para reclamar una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la infracción de las normas sobre protección de datos, como

prevé ahora el artículo 82.1 Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos (RGPD). Habida cuenta del carácter típicamente transfronterizo de la actividad de los responsables y encargados de tratamiento con un mayor impacto en los entornos digitales —como puede ser el caso de redes sociales, plataformas o proveedores de servicios de computación en nube—, constituye sin duda un acierto que el eje fundamental del libro reseñado, como ponen de relieve las directoras de la obra en su introducción, sea el estudio del potencial del Derecho internacional privado como instrumento

para la eventual consecución de los fines del RGPD.

Desde esa perspectiva, reviste especial relevancia el estudio de la Profesora Rodríguez Pineau acerca de las cuestiones de competencia judicial internacional y de derecho aplicable suscitadas por el ejercicio de acciones de indemnización en materia de protección de datos personales (pp. 213-261). En concreto, su contribución proporciona un elaborado análisis de la regla de competencia judicial internacional introducida en el artículo 79.2 RGGP y de su eventual coordinación con las reglas de competencia establecidas en el Reglamento Bruselas I bis. Además, el capítulo aborda las carencias del mencionado artículo 82 RGPD en materia de Derecho aplicable, lo que lleva a la autora a proponer la búsqueda de una norma de conflicto implícita en el RGPD que podría conducir a la aplicación de la ley del lugar del centro de intereses del afectado por el tratamiento.

Junto a la reclamación de indemnizaciones, el ejercicio de acciones de cesación constituye otra vía de gran relevancia para la aplicación privada del Derecho de protección de datos, que se vincula con los esfuerzos en el seno de la UE por facilitar el recurso a mecanismos de acción colectiva. La extensa contribución del Profesor Paredes Pérez (pp. 351-410) constituye una innovadora aportación de extraordinario interés en relación con un tema tan complejo como la interacción entre la Directiva (UE) 2020/1828 relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, la Directiva 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, el RGPD y el Reglamento Bruselas I bis. Resulta particularmente esclarecedor su riguroso análisis de las dificultades de articulación de la Directiva relativa a las acciones de representación con los fueros de competencia judicial

disponibles con base en el RGPD y el Reglamento Bruselas I bis.

El capítulo redactado por la Profesora Torralba Mendiola (pp. 315-349) está dedicado al análisis de la interrelación entre la protección de datos personales y el Derecho de la insolvencia, como sectores que tratan de tutelar intereses diversos que pueden entrar en conflicto. Esta novedosa contribución parte del análisis de la naturaleza de la responsabilidad del administrador concursal con respecto a los datos objeto de tratamiento en el marco de la actividad concursal, valorando seguidamente las cuestiones de Derecho internacional privado que pueden plantearse en ese ámbito. En particular, analiza la aplicación en este entorno de los criterios de competencia del artículo 79 RGPD junto con el eventual recurso a los fueros del Reglamento Bruselas I bis, así como las implicaciones de la exclusión de la calificación como concursal de las acciones de indemnización que con base en el artículo 82 RGPD puedan dirigirse frente a los administradores concursales por la infracción del RGPD.

De singular actualidad resultan también los capítulos 3 y 4 de la obra. En el primero de ellos (pp. 77-138) la Profesora Cordero Álvarez aborda un tema de tanta trascendencia como el relativo a la transferencia de datos personales a terceros Estados. Al margen de la presentación del régimen establecido sobre ese particular en el RGPD, el interés de la contribución resulta especialmente de su análisis de las relaciones con dos Estados respecto de los que el marco en esta materia se ha visto sustancialmente alterado por circunstancias sobrevenidas. En concreto, el estudio aborda la situación respecto de EE. UU. tras la declaración de invalidez por parte del TJUE de la Decisión de Ejecución de la Comisión sobre la adecuación de la protección conferida por el Escudo de la Privacidad UE-EE.

UU., así como el marco de relaciones con el Reino Unido tras su retirada de la UE.

Por su parte, el cuarto capítulo, del que son autores los Profesores Álvarez Armas y Alexia Pato, va referido al alcance territorial del Derecho al olvido (pp. 177-209). Esta contribución analiza la fundamental sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-507/17, *Google/CNIL*, así como una selección de precedentes jurisprudenciales relevantes en relación con el ámbito territorial de mandamientos judiciales respecto de actividades ilícitas en línea. La importancia e interés de la materia se han visto acentuados por la evolución del Derecho de la UE incluso más allá del sector de la

protección de datos personales, como refleja la importancia atribuida a la fijación del ámbito de aplicación territorial de las órdenes de actuación contra contenidos ilícitos en el artículo 9 del Reglamento (UE) 2022/2065 relativo a un mercado único de servicios digitales.

Para concluir, y no exceder la extensión máxima de seis mil caracteres asignada para esta recensión, cabe mencionar que la obra incluye además otras tres contribuciones, en concreto, de las Profesoras Echezarreta Ferrer, Otero García-Castrillón y Parra Rodríguez.

Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO  
*Universidad Complutense de Madrid*

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, *El principio de justicia universal en el Derecho español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 207 pp.

La obra analiza de forma completa los casi cuarenta años de vigencia del principio universal, así como las diversas modificaciones, legislativas y jurisprudenciales. Ya la *Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial* acogió el principio de jurisdicción universal en su forma absoluta, siendo el asunto *Pinochet* uno de los *adalides* aportados por la justicia española a la justicia internacional. Sin embargo, las presiones externas y las pugnas entre el legislador y el poder judicial español han dado lugar a reformas legislativas que han modificado el número de crímenes objeto del principio, han establecido nexos de conexión con los intereses españoles o han introducido requisitos procesales que poco tienen que ver con su finalidad.

El lector observará que, desde una perspectiva histórica, atendiendo a la conjugación de la actividad legislatora y judicial en relación con el principio universal, el autor ha articulado la obra en cuatro etapas (a modo de capítulos) que

se corresponden con los años de vigencia del principio.

La primera etapa (“Amplitud legislativa *versus* restricción judicial”), que abarca desde la normativa pre-constitucional hasta la LO 1/1985, establece que el orden penal está regido por el principio de territorialidad, de nacionalidad (en su modalidad activa), de defensa y de jurisdicción universal, destacando el autor, en relación a éste último, no solo la disparidad en su aplicación sino también en su interpretación, pues como señaló el propio Tribunal Supremo “no le corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo, sino que más bien hace falta un punto de conexión que legitime la extensión extraterritorial de su jurisdicción para el conocimiento de dichos crímenes” (STS 237/2003).

La segunda etapa (“Amplitud judicial *versus* restricción legislativa”), señala el

autor, se inicia con la resolución de la Audiencia Nacional (AN) en la que, si bien reconoce el principio de territorialidad como el principio natural, en el caso de que la jurisdicción del lugar de comisión no actuara, o no lo hiciera de forma eficaz, estaría justificada la actuación de una jurisdicción internacional o, incluso, nacional; añadiendo el Tribunal Constitucional que dicha actuación se haría “en interés del conjunto de la comunidad internacional (...) por la *naturaleza* del delito” y con el objeto de cumplir con la “misión de defensa y protección de los derechos humanos” (STC 16/2005). En este sentido, nuestra legislación había establecido un principio universal absoluto “sin sometimiento a criterios restrictivos de corrección o procebilidad”, únicamente en atención a la naturaleza del crimen objeto de persecución.

Sin embargo, el Supremo (TS), aplicando su doctrina basada en los criterios de conexión de 2003, inadmitió entonces la querrela contra China por delitos de genocidio y tortura contra el grupo Falun Gong que, más tarde, fue admitida en amparo por el Constitucional, recordando su STC 237/2005. Surgió así, como el autor señala, un debate político que concluyó con la necesidad de la modificación legislativa del principio universal, finalmente operada por la LO 1/2009 que incorporó nuevos delitos, pero limitó su alcance con el establecimiento de vínculos de conexión con el Estado español, tal y como había señalado el TS.

La tercera etapa (“La restricción judicial *versus* la restricción legislativa”) comienza con el archivo, por la AN y el TS, de todos los casos que no cumplen con los dictados legislativos de la LO 1/2009. Más tarde, una segunda reforma se operó a través de la LO 1/2014 (modificada, a su vez, por la LO 2/2015 en relación con el delito de terrorismo), aumentando el número de crímenes objeto de la jurisdicción universal y ampliando las con-

diciones (especialmente, los criterios de conexión) para el ejercicio de la justicia universal por el Estado español. En este capítulo son destacables las Tablas elaboradas por el autor en las que establece, para cada uno de los delitos, los criterios de conexión exigidos por la LO 1/2014 que son de gran ayuda a la comprensión de los mismos.

“¿Amplitud judicial *versus* amplitud legislativa?” es la etapa que vive en la actualidad el principio de la jurisdicción universal (el último capítulo de la obra). La Disposición Transitoria Única de la LO 1/2014 establece que aquellas causas que no cumplan con las condiciones establecidas quedarán sobreesidas provisionalmente hasta que se acredite su cumplimiento (la Tabla IV muestra todas aquellas causas sobreesidas hasta el momento).

La LO 1/2014 ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad en el que el Constitucional ha señalado que “pueden existir sistemas que garantizan mejor el acceso a las víctimas al sistema judicial, pero ello no significa que el previsto no respete el derecho de acceso a la jurisdicción” (STC 140/2018). En la actualidad, señala el autor, el principio de justicia universal es absolutamente limitado, consecuencia del establecimiento de requisitos, nexos o condiciones que lo confunden con otros principios extraterritoriales de aplicación de la ley penal española. Un “paso atrás en nuestro compromiso por contribuir a la justicia internacional (...) y a la lucha para evitar la impunidad”.

Desde entonces han surgido tres iniciativas legislativas de modificación del principio universal, que el autor desarrolla con precisión: la primera propone volver a la redacción de la LO 1/2009; la segunda apuesta por la regulación original contenida en 1985; y una tercera plantea el establecimiento del principio universal

de acuerdo a los convenios suscritos por España.

Podemos concluir que nos encontramos ante un análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial del principio de jurisdicción universal riguroso, completo e imparcial (a pesar de las interferen-

cias políticas del objeto de estudio), fruto del esfuerzo de su autor, lo que convierte a la obra en una lectura obligada en el estudio del principio universal.

Irene VÁZQUEZ SERRANO

*Universidad de Murcia*

SANZ CABALLERO, Susana (dir.), *La Unión Europea y el reto del Estado de Derecho*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 294 pp.

Estamos viviendo tiempos complejos. Tanto a nivel nacional, internacional y supraestatal estamos siendo testigos, a veces sin darnos cuenta por lo vertiginoso de los eventos, de una transformación de nuestra vida en sociedad, pero aún sin tener claro hacia dónde vamos. Unos de los aspectos más importantes de estas transformaciones se relacionan con las bases mismas de nuestros Estados y comunidades políticas. Con los valores sobre los cuales se asientan las premisas de una construcción societaria, estatal, internacional y supraestatal. Es aquí donde radica la riqueza, aporte y pertinencia de este libro colectivo coordinado por la destacada académica Susana Sanz Caballero. El Estado de Derecho y sus valores se están viendo amenazados en todo el mundo. Con diferencias según las culturas, zonas geográficas, formas de gobierno o de Estado. La Unión Europea no escapa a este fenómeno riesgoso y difícil de identificar en sus múltiples dimensiones. El trabajo colectivo de este libro nos permite tener una visión amplia y desde distintos puntos de vistas y países de la Unión Europea que dan cuenta no solo de la pertinencia del análisis sino también de la complejidad del mismo.

Como bien señala la Dra. Sanz en su introducción, ésta es una realidad que vivimos “entre perplejos y, lamentablemente, medio resignados”. Pero este

excelente libro es prueba que una parte importante de la Academia, el mundo diplomático y político, no se resignan. Todo lo contrario, en cada capítulo de este libro podemos encontrar claves para identificar los riesgos que se están corriendo en la Unión Europea y en sus Estados Miembros ante los ataques a las bases del Estado de Derecho, cumplimiento exigido por el Tratado de la Unión Europea en su art. 2 y art. 7. No obstante los problemas ciertos que tiene la aplicación del procedimiento que puede iniciarse por el art. 7, ejemplo de ello es lo acontecido con Polonia y Hungría, debido a la unanimidad en el Consejo, cierto es que la Unión Europea ha ido buscando otras formas para imponer a sus Estados Miembros, el cumplimiento de estos valores fundamentales de la construcción europea. Así se aborda en diversos textos por los autores, dando cuenta que la misma Unión ha debido adaptarse frente a las restricciones de las normas legales y usar la “imaginación”, dentro de lo legal, para hacer cumplir a los Estados reticentes sus obligaciones derivadas del art. 2.

La guerra en Ucrania, la crisis energética, la escalada en la rivalidad competitiva o cooperativa, como se quiera entender, entre Estados Unidos y China, la pandemia, el cambio climático, las presiones migratorias, el populismo, entre otros fenómenos globales, han

complejizado aún más el cumplimiento del Estado de Derecho y, no pocas veces, se ha debido hacer “vista gorda” a las afrentas al Estado de Derecho tanto dentro como fuera de la Unión Europea. Aquí radica el aporte principal de esta obra: nos abre caminos de profundización en líneas de investigación ya iniciadas por los autores. Son ventanas que abre para seguir con la discusión no sólo en las aulas universitarias sino también en los foros internacionales, en los círculos diplomáticos, en los lugares donde se toman las decisiones que, finalmente, afectan a toda la población. Temáticas contingentes abordadas en el libro seguirán siendo importantes con el avance de la tecnología como lo es la inteligencia artificial tratada por los autores Roberto Cippitani y Valentina Colcetti; la pandemia y sus consecuencias que recién estamos empezando a conocer y respecto de las cuales las interrogantes son más que las respuestas hoy en día. En ese sentido, el trabajo de Ainhoa Uribe Otalora se hace cargo de uno de los aspectos ya visibles de la Covid-19 como es la desigualdad entre hombres y mujeres en su inserción al mundo laboral; la visibilización de las minorías y su necesaria protección, sobre todo cuando regímenes autoritarios o iliberales pretenden desconocer sus derechos, es un tema que seguirá rigiendo la agenda de los Estados como lo señala M<sup>a</sup> Rosa García Vilardell. Otro de los fenómenos que han ido minando con mucha fuerza las bases de los Estados de Derecho, del que Europa no es excepción, aunque no sea el espacio donde este fenómeno es aún tan grave como en otras partes del mundo, es la corrupción y la promoción de la buena gobernanza. Estos temas son absolutamente urgentes y Clara Portella lo aborda desde la perspectiva de las sanciones PESC y la política exterior de la Unión Europea. Importantes líneas de investigación y llamados de atención a la realidad de hoy nos apor-

tan la Dra. Susana Sanz y el exembajador español y académico José Antonio de Yturriaga Barberán. La norma jurídica no sólo debe plantear lo que moral y éticamente debe ser el comportamiento de los Estados, debe también permitir que ésta se concrete en la realidad, que se “haga carne” en la sociedad. El “deber ser” debe ser coherente con el “ser” para que se cumpla el objetivo de su dictación. Los informes de órganos europeos, así como la explicación de la tensión en la aplicación de instituciones entre Estados miembros, permiten encender las alertas cuando el Estado de Derecho, las normas, no se están cumpliendo y sólo quedan en “hoja muerta”.

Finalmente, en la segunda parte de la obra, el estudio de casos ayuda a clarificar lo último que señalaba: cuánto el “deber ser” es coherente con el “ser”. Los casos presentados por los autores de este libro permiten tener una visión más puntual y aterrizada para plantearnos muchas preguntas como por qué no se cumplen siempre los elementos mínimos del Estado de Derecho; cómo avanzar en una legislación que se adapte a las nuevas circunstancias y contexto social, político e internacional; y, fundamentalmente, ¿la voluntad de los Estados es sincera al declarar que cumplirán siempre y bajo todo respecto el Estado de Derecho, cueste lo que cueste?

Felicito al equipo académico liderado por la Dra. Susana Sanz. Este libro es una obra de referencia para aquéllos que trabajan los distintos temas que abarca este excelente libro. Tomadores de decisión, diplomáticos, políticos y público en general tienen aquí un texto profundo pero accesible de leer y que entrega herramientas útiles para comprender la actualidad y estar alertas a las amenazas al Estado de Derecho y la democracia.

Paulina ASTROZA SUÁREZ  
*Universidad de Concepción, Chile*

TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad y ESPÓSITO, Carlos (dirs.), *Los desafíos de la Corte Internacional de Justicia frente a los Derechos Humanos. III Jornadas sobre los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia, 2022*, Wolters Kluwer Legal & Regulatory España, Madrid, 274 pp.

La obra colectiva objeto de este comentario es el resultado de una selección de los trabajos presentados en las Jornadas sobre los Desafíos de la Corte Internacional de Justicia, organizadas en el marco del Proyecto titulado “Los nuevos retos de la Corte Internacional de Justicia como mecanismo de solución de controversias internacionales”.

Nos encontramos con diez interesantes aportaciones, realizadas por especialistas en la materia, en su gran mayoría (nueve) mujeres. De una u otra forma, casi todos los trabajos ahondan en una cuestión clave —de ahí la relevancia de la obra— como es la situación creada como consecuencia de la sustanciación de procesos paralelos ante distintas instancias internacionales, entre las mismas partes y con un objeto similar.

La obra se organiza en tres partes. La primera de ellas, que lleva por título “La protección de los derechos humanos por la Corte Internacional de Justicia”, contiene cuatro trabajos. Los dos primeros abordan la controversia que enfrentó a Qatar y EAU ante la CIJ y el CEDR, controversia que sirve de marco de referencia en los trabajos de los Profesores Laura Aragonés y Asier Garrido. Por una parte, Aragonés aborda la relación entre la CIJ y los órganos de control de los tratados internacionales en materia de protección de los derechos humanos, lo que le lleva a constatar la carencia de normas procesales que articulen la relación entre órganos judiciales y cuasi-judiciales, como muestra de la imperfección del sistema jurídico internacional de arreglo de controversias. Ante tal situación, la autora apuesta por el “diálogo judicial” y otras formas de deferencia, como la suspensión de los procedimientos incoados en segundo lugar.

Por su parte, Garrido, también al hilo del caso Qatar c. EAU, aborda la decisión de la CIJ de desestimar la demanda por falta de competencia *ratione materiae*, con el fin de esclarecer si la solución ofrecida por la Corte es técnicamente correcta, así como las posibles implicaciones procesales de la decisión de cara a futuro. En su opinión, no serían beneficiosas las soluciones que ampliaran “todo tipo de litigación en materia de extranjería”, sobre todo teniendo en cuenta el alcance de las garantías ofrecidas por los arts. 5 y 6 del CERD. El tercer trabajo de esta primera parte, elaborado por la Prof<sup>ta</sup>. María de Arcos, aborda directamente la cuestión de la fragmentación judicial en la resolución de disputas cada vez más numerosas en materia de derechos humanos y el rol que podría ejercer en este terreno la CIJ. Con ello en mente, la autora concluye que la CIJ, como órgano “cuasi constitucional”, puede contar “con vías y herramientas para desempeñar un papel relevante y liderar así el diálogo interjudicial con otros sistemas especializados de Derechos Humanos”. El último de los trabajos situado en esta primera parte, realizado por la Profesora Vanesa Menéndez, estudia el uso de los instrumentos de derechos humanos en la protección internacional del patrimonio cultural inmueble ante la CIJ, todo ello a la luz del asunto que enfrenta a Armenia y Azerbaiyán en torno a la violación recíproca de los artículos 2 a 7 del CERD. En opinión de la autora, ante las lagunas normativas existentes, el uso de los instrumentos de protección de los derechos humanos de cara a la protección del patrimonio cultural inmueble —no inscrito en la lista de Patrimonio Mundial— es una estrategia adecuada, “un ‘parche’ necesario que la Corte tiene la oportunidad de aplicar”.

La segunda parte aborda una cuestión de máximo interés como es la CIJ y la lucha contra la impunidad por los crímenes más graves. La Prof<sup>ª</sup>. María García analiza el papel de la CIJ en la determinación de los hechos y en la obtención y la valoración de las pruebas obtenidas en aras a la determinación de la responsabilidad del Estado por crímenes internacionales. A la vista de los casos estudiados concluye que la posición de la CIJ ha consistido en exigir un “estándar probatorio reforzado” dada la gravedad de las acusaciones. La autora analiza en la última parte de su trabajo el asunto pendiente ante la CIJ (*Gambia c. Myanmar*), asunto que también sirve de hilo conductor en el análisis realizado por la Prof<sup>ª</sup>. Natalia Literstain quien aborda la dualidad de responsabilidades en materia de genocidio y la posible existencia de nuevas reglas de juego. Y es que, como también señalaba García, aun existiendo una investigación abierta por la CPI, las alegaciones de genocidio no están respaldadas por pruebas presentadas y examinadas con carácter previo por un tribunal penal internacional, sino que la CIJ contará solo con informes de la misión de investigación establecida por la ONU y por la investigación realizada por una empresa privada, lo que le exigirá a aquella desarrollar nuevas reglas. El tercer y último trabajo de esta segunda parte corre a cargo de la Prof<sup>ª</sup>. Carmen Quesada, quien aborda el estudio de los crímenes cometidos contra los rohingyas, investigados tanto por la CIJ como por la CPI, en el doble juego de la responsabilidad del Estado y la responsabilidad penal individual. Como destaca Quesada, en la interacción entre las dos jurisdicciones puede llegar a ser determinante cuál de ellas dicte sentencia en primer lugar.

La tercera y última parte de la obra aborda la cuestión de la eficacia de la protección real de los derechos humanos por la CIJ. En ella se incluyen tres trabajos: en el primero de ellos, la Prof<sup>ª</sup>. Eulalia

W. Petit indaga en torno a las demandas interestatales presentadas ante la CIJ y el TEDH, como consecuencia del conflicto entre Rusia y Georgia al hilo de las denominadas repúblicas de Osetia del Sur y Abjasia. En este sentido, la autora concluye con acierto que siempre existirá tensión entre la jurisprudencia de las distintas instituciones internacionales, pero ello debe ser entendido no tanto en términos de conflicto o fragmentación sino de desarrollo progresivo. En segundo lugar, la Prof<sup>ª</sup>. Pérez González aborda una cuestión de máxima actualidad como son los fenómenos migratorios para destacar y criticar con razón la exigua labor desarrollada hasta la fecha por la CIJ en relación con lo que la autora denomina la “gobernanza de las migraciones” y los derechos de las personas migrantes. En su opinión al menos tres serían los ámbitos sobre los que convendría un pronunciamiento de la CIJ: el principio de *non-refoulement*, la responsabilidad de los Estados que instigan crisis migratorias, así como las obligaciones internacionales respecto de las migraciones forzadas relacionadas con la degradación medioambiental. Finalmente, la Prof<sup>ª</sup>. Jacqueline Hellman analiza la Opinión Consultiva emitida por la CIJ con motivo de la construcción del muro en territorio palestino ocupado. Si bien se trata de una opinión sobre la que ya se ha escrito *in extenso*, es indudable que, como la autora advierte, refleja el régimen jurídico impuesto por la CIJ en materia de derechos humanos y de derecho internacional humanitario.

La calidad de los trabajos y el interés y la actualidad de los temas abordados están fuera de toda duda, por lo que no se puede sino dar la bienvenida a una obra colectiva como la dirigida por la Prof<sup>ª</sup>. Torrecuadrada y el Prof. Espósito.

María Dolores BOLLO AROCENA  
*Universidad del País Vasco/Euskal  
 Herriko Unibertsitatea*

TORROJA MATEU, Helena, *La libre determinación de los pueblos, ¿Un derecho a la independencia para cualquier pueblo?*, Thomson Reuter Aranzadi, Cizur Menor, 2022, 199 pp.

Escribir sobre la libre determinación de los pueblos desde la perspectiva del Derecho internacional es siempre un reto intelectual. Lejos de constituir una materia del pasado —como algunos pretenden— supone encarar el examen de un conjunto de desarrollos heterogéneos y sometidos a constante actualización —ahí están la opinión consultiva de la CIJ en el caso de Chagos o el sempiterno conflicto del Sáhara Occidental para demostrarlo—. Hacerlo con el propósito de “desmontar” las mistificaciones que rodean al concepto y con las miras puestas en el caso del *procès* supone además un ejercicio de valentía y de civismo que no es muy común en estos pagos. Realizarlo además sorteando el examen mismo de los sucesos de Cataluña —a los que dedica una sucinta remisión— un arriesgado envite. No obstante, pretender con ello facilitar el conocimiento por parte de la opinión pública —a la que va, sin perjuicio de su rigor académico, fundamentalmente dirigido el libro— es un esfuerzo digno de encomio. Y eso es lo que persigue la Profesora Torroja Mateu con la obra que reseñamos con un resultado que cabe tildar de notable.

Sin duda uno de los elementos más importantes que incorpora la obra es el afán por vertebrar conceptualmente las nociones que han aflorado en el curso del fallido proceso independentista. En este sentido, la obra distingue entre los conceptos de separación, secesión y libre determinación, advirtiendo de su distinto fundamento jurídico y marcando particularmente la nítida diferenciación entre los dos últimos fenómenos. En este orden, destacando la naturaleza meramente fáctica de los procesos secesionistas, su estudio se centra fundamentalmente en la disección del concepto de

libre determinación, lo que le permite recalcar en la lectura eminentemente anticolonialista de la noción primigenia del concepto, para abordar luego sus desarrollos posteriores vinculados con la ocupación militar (léase, Palestina) o los regímenes racistas (Rodesia del Sur, Namibia y Sudáfrica). El hilo de esta evolución le permite advertir la disociación operada entre la primitiva identificación entre libre determinación e independencia —plasmada en la decisiva Resolución 1514 (XV)— y la diversidad de opciones planteadas en la inmediata Resolución 1541 (XV) y refrendadas en la Resolución 2625 (XXV).

La autora aborda asimismo la consideración de las otras fuentes normativas que han contribuido a forjar el concepto y emprende en este punto una labor poco usual como es la de enfrentar la tarea de abordar la interpretación rigurosa de los heterogéneos desarrollos en presencia con el propósito de deslindar las nociones de libre determinación externa —a la que se refieren los exponentes anteriores— y de libre determinación interna, caracterización más novedosa del principio que hunde sus raíces en los artículos 1 comunes a los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, deslindando los perfiles característicos de una y otra dimensión. El resultado, como cabrá imaginar, no es otro sino establecer claramente el papel limitado que juega la libre determinación interna, la cual pese a ser predicable como un derecho universal, inherente a todo pueblo, no puede desplegar los efectos inherentes a la primera —léase, en último término el acceso a la independencia—.

Tal y como advertíamos, la autora persigue un propósito muy claro y es el

de refutar el supuesto fundamento jurídico internacional del derecho de cualquier pueblo a la libre determinación externa y para ello ofrece una explicación plausible al respecto. Su explicación —que compartimos— es que la libre determinación externa es indisociable —como se ha visto— del proceso descolonizador y en consonancia con ello se ha establecido un régimen internacional que interesa en exclusiva a los territorios no autónomos cuya condición jurídica distinta del territorio metropolitano es indiscutible. De esta suerte, recuerda la autora, el ejercicio por éstos del derecho a la libre determinación —y, en su caso, a la independencia— nunca puede conceputarse como un proceso de separación o secesión de un Estado del que nunca han formado parte, ni una merma por consiguiente de su integridad territorial, salvo que se esté por apoyar, en sus palabras, “una visión patrimonialista de las colonias” como las que mantuvieron las dictaduras franquista y salazarista, ambas repudiadas por el conjunto de la comunidad internacional. Con este bagaje, le es fácil a la autora concluir que los intentos por asociar la libre determinación externa con los procesos secesionistas más recientes constituye “un salto doctrinal en el vacío”, carente del más mínimo apoyo en la práctica internacional, dado que no es posible atisbar en ellos nada parecido a una costumbre modificativa *in statu nascendi*, de la que derivar posibles consecuencias jurídicas respecto a la acepción tradicional del concepto de libre determinación externa. El examen que dedica a la cuestión (desde la antigua Yugoslavia a Crimea, pasando por Eritrea y Sudán del Sur) conforta esta lectura y confirma que ha sido “la fuerza de la Historia” y no un hipotético cambio normativo el factor propiciatorio de los cambios experimentados.

La última parte de la obra se consagra a analizar la hipótesis de un supuesto derecho a la separación como una excep-

ción al principio de integridad territorial —incólume hasta ahora— fundado por consiguiente en la dimensión interna del principio de libre determinación. Como advierte la autora, es esta la cuestión capital que justifica su empeño científico, y con tal propósito aborda sucesivamente la interpretación de la capital Resolución 2625 (XXV) —incluyendo particularmente la cláusula del “gobierno representativo”—, el inexistente derecho a un gobierno democrático y la espinosa cuestión de la secesión. En este punto, la posición de la Profesora Torroja Mateu es nítida: el derecho internacional prohíbe la secesión en base al respeto del principio de integridad territorial y a la ausencia de excepciones derivadas del principio de libre determinación. Como es sabido, no fue esta la posición sustentada por la CIJ en el asunto de Kosovo, que la autora examina con detenimiento y crítica acerbamente, pues a su juicio la supuesta neutralidad ante el fenómeno secesionista sustentada por la Corte parte de una apreciación sesgada del Derecho aplicable. Todo ello le lleva a concluir analizando finalmente la hipótesis de la secesión como remedio, implícita en la posición de la Corte en el asunto Kosovo y explícita en la célebre decisión sobre Quebec del Tribunal Supremo de Canadá en 1998. Como era previsible la autora afirma que el constructo —inicialmente doctrinal— no tiene refrendo en la práctica internacional, reiterando una vez más las incongruencias de la Corte en el dudoso precedente planteado en el asunto de Kosovo.

A tenor de todo lo anterior, no ha extrañar que la autora, tras unas bien articuladas conclusiones, de fin a su trabajo advirtiendo que la respuesta jurídica ante los problemas suscitados es inequívoca, sin que quepa invocar consideraciones metajurídicas para sortear lo que lisa y llanamente establece el derecho vigente. *Item más*, la autora advierte de la falacia de argüir supuestos valores en juego o in-

vocaciones a concepciones morales aviesamente entendidas para sortear lo que el Derecho internacional rectamente afirma.

Ciertamente, son valiosos los argumentos expuestos y las conclusiones ofrecidas, y también lo es el intento por ofrecer una lectura rigurosa del principio de libre determinación en sus diferentes dimensiones, pero a nadie ha de extrañar que el libro que comentamos —que, en

ocasiones, peca de un exceso de dogmatismo— no ponga fin a un debate que necesariamente ha de continuar, siquiera sea porque el diagnóstico que ofrece la Profesora Torroja se produce *hic et nunc* y el mundo esencialmente movedizo en que vivimos puede deparar desarrollos imprevisibles.

Javier A. GONZÁLEZ VEGA  
*Universidad de Oviedo*







