

**XXV JORNADAS ORDINARIAS DE PROFESORES DE  
DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES**

*LA GOBERNANZA DEL INTERÉS PÚBLICO GLOBAL*

**COMUNICACIONES**

*Universitat Pompeu Fabra*  
**Barcelona, 19 y 20 de septiembre de 2013**

**XXV JORNADAS ORDINARIAS DE LA  
ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROFESORES  
DE DERECHO INTERNACIONAL  
Y RELACIONES INTERNACIONALES**

Barcelona, 19-20 de septiembre de 2013

**ÍNDICE DE COMUNICACIONES**

<b>Las opiniones consultivas de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar como un instrumento para la protección del interés general.</b> Marta Abegón Novella .....	3
<b>Algunos rasgos del orden internacional tras el caso <i>Kadi</i>: “<i>l’affaire du siècle</i>”.</b> Joana Abrisketa Uriarte.....	11
<b>Los derechos humanos como expresión de interés público global en las controversias de carácter interestatales.</b> Francesco Agnello.....	17
<b>¿Excesos en la protección del bien público global? Incoherencias normativas en la protección de los Derechos Humanos fundamentales por la vía penal internacional.</b> Rosa Ana Alija Fernández.....	25
<b>La protección del interés público global en materia de seguridad nuclear: las medidas ‘post-Fukushima’ adoptadas por la UE y el principio de la responsabilidad nacional de los Estados.</b> Milagros Álvarez Verdugo.....	33
<b>El orden público comunitario y el reconocimiento de resoluciones en los procedimientos de insolvencia.</b> Ángel María Ballesteros Barros.....	41

<b>La problemática protección jurídica del <i>interés cultural global</i> en el marco del Derecho Internacional del Comercio.</b> Beatriz Barreiro Carril.....	45
<b>La comercialización internacional de la seguridad: las empresas de seguridad privada y la difuminada línea entre el interés público y el privado.</b> Annina Cristina Bürgin.....	49
<b>Desarrollo sostenible, preocupación común de la humanidad y bienes públicos globales. Reflexiones en torno a su incidencia en el Derecho internacional del medio ambiente.</b> Antonio Cardesa-Salzmán.....	57
<b>Unión Europea <i>versus</i> Consejo de Seguridad: ¿supletoriedad o concurrencia en la gestión de la paz y la seguridad internacionales?</b> M <sup>a</sup> Teresa Comellas Aguirrezábal.	61
<b>El nuevo derecho de la competencia: gobernanza y el interés público global.</b> Amparo del Río Pascual.....	70
<b>Naciones Unidas, intervención humanitaria y principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional.</b> Antonietta Elia.....	76
<b>Inmunidad vs Impunidad de los altos cargos del Estado por comisión de crímenes internacionales en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia.</b> Carlos Espaliu Berdud..	78
<b>“Economía verde”: ¿vino viejo en odres nuevos?</b> Rosa M. Fernández Egea.....	85
<b>La alineación de los tipos de cambio como interés público global y las actuales “guerras de divisas”: ¿algún rol para el Derecho de la OMC?</b> Xavier Fernández Pons.....	93
<b>Justicia transicional, ¿un instrumento eficaz para la gobernanza global?</b> Yolanda Gamarra.....	101

<b>La responsabilidad de proteger: redefinición y pervivencia (2009-2013).</b> Rafael García Pérez.....	110
<b>Acerca de algunos tópicos biopolíticos de la gobernanza global: hacia una revisión crítica.</b> Paloma García Picazo.....	113
<b>La difícil expresión jurídica del derecho humano a la paz como bien público global.</b> Ander Gutiérrez-Solana Journoud....	123
<b>Los Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos: algunas reflexiones desde el Derecho internacional.</b> Eugenia López-Jacoíste Díaz.....	127
<b>La doctrina de los efectos como título habilitador para el ejercicio de competencias extraterritoriales en aras a solucionar problemas ambientales globales: el cambio climático.</b> Enrique J. Martínez Pérez.....	135
<b>El Parlamento Europeo y la protección del interés público global.</b> Manuel Medina Ortega.....	142
<b>La fragilidad del umbral entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación jurisprudencial del Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿Hacia la configuración de un derecho a la subsistencia?</b> Sílvia Morgades Gil.....	149
<b>“Unilateralismo -¿institucional?- de la Unión Europea en la gestión de intereses globales: el comercio de cuotas de emisión aérea, un cas d’espèce en la reducción de emisiones contaminantes como mecanismo de protección del medio ambiente”.</b> Eulalia W. Petit de Gabriel.....	157
<b>El papel de los actores no estatales en la protección del interés público global.</b> Begoña Rodríguez Díaz.....	171

<b>El acceso de los individuos a los mecanismos institucionales para la protección de sus Derechos Fundamentales: un logro en riesgo en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.</b> José Manuel Sánchez Patrón.....	178
<b>La gestión pública de la seguridad y defensa como interés público global.</b> Helena Torroja Mateu.....	186

## Las opiniones consultivas de la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar como un instrumento para la protección del interés general

Marta Abegón Novella

Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional público  
Universitat Pompeu Fabra

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA SCFM COMO UNA INSTITUCIÓN APROPIADA PARA PROTEGER EL INTERÉS GENERAL EN LA SALVAGUARDA DE LA ZONA Y SUS RECURSOS III. LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA SCFM COMO MEDIO DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL: POSIBILIDADES Y LÍMITES. IV. LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL EN LA OPINIÓN CONSULTIVA DE 2011. V. CONSIDERACIONES FINALES

### I.- Introducción

La exploración y explotación de la Zona Internacional de los Fondos Marinos y Oceánicos (la Zona), un espacio formado por el lecho del mar y el subsuelo marino más allá de las jurisdicciones nacionales, rico en minerales, hidrocarburos y nódulos y sulfuros polimetálicos, ha despertado, de la mano de los avances científicos y tecnológicos de las últimas décadas, los intereses de diversos actores de la Comunidad internacional, muy en particular, de Estados industrializados, Estados en desarrollo y empresas privadas. La necesidad prontamente identificada de elaborar un régimen jurídico para este espacio marino<sup>1</sup> tuvo su punto culminante en la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 (CNUDM), la cual estableció en su Parte XI un régimen que procuraba garantizar la igualdad de oportunidades en el

<sup>1</sup> Reafirmada en la *Declaración de los principios que regulan los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de la jurisdicción nacional*, contenida en la Resolución de la Asamblea General 2749 (XXV), de 17 de diciembre de 1970.

disfrute y aprovechamiento de la Zona y sus recursos. Así, partiendo de su calificación como *Patrimonio Común de la Humanidad* (PCH), los Estados negociadores lograron acordar para la Zona un estatuto jurídico basado en el sometimiento al Derecho internacional; en la exclusión de soberanía sobre la misma; en la pertinencia de sus recursos a la Humanidad; en el principio de reparto equitativo de los beneficios financieros y económicos; en el uso exclusivo de la Zona para fines pacíficos; y en la responsabilidad internacional por el quebrantamiento de dichas obligaciones.

De dicho régimen la doctrina ha afirmado que constituye un ejemplo típico del establecimiento de un *interés común de la Comunidad internacional*<sup>2</sup>, que supone la materialización más perfecta de la noción de PCH<sup>3</sup> y que contribuye, también, a la humanización y socialización del Derecho internacional<sup>4</sup>. Pero lo cierto es que las disposiciones de la Parte XI de la CNUDM dieron respuesta fundamentalmente a las posiciones de los Estados en desarrollo, los cuales, como afirma el profesor J. M. Sobrino Heredia, habían defendido desde el principio una visión “reglamentista” de la Zona<sup>5</sup>. Por el contrario, los intereses económicos de algunos Estados desarrollados, deseosos por someter la explotación de los enormes recursos de la Zona a las reglas del mercado, fueron plasmados en un acuerdo

<sup>2</sup> J. Crawford, “Responsibility for Breaches of Communitarian Norms: an Appraisal of Article 48 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, en Ulrich Fastenrath et Al., *From Bilateralism to Community Interest : Essays in Honour of Bruno Simma*, p. 239.

<sup>3</sup> A. Kiss, “La notion de Patrimoine Commun de l’Humanité”, *R.d.C.*, 175, 1982-III, p. 198.

<sup>4</sup> M. T. Ponte Iglesias, “La Zona internacional de los fondos marinos como patrimonio común de la humanidad: una aspiración truncada”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 1997, p. 181.

<sup>5</sup> J. M. Sobrino Heredia, “El régimen jurídico de la explotación de los fondos marinos y oceánicos y los intereses de España”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, nº 3, 1999, p. 609. J. M. Sobrino Heredia explica tal reivindicación como consecuencia, por una parte, del temor de dichos países a que la explotación de los recursos de la Zona provocara un aumento de la producción, con la consiguiente disminución del precio, de determinados minerales de los que ellos eran principales exportadores; y, por otra, de la carencia en ese momento del nivel tecnológico necesario para explorar y explotar la Zona, lo que situaba a esos países en una situación de clara desventaja.

posterior de 1994<sup>6</sup>. Dicho Acuerdo constituye una auténtica enmienda a la Parte XI de la CNUDM ya que, si bien mantiene e incluso reivindica la calificación de la Zona como PCH<sup>7</sup>, los autores han coincidido en afirmar que éste modifica el régimen de la CNUDM hasta el extremo de vaciar ese estatuto privilegiado de buena parte de su contenido<sup>8</sup>.

Asumiendo que desde la perspectiva del interés general resulta necesario asegurar la aplicación efectiva de aquellos elementos que protegen la Zona y sus recursos como PCH, esta comunicación pretende mostrar que una de las instituciones que mejor pueden contribuir a ello es la Sala de Controversias de los Fondos Marinos del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (SCFM), muy particularmente a través de su competencia consultiva. De este modo, a continuación se analiza, en primer lugar, la configuración de la SCFM como una institución susceptible de proteger el interés general. En segundo lugar se examina el rol potencial que puede tener su función consultiva como un instrumento para proteger dicho interés. En tercer lugar, y con un enfoque más práctico, se estudia en qué medida la Sala ha asumido esta función en su primera opinión consultiva de 1 de febrero de 2011. Y, finalmente, se apuntan algunas consideraciones finales de carácter general.

## **II.- La SCFM como una institución apropiada para proteger el interés general en la salvaguarda de la Zona y sus recursos**

La SCFM fue creada por la CNUDM como una Sala especializada del Tribunal Internacional del Derecho del Mar (TIDM) para resolver las

---

<sup>6</sup> Acuerdo relativo a la aplicación de la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1992, adoptado en Nueva York el 28 de julio de 1994 a través de la Resolución 48/263 de la Asamblea General.

<sup>7</sup> Como afirma N. Navarro Batista, el Acuerdo de 1994 no ha roto el significativo consenso del que, a diferencia de otros espacios como la Luna, goza el principio de PCH aplicado a la Zona, N. Navarro Batista, *Fondos Marinos y Patrimonio Común de la Humanidad*, Salamanca: Universidad de Salamanca, 2000, pp. 98-100.

<sup>8</sup> Véase, entre otros, N. Navarro Batista, *Fondos Marinos y ...*, op. cit., pp. 43 y ss.; y J. A. Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público*, Madrid: Tecnos, 14ª ed. 2010, p. 409.

controversias que pudieran suscitarse en aplicación de las disposiciones de la Parte XI. Como ella misma ha precisado, su papel dentro del sistema de funcionamiento de los órganos de la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos (la Autoridad) es el de actuar como instancia independiente e imparcial<sup>9</sup>, contribuyendo a la buena “gobernanza” de la Zona<sup>10</sup>, rol al que también se refirió el Secretario general en su audiencia pública del 14 de diciembre de 2010:

“La Chambre a une haute responsabilité qui consiste à assurer que les dispositions de la Convention figurant dans la partie XI ainsi que le régime de l’exploitation minière des fonds marins soient correctement interprétés et appliqués”<sup>11</sup>.

El propio diseño de la SCFM y de sus funciones permite afirmar que la misma está capacitada para llevar a cabo esta “alta responsabilidad” de un modo imparcial, accesible, automático y ágil. De forma *imparcial*, porque su composición, once miembros que representan, con una fórmula recurrente en los tribunales internacionales, “los principales sistemas jurídicos del mundo, así como una distribución geográfica equitativa” (art. 35 Estatuto del TIDM<sup>12</sup>), asegura, por una parte, la presencia y la toma en consideración de distintas perspectivas sin sujeción a ningún mandato nacional y, por otra, instaura un necesario equilibrio entre las mismas que ha de redundar en la mejor identificación de aquello que es común, el interés general.

De una forma *accesible* porque gozan de “ius standi” ante la misma, no solamente los Estados Parte, sino también la Autoridad “y las demás entidades o personas a que se refiere la sección 5 de la Parte XI” (art. 37

---

<sup>9</sup> *Responsabilités et obligations des Etats qui patronnent des personnes et entités dans le cadre d’activités menées dans la Zone. Avis consultatif*, Affaire No. 17, 1er février 2011, párr. 26.

<sup>10</sup> Párrafo 29.

<sup>11</sup> ITLOS/PV.2010/1/Rev.2, p.8, lin. 25-27.

<sup>12</sup> Contenido en el Anexo VI de la CNUDM.

del Estatuto), lo que incluye también a la Empresa y a los particulares. Ese grado de apertura, que difiere del que ostenta muy en particular la Corte Internacional de Justicia (CIJ)<sup>13</sup>, aumenta las posibilidades de que la SCFM se pronuncie sobre cuestiones que afectan el interés general y se extiende incluso a su función consultiva, que se circunscribe a peticiones provenientes de la Asamblea o el Consejo de la Autoridad (art. 191 y 159.10 CNUDM) pero se amplía también a aquellos supuestos en los que un acuerdo internacional lo prevea expresamente (138 del Reglamento del TIDM<sup>14</sup>).

La responsabilidad en la buena gobernanza de la Zona la asume la SCFM de forma *automática* puesto que así es la competencia que le ha sido otorgada para conocer de las controversias derivadas de las actividades realizadas en la Zona (art. 187 CNUDM). Ello constituye un rasgo diferencial respecto a la competencia que la CNUDM atribuye al TIDM en relación con la interpretación o aplicación del resto de la Convención, ya que los Estados Partes pueden elegir libremente entre recurrir para ello al TIDM, a la CIJ o al arbitraje (art. 287 CNUDM). Igualmente, las sentencias de la SCFM gozan de la prerrogativa de ser directamente ejecutables en los territorios de los Estados Partes (art. 39 Estatuto).

Finalmente, la voluntad de que la SCFM ejerza su labor de un modo *ágil* se plasma tanto en su toma de decisiones, para la cual se exige mayoría de los miembros presentes (art. 29 del Estatuto, en relación con el art. 40.2), como, entre otros, en la especial previsión de celeridad cuando la demanda de una opinión consultiva a la SCFM requiera de una respuesta urgente (art. 132 del Reglamento).

---

<sup>13</sup> Como destaca el profesor M. J. Aznar Gómez en M. J. Aznar Gómez, “El Tribunal Internacional del Derecho del Mar”, en E. M. Vázquez Gómez, M. D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto (Coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 387.

<sup>14</sup> ITLOS/8, 17 de marzo de 2009.

### **III.- La función consultiva de la SCFM como medio de protección del interés general: posibilidades y límites**

Como órgano jurisdiccional, la principal función que tiene encomendada la SCFM es la de resolver las controversias que puedan surgir en relación con las actividades desarrolladas en la Zona. No obstante, el artículo 191 de la CNUDM le otorga también una competencia consultiva en virtud de la cual podrá pronunciarse sobre cuestiones jurídicas que se planteen dentro del ámbito de actividades de la Asamblea o del Consejo de la Autoridad (en adelante, la Asamblea o el Consejo). A pesar de su carácter aparentemente complementario, ésta ha sido la única competencia ejercida por la SCFM hasta el momento y puede constituir asimismo un instrumento propicio para fijar la interpretación y desarrollar el régimen de la Zona, contribuyendo de este modo a reparar la “mutilación” sufrida por el mismo a raíz del Acuerdo de 1994. En este sentido, si bien la adopción de dicho Acuerdo supuso la eliminación de algunos aspectos nucleares del régimen aplicable a ese espacio marino, tal y como había sido concebido por los Estados negociadores de la Parte XI (como el sistema de explotación *en paralelo* o la obligación de contribuir económicamente a la financiación de la Empresa), nada añadió ni excluyó en relación, por ejemplo, con la obligación de proceder al reparto equitativo de los beneficios derivados de la explotación de la Zona o con el deber de tener en consideración las especiales necesidades de los Estados en desarrollo o de los Estados sin litoral. Es en relación con estas cuestiones, que las opiniones consultivas de la SCFM pueden resultar un valioso instrumento de protección del interés general.

En particular, tres son los aspectos propios del régimen de la Zona previsto en la Convención en los que la SCFM tiene mayores *posibilidades* de incidir de un modo significativo: la determinación de la noción de “beneficios” derivados de la explotación de la Zona; la fijación de los criterios para establecer una distribución equitativa de los mismos; y, finalmente, la definición de las obligaciones medioambientales a observar en la Zona, así como las responsabilidades asumidas por los Estados u empresas que operen en ella (en estas dos últimas cuestiones se centra precisamente la SCFM en su opinión consultiva de 2011). La noción de

“beneficios” ha sido claramente reducida por obra del Acuerdo de 1994, ya que mientras que la CNUDM hacía referencia en su artículo 140.2 a la distribución de “beneficios financieros y otros beneficios económicos”, el Acuerdo, eliminando toda obligación de transferir tecnología a la Empresa, limita dicha noción prácticamente a la primera acepción<sup>15</sup>. En aras a garantizar el reparto de unos beneficios lo más amplios posibles, la SCFM podría tratar de desarrollar y dotar de contenido a esos “beneficios económicos”.

Muy relacionado con lo anterior, las opiniones consultivas de la SCFM tendrían también recorrido posible en relación con la fijación de los criterios para distribuir de forma equitativa los beneficios derivados de la explotación de la Zona. La CNUDM establece que es competencia de la Autoridad “decidir sobre la distribución equitativa de los beneficios financieros y otros beneficios económicos obtenidos de las actividades en la Zona, en forma compatible con esta Convención y las normas, reglamentos y procedimientos de la Autoridad” (art. 160.1.g CNUDM). Dicha decisión debe estar basada en distintos criterios y principalmente en la dotación de fondos a la Empresa, en la atención a las necesidades de los países en desarrollo, y en la compensación a los países en desarrollo productores de minerales terrestres que pudieran verse afectados por el aumento de la producción de éstos como consecuencia de la explotación de la Zona. No obstante, como ha sido señalado, la CNUDM no fija la prelación que debe existir en la aplicación de los mismos, puesto que en su artículo 173.2 únicamente se establece que los fondos de la Autoridad se destinarán en primer lugar a sufragar los gastos administrativos y, en segundo término, a esos otros condicionantes, sin señalar ninguna preferencia entre ellos<sup>16</sup>. Siendo que el Acuerdo de 1994 únicamente limita la posibilidad de que los fondos se destinen a proporcionar financiación a la Empresa, pero por lo demás no modifica sustancialmente la situación, las opiniones consultivas de la SCFM podrían servir para proponer unas

pautas de reparto que supongan la puesta en práctica de una necesaria desigualdad compensadora para los países en vías de desarrollo<sup>17</sup>.

En último lugar, a través de su competencia consultiva la SCFM puede incidir también de forma determinante en la fijación del comportamiento debido por los Estados y empresas que desarrollen actividades en la Zona, muy particularmente en relación con las obligaciones medioambientales a observar en este espacio de interés general, así como las responsabilidades derivadas de tales actividades. La opinión consultiva de 2011 se ha centrado en estas cuestiones y a ellas se hará referencia en el siguiente apartado de esta comunicación.

De conformidad con las disposiciones de la CNUDM y del Acuerdo, sin embargo, la SCFM tiene también algunos *límites* claros en el ejercicio de su competencia consultiva. En primer lugar, en cuanto a los sujetos legitimados para solicitar un pronunciamiento de la SCFM, ya que únicamente se prevé que éste se emita a instancia de la Autoridad y el Consejo, y dentro de su ámbito de actividades. Si bien, como ya ha sido referido, por la vía artículo 138 del Reglamento del TIDM el *ius standi* ante la Sala se ha ampliado a aquellos supuestos en los que un acuerdo internacional lo prevea expresamente (138 del Reglamento), resulta una clara limitación para el interés general el hecho de que a falta del mismo, no tengan igualmente reconocida legitimidad para dirigirse a la Sala otras entidades distintas de los Estados. Ni qué decir, igualmente, del hecho de que la SCFM no pueda pronunciarse de oficio cuando lo estime necesario para el interés común.

Un segundo límite lo establece de forma tajante la propia CNUDM en su artículo 189, en virtud del cual, “la Sala de Controversias de los Fondos Marinos no tendrá competencia respecto del ejercicio por la Autoridad de sus facultades discrecionales de conformidad con esta Parte; en ningún caso sustituirá la propia la facultad discrecional de la Autoridad”. Ello puede constituir un serio obstáculo a la capacidad de la SCFM de

<sup>15</sup> N. Navarro Batista, *Fondos Marinos y ...*, op. cit., p. 100.

<sup>16</sup> Como se deduce de la enumeración mediante letras que incorpora dicha disposición, N. Navarro Batista, *Fondos Marinos y ...*, op. cit., p. 101.

<sup>17</sup> Recuperando así, como señala J. Manuel Pureza, el alcance económico y social del concepto integrador de “humanidad”, J. Manuel Pureza, *El patrimonio común de la humanidad. ¿Hacia un Derecho internacional de la solidaridad?*, Madrid: Trotta, 2002, p. 239.

desarrollar a través de sus opiniones consultivas los aspectos del régimen de la Zona que presentan más indefinición y que han sido anteriormente señalados. Sin embargo, la necesaria colaboración entre la Autoridad y la SCFM en la defensa del interés común ha de conducir a una coordinación de sus respectivas actuaciones. Así, aunque la intervención de la SCFM no debe suponer una invasión de las competencias de la Autoridad, esta última siempre tiene en su mano el solicitar que aquélla se pronuncie en relación con sus propuestas sobre “cualquier asunto” (art. 159.10 CNUDM).

Finalmente, un tercer límite para la actuación de la SCFM se desprende del propio Acuerdo de 1994, el cual dispone que las disposiciones del mismo y de la parte XI deberán ser interpretadas y aplicadas de forma conjunta como un único y mismo instrumento, debiendo prevalecer las del Acuerdo en caso de contradicción (art. 2.1 del Acuerdo). Esa prevalencia del Acuerdo de 1994, que permite afirmar su naturaleza de enmienda a la Convención, ciertamente puede dificultar en gran medida que la SCFM logre por vía consultiva (y también contenciosa) rescatar aquellos aspectos del régimen inicial de la Zona que tenían por objeto proteger el interés general de la Comunidad internacional en la protección de la Zona y sus recursos, pero no impide, sin embargo, que pueda pronunciarse en relación con aquellas otras cuestiones que el Acuerdo no altera, reforzando igualmente con ello la defensa del interés común.

#### **IV.- La protección del interés general en la Opinión consultiva de 2011**

Habiendo examinado el papel potencial que puede tener la SCFM como garante del interés general en la salvaguarda de la Zona y de sus recursos en vía consultiva, conviene analizar ahora en qué medida la Sala asume ese cometido en su Opinión consultiva *sobre las responsabilidades y obligaciones de los Estados que patrocinan personas y entidades en relación con las actividades en la Zona* de 1 de febrero de 2011<sup>18</sup>. Dicha

<sup>18</sup> *Responsabilités et obligations des Etats...* (Nº. 17). Como ya ha sido apuntado, se trata de la primera Opinión consultiva emitida por la SCFM y, de hecho, la primera también del propio TIDM. No obstante, cabe señalar que el pasado 27 de marzo tuvo entrada en el

registro una segunda petición de Opinión consultiva dirigida al TIDM, planteada esta vez por la Comisión Subregional de Pesca (CSR) en virtud del artículo 138 del Reglamento.

Opinión fue solicitada por el Consejo de la Autoridad internacional de los fondos marinos a petición de la República de Nauru, un micro Estado de la Polinesia en vías de desarrollo que, al no poseer ni los recursos suficientes ni la tecnología necesaria para realizar directamente él mismo actividades de exploración y explotación en la Zona, había patrocinado la solicitud de aprobación de un plan de trabajo por parte de la empresa privada Nauru Ocean Resources Inc. Juzgando preciso obtener indicaciones acerca de los riesgos que asumía con tal decisión, Nauru planteó sus cuestiones en los debates que tuvieron lugar en el seno de la decimosexta sesión del Consejo, optando éste finalmente por trasladar a la SCFM una petición de Opinión consultiva de alcance más general con la voluntad de obtener una interpretación de las disposiciones contenidas en la parte XI de la CNUDM, así como en el Acuerdo de 1994 y otros instrumentos relacionados<sup>19</sup>.

No es el objeto de este análisis el efectuar un estudio pormenorizado del contenido de dicho pronunciamiento, estudio que, por otro lado, ya fue excelentemente presentado por el profesor M. J. Aznar Gómez en las jornadas de la Asociación que tuvieron lugar en Córdoba y al cual nos remitimos<sup>20</sup>. Por el contrario, lo que se pretende hacer a continuación es únicamente identificar aquellas aportaciones hechas por la SCFM en su Opinión consultiva que permiten poner de relieve el aprovechamiento de la función consultiva de la Sala en el compromiso de ésta en la defensa del interés general de salvaguardar la Zona y sus recursos.

- (a) La primera de estas aportaciones es la concepción del rol Estado que patrocina actividades de exploración y explotación de la Zona y que supone, precisamente, el punto de partida de la SCFM en su argumentación. Éste no ha podido ser más prometedor al objeto de

<sup>19</sup> En especial, el Reglamento relativo a la prospección y exploración de nódulos polimetálicos en la Zona, del año 2000, y el Reglamento relativo a la prospección y exploración de sulfuros polimetálicos, de 2010.

<sup>20</sup> M. J. Aznar Gómez, “El Tribunal Internacional ...”, *op. cit.*, pp. 402- 410.



lo defendido en esta comunicación, ya que según la Sala dicho papel es el de “contribuer à la *réalisation de l'intérêt commun* de tous les Etats par l'application correcte du principe du patrimoine commun de l'humanité, ce qui nécessite d'honorer fidèlement les obligations énoncées dans la partie XI”<sup>21</sup>. El deber de defender este interés común deriva, en opinión de la SCFM, de la obligación de prestar asistencia a la Autoridad (art. 153.4 CNUDM), la cual actúa *en nombre* de la humanidad en su conjunto (art. 137.2 CNUDM). Es, por tanto, en su auxilio a la Autoridad en la defensa del interés común, que los Estados se ven constreñidos por una serie de obligaciones. La primera de ellas, la de *velar* para que las actividades llevadas a cabo en la Zona se ajusten a las disposiciones pertinentes de la CNUDM (art. 139.1 CNUDM), una obligación que se configura como de comportamiento o de “diligencia debida”. Junto a ella, los Estados deben cumplir en segundo lugar, con un conjunto de *obligaciones directas*<sup>22</sup>.

- (b) Una segunda contribución de la SCFM versa sobre una cuestión tan delicada desde la perspectiva del interés general como es la de las posiciones y expectativas de los Estados en desarrollo o sin litoral en virtud de las disposiciones de la Parte XI. Invocando el preámbulo de la CNUDM, el cual dispone que el logro de los objetivos de la Convención “contribuirá a la realización de un

---

<sup>21</sup> *Responsabilités et obligations des Etats...* (Nº. 17), párr. 76. La cursiva es nuestra. Véase también el párrafo 226.

<sup>22</sup> A saber: el deber de asistir a la Autoridad (art. 153.4 CNUDM); el deber de aplicar “medidas de precaución” (art. 31.2 del Reglamento sobre nódulos/art. 33.2 del Reglamento sobre sulfuros) utilizando las “mejores prácticas ambientales” (art. 33.2 y art. 5.1 del Anexo 4 del Reglamento sobre sulfuros); la obligación de poder aportar medidas financieras y técnicas en caso de urgencia decretada por la Autoridad (art. 32.7 del Reglamento sobre nódulos/art. 35.8 del Reglamento sobre sulfuros); el deber de ofrecer vías de recurso internas para obtener una reparación rápida y adecuada en caso de daños (art. 235.2 CNUDM); el deber de elaborar y aplicar programas de control y evaluación del impacto medioambiental derivado de la extracción minera en la Zona (art. 31.6 del Reglamento sobre nódulos/art. 33.6 del Reglamento sobre sulfuros, en relación con sec. 1, pár. 7 del Acuerdo de 1994).

orden económico internacional justo y equitativo que tenga en cuenta los intereses y necesidades de toda la humanidad y, en particular, los intereses y necesidades especiales de los países en desarrollo, sean ribereños o sin litoral”<sup>23</sup>, la SCFM pasa a continuación a dilucidar el contenido de los artículos 140.1 y 148 CNUDM, los cuales establecen que la exploración y explotación de la Zona se hará en beneficio de la Humanidad en su conjunto, independientemente de la situación geográfica o el nivel de desarrollo de los Estados, teniendo especialmente en cuenta los intereses y necesidades de éstos últimos. La SCFM concluye que la CNUDM no prevé ningún “tratamiento preferencial”, ya que no contiene ninguna disposición general dedicada a dichos intereses y necesidades<sup>24</sup>. Ello no obstante, precisa, no impide que sí pueda otorgárseles en ocasiones un tratamiento “diferencial”, teniendo en consideración que las distintas capacidades de los Estados podrían, en algunas situaciones, suponer un verdadero obstáculo para que los Estados en desarrollo pudieran llevar a cabo actividades en la Zona. Esa imposibilidad, según la SCFM, frustraría uno de los objetivos esenciales de la CNUDM, que es el de “contribuir a construir un orden económico internacional justo y equitativo”. Esa concepción tiene importantes efectos prácticos, puesto que en ella se fundamenta, como subraya la SCFM, la reserva para la Autoridad y los Estados en desarrollo de la mitad de los sectores objeto de los contratos de exploración y explotación de la Zona, y el derecho de estos últimos a recibir la asistencia y formación necesaria para llevar a cabo efectivamente esas actividades<sup>25</sup>.

- (c) El tercer aporte significativo de la SCFM en su Opinión consultiva de 2011 incide en uno de los aspectos de más interés para los Estados que patrocinan actividades en la Zona: el de la responsabilidad internacional que puede derivarse de la asunción

---

<sup>23</sup> CNUDM, Preámbulo. La cursiva es nuestra.

<sup>24</sup> *Responsabilités et obligations des Etats...* (Nº. 17), párr. 158.

<sup>25</sup> Párrafo 163.

de tal posición. De acuerdo con la interpretación de la SCFM, la responsabilidad regulada en la CNUDM puede resultar del incumplimiento por el Estado patrocinador de sus obligaciones, siempre que se produzcan daños como consecuencia del mismo<sup>26</sup>. El incumplimiento que puede dar lugar a responsabilidad se predica tanto de las obligaciones directas del Estado como de su obligación de velar, adoptando las medidas normativas y administrativas que resulten “razonablemente apropiadas”, para asegurar el respeto de las obligaciones medioambientales propias de las entidades patrocinadas<sup>27</sup>. El grado de razonabilidad de dichas medidas deberá valorarse, según la SCFM, en función de la elección de buena fe, por parte de los Estados patrocinadores, de entre las opciones que resulten más oportunas y favorables para la humanidad<sup>28</sup>.

La exigencia de que se produzcan daños, por otra parte, constituye un requisito que difiere significativamente del derecho consuetudinario en materia de responsabilidad de los Estados, que no exige para que un Estado sea internacionalmente responsable la producción efectiva de un daño<sup>29</sup>. Este daño puede incluir, según la SCFM, el causado a la Zona y sus recursos, así como el ocasionado al medio marino. Y es en este punto en el que la SCFM se compromete más firmemente con su función de garante del interés común, puesto que ante la ausencia de ninguna disposición en la CNUDM que estipule quién puede solicitar la reparación del daño, se pronuncia de modo favorable a que la Autoridad tenga legitimación activa para ello<sup>30</sup>. En su argumentación, cuanto menos más valiente de lo que resulta habitual en materias tan

delicadas, la SCFM deduce implícitamente tal posibilidad de la mención que la CNUDM hace a la Autoridad actúa “en nombre” de la humanidad (art. 137.2 CNUDM). Así, la Autoridad, del mismo modo que cualquier Estado, estaría legitimada para exigir la reparación de los daños derivados del incumplimiento de obligaciones *erga omnes* debidas a la Comunidad internacional en su conjunto, como es, especialmente, el deber de proteger y preservar el medio marino (art. 192 CNUDM). Esa es una cuestión de indudable importancia práctica, que pone énfasis en el interés de toda la Humanidad en proteger la Zona y sus recursos, y en la voluntad de facilitar la reparación de los daños que pudieran producirse pese a las cautelas de la CNUDM.

- (d) Una cuarta y última contribución a la defensa del interés común que va a destacarse de la Opinión consultiva de 2011 permite evidenciar que en su compromiso con la defensa del interés común, la SCFM no solamente ha adoptado un papel de intérprete, sino que ha decidido ejercer asimismo un rol proactivo. De ningún otro modo podría entenderse si no, la propuesta que la SCFM dirige a la Autoridad para que se plantee la posibilidad de constituir un fondo especial para cubrir la reparación de aquellos daños que puedan producirse en la Zona cuando los mismos no sean consecuencia de un incumplimiento de ninguna obligación, es decir, cuando éstos se deriven de actividades lícitas<sup>31</sup>. La constitución de dicho fondo vendría a cubrir, según la SCFM, la reparación de daños cuya producción, en el estado actual el Derecho internacional, no entraña la responsabilidad del Estado. Una reparación que, desde la perspectiva del interés general, no debe quedar ni irresuelta ni postergada.

---

<sup>26</sup> Párrafos 176 y 184.

<sup>27</sup> Párrafos 215 y ss.

<sup>28</sup> Párrafo 230.

<sup>29</sup> Párrafo 178. Lo que no impide que el supuesto de incumplimiento sin daños se rija por las reglas de derecho internacional consuetudinario, tal y como fueron recogidas en el Proyecto de artículos de la CDI de 2001, párrafo 210.

<sup>30</sup> Párrafo 180.

---

<sup>31</sup> Párrafo 209.

## V.- Consideraciones finales

La SCFM fue creada en 1982 como una sala específica del TIDM para garantizar la buena gobernanza de un espacio marino cuya explotación había de revertir en beneficio de la Humanidad, y su diseño mereció, por aquel entonces, el calificativo nada desdeñable de “revolucionario”<sup>32</sup>. En el ejercicio de sus funciones, ésta actúa como una instancia independiente que obedece al interés común, el cuál va más allá de los intereses particulares, sobre todo económicos, de los Estados. Y es en aras de este interés general que la SCFM puede contribuir a recuperar el sentido originario del estatuto solidario que la CNUDM atribuyó a la Zona, reforzando los aspectos del mismo que no sucumbieron a la cercenación perpetrada por medio del Acuerdo de 1994.

Este papel de garante del interés común en la salvaguarda de la Zona y sus recursos ha sido cumplido con creces por la SCFM en la única Opinión consultiva que ha emitido hasta la fecha. El compromiso demostrado por ésta en la defensa del interés general puede que contribuya, en un futuro, a mostrarla como una vía atractiva a ojos de aquellos que más han perdido con la adopción del Acuerdo de 1994, fundamentalmente los Estados en desarrollo, los cuales han visto mermadas sus expectativas de explorar o explotar los recursos de la Zona directamente, u otros actores no gubernamentales interesados en la salvaguarda el medio ambiente marino.

Para que la SCFM pueda pronunciarse en vía consultiva, sin embargo, es necesario que los órganos con legitimación para ello, principalmente la Asamblea y el Consejo de la Autoridad, lo soliciten. En este sentido, es preciso que todo el entramado institucional encargado de la gestión del régimen de la Zona funcione de forma coordinada y se comprometa igualmente en el ámbito de sus competencias. En este punto, la Asamblea, como órgano supremo de la Autoridad integrado por todos sus Estados miembros, parece ostentar una responsabilidad primordial.

El régimen jurídico atribuido a la Zona, basado en su calificación como PCH, supuso un ejemplo a seguir en la gestión de espacios y recursos comunes. Pese a las dificultades que el mismo debe hacer frente

actualmente, sigue contando con una ventaja respecto a otros regímenes, y es que cuenta con un órgano jurisdiccional propio, especializado y capaz.

---

<sup>32</sup> A. Kiss, “La notion de ..., *op. cit.*, p. 217.

## Algunos rasgos del orden internacional tras el caso *Kadi*: “l’affaire du siècle”<sup>1</sup>

Joana Abrisketa Uriarte  
Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional público  
Universidad de Deusto

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRECEDENTES Y PRESENTE DEL CASO KADI. III. EL PLURALISMO INTERNO Y EXTERNO. IV. CONCLUSIONES

### I. INTRODUCCIÓN

Puede que el título de esta comunicación resulte exagerado, pero lo que sí es claro es que el caso *Kadi* tiene vocación de quedar en la memoria del iusinternacionalista como aquel que contribuyó a poner en cuestión ciertos paradigmas del Derecho internacional, y en particular, a revisar la relación entre el Derecho europeo y el Derecho internacional.

Como es conocido por todos, el caso tiene su origen en las condiciones que propiciaron la congelación de los fondos y demás activos financieros supuestamente controlados por el Sr. *Kadi*. Conforme a una serie de resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, los Estados miembros de la Organización tenían la obligación de congelar dichos fondos y activos financieros. Con tal fin, el Consejo de la UE adoptó varios Reglamentos por los que se imponían determinadas medidas restrictivas dirigidas contra ciertas personas y entidades asociadas a Usamah bin Laden, la red Al-Qaida y los talibanes. La legalidad de los Reglamentos fue cuestionada por *Kadi* a través de una serie de recursos ante el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea y el Tribunal de Justicia que resumimos a continuación.

<sup>1</sup> Agradezco a Asier Garrido, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Salamanca, sus comentarios y sugerencias en la elaboración de la presente Comunicación.

En esta comunicación planteamos como objetivo el analizar el caso *Kadi* desde la perspectiva de la construcción de los nuevos rasgos del orden internacional. Nos preguntamos si existen elementos suficientes que permitan inferir la ruptura entre el orden internacional y el orden europeo, o si por el contrario, al final del camino, tras las varias sentencias *Kadi* (la última de julio de 2013)<sup>2</sup>, uno y otro orden terminan confluyendo en cierto sentido.

### II. PRECEDENTES Y PRESENTE DEL CASO KADI

Aunque no se preste fácilmente a un ejercicio de síntesis, conviene contextualizar<sup>3</sup>: el Comité de Sanciones de Naciones Unidas identificó a *Kadi* como un presunto miembro de Al-Qaeda, de modo que su nombre fue incluido en la lista consolidada del Comité de Sanciones el 17 de octubre de 2001, al tiempo que se impusieron ciertas sanciones contra él, en particular, la congelación de sus bienes. La Unión Europea transpuso la sanción de Naciones Unidas a varios Reglamentos comunitarios que *Kadi* recurrió, en primer lugar, ante el Tribunal de Primera Instancia de la UE<sup>4</sup> (TPI). Este Tribunal decidió sobreseer el asunto en lo que se refería a la pretensión del demandante de anular el Reglamento (CE) 2062/2001<sup>5</sup> y desestimar la pretensión de que se anulara el Reglamento (CE) 881/2002<sup>6</sup>. Rechazó así toda posibilidad de revisar los Reglamentos de la UE alegando

<sup>2</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de julio de 2013, *Comisión Europea, Consejo y Reino Unido c. Yassin Abdullah Kadi*, Asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, § 66.

<sup>3</sup> Garrido, A., *Garantías judiciales y sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. De la técnica jurídica a los valores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 351-387. Entre las numerosas contribuciones de Asier Garrido, un claro resumen de los últimos acontecimientos del caso figura en la página web: [aquiescencia.net/2013/05/25/asier-garrido-sobre-la-opinion-del-abogado-general-bot.en-el-caso-kadi-iv/](http://aquiescencia.net/2013/05/25/asier-garrido-sobre-la-opinion-del-abogado-general-bot.en-el-caso-kadi-iv/)

<sup>4</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 21 de septiembre de 2005, *Yassin Abdullah Kadi c. Consejo y Comisión y Yusuf y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión*, T-315/01 y 306/01.

<sup>5</sup> Reglamento (CE) n° 2062/2001 de la Comisión, de 19 de octubre de 2001.

<sup>6</sup> Reglamento (CE) n° 881/2002 del Consejo, de 27 de mayo de 2002.

que ello implicaría controlar las medidas impuestas por el Consejo de Seguridad<sup>7</sup>. El TPI únicamente aceptó examinar si las resoluciones del Consejo de Seguridad respetaban el *ius cogens* en la medida en que dicho principio fundamental incorpora la protección de los derechos fundamentales, pero no encontró infracción a dichos estándares internacionales.

De modo que en 2005, el demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia del TPI. En la sentencia de la Gran Sala de 3 de septiembre de 2008 el Tribunal de Justicia (TJUE) sostuvo una posición radicalmente diferente a la del TPI<sup>8</sup>. Declaró con firmeza que los tribunales de la UE “deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios”<sup>9</sup>. Como consecuencia, anuló la sentencia dictada por el TPI, y también anuló el Reglamento (CE) 881/2002 debido a que el mismo afectaba a *Kadi*. Su argumento central radicaba en que los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales son “las bases del ordenamiento jurídico comunitario”<sup>10</sup> y están “consagrados como bases de la Unión en el artículo 6”<sup>11</sup>, de modo que *todas* las medidas de la Unión deben ser compatibles con el respeto de los derechos humanos, que forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia<sup>12</sup>. El acuerdo del Consejo de Seguridad sobre las obligaciones contenidas en las Resoluciones no dispensa al Tribunal de la obligación de indagar en la conformidad de los actos legislativos de la Unión con el régimen de derechos humanos<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Fundamentalmente en la Resolución 1267 (1999), de 15 de octubre; la Resolución 1333 (2000), de 19 de diciembre; la Resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre y en la Resolución 1390 (2002), de 28 de enero.

<sup>8</sup> Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión de la Unión Europea*, Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P.

<sup>9</sup> *Ibid.*, § 326.

<sup>10</sup> *Ibid.*, § 303.

<sup>11</sup> *Ibid.*, § 303.

<sup>12</sup> *Ibid.*, § 283 y 284.

<sup>13</sup> *Ibid.*, § 286.

Concretamente, el haber incluido en la lista del Reglamento (CE) 881/2002 el nombre de *Kadi* implicaba la violación de sus derechos de defensa y tutela judicial efectiva, dado que la Comisión únicamente le había transmitido las apreciaciones del Comité de Sanciones, sin darle acceso a los elementos de prueba que figuraban en su contra<sup>14</sup>. Lo más relevante a estos efectos es que el TJUE declaró que los derechos y libertades fundamentales forman parte integrante del ordenamiento jurídico comunitario como *principios generales del derecho* y asumió así que el respeto de los derechos humanos constituye un requisito de la legalidad de los actos comunitarios<sup>15</sup>.

Paralelamente, el TJUE tenía que determinar si las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas gozan de primacía sobre el Derecho comunitario, esto es, debía aclarar hasta qué punto el Tribunal puede revisar los Reglamentos europeos que ejecutan obligaciones internacionales impuestas por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad (el Comité 1267). Parcialmente en consonancia con las conclusiones del Abogado General Maduro, el Tribunal adoptó una postura pluralista en torno a la relación entre el orden de la UE y el orden internacional<sup>16</sup>, y desde esta perspectiva rechazó la primacía de las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre los Reglamentos comunitarios.

<sup>14</sup> *Ibid.*, §171-175 y 181-184. López-Jacoiste, E., “Derecho internacional y actores no estatales: repercusiones recíprocas. Algunas consideraciones a la luz de la práctica del Comité 1267 y sus efectos sobre los derechos de las personas registradas en la lista”, en Martín y Pérez de Nanclares, J.M. (coord.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, AEPDIRI, Justel y Universidad de La Rioja, 2010, pp. 559-572.

<sup>15</sup> *Ibid.*, § 285-287 y 326.

<sup>16</sup> Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro de 16 de enero de 2008 en el asunto C-402 /05 P, *Yassin Abdullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas*, § 21-25. De Búrca, G. “The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi*”, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, núm. 1, 2010, pp.1-49. Describe la postura del Tribunal como desleal a su tradicional fidelidad al ordenamiento jurídico internacional. Y Tomouschat, C., “The *Kadi* Case: What Relationship is there between the Universal Legal Order under the Auspices of the United Nations and the EU Legal Order?”, *Yearbook of European Law*, vol. 28, 2009, pp. 654-663.

A raíz de la sentencia, la Comisión Europea comunicó a *Kadi* los motivos de su inscripción en la lista, y tras recibir las observaciones de éste, mostró su intención de mantener su nombre en la lista en un nuevo Reglamento<sup>17</sup>, justificándolo sobre la base de que había pruebas de la asociación de *Kadi* con la red Al-Qaida. Éste volvió a recurrir y el Reglamento fue anulado nuevamente por el Tribunal General (TG), que reiteró su deber de garantizar un control jurisdiccional completo y riguroso de la legalidad de los actos comunitarios<sup>18</sup>.

En síntesis, si algo hay que destacar de las dos sentencias precedentes (la del TJUE y la del TG) es que los tribunales se arrojan la competencia completa para revisar las resoluciones del Consejo de Seguridad destinadas a combatir los actos terroristas que suponen amenazas para la paz y la seguridad internacionales. Manifiestan que es parte de su función y su obligación el garantizar el control de la legalidad de los actos de la Unión desde el punto de vista de los derechos fundamentales.

A esto se añade que el Comité 1267 borró el nombre de *Kadi* de la lista el 5 de octubre de 2012, tras la petición planteada por el *Ombudsperson*, mecanismo establecido por la Resolución 1904 (2009), de 17 de diciembre de 2009, del Consejo de Seguridad. No cabe otra cosa que inferir de esto la repercusión de las sentencias del Tribunal de Luxemburgo en el seno del Comité de Sanciones, que se vio obligado a establecer un sistema de garantías de los derechos fundamentales inexistente hasta entonces.

Aunque el proceso establecido a través del *Ombudsperson* no consiga resolver todos los potenciales conflictos entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional, Kokott y Sobotta sostienen que puede reducir el riesgo de que se produzcan orientaciones divergentes entre los diferentes

sistemas<sup>19</sup>. En esta línea, la función esencial del *Ombudsperson* es procesar las peticiones de los individuos, grupos o entidades que pretenden ser suprimidos de la lista, pero más allá de esto, actúa como contrapeso frente al Comité de Sanciones, ya que la recomendación del *Ombudsperson* de borrar a alguien de la lista se traduce en principio en una decisión efectiva, salvo que el Comité de Sanciones la rechace por consenso en los sesenta días posteriores a la adopción<sup>20</sup>. De modo que además de asistir a dicho Comité, el *Ombudsperson* asume una especie de responsabilidad en la garantía de los derechos de quienes son inscritos en la lista<sup>21</sup>. Sin embargo, esto no se considera suficiente por el Tribunal de Justicia.

Precisamente, en la sentencia de 18 de julio de 2013, el Tribunal de Justicia manifestó que no se ha experimentado evolución alguna respecto de las resoluciones judiciales anteriores. En consecuencia, defendió:

“la garantía constitucional que representa, en una Unión de Derecho, el control jurisdiccional de todo acto de la Unión – incluidos aquellos que, como el presente caso, aplican un acto de Derecho internacional– desde el punto de vista de los derechos fundamentales garantizados por la Unión”<sup>22</sup>.

El Tribunal añadió que un fuerte control jurisdiccional resulta “indispensable” dado que los procedimientos de eliminación y de revisión de las listas establecidos en la ONU no ofrecen las garantías de una tutela

---

<sup>19</sup> Kokott, J., y Sobotta, C., “The Kadi Case- Constitutional Core Values and International Law-Finding the Balance?”, *European Journal of International Law*, vol. 23, núm. 4, 2012, pp. 1015-1024, p. 1016.

<sup>20</sup> Resolución 1989 (2011) del Consejo de Seguridad, de 17 de junio de 2012, § 12 y 13.

<sup>21</sup> Conforme a los datos de 19 de agosto de 2013, fueron 49 las peticiones enviadas al *Ombudsperson* para ser eliminados de las listas, de las que 27 ya han sido aceptadas. En <http://www.un.org/sc/committees/1267/delisting.shtml>

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de julio de 2013, *Comisión Europea, Consejo y Reino Unido c. Yassin Abdullah Kadi*, Asuntos acumulados C-584/10 P, C-593/10 P y C-595/10 P, § 66. Se añade en la sentencia que “un control jurisdiccional de esta índole resulta indispensable para garantizar un justo equilibrio entre la preservación de la paz y de la seguridad internacionales y la protección de las libertades y derechos fundamentales de la persona afectada [...], las cuales constituyen valores comunes a la ONU y a la Unión”, § 131.

---

<sup>17</sup> Reglamento (CE) 1190/2008, de la Comisión, de 28 de noviembre de 2008.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea, de 30 de septiembre de 2010, *Kadi c. Comisión Europea*, T-85/09, §151.

judicial efectiva<sup>23</sup> (como había puesto de relieve el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia *Nada c. Suiza*<sup>24</sup>). Incidió por tanto en la necesidad de asegurar, en primer lugar, la comunicación entre el Comité de Sanciones y el órgano competente de la UE, y en segundo lugar, el diálogo posterior entre el órgano europeo y la persona afectada. Con tal fin, el Tribunal indicó que cuando el Comité de Sanciones haya decidido incluir el nombre de una empresa, entidad o persona en su lista, la autoridad competente de la Unión deberá comunicar a los afectados los datos en los que se basa su decisión. En una exhibición de fuerza dado que el propio Tribunal asume el máximo grado de control jurisdiccional en este ámbito, hasta el extremo de manifestar que dicho control “no quede limitado a una apreciación de la verosimilitud abstracta de los motivos invocados, sino que examine la cuestión de si tales motivos, o al menos uno de ellos que se considere suficiente, por sí solo, para fundamentar tal decisión, están o no respaldados por los hechos”<sup>25</sup>.

Pudiera parecer que el órgano judicial europeo busca acomodarse con el sistema de la ONU para ajustarse al mismo marco referencial, el de los derechos fundamentales. Paradójicamente, es el sistema regional, cuya función principal no es justamente la protección de los derechos fundamentales, el que fuerza al sistema universal a actuar conforme a estándares internacionales<sup>26</sup>. Sin embargo, la posición tan garantista del tribunal europeo puede resultar contraproducente, dado que con el fin de evitar problemas en los tribunales domésticos, el Consejo de Seguridad

podría decidir elaborar listas indefinidas y genéricas, en las que no se detalle a quiénes van dirigidas, lo que dificultaría al tribunal de Luxemburgo el controlar las medidas impuestas por la ONU<sup>27</sup>.

Para terminar, a diferencia de lo que había entendido el Tribunal General, en la sentencia de 2013 el TJUE estimó que los motivos invocados contra *Kadi* eran lo suficientemente precisos y concretos como para permitirle el ejercicio eficaz de su derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva<sup>28</sup>. Para el Tribunal, el hecho de que *Kadi* no tuviera acceso a datos o pruebas de los que no disponía la autoridad competente de la Unión no conllevaba la vulneración de los derechos mencionados<sup>29</sup>. La *ratio decidendi* por la que desestimó el recurso de casación presentado por la Comisión, el Consejo y el Reino Unido era otra: *Kadi* presentó en noviembre de 2008, como apoyo a su recurso ante el Tribunal General, una serie de detalladas observaciones que refutaban los motivos invocados por el Comité de Sanciones, sin embargo, frente a tan precisas alegaciones, el Comité de Sanciones no facilitó los datos o las pruebas que tuvieran *la entidad suficiente* para justificar la adopción de las medidas restrictivas en su contra<sup>30</sup>.

### III. EL PLURALISMO INTERNO Y EXTERNO

Las sentencias *Kadi II* y siguientes se incardinan en un marco hermenéutico particular, tanto criticado como elogiado. Frente a la opinión de Gráinne de Búrca, entre otros, quien cuestiona la aproximación fuertemente pluralista del Tribunal en torno a la relación entre el Derecho de la UE y el Derecho internacional, en la medida en que representa un profundo giro para la organización regional en su tradicional compromiso con el Derecho internacional<sup>31</sup>, posiciones pluralistas como la de Krisch

<sup>23</sup> *Ibid.*, § 133.

<sup>24</sup> Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Nada c. Suiza*, 12 de septiembre de 2012, nº. 10593/08.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia, de 18 de julio de 2013, *Comisión Europea, Consejo y Reino Unido c. Yassin Abdullah Kadi*, §119.

<sup>26</sup> En este sentido, Hinojosa Martínez destaca que la posición legal del TJUE podría haber sido más fuerte si hubiera justificado que la implementación de las sanciones del Consejo de Seguridad no tuvo como marco de referencia las normas universales que obligan “también” al Consejo de Seguridad. En Hinojosa Martínez, L., “Bad Law for Good Reasons: The Contradictions of the *Kadi* Judgment”, *International Organizations Law Review*, vol.5, 2008, pp. 339-357, p.344 y del mismo autor “Las sanciones del Consejo de Seguridad contra Al Qaeda y los talibanes: ¿son realmente inteligentes?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 58, núm.2, pp. 737-770.

<sup>27</sup> Tzanakopoulos, A., “Kadi Showdown: Substantive Review of (UN) Sanctions by the ECJ”, en <http://www.ejiltalk.org/kadi-showdown/>

<sup>28</sup> *Ibid.*, § 118, 136, 141-150.

<sup>29</sup> *Ibid.*, § 139.

<sup>30</sup> *Ibid.*, § 141 y ss, 151 a 163.

<sup>31</sup> De Búrca, G., “The European Court of Justice and the International Legal Order After *Kadi*”, *Harvard International Law*, vol. 51, pp. 1-49.

enfatan el valor de los múltiples sistemas normativos. Consideran que las acomodaciones pragmáticas del pluralismo son desde el punto de vista normativo preferibles a las aproximaciones constitucionalistas basadas en premisas de coherencia y unidad.

Precisamente, el TJUE se sirvió del pragmatismo propio del pluralismo cuando observó que el grado de protección de los derechos humanos garantizado por el Comité de Sanciones no alcanzaba el grado de protección desarrollado en el ámbito de la UE. Rechazar el sistema cuya protección era menor le resultó el medio adecuado para responder a la deficiencia<sup>32</sup>. Krisch incluso afirma que el pluralismo lleva a una más fuerte responsabilidad internacional. Defiende que el escenario desordenado y desconectado de la responsabilidad global administrativa permite influencia mutua y aproximación gradual<sup>33</sup>, lo que queda demostrado en este caso, ya que *Kadi* tendría motivos para solicitar ante el TJUE responsabilidad extracontractual por la inclusión errónea de su nombre en la lista.

No es una novedad afirmar que conforme a la interpretación general, el punto de partida del TJUE y el TG se encuentra en una concepción dualista en la que distinguen entre el ordenamiento internacional y el europeo para así defender la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario<sup>34</sup>. El núcleo central de esta lectura se asienta en la afirmación tanto del Abogado General Maduro como del TJUE de que las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden producir el

efecto de perjudicar los principios constitucionales del Tratado de la UE<sup>35</sup>. Ahora bien, la función del TJUE de asegurar la coherencia y la integridad del orden legal de la UE en el contexto de sus principios constitucionales, lo que le obliga a remitirse precisamente a los principios del Derecho internacional. El TJUE afirmó inspirarse en “las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos relativos a la protección de los derechos humanos en los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido”<sup>36</sup> (se refiere al particular significado del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Podía haber formulado una llamada al orden internacional aún de mayor alcance, pero que no lo hiciera no significa que se apartara por completo del Derecho internacional<sup>37</sup>. Inferir de la sentencia una hostilidad general hacia el Derecho internacional, según Kokott y Sabotta, “sería injusto”<sup>38</sup>. De hecho, el Tribunal de Justicia declaró expresamente que “las competencias de la Comunidad en materia de cooperación y desarrollo [...] deben ejercerse respetando los compromisos asumidos en el marco de las Naciones Unidas y de las demás organizaciones internacionales”<sup>39</sup>.

De modo que en términos generales la postura del TJUE es esencialmente pluralista, entendida desde una doble perspectiva, tanto la del *pluralismo interno* como la del *pluralismo externo*. Ambas inciden en las diferentes dimensiones de la jurisdicción de Luxemburgo.

<sup>32</sup> Kokott, J., y Sobotta, C., “The *Kadi* Case...”, *op. cit.*, pg. 1018.

<sup>33</sup> Krisch, N., “The Pluralism of Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 2006, pp. 247-278.

<sup>34</sup> Ferrer Lloret, J., “El control judicial de la política exterior de la Unión Europea”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Universidad del País Vasco, Vitoria, 2010, pp. 96-157, p.126 y Krenzler, H., y Landwehr, O., “A New Legal Order of International Law”: On the Relationship Between Public International Law and European Union Law After *Kadi*”, en Fastenrath, U., (ed.), *From Bilateralism to Community Interest. Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford University Press, 2011, p. 1004-1023 y Santos Vara, J., “The Consequences of *Kadi*: Where the Divergence of Opinion between EU and International Lawyers Lies?”, *European Law Journal*, vol. 17, núm. 2, 2011, pp. 252-274.

<sup>35</sup> Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión de la Unión Europea*, Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *op. cit.*, § 5.

<sup>36</sup> *Ibid.*, § 283.

<sup>37</sup> Martín y Pérez de Nanclares, J., “Unidad y pluralismo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Hacia un refuerzo de la autonomía del Derecho de la Unión frente al Derecho Internacional”, en Rodrigo, A., y García, C., (eds.), *Unidad y pluralismo en el Derecho internacional público y en la comunidad internacional*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 280.

<sup>38</sup> Kokott, J., y Sabotta, C., “The *Kadi* Case...”, *op. cit.*, p. 1017.

<sup>39</sup> Sentencia de casación del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo y Comisión de la Unión Europea*, Asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, *op. cit.*, § 292.



El *pluralismo interno* se manifiesta, en primer lugar, en una pluralidad de fuentes constitucionales (europeas y nacionales) que nutren el marco constitucional de la UE y sus principios generales del Derecho, particularmente desarrollado por el Tribunal de Justicia. En segundo lugar, al haber emergido nuevas formas de poder que desafían la tradicional distinción entre lo público y lo privado, las categorías legales tradicionales sobre las que las normas de la UE se enmarcan se ven cuestionadas y el pluralismo interno cobra mayor sentido<sup>40</sup>. Frente a ello, el *pluralismo externo* proviene de la creciente comunicación e interdependencia del orden de la UE con los órdenes internacionales<sup>41</sup>. Así, emergen diferentes relaciones que pueden tomar la forma de integración legal (la UE participa en otro orden legal y lo desarrolla); confluencia interpretativa (aunque la UE no es parte de otro orden legal, comparte un similar conjunto de normas y, posiblemente, jurisdicción con dicho orden legal); y la que se genera por otros efectos legales externos (la decisión tomada en una cierta jurisdicción tiene un impacto social y económico, aunque no legal, en otra jurisdicción)<sup>42</sup>.

Justamente desde la sentencia *Kadi II*, pero sobre todo en la última sentencia de 2013, se pone de manifiesto que el *corpus* normativo de la UE no es ni independiente ni autosuficiente para proteger los derechos fundamentales. La respuesta legal ofrecida por el TJUE se remite al proceso de diálogo entre el Consejo de Seguridad y la UE, a dinámicas de cooperación, y a procesos destinados a cubrir las lagunas sobre la protección efectiva de los derechos que pudiera provocar la inclusión en las listas. Al margen de que pueda resultar complicado tanto el diálogo con el Consejo de Seguridad como la transparencia en sus decisiones, lo que es cierto es que queda superada la afirmación rotunda del Abogado General Poiares Maduro en sus Conclusiones Generales:<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Poiares Maduro, M., “Interpreting European Law: Adjudication in a Context of Constitutional Pluralism”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, 2008, pp. 1-16.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> Conclusiones presentadas el 16 de enero de 2008 en el asunto C-402/05 P, *Yassin Abudullah Kadi contra Consejo de la Unión Europea y Comisión*.

“ [...] sería erróneo llegar a la conclusión de que, a partir del momento en que la Comunidad está vinculada por una norma de Derecho internacional, los Tribunales comunitarios deben inclinarse ante esa norma con completa aquiescencia y han de aplicarla incondicionalmente en el ordenamiento jurídico comunitario. La relación entre el Derecho internacional y el ordenamiento jurídico comunitario se rige por este último, y el Derecho internacional únicamente puede penetrar en ese ordenamiento jurídico con sujeción a las condiciones que establecen los principios constitucionales de la Comunidad”<sup>44</sup>.

En contraste con dicha afirmación y con las sentencias precedentes, el Tribunal muestra de manera creciente su inclinación por la búsqueda de espacios comunes entre el sistema de Naciones Unidas y los órganos competentes de la UE, lo que no se puede calificar como una posición dualista precisamente.

#### IV. CONCLUSIONES

A partir de *Kadi II*, los sucesivos tribunales competentes aplicaron los límites que el Consejo de Seguridad no se autoimpuso. Esta especie de garantía constitucional procedente de la jurisprudencia europea incidió en la posterior actuación del Consejo de Seguridad, que introdujo un mecanismo de revisión a través del *Ombudsperson*. Aunque con dificultades, el objetivo es coimplicar a los órganos y conciliar los órdenes legales, no separarlos entre sí.

El potencial que encerraba la referencia hecha, con trazos gruesos, a los principios constitucionales del Derecho de la UE en *Kadi II* ha ido progresivamente conformándose a través de ciertos elementos tangibles y con una dirección reconocible. El proceso terminó para *Kadi*, pero no para el régimen de las sanciones antiterroristas del Consejo de Seguridad, que en primer lugar, tendrá que reaccionar ante la última sentencia del Tribunal de Luxemburgo. ¿*L'affaire du siècle*?

---

<sup>44</sup> Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro, *op.cit.*, § 24.

## Los derechos humanos como expresión de interés público global en las controversias de carácter interestatales

Francesco Agnello

Universidad Jaume I - Castellón/*Università degli Studi di Palermo*

### 1. Introducción

La tutela ofrecida por el ordenamiento internacional a los derechos fundamentales y a los valores de que éstos son expresión – considerados universales –, así como la exigencia de hacer frente a las violaciones de los mismos – percibidas como problemas globales, particularmente cuando sean de dimensión significativa – pueden interpretarse como manifestación de un interés público global, como interés cualitativamente diferente de los intereses de los Estados.

Este carácter de los derechos humanos destaca particularmente en los mecanismos institucionales de protección de los mismos, a los que está dedicada la primera ponencia del Panel 3. Por otro lado, la relevancia de los derechos fundamentales como expresión del interés público global resalta y al mismo tiempo produce consecuencias – cada día más significativas – también en el ámbito de otros sectores del Derecho Internacional, que constituyen el núcleo duro de lo interestatal. En este sentido, parece recomendable reflexionar sobre el papel jugado por los derechos humanos en los procedimientos del Tribunal internacional de Justicia (TIJ). Sorprendentemente, en un porcentaje relativamente elevado de decisiones emitidas por este Tribunal – en ámbito consultivo como contencioso – los derechos humanos resaltan en su dimensión de interés público global.

### 2. El Tribunal internacional de Justicia y los derechos humanos.

De hecho, tras un estudio detallado de las decisiones emitidas por el TIJ, se puede afirmar que el Tribunal ha dictado una verdadera

jurisprudencia en materia de derechos humanos<sup>1</sup>, pues se han individuado cuarenta decisiones relevantes emitidas por la Corte – diecinueve fallos, once ordenanzas y diez opiniones consultivas –. Estas decisiones fueron emitidas por la Corte a lo largo de toda su actividad – datándose la primera de ellas en 1948 y la última en 2012 – y constituyen un material de estudio sumamente heterogéneo, no sólo en términos de periodo histórico de producción, sino también por los instrumentos jurídicos utilizados, el objeto de juicio, las normas aplicadas, la tipología de poder ejercido por las Cortes – judicial *strictu sensu*, de asesoramiento o cautelar–, los resultados obtenidos, los principios enunciados en materia de derechos humanos, etc.

A tenor de los casos examinados, los derechos humanos tienen distinta relevancia: además de los casos en los que constituyen el objeto mismo de la cuestión planteada ante la Corte – por ejemplo mediante la invocación directa de tratados específicos –, hay numerosos ejemplos de decisiones en las que los derechos fundamentales han sido introducidos incidentalmente en el juicio, por las partes o por el Tribunal mismo. En este último caso, además, a veces los derechos humanos llegaron a tener la atención de la Corte sólo en el ámbito de unos *obiter dicta* – en algunos casos también de suma importancia para el desarrollo del Derecho internacional, como en la famosa decisión *Barcelona Traction* –, mientras que en otras ocasiones los derechos humanos fueron invocados directamente por la Corte a la hora de argumentar su decisión, llegando a convertirse en los ‘protagonistas’ de la controversia, originariamente surgida sobre bases distintas, ‘robando la escena’ – por así decir – a las normas ‘clásicas’.

---

<sup>1</sup> Vease G. Zyberi, *The Humanitarian Face of the International Court of Justice. Its Contribution to Interpreting and Developing International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles*, Anversa-Oxford-Portland, 2008. Id., “The Development and Interpretation of International Human Rights and Humanitarian Law Rules and Principles through the Case-Law of the International Court of Justice”, in *Netherland Journal of International Law*, 2007, pp. 117 ss. Vease también R. Goy, *La Cour internationale de justice et les droits de l’homme*, Bruxelles, 2002 y Sh. Bedi, *The Development of Human Rights Law by the Judges of the International Court of Justice*, Oxford-Portland-Oregon, 2007.

Entre esas decisiones, hay algunas en las que los derechos fundamentales destacan, directamente o indirectamente, en la argumentación del Tribunal, como manifestación de un interés público global.

En la comunicación propuesta, bajo la óptica del tema de las Jornadas, se desea ofrecer un panorama general de la relevancia de los derechos humanos como expresión del interés público global en la jurisprudencia del TIJ. En primer lugar, se examinarán los pasos jurisprudenciales en que el Tribunal perfila los derechos humanos como valores básicos del orden internacional, a través de la enunciación de su carácter ‘fundamental’, ‘universal’ e ‘intransgredible’. A continuación, se abordará el estudio de las consecuencias en términos de reservas y rango normativo que la Corte hizo descender sobre unas normas, reconocidas por ella como expresión de estos principios ‘fundamentales’. Para finalizar, se tratará de los derechos humanos como expresión del interés público global, con relación a la estructura de las obligaciones internacionales en las decisiones de la Corte Internacional de Justicia.

### **3. los derechos humanos como valores básicos del orden internacional: su carácter ‘fundamental’, ‘universal’ e ‘intransgredible’.**

La decisión más emblemática entre aquellas en las que el Tribunal internacional de Justicia afirma el valor de fondo de los derechos humanos en el orden internacional es el fallo emitido el 25 de marzo de 1948, al concluir el famoso caso del Canal de Corfú<sup>2</sup>. Llamada a pronunciarse sobre la existencia de una responsabilidad del Gobierno de Albania, la Corte respondió afirmativamente, adebitando el daño material y los derivados de la pérdida de la vida a la conducta ilícita de este estado, y motivando esta decisión de una manera muy interesante para nuestra investigación.

---

<sup>2</sup> La decisión ha sido publicada en *I.C.J. Reports* 1949, pp. 4 e ss. Para un estudio más detallado sobre el caso, entre otros, vease I. Yung Chung, *Legal Problems Involved in the Corfu Channel Incident*, Ginevra-Parigi, 1959 e Q. Wright, “The Corfu Channel Case”, in *American Journal of International Law*, 1949, pp. 491 ss.

En esta famosa sección, el TIJ afirmó: “*The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VIII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war*”<sup>3</sup>.

En esencia, el TIJ mismo excluyó explícitamente una aplicación extensiva de la misma Convención VIII de La Haya de 1907, relativa a la colocación de minas submarinas de contacto y, al mismo tiempo, no afirmó que se había formado una norma consuetudinaria específica capaz de extender estas obligaciones en el tiempo de paz. La estructura argumentativa utilizada por el Tribunal es, como se puede apreciar, mucho más refinada: se afirma la existencia de algunos principios generales, que se pueden definir como “consideraciones elementales de humanidad”; a partir de estos principios, a cascada, aparecen toda una serie de obligaciones, incluido el deber de un estado que coloca minas en una extensión de agua determinada a informar de la existencia de tal peligro a todos los que corren el riesgo de encontrarlas. El TIJ, en definitiva, sin contar con una norma convencional o consuetudinaria precedente, condena a un Estado, identificando la fuente de su responsabilidad exclusivamente en “*certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war*”.

Se puede decir que el TIJ afirma la existencia de principios generales de derecho, llamados “*elementary considerations of humanity*”, distintos de las normas pactadas y de las costumbres, cuyo respeto se impone a todos los estados, y de una manera que parece fundamentarse en la existencia de un interés público global. De manera análoga, los principios prevalecen frente a consideraciones pertinentes al dominio reservado: Albania, de hecho, había actuado dentro de sus aguas territoriales y negaba – en conformidad con sus repetidas declaraciones

---

<sup>3</sup> Vease. pag. 22 de la decisión de exámen.

oficiales y formales – que no había derecho de paso de barcos de guerra extranjeros en esas aguas<sup>4</sup>.

Este instrumento jurídico será utilizado por el TIJ, con efectos importantes, en la futura jurisprudencia del Tribunal, en relación a casos en los que los derechos fundamentales se relevan como expresión del interés público global<sup>5</sup>. En este sentido, por ejemplo, puede leerse la opinión consultiva *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*<sup>6</sup>, emitida por el Tribunal el 8 de Julio de 1996. En esta decisión, citando expresamente el fallo del *Corfu Channel*, el Tribunal reitera que “*a great many rules of humanitarian law applicable in armed conflict are so fundamental to the respect of the human person and ‘elementary considerations of humanity’ as the Court put it in its Judgment of 9 April 1949 in the Corfu Channel case (I. C. J. Reports 1949, p. 22)*”<sup>7</sup>, añadiendo que “*these fundamental rules are to be observed by all States whether or not they have ratified the conventions that contain them, because they constitute intransgressible principles of international customary law*”<sup>8</sup>.

Con esta decisión, el Tribunal cualifica los principios invocados en el fallo de 1949 como “*intransgressible*”, e impone su respeto a todos los estrados: esa parte de la decisión es muy oscura – debido también al uso de una terminología nueva – y la doctrina ha llegado a interpretaciones diferentes sobre el significado de la expresión utilizada por el TIJ<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> Sin embargo, el Tribunal de Justicia negó que la Marina Británica estaba violando la soberanía de Albania, con respecto a las operaciones que estaba realizando cuando sus barcos fueron dañados por las explosiones.

<sup>5</sup> Si trata de las decisiones *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c. Stati Uniti d’America), *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, del 8 de Julio de 1996 y *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, del 9 de Julio de 2004.

<sup>6</sup> La Opinión consultiva ha sido publicada en *I.C.J. Reports 1996*, pagg. 226 ss. Para un análisis de la decisión, vease M. J. Aznar Gómez, “The 1996 Nuclear Advisory Opinion and Non Liqueur in International Law”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1999, pp. 3 e ss.

<sup>7</sup> Vd. *ibidem*, pag 35, par. 79.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Nota por ejemplo L. Condorelli – en “Le droit internationale humanitaire, ou de l’exploration par la Cour d’une *terra* au peu près *incognita* pour elle”, en L. Boisson de

Cualquiera que sea el significado que se desea asignar a dicha expresión, no se puede negar que el Tribunal quería reafirmar con fuerza dichas normas, que encarnan los principios fundamentales del respeto a la persona humana o consideraciones elementales de humanidad, contienen *los valores fundamentales esenciales del ordenamiento* y tienen el valor de *interés público general para la comunidad internacional*.

Además, interpretando esa opinión bajo la luz del fallo de 1949, se puede afirmar que las obligaciones impuestas por el principio general de las “consideraciones elementales de humanidad” se imponen a todos los Estados, más aún en tiempos de paz, como principios “*intransgressible*” del derecho internacional consuetudinario y, por tanto, de acuerdo con las interpretaciones más avanzadas, tienen valor *erga omnes* y demás están cubiertos por las normas de *jus cogens*.

Dicha interpretación, unida a una lectura *fuerte* del termino ‘*intransgressible*’, ha sido adoptada, por ejemplo, por el Tribunal de primera instancia de la Unión Europea en el caso Kadi<sup>10</sup>, afirmando el carácter de *jus cogens* de las “*mandatory provisions concerning the universal protection of human rights [...] because they constitute ‘intransgressible principles of international customary law’*”. En dicha

---

Chazournes e P. Sands (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, 1999, pagg. 229 ss. – que “*cette adjective constitue sans aucune doute une surprenante innovation terminologique, mais ne brille assurément pas par sa clarté*” (pag. 234). El Autor llega a la conclusión que “*dans l’esprit de la Cour, ‘intransgressible’ ne signifie pas ‘impératif’, mais quelque chose de voisin*”. J. Werksman e R. Khalasti, en “Nuclear Weapons and *Jus Cogens* Peremptory Norms and Justice Pre-empted”, in L. Boisson de Chazournes e P. Sands (eds.), obra citada, pagg. 181 y ss., afirman que “*although the Court refrained from ruling directly that the principles and rules of humanitarian law have the characters of jus cogens, it appears, nonetheless, to have arrived at a similar conclusion*” (pag. 183). Según P.-M. Dupuy, “Between the Individual and the State: International law at a crossroad”, en L. Boisson de Chazournes e P. Sands (eds.), obra citada, pp. 449 y ss., “*the characterization ‘intransgressible’ is probably taken by the Court to mean that the obligation established by such rules cannot be breached in any circumstance*” y nota como “*this term does not belong to the existing legal vocabulary and was previously unknown in international law*” (pag. 456).

<sup>10</sup> Fallo del Tribunal de primera instancia del 21 de septiembre de 2005, Yassin Abdullah Kadi c. Consejo de la Unión europea y Comisión de las Comunidades europeas, Causa T-315/01, en Racc. pag. II-03649.

ocasión, el Tribunal se basó esplicitamente en la Opinión consultiva de 1996<sup>11</sup>.

En otras ocasiones, el TIJ hizo referencia a los principios que tutelan los derechos humanos como “principios fundamentales”. En el fallo *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* – Estados Unidos de América & Irán –, del 24 de mayo de 1980, el Tribunal afirmó, en un *obiter dictum* que “*wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights*”<sup>12</sup>. De esta manera, el TIJ llamó en causa instrumentos normativos de *soft law*, haciendo referencia a sus normas en tanto que incluyen “principios fundamentales”.

Lo que más sorprende, sin embargo, es considerar las consecuencias en términos de reservas y rango normativo que el TIJ hizo descender desde el carácter ‘fundamental’ e ‘intransgredible’ de dichas normas y principios. Éste será el objeto de la próxima sección.

#### **4. Los derechos humanos como valores básicos del orden internacional: consecuencias en términos de reservas y rango normativo.**

En este sentido, parece sumamente interesante considerar la línea argumentativa seguida por el Tribunal en su opinión consultiva

---

<sup>11</sup> Vease el par. 231 del fallo Kadi cit., donde se lee: “*The indirect judicial review carried out by the Court in connection with an action for annulment of a Community act adopted, where no discretion whatsoever may be exercised, with a view to putting into effect a resolution of the Security Council may therefore, highly exceptionally, extend to determining whether the superior rules of international law falling within the ambit of jus cogens have been observed, in particular, the mandatory provisions concerning the universal protection of human rights, from which neither the Member States nor the bodies of the United Nations may derogate because they constitute ‘intransgressible principles of international customary law’ (Advisory Opinion of the International Court of Justice of 8 July 1996, The Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Reports 1996, p. 226, paragraph 79; see also, to that effect, Advocate General Jacobs’s Opinion in Bosphorus, paragraph 189 above, paragraph 65)*”.

<sup>12</sup> Vd. *ibidem*.

*Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*<sup>13</sup>, emitida el 28 de mayo de 1951.

Creando una nueva regla en materia de reservas – la que posteriormente se ha incorporado en derecho internacional consuetudinario y ha sido incluida en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, artículos 19 ss. –, el TIJ basó explícitamente su argumentación en la consideración de los *finis superiores* que están como fundamento de dicha Convención y sobre el *carácter universal* de los principios que la sustentan, afirmando que la materia particular de la Convención – la que pertenece sin duda a la esfera de los derechos humanos – sería capaz de influir sustancial y significativamente a las normas que se aplican a la misma con relación a su formación.

El núcleo argumental de la opinión inicia, de hecho, con una breve reseña de las reglas generales en relación a las reservas<sup>14</sup>, donde el Tribunal toma en particular consideración las normas relativas a la formación de los tratados multilaterales; pero después de explicar el sistema en términos generales, el TIJ se detiene a considerar que “*the solution of these problems must be found in the special characteristics of the Genocide Convention*”<sup>15</sup>, reconociendo de esta manera las peculiaridades sustanciales de dicho convenio.

En este sentido, el TIJ afirma que “*the origins and character of that Convention, the objects pursued by the General Assembly and the contracting parties, the relations which exist between the provisions of the Convention, inter se, and between those provisions and these objects, furnish elements of interpretation of the will of the General Assembly and the parties*”<sup>16</sup>.

Al fin de responder a las interpelaciones de la Asamblea General, el Tribunal realizó un análisis de los orígenes, objeto y propósito de la

---

<sup>13</sup> La Opinión consultiva ha sido publicada en *I.C.J. Reports 1951*, pp. 15 e ss.

<sup>14</sup> Cfr. *ibidem*, pagg. 10 e ss.

<sup>15</sup> Vease *ibidem*, pag. 12.

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

Convención<sup>17</sup>, tomando como punto de partida que “*the origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations*”<sup>18</sup>. Por estas razones – continúa el argumento de la Corte – los principios que están a la base del Tratado deben ser considerados vinculantes para los Estados, independientemente de la existencia de una obligación contractual en la materia y, además, tienen un “*universal character*”<sup>19</sup>.

En cuanto al objeto, la CIG destaca la naturaleza singular de los objetivos perseguidos por el tratado por la comunidad internacional, y pone de relieve que “*the Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose*” y, por lo tanto, “*the contracting States do not have any interests of their own; they merely have, one and all, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the raison d’être of the convention*”<sup>20</sup>.

La razón que llevó el Tribunal a adoptar las conclusiones revolucionarias relativas a las reservas se apoya precisamente sobre éstas bases: “*the high ideals [fins supérieures, en el texto original, en francés] which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions*”<sup>21</sup>.

Dichos *fins supérieures* y de *carácter universal*, consagrados en la Convención, pero anteriores a la misma e imputables a la comunidad internacional en su conjunto, previenen – según la valiosa argumentación del TIJ – el utilizzo del clásico enfoque ‘contractual’, lo que se fundamenta

sobre un equilibrio entre los derechos y deberes de las partes del acuerdo<sup>22</sup>. Por otro lado, los mismos llevan el Tribunal a dos conclusiones más.

En primer lugar, “*the object and purpose of the Genocide Convention imply that it was the intention of the General Assembly and of the States which adopted it that as many States as possible should participate*”<sup>23</sup>. Por dicha razón, no se puede permitir – concluye el Tribunal – que la formulación de una reserva de carácter menor tenga como consecuencia la exclusión por el tratado del estado que sea su autor<sup>24</sup>. En segundo lugar – nota el Tribunal – siendo el fin erradicar éste “*crime under international law*”<sup>25</sup>, la participación en este tratado por los estados no puede ser sólo formal, distorsionando los fines del convenio. Por esta razón, “*even less could the contracting parties have intended to sacrifice the very object of the Convention in favour of a vain desire to secure as many participants as possible*”<sup>26</sup>.

Desde la naturaleza particular del objeto, orígenes y fin de dicho tratado – es decir, desde su naturaleza de norma fundamental, dictada a tutela de derechos humanos entre los más básicos – el TIJ hizo descender la regla propia de las reservas: “*the object and purpose of the Convention thus limit both the freedom of making reservations and that of objecting to them*”<sup>27</sup>. Así, el Tribunal internacional de justicia dictó una norma que supera las reglas clásicas consolidadas, consideradas insuficientes para regular esta situación, porque objetivamente incompatibles con los propósitos de la Convención, encaminados a la prevención y sanción del delito de genocidio y a la protección de lo que hoy podemos definir como el interés público global<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pag. 13.

<sup>24</sup> “*It is inconceivable that the contracting parties readily contemplated that an objection to a minor reservation should produce such a result*” observa la Corte en la pag. 13 de la opinión consultiva.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> La Corte, en el deseo de explicar detenidamente éste paso argumentativo, escribió: “*On the other hand, it has been argued that there exists a rule of international law subjecting*

---

<sup>17</sup> Cfr. *ibidem*, pagg 12 e ss.

<sup>18</sup> *Ibidem*, pag. 12. A tal propósito, la Corte cita la resolución 96 (1) aprobada de la Asamblea General el 11 de diciembre 1946.

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> *Ibidem*.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

Por la misma razón, el Tribunal afirmó la existencia – en este caso específico y no como regla de carácter general<sup>29</sup> – de un “*common duty of the contracting States to be guided in their judgment by the compatibility or incompatibility of the reservation with the object and purpose of the Convention*”<sup>30</sup>.

Hay un dato más que, en nuestra opinión, parece confirmar la lectura de ésta decisión en una perspectiva de interés público global: en la argumentación del Tribunal, dichas consecuencias derivantes desde el objeto y el fin del tratado se imponen a los estados partes en el acuerdo, *independientemente* de su efectiva voluntad. Parece evidente, de hecho, que la referencia del TIJ a la “intención de la Asamblea General y de los estados partes en el Acuerdo” – voluntad que, a su vez, había sido individuada desde un análisis del objeto y del fin del convenio<sup>31</sup> – sea, a todos los efectos, una *factio* creada por el Tribunal para evitar más fácilmente los obstáculos imponentes interpuestos por el principio de la soberanía de los estados.

Esto queda claro – además de la costante referencia, en el curso de su argumentación, a los principios, propósitos y valores antes mencionados – por el hecho de que, por definición, una voluntad común no estaba presente entre los estados partes, como se muestra también por la proposición en el juicio de argumentos clásicos que el Tribunal se vio obligado a ‘evitar’, haciendo referencia a la particular naturaleza del objeto y fin del Tratado<sup>32</sup>.

---

*the effect of a reservation to the express or tacit assent of all the contracting parties. This theory rests essentially on a contractual conception of the absolute integrity of the convention as adopted. This view, however, cannot prevail if, having regard to the character of the convention, its purpose and its mode of adoption, it can be established that the parties intended to derogate from that rule by admitting the faculty to make reservations thereto”* (cfr. pag. 13 de la decisión).

<sup>29</sup> Cfr. pag. 15 de la decisión.

<sup>30</sup> Vd. pagg. 15-16.

<sup>31</sup> Vd. *supra*, nota n. 796.

<sup>32</sup> Véase p. 14, dónde se lee “*It has nevertheless been argued that any State entitled to become a party to the Genocide Convention may do so while making any reservation it chooses by virtue of its sovereignty. The Court cannot share this view. It is obvious that so*

Más allá de cualquier referencia formal a la voluntad de los Estados Partes, en la argumentación del Tribunal la única verdadera motivación como fundamento de su innovadora decisión se basa sobre la naturaleza *fundamental* de los principios jurídicos y los *finés superiores* perseguidos que son capaces, dentro de ciertos límites, de prevalecer incluso sobre la aplicación de uno de los principios fundamentales del derecho internacional, como sucede con el principio de la soberanía del Estado.

Por otro lado, el reconocimiento de estos principios y valores como intereses públicos del ordenamiento internacional parecen ser, además, la base de la reciente apertura del TIJ en materia de normas imperativas. En este sentido, nos parece interesante subrayar como el TIJ recientemente rompió su silencio habitual sobre el tema de los *jus cogens*, individuando dichas reglas en relación a normas que tutelan los más básicos de los derechos humanos y que, por lo tanto, descienden de dichos principios ‘fundamentales’ y ‘inviolables’.

Ocurrió por primera vez en el fallo *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002)* (Republica Democrática del Congo c. Ruanda)<sup>33</sup>, del 3 de febrero de 2006. En dicha circunstancia, el tribunal afirmó explícitamente que la prohibición del genocidio<sup>34</sup> y de la discriminación racial<sup>35</sup> son normas de *jus cogens*. Posteriormente, el Tribunal atribuyó dicho rango también que a la prohibición de la tortura<sup>36</sup>.

---

*extreme an application of the idea of State sovereignty could lead to a complete disregard of the object and purpose of the Convention”.*

<sup>33</sup> La decisión está publicada en *I.C.J. Reports 2006*, pagg. 6 e ss. Para un estudio sobre la doctrina en materia, entre otro, vd. F. Dopagne, “Les exceptions préliminaires dans l’affaire des activités arme sur le territoire du Congo: (nouvelle requête, 2002): (République démocratique du Congo c. Rwanda)”, en *Annuaire français de droit international*, 2008, pagg. 328 e ss.; M. E. McGuinness, “Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo: the ICJ Finds Uganda Acted Unlawfully and Orders Reparations”, en *American Society of International Law Insights*, 2006, pagg. 1 e ss.

<sup>34</sup> Vd. pag. 28, par. 60 de la decisión, pag. 30, par. 64.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pag. 33, par. 78.

<sup>36</sup> Véase el fallo *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgiuca c. Senegal)*, del 20 de julio de 2012, pag. 33, para 99.

Con este conjunto de decisiones – que se suman a el uso más sibilino de “*intrasgressible*”, llevado a cabo en la opinión consultiva de 1996 ya examinada<sup>37</sup> – el Tribunal ofreció una confirmación indirecta de la afirmación relativamente generalizada en la doctrina: que las normas más básicas de la protección internacional de los derechos humanos – y cuanto menos las destinadas a prevenir la violación masiva de los mismos – están cubiertas con carácter de *jus cogens*<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. *supra*, en este capítulo, par. 2.4.

<sup>38</sup> Entre tantos, cfr. ad es., A. Bianchi, “Human Rights and the Magic of *Jus Cogens*”, en *European Journal of International Law*, 2008, pagg. 491 e ss. Vd. en particular pag. 491, dónde el autor afirma que “if a detailed inventory of the contents of the box is difficult to draw, it is nevertheless hard to deny that human rights are contained within it” porque “there is an almost intrinsic relationship between peremptory norms and human rights” y observa que “most of the case law in which the concept of *jus cogens* has been invoked is taken up with human rights”; de igual manera, a pag. 492, se observa que “even before the adoption of the VCLT, human rights were perceived as inherent to *jus cogens* as opposed to *jus dispositivum*” y que “among the examples provided by the International Law Commission (ILC) of norms which could be characterized as peremptory in character, those concerned with human rights stood out”; en la pag. 495, después, el autor insiste con “the identification of the content of the normative category of *jus cogens* has never been an easy process. However, human rights rules have been almost invariably designated as part of it. This has occurred either by way of a general reference to the ‘bulk of contemporary human rights prescriptions’ without any further qualification, or, more frequently, by invoking the peremptory character of particular human rights obligations such as the prohibition of slavery, torture, and genocide” y que “to think of both human rights and *jus cogens* at the same time is an almost natural intellectual reflex. It is as if human rights were a quintessential part of *jus cogens*”. Vd., también, S. Villalpando, “The Legal Dimension of the International Community: How Community Interests Are Protected in International Law”, en *European Journal of International Law*, 2010, pagg. 387 e ss.; B. Simma e Ph. Alston, “The Sources of Human Rights Law: Customs, *Jus Cogens*, and General Principles” in *Australian Yearbook of International Law*, 1988-1989, pagg. 82 e ss. (vd., por es., pag. 103, ove gli Autori affermano che “the prohibition against the threat or use of the force and fundamental human rights [...] both belong to the body of international *jus cogens*”); B. Simma, “International Human Rights and General International Law: A comparative Analysis”, en *Academy of European Law* (ed.), *Collected Courses of the Academy of European Law*, Vol. IV/2, pagg. 153 e ss. (vd. en particular, pagg. 210 e ss. e 225 e ss.; también, en la pag. 226 se lee: “there is no doubt that fundamental human rights belong to the body of International *jus cogens*”).

## 5. Los derechos humanos como expresión del interés público global: la estructura de las obligaciones.

De la misma manera, también la afirmación por parte del TIJ del carácter *erga omnes* de algunas obligaciones en materia de derechos humanos, puede parecer que es reconducible al reconcineto de un interés público global incorporados en esas específicas normas.

En el famoso *obiter dictum* contenido en el fallo *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962)*, (Belgica & España) del 5 de febrero de 1970<sup>39</sup>, el TIJ identificó per primera vez la categoría de las “*obligations of a State towards the international community as a whole*”, llamada por el Tribunal ‘*erga omnes*’<sup>40</sup>, en el sentido que las mismas son “*by their very nature [...] the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations erga omnes*”<sup>41</sup>.

Lo que más nos importa subrayar es la relación estrecha identificada por el TIJ en su argumentación, entre la configuración de dicha categoría de obligaciones y el contenido de las mismas. De hecho, en dicho *obiter dictum*, el TIJ definió tales obligaciones en razón de su contenido “*the importance of the rights involved*”: según el TIJ, algunos derechos tienen una importancia tal que provocan “*by their very nature*”<sup>42</sup> un cambio radical – una ‘mutación genética’ – en la estructura de las obligaciones correspondiente que derivan de los mismos.

<sup>39</sup> El fallo ha sido publicado en *I.C.J. Reports 1970*, pp. 3 e ss. Sobre el caso, entre otros, véase, vd. R. Higgins, “Aspects of the Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.”, en *Virginia Journal of International Law*, 1970, pagg. 327 e ss. e H. W. Briggs, “Barcelona Traction: The *Jus Standi* of Belgium”, en *American Journal of International Law*, 1971, pagg. 327 e ss.

<sup>40</sup> *Ibidem*, par. 33.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> *Ibidem*. De hecho, el pronombre, en el texto de la decisión, se refiere a las “obligaciones” y no a los derechos, pero si tales obligaciones, como ha sido subrayado, asumen dicha “naturaleza” en virtud de los derechos a los que se refieren, nos sentimos autorizados a aplicar la propiedad transitiva de los términos utilizados en el razonamiento de la Corte y asignar dicha expresión a los mismos derechos.



El TIJ no dio una definición exacta de dichos derechos, pero sí dio una ejemplificación desde la que se nota como prácticamente todos los derechos listados por el Tribunal entran en la categoría de las normas en materia de los más básicos derechos humanos: “*such obligations derive, for example, in contemporary international law, from the outlawing of acts of aggression, and of genocide, as also from the principles and rules concerning the basic rights of the human person, including protection from slavery and racial discrimination*”<sup>43</sup>. Y el Tribunal mismo subraya como muchas, entre las obligaciones *erga omnes*, deriven “*from the principles and rules concerning the basic rights of the human person*”<sup>44</sup>. El hecho que el TIJ no haya individuado de manera *tranchant* los derechos cuya ‘importancia’ determina la creación de obligaciones *erga omnes* ha dejado al TIJ la posibilidad de ampliar la lista de esos derechos y obligaciones, siempre haciendo referencia a normas en que parece cristalizarse un interés público global vinculado a la protección de los más básicos derechos humanos<sup>45</sup>.

En este sentido, cabe subrayar el fallo sobre cuestiones preliminares del 11 de julio de 1996 *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Erzeugovina & Serbia e Montenegro)*<sup>46</sup>. Invocando a la citada Opinión consultiva *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the*

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, par. 34.

<sup>44</sup> *Ibidem*. El párrafo sigue poniendo de relieve que “*some of the corresponding rights of protection have entered into the body of general international law (Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23); others are conferred by international instruments of a universal or quasi-universal character*”.

<sup>45</sup> Entre otro, véase, por ejemplo la Opinión consultiva *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, del 21 de junio de 1971.

<sup>46</sup> El fallo ha sido publicado en *I.C.J. Reports 1996*, pp. 595 ss. Para un comentario sobre la decisión véase, entre muchos, P. H. F. Bekker, “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia)”, en *American Journal of International Law*, 1997, pp. 121 ss. e C. Gray, “Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Herzegovina v. Yugoslavia), Admissibility and Jurisdiction”, en *International and Comparative Law Quarterly*, 1997, pagg. 688 e ss.

*Crime of Genocide*<sup>47</sup>, el TIJ subrayó como los garantizados por la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio sean “*principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation*” y que “*a [...] consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge’*”<sup>48</sup>.

Desde este particular, el TIJ obtuvo de manera directa dos consecuencias: “*it follows that the rights and obligations enshrined by the Convention are rights and obligations erga omnes. The Court notes that the obligation each State thus has to prevent and to punish the crime of genocide is not territorially limited by the Convention*”<sup>49</sup>. El carácter *erga omnes* descende también en esta decisión desde el carácter de los principios reconocidos por el tratado y – además – desde dicho carácter el TIJ concluye – quizás de manera precipitada– la consecuencia de la aplicación extraterritorial de dicho tratado.

## 6. Conclusiones

Concluyendo, la manera en la que el TIJ se relaciona con las normas y los principios internacionales relativos a la protección de lo

---

<sup>47</sup> En particular, el Tribunal citó de manera completa un largo pasaje de dicha decisión (p. 23), que se indica a continuación: “*The origins of the Convention show that it was the intention of the United Nations to condemn and punish genocide as ‘a crime under international law’ involving a denial of the right of existence of entire human groups, a denial which shocks the conscience of mankind and results in great losses to humanity, and which is contrary to moral law and to the spirit and aims of the United Nations (Resolution 96 (1) of the General Assembly, December 11th 1946). The first consequence arising from this conception is that the principles underlying the Convention are principles which are recognized by civilized nations as binding on States, even without any conventional obligation. A second consequence is the universal character both of the condemnation of genocide and of the co-operation required ‘in order to liberate mankind from such an odious scourge’ (Preamble to the Convention)*”.

<sup>48</sup> Véase. pag. 25, par. 31 de la decisión.

<sup>49</sup> *Ibidem*.

derechos humanos *más básicos* pone de evidencia que el Tribunal reconoce que dichos principios y normas son expresión de un interés público global.

En esta jurisprudencia específica, de hecho, el TIJ focaliza un Derecho interaccional que se aleja del esquema ‘clásico’, caracterizado por el encuentro entre las voluntades de los estados soberanos, titulares absolutos de la soberanía y dueños de la producción normativa. Sin embargo, el Derecho internacional esbozado por el TIJ se caracteriza por la existencia de un núcleo duro de valores básicos del ordenamiento, a veces inderogables, y capaces de obligar todos los estados siempre y en toda circunstancia, porque hay unas normas “‘fundamentales’ para el respeto de la persona humana y las ‘consideraciones elementares de humanidad’”.

La línea de argumentación seguida por el Tribunal internacional de Justicia en muchas de las decisiones examinadas, de hecho, inicia con el tomar en consideración dichos *valores*. Desde éstos, y debido al carácter ‘fundamental’, ‘universal’, ‘*intransgressible*’ de los principios cristalizados en normas, o también a los ‘fines superiores’ que persiguen, el TIJ deja descender consecuencias jurídicas sumamente importantes en relación al sistema de las reservas, a la aplicación extraterritorial de los tratados, al valor *erga omnes* o al carácter de *jus cogens*.

De acuerdo a lo afirmado por el TIJ, tales valores se imponen a todos los sujetos del ordenamiento, con independencia de las obligaciones contraídas específicamente por cada uno de ellos; son capaces de imponerse y producir obligaciones concretas con respecto a los estados y generar responsabilidad si no son respetados; son ‘intransgresibles’ en tiempos de paz como de guerra, etc.

Por tanto, desde sus primeras decisiones, el Tribunal internacional de Justicia ofrece una tutela a los derechos fundamentales y a los valores de que éstos son expresión – considerados universales – la cual puede interpretarse como manifestación de un interés público global, como interés cualitativamente diferente de los intereses de los Estados, así como la exigencia de hacer frente a las violaciones de los mismos, percibidas como problemas globales, particularmente cuando sean de dimensión significativa.

## **¿Excesos en la protección del bien público global? Incoherencias normativas en la protección de los Derechos Humanos fundamentales por la vía penal internacional**

Rosa Ana Alija Fernández  
Profesora Lectora de Derecho internacional público  
Universitat de Barcelona

### **1. La salvaguarda de la paz y seguridad internacionales por vía penal internacional y su concreción en la protección de intereses altamente relevantes para la sociedad internacional: el ejemplo de los derechos humanos fundamentales.**

La existencia del Derecho internacional penal se justifica por la necesidad de reforzar la protección de intereses altamente relevantes para la sociedad internacional. El establecimiento de responsabilidad para los individuos pone en evidencia la extrema gravedad de los crímenes de Derecho internacional presentan, cuya tipificación atiende a su impacto negativo sobre el orden social internacional<sup>1</sup>, al poner en peligro la paz y seguridad internacionales<sup>2</sup>, lo que se erige en la *ratio puniendi* de determinados comportamientos. No obstante, al margen de ese fundamento común de su represión, conviene tener presente que cada categoría criminal tipificada internacionalmente busca proteger un bien jurídico específico, que, como apenas se indicaba, consiste en un interés relevante para la sociedad internacional, que a priori parecería identificarse con

<sup>1</sup> PELLA, V. V., *La guerre-crime et les criminels de guerre*, Neuchâtel: Éditions de Baconnière, 1964, p. 51; PLAWSKI, S., *Étude des principes fondamentaux du droit international pénal*, Paris: LGDJ, 1972, pp. 10 y 75; MERLE, R. y VITU, A., *Traité de Droit Criminel. Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris: Eds. Cujas, 1997 (7<sup>ème</sup> éd.), p. 479; ABELLÁN HONRUBIA, V., “La responsabilité internationale de l’individu”, *RCADI*, tomo 280, 1999, p. 202.

<sup>2</sup> DE THAN, C. y SHORTS, E., *International Criminal Law and Human Rights*, London: Sweet & Maxwell, 2003, p. 10. *Cfr.* BASSIOUNI, M. C., “International Crimes: The *Ratione Materiae* of International Criminal Law”, en: Bassiouni, M. C. (ed.), *International Criminal Law*, vol. I (“Sources, Subjects, and Content”), Leiden: Martinus Nijhoff, 2008 (3<sup>rd</sup> ed.), p. 142, indicando que los crímenes contra la humanidad no siempre amenazan la paz y seguridad internacionales.

algunos de los principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional. Así, partiendo de la lista de crímenes contenida en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), el crimen de agresión castiga los ataques contrarios a la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, mientras que el resto de categorías hoy por hoy tipificadas (genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra) atienden principalmente a la voluntad de castigar las conductas que atentan contra la obligación de respetar la dignidad humana<sup>3</sup>.

En el caso de los crímenes contra la humanidad, recogidos en el art. 7 ECPI<sup>4</sup>, conviene apuntar que el bien jurídico protegido se presenta en cascada: si bien con carácter general la categoría protege la dignidad humana<sup>5</sup>, cada una de las modalidades criminales específicas protege a su vez una concreción de ese bien jurídico general. Así, en la medida en que la obligación de respetar la dignidad humana se traduce en la obligación de respetar los derechos humanos fundamentales, se puede afirmar que –al menos en teoría– cada uno de los crímenes contra la humanidad castiga la lesión de un derecho fundamental, esto es, aquellos cuyo respeto viene establecido mediante normas imperativas, contando por ello con una

---

<sup>3</sup> También la lesión del principio de libre determinación de los pueblos bajo la forma del colonialismo ha sido frecuentemente considerada un crimen. Sobre este particular, *vid.* BEAUDOUIN, A., “Le maintien par la force d’une domination coloniale”, en ASCENSIO, H., DECAUX, E. y PELLET, A., *Droit international pénal*, Paris: Éditions A. Pedone, 2000, pp. 427-444. Igualmente, ha habido intentos en el seno de la CDI de tipificar la intervención, lo que supondría un atentado contra el principio de no intervención en los asuntos de la jurisdicción interna de los Estados (*vid.* THOUVENIN, J.-M., “L’intervention”, en ASCENSIO, H., DECAUX, E. y PELLET, A., *cit.*, pp. 447-456. Menos factible parece la tipificación de un crimen que atente contra otros principios, como la cooperación pacífica.

<sup>4</sup> Si bien su tipificación sigue siendo de carácter consuetudinario a falta de un tratado general en la materia, en la medida en que el ECPI no es un código penal internacional, sino un instrumento convencional de atribución de competencia a un órgano jurisdiccional que ciertamente ha sido clave en la cristalización de la definición generalmente aceptada de la categoría.

<sup>5</sup> Como el TPIY señaló en el asunto *Kupreškić*, los crímenes contra la humanidad “are intended to safeguard basic human values by banning atrocities directed against human dignity” (ICTY, *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso nº IT-95-16-T, sentencia de instancia, 14 de enero de 2000, párr. 537).

especial protección del ordenamiento jurídico internacional<sup>6</sup>. Ciertamente, a falta de una lista cerrada de normas de *ius cogens*, es difícil establecer con precisión cuáles son los derechos fundamentales en el Derecho internacional público. No obstante, combinando las normas de Derecho internacional de los derechos humanos sobre inderogabilidad de derechos en situaciones de crisis y las normas de Derecho internacional humanitario, es posible concluir que, cuando menos, tales derechos fundamentales son el derecho a la vida, el derecho a no ser sometido a tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes, el derecho a no ser sometido a esclavitud, el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el principio de legalidad en materia penal, el derecho a que se observen los principios fundamentales de juicio imparcial y el derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad, así como determinados aspectos vinculados a la no discriminación<sup>7</sup>.

Del catálogo apenas indicado se desprende que, si bien todos estos derechos tienen como correlato la tipificación de uno o varios crímenes contra la humanidad que los protegen en la esfera penal, no ocurre lo mismo a sensu contrario, es decir: no todos los crímenes contra la humanidad estarían protegiendo estrictamente un derecho fundamental. Así ocurre en particular con dos de los tipos específicos: la persecución y los crímenes sexuales. De acuerdo con la jurisprudencia internacional, el primero protegería el derecho a la igualdad<sup>8</sup>, mientras que los segundos atenderían a la voluntad de castigar los ataques contra la autonomía sexual<sup>9</sup>. Sin embargo, en el actual grado de desarrollo del Derecho internacional público, ambos derechos están lejos de poder ser

---

<sup>6</sup> *Vid.* CDH, *Observación general nº 29: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4)*, 2001, párr. 11. Lo que se traduce, *inter alia*, en que los ataques graves a los mismos generan responsabilidad penal del individuo, adicional a la responsabilidad del Estado, que surge también por violaciones aisladas de los mismos en el marco de las obligaciones derivadas con carácter general del Derecho internacional de los derechos humanos.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párr. 7 y 13.

<sup>8</sup> ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso nº IT-94-1-T, sentencia de instancia, 7 de mayo de 1997, párr. 697.

<sup>9</sup> ICTY, *Prosecutor v. Kunarac et al.*, casos nº IT-96-23 & IT-96-23/1-T, sentencia de instancia, 22 de febrero de 2001, párr. 440.

considerados derechos fundamentales, protegidos en consecuencia mediante normas de *ius cogens*. Significativamente, la inclusión tanto de la persecución como de los crímenes sexuales en el ECPI no resultó pacífica durante los trabajos preparatorios y en la Conferencia de Roma –aunque por razones diferentes, en ambos casos predominaron criterios más políticos que jurídicos–, y ambos pueden plantear más problemas de los previstos en su puesta en práctica.

## 2. La indecisa e incoherente inclusión del crimen contra la humanidad de persecución en el ECPI y efectos en su aplicación.

En el caso de la persecución, a lo largo de los trabajos preparatorios y hasta su definitiva inclusión en el ECPI, la opinión de que la noción de *persecución* carecía de concreción era generalizada, si bien las posturas de los Estados ante esta constatación diferían, y aunque muchos se mostraban favorables a aclarar mejor la noción y limitarla a los casos más repugnantes, otros abogaban directamente por su supresión<sup>10</sup>. Igualmente se puso de manifiesto la preocupación de los Estados de que el tipo no alcanzara el nivel de gravedad suficiente para entrar dentro de la competencia de la Corte Penal Internacional (“la Corte”)<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Cuba (ONU, Doc. A/CONF.183/C.1/SR.3, *Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria. Tercera sesión*, 20 de noviembre de 1998, párr. 102); México (*ibid.*, párr. 125); Colombia (*ibid.*, párr. 133); Israel (ONU, Doc. A/CONF.183/C.1/SR.4, *Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria. Cuarta sesión*, 20 de noviembre de 1998, párr. 26). Otros, como la Federación Rusa, abogaban por su supresión como conducta específica, por entender que quedaba subsumida en la referencia a “actos inhumanos” (*ibid.*, párr. 6).

<sup>11</sup> Es revelador a este respecto un documento de discusión de la delegación estadounidense, en el que se proponía la siguiente literalidad en lo referente al crimen contra la humanidad de persecución –si es que se decidía conservar el tipo, pues el mismo se presentaba entre corchetes–: “[i. Persecution, meaning the international and severe deprivation of fundamental rights, without lawful justification, on a national, political, ethnic, racial, or religious group [in connection with any other crime within the jurisdiction of the court].]”. Y en nota al pie se aclaraba que: “A core problem in finding an adequate definition for persecution is to exclude acts which, although they may constitute a reprehensible deprivation of rights and may even have been committed on a systematic basis, nonetheless

Posiblemente, el peso de la tradición (su inclusión en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg [TMIN] se ha replicado en todos los tribunales internacionales posteriores, amén de ser una noción con marcadas connotaciones históricas<sup>12</sup>) pudo más que las voces críticas, de forma que en la Conferencia de Roma se optó finalmente por incluir la persecución entre los crímenes contra la humanidad, recogida en el art. 7.1.h ECPI en los siguientes términos:

“Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3 [“los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad”], u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”,

precisando el art. 7.2.g ECPI que por *persecución* se ha de entender la “privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad”.

Este intento de definir la noción de *persecución* ciertamente constituye un avance con respecto a otros textos normativos previos como el Estatuto del TMIN o los Estatutos de los tribunales *ad hoc*, en particular teniendo

---

do not rise to such a level of egregious conduct that they should constitute “crimes against humanity.” If this problem is not carefully addressed, the “persecution” prong of crimes against humanity could criminalize discrimination or human rights violations not previously contemplated as being “crimes against humanity”. The double-bracketed language, which requires a nexus between the conduct of “persecution” and some other crime within the Court’s jurisdiction, has been suggested as one way of narrowing the definition of persecution to address such concerns” (United States Delegation, *Discussion Draft. For Annex to Statute: Elements Related to Article on Crimes Against Humanity*, 2 de abril de 1996 [en la base consta con fecha de 3 de abril de 1996], nota 11, en: ICC-Legal Tools, <http://www.legal-tools.org>, LT-Database Record Number: 51427, consultada el 3/9/13).

<sup>12</sup> Un análisis histórico de la persecución como fenómeno objeto de interés jurídico-internacional se ofrece en ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., *La persecución como crimen contra la humanidad*, Barcelona: Publicacions i Edicions UB, 2011, pp. 37-123.

en cuenta que la persecución sería una conducta criminal netamente internacional que no aparece tipificada como tal en los códigos penales internos. No obstante, es a su vez fuente de destacables incoherencias que determinan que la persecución constituya una modalidad bastante peculiar dentro de los crímenes contra la humanidad. Así, es el único crimen contra la humanidad para el que se requiere un nexo con otros crímenes de la competencia de la Corte, lo que sugiere que los Estados no consideran que tenga un nivel de gravedad por sí mismo suficiente para activar su jurisdicción. Además, la definición de *persecución* introduce un requisito de gravedad que no se exige para el resto de crímenes contra la humanidad, requisito por otra parte teóricamente innecesario, en la medida en que, por una parte, la gravedad de los crímenes contra la humanidad deriva de la forma en que se ejecutan (en el marco de un ataque sistemático o generalizado contra la población civil<sup>13</sup>) y, por otra parte, la privación de derechos fundamentales es en sí misma una conducta grave, en tanto en cuanto se están lesionando normas imperativas de Derecho internacional.

Este último dato pone de manifiesto la circularidad de la definición, que a mayores supone una superposición de la conducta punible en el crimen contra la humanidad de persecución con la del resto de crímenes contra la humanidad, ya que todos ellos (salvo los crímenes sexuales, como se argumentará posteriormente) constituyen formas concretas de privación de derechos fundamentales<sup>14</sup>. De esta manera, por ejemplo, un homicidio (privación de un derecho fundamental, en este caso la vida) conectado a un ataque sistemático o generalizado contra una población civil cometido contra el miembro de una etnia determinada por motivos discriminatorios podría considerarse constitutivo de un crimen contra la humanidad de persecución. El inconveniente es que nada impide que sea también considerado sencillamente un crimen contra la humanidad de homicidio, respecto del cual, por lo demás, se podría apreciar una circunstancia

<sup>13</sup> Vid. la cláusula general del art. 7.

<sup>14</sup> El TPIY ha reconocido que “the *actus reus* of persecution overlaps with the *actus reus* of other Article 5 crimes”, por lo que la única distinción entre ambos reside en el elemento subjetivo (ICTY, *Prosecutor v. Kordić & Čerkez*, caso n° IT-95-14/2-T, sentencia de instancia, 26 de febrero de 2001, párr. 217; *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, caso n° IT-95-16-T, *cit.*, párr. 607).

agravante de discriminación por motivos étnicos, prevista en la Regla 145.2.b.v de las Reglas de Procedimiento y Prueba (RPP)<sup>15</sup>, lo que, a priori, daría lugar a una pena mayor que la resultante de apreciar un crimen contra la humanidad sin agravante.

La fuente de esta complejidad hay que buscarla en el bien jurídico protegido por el tipo: el derecho a la igualdad, presuntamente. Sin embargo, no cualquier lesión de este derecho es penalmente punible por mucho que se cometa en conexión con el contexto propio de los crímenes contra la humanidad, y la razón es que el derecho a la igualdad no está protegido en toda su amplitud por normas imperativas. Cosa distinta es que se pretenda castigar la violación del principio de no discriminación como condición de aplicación de los derechos humanos<sup>16</sup>, y, en este caso en concreto, de los derechos fundamentales. Pero entonces se está alterando la naturaleza propia de los bienes jurídicos protegidos por la categoría (derechos, no principios), lo que desde un punto de vista de técnica jurídica

<sup>15</sup> De acuerdo con la cual, en la determinación de la pena, “la Corte tendrá en cuenta, según proceda: [...] Como circunstancias agravantes [...] Que el crimen se haya cometido por cualquier motivo que entrañe discriminación por algunas de las causales a que se hace referencia en el párrafo 3 del artículo 21 [ECPI]”, esto es, “el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición”.

<sup>16</sup> Vid. DINSTEIN, Y., “Discrimination and International Human Rights”, *Israel Yearbook on Human Rights*, vol. 15, 1985, p. 11; SUNGA, L. S., *The Emerging System of International Criminal Law. Developments in Codification and Implementation*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1997, p. 149; VIERDAG, E. W., *The Concept of Discrimination in International Law. With Special Reference to Human Rights*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1973, p. 109; BAYEFISKY, A. F., “The Principle of Equality or Non-Discrimination in International Law”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11 (1/2), 1990, p. 4; BOSSUYT, M., *L’interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l’homme*, Bruxelles: Bruylant, 1976, pp. 67-69; EIDE, A. y OPSAHL, T., “Equality and non-discrimination. General report”, en COUNCIL OF EUROPE, *Rights of persons deprived of their liberty, equality and non-discrimination: proceedings of the 7<sup>th</sup> International Colloquy on the European Convention on human Rights organised by the Secretariat General of the Council of Europe in collaboration with Danish, Finnish, Norwegian, and Swedish Institutes of Human Rights, Copenhagen, Oslo, Lund (30 May – 2 June 1990)*, Kehl am Rhein/Strasbourg/Arlington: N. P. Engel, 1994, p. 115.

se traduce en las dificultades de articular el tipo que algunas delegaciones habían anticipado.

El anterior ejemplo de concurrencia de persecución y homicidio permite anticipar las dificultades que la Corte se puede encontrar en la práctica a la hora de aplicar esta modalidad criminal. Ya la jurisprudencia de los tribunales ad hoc –en particular del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY)- ha dado abundantes muestras de lo problemática que resulta su aplicación. El TPIY trata de resolverla articulando una argumentación que pasa por la distinción entre los “actos persecutorios” y la “política persecutoria”<sup>17</sup>, pero pese a sus esfuerzos por desarrollar criterios generales en la apreciación de un crimen contra la humanidad de persecución, los problemas de aplicación no quedan resueltos y vuelven a surgir a la hora de determinar la pena en relación con los concursos entre aquel y otros crímenes contra la humanidad que le sirven de base fáctica. Aunque, en teoría, ante un mismo comportamiento criminal y dos normas aplicables al mismo la concurrencia se resuelve por la vía del concurso de leyes (en este caso aplicando la más específica: la que tipifica la persecución, por exigir adicionalmente un ánimo discriminatorio), el TPIY lo ha venido resolviendo como un concurso de delitos, condenando por los dos crímenes, al entender que cada uno de los preceptos implicados tiene un elemento materialmente distinto no contenido en el otro<sup>18</sup> (aunque no todos los jueces han apoyado este *modus operandi*)<sup>19</sup>. Sin embargo, ante la misma tesitura, la Sala de Crímenes de

<sup>17</sup> Los planteamientos del TPIY son desarrollados en detalle en ALIJA FERNÁNDEZ, R. A., *cit.*, pp. 274-310.

<sup>18</sup> Desde el asunto *Krstić* (ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-T, sentencia de instancia, 2 de agosto de 2001, párr. 675-676, confirmada en este punto en apelación - ICTY, *Prosecutor v. Krstić*, caso n° IT-98-33-A, sentencia de apelación, 19 de abril de 2004, párr. 231-232-).

<sup>19</sup> Es el caso de los jueces Schomburg y Güney. *Vid.* por ejemplo los asuntos *Kordić y Čerkez* (opinión disidente conjunta), *Stakić* (opinión disidente del juez Güney), *Naletilić y Martinović* (opinión disidente conjunta) y *Nahimana, Barayagwiza y Ngeze* (opinión disidente del juez Güney). En los dos últimos casos mencionados advierten que su silencio sobre esta cuestión específica en futuros asuntos “ne devra en aucune façon être interprété comme valant approbation du revirement de jurisprudence opéré par la majorité des juges de la Chambre d’appel” (ICTY, *Prosecutor v. Naletilić & Martinović*, caso n° IT-98-34-A,

Guerra de la Corte de Bosnia-Herzegovina viene optando, por el contrario, esto es, por condenar solo por persecución<sup>20</sup>.

Las mismas disyuntivas que en su momento enfrentaron los jueces del TPIY pueden plantearse muy pronto a los jueces de la Corte, ya que en la mitad de los casos abiertos se ha alegado la comisión de crímenes contra la humanidad de persecución<sup>21</sup>. Las decisiones adoptadas por las salas de cuestiones preliminares (tanto órdenes de arresto como decisiones de confirmación de cargos) ofrecen ya alguna pista sobre cuál puede ser el tratamiento que reciba en la jurisprudencia de la Corte, y todo apunta a que optará por la vía más simple: construirlo sobre los demás crímenes de su competencia que se aleguen y prueben para valorar a continuación si concurre el ánimo discriminatorio<sup>22</sup>. Y lo que es peor: auguran un tratamiento similar de las condenas cumulativas, eligiendo la técnicamente criticable estrategia de condenar por los dos crímenes<sup>23</sup>.

---

sentencia de apelación, 3 de mayo de 2006, opinión disidente conjunta de los jueces Güney y Schomburg sobre la acumulación de declaraciones de culpabilidad; *idem* ICTR, *Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza & Ngeze*, caso n° ICTR 99-52-A, sentencia de apelación, 28 de noviembre de 2007, opinión disidente del juez Güney).

<sup>20</sup> *Vid.*, entre otros, CBH, asunto *Dragoje Paunović*, caso n° X-KR-05/16, sentencia de instancia, 26 de mayo de 2006, p. 27; asunto *Nikola Kovačević*, caso n° X-KR-05/40, sentencia de instancia, 3 de noviembre de 2006, p. 44; asunto *Dragan Damjanović*, sentencia de instancia, 15 de diciembre de 2006, p. 48; asunto *Ranko Vuković et al.*, caso n° X-KR-07/405, sentencia de instancia, 4 de febrero de 2008, p. 33; asunto *Nenad Tanasković*, caso n° X-KR/05/165, sentencia de instancia, 24 de agosto de 2008, p. 72.

<sup>21</sup> Ordenados según la situación en que se enmarcan, los casos son los siguientes: República Democrática de Congo (casos contra Bosco Ntaganda y contra Callixte Mbarushimana –no obstante, en este último la Sala de Instancia rechazó confirmar los cargos-), Darfur (casos contra Ahmad Muhammad Harun [“Ahmad Harun”] y Ali Muhammad Ali Abd-al-Rahman [“Ali Kushayb”] y contra Abdel Raheem Muhammad Hussein), Kenia (casos contra William Samoei Ruto y Joshua Arap Sang y contra Uhuru Muigai Kenyatta), Libia (caso contra Saif Al-Islam Gaddafi y Abdullah Al-Senussi) y Costa de Marfil (casos contra Laurent Gbagbo y contra Simone Gbagbo).

<sup>22</sup> Esa es la dinámica seguida con carácter general. A modo de ejemplo, *vid.* las decisiones de confirmación de cargos en los asuntos *Ruto* (CPI, Doc. ICC-01/09-01/11, 23 de enero de 2012, párr. 274 y 275) y *Muthaura* (CPI, Doc. ICC-01/09-02/11, 23 de enero de 2012, párr. 283).

<sup>23</sup> *Vid.* la decisión de confirmación de cargos en el asunto *Ruto*, *cit.*, párr. 280.

### 3. La inclusión de los crímenes contra la humanidad de naturaleza sexual en el ECPI, la perspectiva de género y efectos en su aplicación.

A diferencia del crimen contra la humanidad de persecución, la incorporación de crímenes sexuales en el ECPI no resultó controvertida. Ya en los trabajos preparatorios hubo propuestas de incluirlos, siguiendo la línea marcada por los Estatutos de los tribunales ad hoc<sup>24</sup>, ante la evidencia de su amplia comisión en conflictos aún cercanos en el tiempo<sup>25</sup>. La cuestión más problemática fue cuáles incluir y qué lenguaje utilizar para facilitar el acuerdo, ya que los términos en que se formulaban algunas de las conductas criminales que se barajaban resultaban particularmente sensibles para algunos Estados<sup>26</sup>. En el caso de los crímenes contra la

---

<sup>24</sup> La inclusión de los crímenes sexuales en el Estatuto del TPIY fue propuesta por el Secretario General, no tanto por la constatación de la vigencia de una norma consuetudinaria en la materia (la base citada para su incorporación era la Ley n° 10 del Consejo de Control Aliado –*vid.* ONU, Doc. S/25704, *Informe del Secretario General de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 de la Resolución 808 (1993) del Consejo de Seguridad, presentado el 3 de mayo de 1993*, 20 de mayo de 1993, párr. 47-, que sin embargo no mencionaba entre el cuerpo normativo que en su opinión había pasado a formar parte del Derecho internacional consuetudinario “sin ningún género de duda” –*ibid.*, párr. 34 y 35) como por la necesidad de dar respuesta a los abundantes casos de ataques de naturaleza sexual cometidos durante el conflicto yugoslavo (*ibid.*, párr. 48).

<sup>25</sup> Las propuestas hechas en el seno del Comité Preparatorio se referían a la inclusión de “rape committed on national or religious grounds; rape, other serious assaults of a sexual nature, such as forced impregnation; or outrages upon person dignity, in particular humiliating and degrading treatment, rape or enforced prostitution, with attention being drawn to recent acts committed as part of a campaign of ethnic cleansing” (ONU, Doc. A/AC.249/1, *Resumen de las actuaciones del Comité Preparatorio durante el período comprendido entre el 25 de marzo y el 12 de abril de 1996*, 7 de mayo de 1996, párr. 58).

<sup>26</sup> Era el caso en particular del embarazo forzado. La posibilidad de que este precepto diera cobertura a la práctica del aborto fue objeto de preocupación por parte de los Estados que lo prohíben en sus ordenamientos durante la Conferencia de Roma (*vid.* ONU, Doc. A/CONF.183/C.1/SR.3, *Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria. Tercera sesión*, 17 de junio de 1998, párr. 32 –Arabia Saudí-). Para facilitar el acuerdo se optó por definir esta modalidad criminal en el art. 7.2.f) como “el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de

humanidad, las negociaciones se tradujeron en la inserción en el art. 7.1.g ECPI de la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable.

Aunque el ECPI formula los crímenes sexuales en términos neutrales desde el punto de vista del género, y por tanto pueden ser cometidos tanto contra mujeres como contra hombres (salvo el embarazo forzado, del que obviamente solo pueden ser víctimas las mujeres con capacidad reproductiva), es innegable que su inclusión fue el resultado de los esfuerzos de la sociedad civil y de algunos Estados por que la Corte que se estableciera en Roma fuera sensible al género<sup>27</sup> y, de hecho, no es infrecuente encontrar en los trabajos preparatorios posiciones que equiparan crímenes sexuales y crímenes de género<sup>28</sup>. De hecho, la propia literalidad del ECPI sugiere que la neutralidad de la redacción del art. 7.1.g ECPI tal vez no lo sea tanto. Así, su art. 68.1, relativo a la protección de víctimas y testigos, parece equiparar la violencia sexual a la violencia por razones de género<sup>29</sup> (en cambio, el art. 54.1.b, relativo a las funciones y

---

derecho interno relativas al embarazo”. El resto de crímenes sexuales no es objeto de una definición específica en el ECPI a los efectos de la competencia de la Corte.

<sup>27</sup> Entre las ONG que impulsaron este enfoque tanto antes como durante la Conferencia de Roma destaca el Women’s Caucus for Gender Justice (WCGJ), creado con el mandato de incorporar perspectivas de género en el proceso de establecimiento de la Corte y ayudarla a proteger y promover la justicia de género (WCGJ, “About the Women’s Caucus”, en <http://www.iccwomen.org/wigjdraft1/Archives/oldWCGJ/aboutcaucus.htm>, consultada por última vez el 3/9/2013). El WCGJ estuvo operativo entre 1997 y 2003, año en que fueron elegidos los primeros jueces, con lo que se dio por concluida su misión y fue sustituido por Women’s Initiatives for Gender justice (<http://www.iccwomen.org>, consultada por última vez el 3/9/2013).

<sup>28</sup> A modo de ejemplo, *vid.* ONU, Docs. A/CONF.183/C.1/SR.2, *Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria. Segunda sesión*, 15 de junio de 1998, párr. 92 (Eslovenia); A/CONF.183/C.1/SR.3, *Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria. Tercera sesión*, 17 de junio de 1998, párr. 66 (Chile); A/CONF.183/C.1/SR.7, *Actas resumidas de las sesiones de la Comisión Plenaria. Séptima sesión*, 18 de junio de 1998, párr. 26 (Bangladesh).

<sup>29</sup> “La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta [...] la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños”.

atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones, da a entender que dentro de la competencia de la Corte entran tanto crímenes de violencia sexual como crímenes de violencia por razones de género<sup>30</sup>).

El ECPI es el primer tratado internacional en materia de Derecho internacional penal que recoge expresamente referencias al género<sup>31</sup>, lo que constituye un paso cualitativo a la hora de proteger los derechos de las mujeres. Sin embargo, su introducción en el ECPI estuvo lejos de ser pacífica durante la Conferencia de Roma<sup>32</sup> y requirió incorporar una definición del término que ha sido ampliamente criticada<sup>33</sup>. La fórmula de compromiso resultante aparece en el art. 7.3, en virtud del cual, a los efectos del ECPI “se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepción que la que antecede”.

Sintomáticamente, esa estrecha relación entre crímenes sexuales y la perspectiva de género está resultando tener consecuencias no tan positivas como se esperaba en un primer momento. En un estudio exhaustivo sobre el estado actual de los crímenes sexuales en el Derecho internacional humanitario, Martín y Lirola ponen de relieve las numerosas dificultades que la Corte ha ido encontrando para lograr tanto aplicar adecuadamente los crímenes sexuales como para adoptar un enfoque de género que pueda resultar realmente transformador<sup>34</sup>. En general, la represión internacional

---

<sup>30</sup> “El Fiscal: [...] Adoptará medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. A esos efectos, [...] tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños”.

<sup>31</sup> Arts. 7.1.h (respecto del crimen contra la humanidad de persecución), 7.3 (definición), 21.3 (derecho aplicable), 42.9 (asesores jurídicos que pueden ser nombrados por la Fiscalía) y los ya citados 54.1.b y 68.1.

<sup>32</sup> Las negociaciones son descritas en detalle en OOSTERVELD, V., “The Definition of ‘Gender’ in the Rome Statute of the International Criminal Court: A Step Forward or Back for International Criminal Justice?”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, 2005, pp. 58-66.

<sup>33</sup> Una sistematización de las críticas se encuentra en *ibid.*, pp. 71-81.

<sup>34</sup> MARTÍN, M. M., y LIROLA, I., *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho internacional humanitario*, Barcelona: ICIP, 2013 (Serie Informes 8/2013), en particular pp. 35-41 y 47-53.

de los crímenes sexuales no está consiguiendo alterar las estructuras patriarcales en el interior de los Estados<sup>35</sup>. Además, ha existido una tendencia a reservar los crímenes sexuales a las mujeres, sustituyendo la calificación de tales prácticas por otras (como tortura o actos inhumanos) cuando afectan a hombres<sup>36</sup>, pese a que los crímenes sexuales contra ellos en contextos de violencia generalizada tiende a incorporar un componente de género muy marcado (humillar/dominar al contrario atacando su masculinidad como muestra de poder)<sup>37</sup>. A este respecto, conviene precisar que, hasta el momento, la Corte ha aplicado con total neutralidad el crimen contra la humanidad de violación<sup>38</sup>.

Ciertamente, tipificar las conductas que lesionan la autonomía sexual resulta altamente simbólico en la medida en que atentan contra la dimensión sexual y/o reproductiva de la persona, un elemento central en la construcción del género (entendido como construcción social de las diferencias biológicas entre hombres y mujeres). Desde ese punto de vista, y dada la mayor incidencia que estos crímenes tienen sobre las mujeres, su incorporación tuvo sin duda una relevancia extrema para visibilizar y abordar las aberrantes prácticas de que son objeto sobre todo las mujeres tanto en situaciones de paz como de guerra. Sin embargo, a la vista de los resultados en la práctica, surge la duda de que la tipificación de los crímenes sexuales con la voluntad de promover la igualdad de género haya sido la solución más adecuada, en particular porque técnicamente no resulta la más correcta.

---

<sup>35</sup> *Vid. ibid.*, p. 31.

<sup>36</sup> *Vid.* por ejemplo ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-T, *cit.*, párr. 730, en relación con un episodio en el que dos prisioneros fueron forzados a practicar sexo oral a otro y posteriormente uno de ellos fue obligado a mutilar genitualmente al tercero (ICTY, *Prosecutor v. Tadić*, caso n° IT-94-1-I, acta de acusación enmendada, 14 de diciembre de 1995, párr. 6).

<sup>37</sup> *Vid.* LEWIS, D., “Unrecognized Victims: Sexual Violence Against Men in Conflict Setting under International Law”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 27 (1), 2009, pp. 6-10.

<sup>38</sup> *Vid.* ICC, *Prosecution v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso n° ICC-01/05-01/08, *Decisión dictada en aplicación del artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma en relación con los cargos de la Fiscalía contra Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 de junio de 2009, párr. 171.



La práctica de la Fiscalía de la Corte (durante el período en que Moreno Ocampo estaba al frente) sugiere que estos crímenes son aparentemente vistos como menos graves o secundarios<sup>39</sup>, y ello posiblemente ocurre porque el bien jurídico protegido no se encuentra al mismo nivel que los bien jurídicos protegidos por otros crímenes contra la humanidad. Así, el bien jurídico protegido por los crímenes sexuales sería el derecho a la autonomía sexual, que parece razonable definir como el derecho de toda persona a disponer libremente de su sexualidad y de sus atributos sexuales<sup>40</sup>. Ese derecho, sin embargo, no constituye hoy en día un derecho fundamental protegido por normas imperativas de Derecho internacional. La consecuencia es que, técnicamente, estas modalidades criminales están de hecho protegiendo un bien jurídico de valor inferior al de los demás crímenes contra la humanidad, entre los cuales además se encuentran varios que pueden cubrir las prácticas que los crímenes sexuales castigan, como son la esclavitud, la detención ilegal o la tortura, que –eso sí– no incorporan *per se* perspectiva de género alguna.

Por otra parte, en algunos casos el efecto retributivo de no aplicar los crímenes sexuales podría resultar mayor que optar por lo contrario, como ocurre por ejemplo con la esclavitud sexual, cuya conducta típica consiste, de acuerdo con los Elementos de los Crímenes, en ejercer uno de los atributos del derecho de propiedad sobre una o más personas, o les haya impuesto algún tipo similar de privación de libertad, y haciendo que esa o esas personas realicen uno o más actos de naturaleza sexual<sup>41</sup>. Esa conducta podría quedar cubierta por una apreciación conjunta de un crimen contra la humanidad de esclavitud (art. 7.1.c ECPI) y otro de tortura (art. 7.1.f CPI), dándose un concurso de delitos a los efectos de determinación de la pena, que además podría verse incrementada si hubiera elementos para apreciar una agravante de discriminación por razón de género, de

---

<sup>39</sup> MARTÍN, M. M., y LIROLA, I., *cit.*, p. 38.

<sup>40</sup> Un planteamiento más reduccionista del bien jurídico protegido, limitado al derecho a mantener relaciones sexuales libremente, no dejaría cabida a comportamientos como la esterilización forzada, el embarazo forzado realizado por medios artificiales u otras formas de violencia sexual, como las mutilaciones.

<sup>41</sup> CPI-AEP, Doc. ICC-ASP/1/3(part II-B), Elementos de los Crímenes, “Artículo 7 1) g)-2: Crimen de lesa humanidad de esclavitud sexual”, elementos 1 y 2.

acuerdo con la Regla 145.2.b.v de las RPP. La lógica indica que la pena en este supuesto debería ser más alta que en el caso de que solo se apreciara un crimen sin agravante, lo que sería más útil para conseguir el efecto ejemplificador deseado ante conductas tan aberrantes. El inconveniente es que valorar la apreciación de una agravante por razón de género en estos casos requiere de los jueces sensibilidad en la materia y activismo. Solo así pueden realmente llegar a subvertirse las estructuras patriarcales que siguen motivando la comisión de estos crímenes. Esperanzadoramente, en el caso *Bemba* la Corte ha entendido que los mismos hechos son a la vez constitutivos de violación y de tortura, de manera que, si la Sala de Instancia mantiene ese criterio, es de esperar que aprecie un concurso ideal de delitos a la hora de determinar la condena<sup>42</sup>. No obstante, la misma solución podría no ser tan satisfactoria si el crimen implicado fuera el de esclavitud sexual, siguiendo el ejemplo anterior, pues, si bien puede concurrir idealmente con el de tortura, se plantearía un concurso de leyes con respecto al de esclavitud y, siendo el precepto sobre la esclavitud sexual más específico, absorbería al relativo a la esclavitud. La duda que persiste es si procedería entonces aplicar una agravante de discriminación por motivos de género o se debería entender incluida en el crimen de naturaleza sexual.

#### 4. Conclusiones

La incorporación de los crímenes contra la humanidad en el ECPI constituye un gran refuerzo para la protección de los derechos humanos, ya que su aplicación puede tener un efecto ejemplificador que prevenga nuevas atrocidades. No obstante, en el actual momento de desarrollo del Derecho internacional público resulta evidente que los Estados no están dispuestos a activar mecanismos penales internacionales para proteger todos los derechos humanos con carácter general, de manera que esa posibilidad se circunscribe a las lesiones más graves de derechos, esto es, aquellas que se cometen en un contexto de sistematicidad o generalidad de

---

<sup>42</sup> ICC, *Prosecution v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, caso nº ICC-01/05-01/08, *cit.*, párr. 199 y 200.

tales prácticas y que afectan a los derechos más fundamentales, protegidos por normas imperativas de Derecho internacional.

Si bien ello es así con carácter general, el proceso de adopción del ECPI evidencia que, en ocasiones, la decisión de incorporar una determinada modalidad de crimen contra la humanidad se ha visto influida por factores ajenos a la correcta plasmación técnico-jurídica de la finalidad que los Estados atribuyen a la categoría de los crímenes contra la humanidad. Así ocurre en el caso de la persecución y de los crímenes sexuales, respecto de los cuales el peso de la tradición y del valor simbólico se han impuesto, alterando de esa forma la función que realmente cumple la categoría, esto es, proteger derechos humanos fundamentales, puesto que ninguno de los bienes protegidos por cada una de las modalidades mencionadas cumple ese requisito.

Si bien ello podría ser el punto de partida del surgimiento de un nuevo consenso internacional sobre la fundamentalidad de los derechos a la igualdad y a la autonomía sexual, lo cierto es que por el momento no hay elementos adicionales que indiquen que así ha ocurrido. Esta discrepancia provoca que ninguno de los dos tipos sea objeto de una aplicación satisfactoria. En el caso de la persecución se incurre en una aplicación de las normas que no sigue pautas adecuadas desde el punto de vista de los principios de Derecho penal generalmente aplicados, lo que da lugar a situaciones injustas, sobre todo en la determinación de las penas. En el caso de los crímenes sexuales, su vinculación a la consecución de una igualdad de género parece verse diluida en su aplicación, lo que los haría insuficientes para cumplir dicho objetivo.

A la vista de ello, tal vez habría sido más útil, desde una perspectiva de política criminal, haber seguido estrictamente el criterio de la protección de derechos fundamentales en la identificación de los crímenes contra la humanidad y favorecer un mayor efecto retributivo mediante la aplicación por los jueces de agravantes en los casos de discriminación y de violencia de género, aunque para ello sería fundamental la predisposición de los jueces a hacerlo. Obligarles a aplicar unas normas determinadas cuando puede haber otras más adecuadas para responder a las atrocidades de que deben conocer parece no haber sido la mejor solución.

## **La protección del interés público global en materia de seguridad nuclear: las medidas ‘post-Fukushima’ adoptadas por la UE y el principio de la responsabilidad nacional de los Estados**

Milagros Álvarez Verdugo  
Profesora Titular de Derecho Internacional Público  
Universitat de Barcelona

### **INTRODUCCIÓN**

El régimen internacional de seguridad nuclear se fundamenta en el principio de la responsabilidad nacional de los Estados y cuenta con un conjunto de instrumentos de naturaleza jurídica diversa que incentiva y promueve el funcionamiento seguro de las plantas nucleares, la revisión periódica de las mismas y su adaptación a los requerimientos de seguridad que los avances tecnológicos y de conocimiento hagan necesarios y/o convenientes. En el ámbito de la UE, este esquema se completa con normativa específica que se contiene en la Directiva 2009/71, de 25 de junio de 2009,<sup>1</sup> y que dota a las Instituciones europeas con competencias para la supervisión del marco legislativo, reglamentario y organizativo de sus Estados miembros en materia de seguridad nuclear. No obstante, el accidente nuclear de Fukushima ha vuelto a poner en cuestión la suficiencia de este régimen, también desde la perspectiva de su capacidad para garantizar la adecuada protección del interés de la comunidad internacional en el mantenimiento y mejora de la condiciones de seguridad nuclear, dados los efectos sobre la población y el medioambiente de este tipo de accidentes.

---

<sup>1</sup> DO L 172, 2.7.2009, p. 18-22. La Directiva recoge las disposiciones del Convenio sobre Seguridad Nuclear, de 17 de junio de 1994 (<http://www.iaea.org/Publications/Documents/Conventions/nuclearsafety.html>) y algunos de los Principios Fundamentales de Seguridad adoptados por la Agencia Internacional de la Energía Atómica. Vid. Fundamental Safety Principles - Safety Fundamentals, Viena, IAEA, 2006 (IAEA SAFETY STANDARDS SERIES No. SF-1) en <http://www-ns.iaea.org/standards/documents/general.asp?s=11&l=90>.

En este contexto, la comunicación tiene por objeto el análisis de las características procedimentales y competenciales de las medidas acordadas en el seno de la UE en respuesta a los retos de seguridad planteados por el accidente de Fukushima, con el objetivo de determinar en qué medida la experiencia desarrollada ofrece base suficiente para identificar los contenidos que deberían completar el régimen de seguridad nuclear en la UE y guiar por tanto su posible reforma. La investigación pone de manifiesto que la reforma del régimen vigente no solo es posible sino que, además, no exige un replanteamiento radical de la estructura o de los fundamentos de la actual Directiva 2009/71 aunque requiere, esto sí, una comprensión actualizada de los contenidos asociados al principio de responsabilidad nacional de los Estados en materia de seguridad nuclear. Dicha comprensión no se refleja en toda la extensión necesaria en la propuesta de reforma de la Directiva vigente presentada el pasado mes de junio por la Comisión Europea.

## **I. LAS PRUEBAS DE RESISTENCIA POST-FUKUSHIMA: DISEÑO Y PROCEDIMIENTO**

Los tratados y el derecho derivado vigente en la UE no establecen cuándo, cómo o bajo qué criterios debe evaluarse la seguridad de las plantas nucleares sitas en los Estados miembros. Sin embargo, eso es precisamente lo que ‘decidió’ el Consejo Europeo el 25 de marzo de 2011, afirmando en sus Conclusiones que “[debía] revisarse la seguridad de todas las centrales nucleares de la UE, sobre la base de una evaluación completa y transparente del riesgo y la seguridad (“pruebas de resistencia”)<sup>2</sup>.

Aún más, el Consejo Europeo entendió necesario articular un mecanismo de evaluación homogéneo, tanto desde una perspectiva procedimental

---

<sup>2</sup> Consejo Europeo, 24 y 25 de marzo de 2011, Conclusiones (EUCO 10/1/11 REV 1), párrafo 31. La composición del Consejo Europeo habría permitido otorgar a esta decisión la naturaleza jurídica de ‘acuerdo internacional ad hoc’. Sin embargo, no ha sido esta la interpretación seguida y, como se menciona expresamente en documentos de la Comisión, los Estados han participado ‘voluntariamente’ en la realización de las pruebas de resistencia. Vid. COM(2012) 571 final, p. 3 (sección 2.1).

como sustantiva. A tal efecto, asignó al Grupo Europeo de Reguladores de la Seguridad Nuclear (ENSREG) y a la Comisión la definición del alcance y las modalidades de las pruebas y fijó en sus Conclusiones algunas características fundamentales de las mismas. Por un lado, que llevarían a cabo esas evaluaciones autoridades nacionales independientes mediante revisiones inter pares. Por otro lado, que los resultados de las pruebas y cualesquiera medidas que fuera necesario adoptar posteriormente debían comunicarse a la Comisión, a ENSREG y hacerse públicas.

Conviene precisar que la decisión del Consejo Europeo en modo alguno significa sustraer a los Estados la definición de los contenidos que debían asignarse a las pruebas de resistencia, pues estos participan de manera decisiva a través de ENSREG, órgano consultivo de la Comisión creado en 2007 e integrado por un representante de esta institución más 27 representantes nacionales (uno por Estado miembros), todos ellos altos responsables de los órganos encargados de la seguridad nuclear en sus respectivos países.<sup>3</sup>

En cumplimiento del mandato del Consejo Europeo, el alcance y las modalidades de las pruebas se fijó en un documento adoptado conjuntamente por ENSREG y la Comisión el 13 de mayo de 2011<sup>4</sup>. En él se estableció la fecha tope para el inicio de las mismas (1 junio 2011), los aspectos concretos de la seguridad de las plantas que debían ser objeto de evaluación y la metodología a seguir para la realización de esa evaluación. Dicho de otro modo, el documento identificó los aspectos tecnológicos de la seguridad nuclear que debían comprobarse y determinó el procedimiento a seguir para ello.

Así, y respecto a sus contenidos,<sup>5</sup> las pruebas han evaluado la seguridad y la solidez de las plantas nucleares ante dos tipos de situaciones extremas

---

<sup>3</sup> Vid. Decisión de la Comisión, de 17 de julio de 2007, por la que se establece el Grupo europeo de alto nivel sobre seguridad nuclear y gestión de los residuos radiactivos (DO L 195, 27.07.2007, p. 44).

<sup>4</sup> ENSREG, “EU Stress Test specifications”; 31 Mayo 2011 ([www.ensreg.eu/node/289/](http://www.ensreg.eu/node/289/)).

<sup>5</sup> Las especificaciones a las que debía responder esta evaluación se detallaron en un Anexo en el que, de hecho, se recogían las propuestas formuladas a este respecto por la Asociación Europea Occidental de Reguladores Nucleares (WENRA), ente creado en 1999 para la

(terremotos e inundaciones) y han verificado las medidas preventivas y mitigadoras establecidas por la regulación nacional vigente. El documento adoptado por ENSREG y la Comisión exigía, además, que la evaluación se realizara no sólo sobre la base del diseño inicial de cada planta nuclear sino que se identificaran también los márgenes de nivel sísmico y de inundación por encima de los cuales sería inevitable la pérdida de funciones fundamentales de seguridad o un daño severo al combustible nuclear de la planta.<sup>6</sup>

Por cuanto respecta al procedimiento, el documento ENSREG-Comisión diseñó la realización de las pruebas en tres fases consecutivas. Primero, una fase de autoevaluación realizada por los propios operadores de las plantas, aplicando las especificaciones fijadas en el documento ENSREG-Comisión. Segundo, la revisión de esos informes de autoevaluación por parte de las autoridades reguladoras nacionales, a fin de comprobar su adecuación con las exigencias de las pruebas de resistencia. Junto a los requerimientos y/o recomendaciones que pudieran formular a los operadores, las autoridades nacionales debieron elaborar un informe final sobre el estado de seguridad de las plantas nucleares en su propio Estado. Tercero, el informe final realizado por cada una de las autoridades reguladoras nacionales fue sometido a un proceso de revisión inter pares a escala de la UE, durante el cual los equipos de revisión, compuestos por siete expertos de los Estados miembros designados conjuntamente por ENSREG y por la Comisión,<sup>7</sup> visitaron 23 emplazamientos (en los que se ubican 54 de los 145 reactores sometidos a evaluación).

Como resultado de este procedimiento, ENSREG aprobó un informe de síntesis y 17 informes nacionales con recomendaciones detalladas<sup>8</sup> y, en

---

cooperación entre los reguladores de la seguridad nuclear de los Estados miembros de la UE y en la que participa también Suiza (<http://www.wenra.org/>).

<sup>6</sup> El documento ENSREG-Comisión identifica con detalle los contenidos a incluir en los informes de evaluación a presentar por los operadores nucleares tras la realización de las pruebas de resistencia.

<sup>7</sup> Cada uno de ellos no podía participar en la revisión del informe elaborado por su Estado de nacionalidad.

<sup>8</sup> Esto es, para cada uno de los Estados miembros con plantas nucleares operativas (14); Lituania (con una planta en desmantelamiento) más Suiza y Ucrania, que aceptaron la

julio de 2012, dio su acuerdo a un plan de acción para el seguimiento de la aplicación de esas recomendaciones.<sup>9</sup> Así mismo, la Comisión también presentó su informe final en octubre de 2012, en el que se recogen sus propias conclusiones y recomendaciones.<sup>10</sup>

## **II. LA(S) POSIBLE(S) REFORMA(S) DE LA NORMATIVA VIGENTE DE LA UE SOBRE SEGURIDAD NUCLEAR**

A la luz del alcance de las competencias asignadas a la UE, y en particular a la CEEA,<sup>11</sup> la experiencia de las pruebas de resistencia permite plantear dos tipos de reforma: una de mínimos, que habilite con carácter excepcional para la realización de este tipo de pruebas, y otra de mayor alcance, que establezca un mecanismo de revisión periódico de exigencias de seguridad nuclear definidas, también, por la CEEA.

Es evidente que la primera de ellas no significaría una mejora sustantiva del efecto útil de las disposiciones del Tratado CEEA ni de la normativa en vigor. Las pruebas de resistencia han demostrado que la UE puede acordar una evaluación de la seguridad nuclear en territorio europeo, sin que la inexistencia de disposiciones jurídicas específicas constituya un impedimento insuperable. Consiguientemente, en ausencia de la voluntad política suficiente para hacer un uso periódico de una disposición que proveyera de base jurídica suficiente a la realización de pruebas excepcionales de resistencia, su aplicación restaría dependiente de acontecimientos o accidentes nucleares relevantes y supondría una escasa

---

invitación a participar en las pruebas de resistencia. Informes disponibles en <http://www.ensreg.eu/EU-Stress-Tests/Country-Specific-Reports>

<sup>9</sup> Vid. Action Plan regarding the follow-up of the peer review of the stress tests performed on European nuclear power plants (25/7/2012), at <http://www.ensreg.eu/node/417>.

<sup>10</sup> Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre las evaluaciones completas del riesgo y de la seguridad («pruebas de resistencia») de las centrales nucleares de la Unión Europea y actividades relacionadas; COM(2012) 571 final, Brussels, 4.10.2012.

<sup>11</sup> La extensión fijada para la comunicación impide abordar aquí esta cuestión. Vid. Court of Justice of the European Union, Judgment of 10 December 2002, Commission of the European Communities v Council of the European Union (Case C-29/99).

aportación al mantenimiento, mejora y verificación continua del estado de la seguridad de las instalaciones nucleares en la UE.

Estas razones aconsejan una reforma de mayor calado, que garantice el sometimiento de las plantas nucleares a estrictos requisitos de seguridad y la aplicación efectiva de esos requisitos. En términos normativos, esa reforma implica determinar el órgano u órganos competentes y el procedimiento a seguir para definir estándares comunes de seguridad nuclear aplicables en la UE, y establecer un mecanismo para la verificación y control de su cumplimiento. Estos son los parámetros bajo los que, entendemos, debe evaluarse la propuesta de reforma de la Directiva 2009/71 presentada por la Comisión Europea el pasado mes de junio.<sup>12</sup>

Según indica la propia Comisión, las modificaciones que propone tienen por objeto perfeccionar el marco regulador de la seguridad nuclear en la UE a través de:<sup>13</sup>

- El reforzamiento de las autoridades reguladoras nacionales;
- El aumento de la transparencia en asuntos de seguridad nuclear;
- La consolidación de los principios vigentes y la introducción de nuevos objetivos y requisitos generales en materia de seguridad nuclear en relación con problemas técnicos específicos a lo largo del ciclo de vida de las instalaciones nucleares, en particular de las centrales nucleares;
- La intensificación del seguimiento e intercambio de experiencias mediante el establecimiento de un sistema europeo de revisiones inter pares, y
- El establecimiento de un mecanismo para la elaboración de directrices armonizadas a nivel de la UE sobre seguridad nuclear.

---

<sup>12</sup> COM(2013) 343 final, Bruselas, 13.06.2013: Proyecto de propuesta de Directiva del Consejo que modifica la Directiva 2009/71/Euratom del Consejo, por la que se establece un marco comunitario para la seguridad nuclear de las instalaciones nucleares.

<sup>13</sup> COM(2013) 343 final, p. 5.

Sin obviar la significación conjunta de estos contenidos, centraremos este apartado en el análisis de la contribución de la propuesta de la Comisión a la definición de estándares comunes de seguridad nuclear y al establecimiento de mecanismos de verificación y control que garanticen su cumplimiento.

### **1. La estandarización de las exigencias de seguridad nuclear: ¿objetivos y/o requisitos técnicos?**

La propuesta de reforma de la Comisión completa las finalidades asignadas a la actual Directiva, añadiendo la de garantizar que los Estados miembros prevean disposiciones nacionales adecuadas que permitan evitar emisiones radiactivas no autorizadas en todas las etapas del ciclo de vida de las instalaciones nucleares (emplazamiento, diseño, construcción, puesta en servicio, explotación y desmantelamiento). Para su consecución, se incorporan tres nuevos artículos que identifican objetivos de seguridad nuclear a desarrollar por los Estados miembros.

Así, las legislaciones nacionales deberán garantizar que las instalaciones nucleares eliminen prácticamente, a lo largo de todo su ciclo de vida, todas las secuencias de accidentes que puedan dar lugar a grandes emisiones o a emisiones tempranas y que, en todo caso, su diseño permita que solo sean necesarias medidas de protección de la población limitadas en el tiempo y en el espacio, que se disponga del tiempo suficiente para ponerlas en práctica y que se minimice la frecuencia de cualquier tipo de accidente (art. 8 bis). A tal efecto, deberán exigir que en la elección del emplazamiento de una instalación “se preste la debida consideración a la prevención, siempre que sea posible, de peligros naturales y de origen humano externos y a la reducción de su impacto al mínimo”, y que se aplique el concepto de defensa en profundidad durante todo su ciclo de vida (art. 8 ter). Además, cuando se solicite por vez primera una licencia de construcción de una central nuclear, el solicitante deberá demostrar que el diseño limita

prácticamente los efectos de un daño en el núcleo del reactor al interior del recinto de contención (art. 8 quater, apartado 3).<sup>14</sup>

Los contenidos de estas disposiciones establecen, ciertamente, objetivos ambiciosos. Ahora bien, la plena efectividad de estas exigencias alcanzará a las instalaciones nucleares para las que se solicite licencia de construcción tras la entrada en vigor de la Directiva, incluido su plazo de transposición, pues respecto a las instalaciones existentes la propuesta de la Comisión se limita a prever que los Estados miembros velarán por la aplicación de estos objetivos “en la medida de lo razonablemente posible” (art. 8 bis, apartado 2).

No obstante, el artículo 8 quater prevé un conjunto de requisitos metodológicos que las legislaciones nacionales deberán exigir a todos los titulares de la licencia de una instalación nuclear. Así, los licenciarios deberán evaluar periódicamente el impacto radiológico de su instalación y, como mínimo cada 10 años, deberán reevaluar la base de diseño de las mismas al objeto de aplicar “todas las medidas de mejora razonablemente practicables”. Igualmente, deberán desarrollar estrategias de mitigación de los accidentes base de diseño y de los que sobrepasen a estos, y aplicar en todas las centrales nucleares directrices para la gestión de accidentes graves. Finalmente, en el caso de instalaciones que estén acercándose al límite de vida útil inicialmente previsto, cuando se solicite una revisión de la licencia de explotación o cuando se solicite una ampliación de la vida útil de una instalación, deberá establecerse la exigencia de un examen de seguridad específico de la misma.

Las disposiciones comentadas merecen una valoración positiva pues establecen objetivos de seguridad sustantivos cuya consecución deberán acometer las legislaciones nacionales. Desde esta perspectiva, entendemos que es correcta la opción elegida por la Comisión de incorporar a la Directiva objetivos de seguridad y no requisitos técnicos específicos, que podrían devenir obsoletos por mor de los avances científicos o incluso desincentivar la incorporación de mejoras en este ámbito.<sup>15</sup> Ahora bien, la

plena aplicación de este conjunto de objetivos va a depender, exclusivamente, del desarrollo que lleven a cabo los Estados en sus normas de transposición, de la fiscalización que realice la Comisión de dichas normas, en su función de guardianas del derecho comunitario, y del aval que a su interpretación pueda hacer el TJUE.

El carácter evolutivo de nuestro objeto de regulación desaconseja, ciertamente, la cristalización en una norma jurídica de exigencias técnicas específicas, pero no así habilitar su establecimiento a través de un mecanismo que posibilite la incorporación fluida de los avances científicos en las obligaciones jurídicas impuestas a los Estados en este ámbito.<sup>16</sup> Dicho mecanismo podría haberse fundamentado en la pareja ENSREG-Comisión, siguiendo el ejemplo de las pruebas de resistencia. La composición de ENSREG garantizaría la incorporación del elemento científico antes mencionado, y la exigencia de un acuerdo entre éste y la Comisión no haría más que recoger la peculiar naturaleza jurídica de la CEEA, convirtiendo dichas exigencias técnicas en la expresión conjunta del interés de los Estados miembros (principio de responsabilidad nacional) y del interés comunitario en la materia (objetivos y funciones de la CEEA). La existencia de tales requisitos técnicos contribuiría, además, a dar respuesta a problemas puestos de manifiesto en la propia jurisprudencia del TJUE.<sup>17</sup>

La posibilidad de establecer estándares comunes de seguridad se contempló en la primera propuesta de directiva sobre seguridad nuclear, presentada en 2003 por la Comisión. Sin entrar a analizar las dificultades que impidieron entonces el acuerdo entre los Estados de la UE, en la actualidad existen razones para pensar en la posibilidad de un resultado distinto. Por un lado, uno de los problemas entonces aducidos fue la inexistencia de niveles de referencia para el establecimiento de esas

---

<sup>16</sup> Vid. Hague Academy of International Law - Center for Studies and Research, *Les risques résultant de l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire, 1993 = The hazards arising out of the peaceful use of nuclear energy, 1993*, Boston, M. Nijhoff Publishers, 1994, p. 40-42.

<sup>17</sup> Específicamente en el conocido como caso Temelin. Vid. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de octubre de 2009; Petición de decisión prejudicial: Landesgericht Linz – Austria; Asunto C-115/08.

---

<sup>14</sup> Esta exigencia podrá aplicarse también, “si procede”, a los reactores de investigación.

<sup>15</sup> European Commission, New Nuclear Safety Directive, MEMO/13/539.

normas de seguridad. Este inconveniente dejó de existir en 2006, cuando la Asociación de Reguladores Nucleares de Europa Occidental (WENRA) finalizó la publicación de niveles de seguridad de referencia para las plantas nucleares en funcionamiento.<sup>18</sup> Por otro lado, el procedimiento sugerido para el establecimiento de requisitos técnicos comunes de seguridad preserva en un doble sentido la competencia de los Estados en esta materia, problema que también estuvo presente durante los debates de la primera propuesta de directiva. Primero, porque el acuerdo de ENSREG y Comisión imposibilita la imposición a un Estado miembro de condiciones de seguridad a su juicio innecesarias o inasumibles. Segundo, porque cada Estado miembro mantendría en todo caso la facultad para añadir exigencias de seguridad más estrictas.

En este contexto, es cierto que podría argüirse que el único consenso posible sería de mínimos y que, por tanto, el establecimiento de requisitos comunes de seguridad nuclear no mejoraría sustantivamente la situación de la UE en esta materia. Aunque el argumento pone en duda la voluntad política de los Estados, más que la solvencia de la propuesta, hay razones para creer que incluso en ese supuesto el mecanismo podría tener efectos positivos. Así, y como mínimo, generaría sobre los Estados una tensión hacia la mejora de las condiciones de seguridad nuclear, muy especialmente si se hicieran públicas y transparentes las diferencias a este respecto entre las legislaciones y reglamentaciones nacionales.<sup>19</sup> Además,

---

<sup>18</sup> Vid. SEC(2008) 2892, p. 18 y Findlay, T., *Nuclear energy and global governance: ensuring safety, security and non-proliferation*, London, Routledge, 2011, p. 159. Desde entonces, WENRA actualiza periódicamente esos niveles de referencia (<http://www.wenra.org/harmonisation/reactor-harmonisation-working-group/>). Además, este ha sido el procedimiento seguido para el diseño de las pruebas de resistencia, como se menciona expresamente en el documento ENSREG-Comisión y se deduce de la simple comparación entre este documento y el adoptado por WENRA en abril de 2011 (“Stress tests” specifications – Proposal by the WENRA Task Force, 21 April 2011, en [http://www.wenra.org/media/filer\\_public/2012/08/30/stresstestsspecifications2011-04-21.pdf](http://www.wenra.org/media/filer_public/2012/08/30/stresstestsspecifications2011-04-21.pdf)).

<sup>19</sup> Respecto a este tipo de argumentos en el contexto de las negociaciones para la conclusión de la Convención sobre Seguridad Nuclear, vid. de la Fayette, L, “International Environmental-Law And The Problem Of Nuclear Safety”, *Journal of Environmental Law*, 1993, Volume 5, Issue 1, p. 52.

el entramado de relaciones que caracteriza a una organización como la UE aporta motivos adicionales para confiar en esos efectos positivos o, lo que es lo mismo, en la progresiva armonización al alza entre los Estados miembros de la CEEA de las exigencias de seguridad nuclear.

Con carácter general entendemos que la ausencia de un mecanismo institucionalizado en la línea apuntada priva a la UE de la posibilidad de establecer requisitos técnicos específicos que, como mínimo, debieran cumplir todas las instalaciones nucleares sitas en la UE en aplicación de los objetivos establecidos y, por tanto, plantea interrogantes sobre el ritmo en que se producirá, en su caso, la subsanación de algunas de las deficiencias detectadas por las pruebas de resistencia, tales como la no utilización de los estándares actualizados de cálculo del riesgo de terremotos o de inundaciones (deficiencia que actualmente afecta a 54 y 62 reactores, respectivamente, de los 145 sometidos a aquellas pruebas).<sup>20</sup>

## 2. Mecanismos de verificación y control

Junto al mantenimiento del sistema de autoevaluaciones que actualmente recoge el artículo 9.3 de la Directiva 2009/71, la propuesta de la Comisión introduce dos nuevos mecanismos.

El primero de ellos es un sistema de revisiones inter pares “por temas”, seleccionados conjuntamente por los Estados miembros “en estrecha coordinación con la Comisión”, que debe aplicarse como mínimo cada seis años. Sólo si los Estados miembros no consiguen elegir conjuntamente ni un solo tema, se prevé que sea la Comisión Europea la que los determine. El mismo procedimiento se seguirá para establecer el calendario y las modalidades de ejecución de esas revisiones. Respecto a sus efectos, la propuesta deja en manos de cada Estado miembro decidir la planificación y el modo de ejecución de las recomendaciones técnicas derivadas del proceso de revisión, aunque deberá informar de ello a la Comisión. Esto sí,

---

<sup>20</sup> El detalle de estas y de otras deficiencias se recoge en el Anexo del Informe Final presentado por la Comisión - COM (2012) 571final-, en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña a ese Informe - SWD (2012) 287 final – y en los informe elaborados por ENSREG tras la realización de las pruebas de resistencia.

la propuesta de reforma asigna a la Comisión un poder de seguimiento del cumplimiento de tales recomendaciones en virtud del cual, si detecta desviaciones o retrasos sustanciales de aplicación, deberá invitar a las autoridades reguladoras competentes de los Estados miembros no afectados a que organicen y lleven a cabo una misión de verificación para obtener una visión completa de la situación e informen al Estado miembro afectado de las medidas que podrían adoptarse para subsanar las deficiencias observadas.

El segundo mecanismo que incorpora la propuesta de la Comisión es el de revisión inter pares en caso de circunstancias excepcionales, concretamente, si se produce un accidente que provoque grandes emisiones o emisiones tempranas, o un suceso anormal que dé lugar a situaciones que podrían requerir medidas de emergencia fuera del emplazamiento o medidas de protección de la población. En tales casos, el Estado miembro afectado dispondrá de seis meses para invitar a una revisión inter pares de la instalación en cuestión, que se establecerá de conformidad con el procedimiento previsto para el sistema de revisión por temas y en el que la Comisión estará invitada a participar.

Entendemos que la propuesta de reforma acierta en mantener el sistema de autoevaluaciones periódicas que, al menos cada 10 años, deben aplicar los Estados miembros en virtud del actual art. 9.3 de la Directiva 2009/71, dada la amplitud ‘potencial’ de su ámbito de aplicación y el margen que con ello permite a los Estados de evaluar exigencias innovadoras de seguridad y/o otros elementos de su régimen nuclear.

Sin embargo, consideramos que los nuevos mecanismos de evaluación anteriormente comentados son claramente insuficientes al menos por cuatro razones. En primer lugar, porque multiplica los procedimientos y los periodos de revisión, con las repercusiones negativas que ello tiene sobre el funcionamiento cotidiano de las instalaciones nucleares. En segundo lugar, porque el nuevo sistema de revisión por temas no mejora en términos sustantivos el mecanismo de autoevaluación actualmente exigido por el art. 9.3 de la Directiva, dejando en manos de los Estados la determinación de sus contenidos. En tercer lugar, y en conexión con lo anterior, porque la propuesta no recoge adecuadamente el interés

comunitario en el mantenimiento de la seguridad nuclear, otorgando a la Comisión poderes de decisión solo ‘in extremis’ y disminuyendo su participación en los mecanismos de evaluación a la categoría de mero órgano cuasi-administrativo de gestión. Y, finalmente, por la evidente insuficiencia de la respuesta prevista para los casos de inaplicación por los Estados de las recomendaciones derivadas de esas revisiones. Insuficiencia que, además, hace prever una escasa convicción, por parte de la Comisión, en la eventual utilización de sus poderes generales como guardiana del cumplimiento del derecho comunitario y, por tanto, en su competencia para vigilar el cumplimiento por los Estados de los objetivos de seguridad nuclear incorporados en su propuesta de reforma.

### **III. CONSIDERACIONES FINALES**

El análisis desarrollado evidencia la utilidad de las pruebas de resistencia al objeto de identificar los contenidos que deberían completar el régimen comunitario vigente de seguridad nuclear y el tipo de reformas que, entendemos, deberían acometerse. Por un lado, el desarrollo de la competencia normativa de la CEEA para la definición de estándares y requisitos de seguridad nuclear comunes a todas las plantas nucleares instaladas en la UE. Por otro lado, la articulación de un mecanismo internacionalizado y homogéneo para la verificación y el control del cumplimiento de esos estándares y requisitos.

Por las razones ya mencionadas, la propuesta de reforma presentada por la Comisión no aplica, en toda su extensión, las lecciones que se extraen de dichas pruebas de resistencia: mantiene una interpretación del principio de responsabilidad nacional de los Estados que sigue dejando a estos la competencia para establecer los requisitos específicos de seguridad nuclear y procede a un tímido desarrollo de los mecanismos europeos de supervisión y control.

Quizás, el cálculo de probabilidades de la Comisión le haya llevado a pensar que solo una modificación como la presentada podrá recibir, en su caso, el apoyo necesario para su aprobación en el Consejo. No obstante, entendemos que tanto el accidente de Fukushima como los resultados de



las pruebas de resistencia han demostrado la necesidad de reforzar las obligaciones y exigencias a las que están sometidos los Estados en materia de seguridad nuclear. Necesidad que, en términos jurídicos, implica una correcta interpretación del principio rector en este sector –esto es, del principio de responsabilidad nacional de los Estados respecto a la seguridad nuclear de las instalaciones nucleares -, completando los contenidos que hasta ahora se han predicado del mismo.

En efecto, desde las primeras formulaciones del derecho de la energía nuclear, la evolución hacia la elaboración de normas internacionales con obligaciones jurídicas sustantivas sobre seguridad nuclear se ha enfrentado a la oposición de una significativa mayoría de Estados, en su mayoría poseedores de los conocimientos, tecnologías y aplicaciones de este tipo de energía, bajo la argumentación de que se trata éste de un ámbito de competencia nacional en el que cualquier acuerdo internacional no superaría un consenso de mínimos y donde, además, la existencia de normas internacionales imperativas podría originar una confusión sobre quien es el sujeto responsable en esta materia.<sup>21</sup> Consecuentemente, el principio de la responsabilidad nacional se ha interpretado como una manifestación concreta de la soberanía de los Estados, en virtud de la cual éstos pueden hacer ‘lo que deseen’ dentro de su territorio en la medida que esas acciones no afecten a los derechos de otros Estados. Pero, en tal caso, ¿por qué no se ha retenido la denominación de ‘competencia exclusiva de los Estados en materia de seguridad nuclear’? La respuesta pasa necesariamente por reconocer la existencia de otros contenidos del principio de responsabilidad nacional en materia de seguridad nuclear, que completan el derecho de los Estados a decidir cuándo y bajo qué criterios autorizan una instalación nuclear y a supervisar su funcionamiento.

Esos otros contenidos tienen su razón de ser en la presencia de intereses colectivos en materia de medio ambiente y derechos humanos fundamentales; intereses que justifican la existencia de obligaciones como parte del contenido del principio de responsabilidad nacional de los Estados en materia de seguridad nuclear. Con independencia de que un

accidente nuclear tenga o no efectos transfronterizos y afecte o no a nacionales de terceros Estados, su impacto en el medio ambiente y en el derecho a la vida y a la salud de las personas no puede entenderse como un asunto interno del Estado, dado el estadio de evolución del Derecho Internacional vigente. La preservación del medioambiente y, aún en mayor medida, el derecho a la vida y a la salud de los seres humanos impone a todos los Estados obligaciones jurídicas que limitan el abanico de opciones inherente al ejercicio de derechos soberanos. Obligaciones que deben existir, también, en relación a la seguridad de sus instalaciones nucleares.

Las características de la UE y de la CEEA permiten visualizar con mucha más claridad la existencia de esos intereses colectivos y, por tanto, la necesidad de completar el régimen comunitario vigente mediante la definición de nuevas obligaciones jurídicas. Ahora bien, el caso específico de la UE sirve para ilustrar la tarea que deben acometer también los Estados a nivel internacional, abordando vía cooperación intergubernamental el reforzamiento del régimen internacional y la definición de nuevas obligaciones jurídicas internacionales que doten de pleno contenido al principio de responsabilidad nacional de los Estados en materia de seguridad nuclear.

---

<sup>21</sup> See Hague Academy of International Law - Center for Studies and Research, *op. cit.*, p. 74-76.

## El orden público comunitario y el reconocimiento de resoluciones en los procedimientos de insolvencia

Ángel María Ballesteros Barros<sup>22</sup>  
Profesor Asociado de Derecho Internacional Privado  
Universidad Pablo de Olavide

### I. Introducción.

La presente comunicación tiene por objeto cuestionarse si existe un concepto de *orden público comunitario* desarrollado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a partir de la interpretación del artículo 26 del Reglamento CE nº 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia (en adelante RI)<sup>23</sup>. Como es bien sabido, el mecanismo de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales del RI descansa sobre el principio de confianza comunitaria, debiendo reducirse los motivos de denegación “*al mínimo necesario*”<sup>24</sup>. Como consecuencia de lo anterior, el reconocimiento sólo se denegará cuando “*pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado*” (artículo 26 RI).

Dada la ausencia de calificación autónoma de la noción de orden público en el RI y la remisión de su artículo 26 al *orden público nacional*, el estudio plantea si existen límites a esta remisión al Derecho interno de los Estados miembros (*cf. epígrafe II infra*), y si el TJUE ha desarrollado un verdadero concepto de *orden público comunitario* en materia de insolvencia o, en su defecto, si resulta posible la aplicación analógica de la jurisprudencia del TJUE en que se ha abordado la noción de *orden público* para materias ajenas a la insolvencia (*cf. epígrafe III infra*).

<sup>22</sup> Abogado Socio de *Concordia Abogados SLP*. Representante de la Unión Internacional de Abogados en el Grupo V (Régimen de Insolvencia) de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL).

<sup>23</sup> DOCE L160 de 30.06.2000, pp.1-18.

<sup>24</sup> Considerando núm. 22 RI.

### II. El orden público nacional como causa de denegación del reconocimiento.

Como única causa de denegación, señala el artículo 26 RI que el reconocimiento se negará cuando “*pueda producir efectos claramente contrarios al orden público de dicho Estado, en especial a sus principios fundamentales o a los derechos y a las libertades individuales garantizados por su Constitución*”.

El resto de motivos de denegación del régimen análogo del RB desaparecen en materia de insolvencia; así lo establece expresamente el artículo 25.1 RI, al remitirse a las reglas de ejecución del Convenio de Bruselas (dicha remisión debe entenderse hecha al Reglamento nº 44/2001<sup>25</sup>, excepto a su artículo 34.2).

Es importante señalar que el *orden público internacional* del Estado requerido no puede justificar una revisión de la resolución extranjera en cuanto al fondo del asunto, ni porque el juez de origen haya actuado de una manera u otra respecto de los hechos o el Derecho aplicado, sino porque el resultado obtenido sea intolerable en el Estado requerido<sup>26</sup>.

El orden público tiene un carácter restrictivo, y sólo debe operar en casos excepcionales; por ello, los efectos contrarios al orden público deben producirse de forma clara y manifiesta<sup>27</sup>. Y el propio RI da un ejemplo de cuándo puede producirse la vulneración del orden público: cuando se limite la libertad personal o el secreto postal (artículo 25.3 RI).

En palabras del TJUE, el reconocimiento podrá denegarse por ser contrario al *orden público* cuando la resolución “*choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental*”<sup>28</sup> o suponga “*una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del*

<sup>25</sup> DOCE L012 de 16.01.2001.

<sup>26</sup> STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach vs Bamberski*, párrafo 36.

<sup>27</sup> Informe VIRGÓS / SCHMIT, núm. 204.

<sup>28</sup> STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, *Régie nationale des usines Renault, SA vs Maxicar SpA und Orazio Formento*, párrafo 30.

*Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento*<sup>29</sup>.

Señala el informe VIRGÓS / SCHMIT (núm. 205) que el orden público a que se refiere el artículo 26 RI deriva del Derecho nacional, no teniendo *necesariamente* un contenido uniforme en la Unión Europea. Es por ello que el RI se limita a indicar que el orden público incluye los “*principios fundamentales*” o “*los derechos y las libertades individuales garantizados por su Constitución*”.

Como consecuencia de esta remisión al Derecho interno, a cada Estado corresponde definir cuáles son los principios que entran dentro de *su* concepto de *orden público*<sup>30</sup>. El problema reside en que la interpretación por el juez nacional del contenido del orden público pudiera desnaturalizar la intención del legislador comunitario con la remisión del artículo 26 RI. Así lo advierte el Informe VIRGÓS / SCHMIT (núm. 205), al señalar que el orden público no puede ser utilizado por los Estados miembros para cambiar unilateralmente el sistema del instrumento comunitario, y que cualquier interpretación amplia no razonable no estaría incluida por el artículo 26 RI.

Así pues, la determinación del contenido del *orden público nacional* por parte del juez del Estado miembro está limitada por la interpretación de los instrumentos comunitarios realizada por el TJUE<sup>31</sup>, puesto que “*si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden*

*recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante.*”<sup>32</sup>

Partiendo de este principio de base, cabe plantearse ahora si el TJUE ha desarrollado un verdadero concepto de *orden público comunitario* a través de su interpretación de los textos comunitarios, que pudiera ser susceptible de aplicarse a los procedimientos de insolvencia en la Unión Europea, y que el juez nacional deba respetar en el momento del reconocimiento de resoluciones de otros Estados miembros.

### **III. La construcción de un *orden público comunitario* y su aplicación en procedimientos de insolvencia.**

Aunque efectivamente el TJUE no utiliza en sus Sentencias la expresión *orden público comunitario*, podemos compartir con ÁLVAREZ GONZÁLEZ que en la jurisprudencia del TJUE subyace su existencia al entender que “*los límites a la libre determinación del orden público nacional por el juez nacional vienen condicionados por la existencia de un orden público comunitario, que se integra en el orden público nacional, que forma parte de él, y que es el mismo para todos los Estados miembros, por lo que su determinación escapa del ámbito meramente estatal*”<sup>33</sup>.

Algunos autores se plantean el posible contenido del *orden público comunitario* que podría invocar un juez nacional en aplicación de la excepción del artículo 26 RI. De acuerdo con el Informe VIRGÓS / SCHMIT (núm. 206), dentro del contenido del orden público (*comunitario*) se incluiría tanto el *orden público sustancial* como el *orden público procesal*.

Siguiendo las reflexiones de ÁLVAREZ GONZÁLEZ y de FÖHLICH, en el contenido de este *orden público comunitario* podríamos incluir la

---

<sup>29</sup> STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, párrafo 37.

<sup>30</sup> Sobre el concepto del orden público internacional, cabe mencionar el pionero estudio de Paul LAGARDE, “*Recherches sur l'ordre public en droit international privé*”, Recueil des Cours, 1959.

<sup>31</sup> STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, párrafo 22; en similares términos, la STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, *Renault*, párrafo 27.

---

<sup>32</sup> STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, párrafo 23; en similares términos, la STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, *Renault*, párrafo 28.

<sup>33</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “*Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del juez nacional y orden público comunitario*”, La Ley, N° 5, 2000, pp. 2005-2009, cit. p. 2008.

prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 12 CE), el funcionamiento del mercado común (artículo 2 CE), el principio de proporcionalidad (artículo 30 CE) y las garantías procedimentales<sup>34</sup>.

En opinión de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ<sup>35</sup>, con referencia a la doctrina italiana<sup>36</sup>, entienden que una decisión que declare la exoneración de deudas (por ejemplo la *Orden of Discharge* anglosajona) del deudor concursado podría vulnerar ordenamientos donde ello pudiera resultar contrario al orden público por violar el legítimo derecho de los acreedores de satisfacción de su deuda<sup>37</sup>.

El TJCE ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el contenido del orden público con ocasión de la interpretación del artículo 27 del Convenio de Bruselas, aho art. 34 R 44/2001. En su Sentencia de 11 de mayo de 2000 (*Renault*), el TJCE concluyó que no podía invocarse el orden público italiano para oponerse al reconocimiento y ejecución de una sentencia francesa que reconocía un derecho de propiedad industrial, porque de lo contrario no se respetarían los principios fundamentales del mercado común vinculados con la libertad de circulación de mercancías y la utilización del orden a libre competencia<sup>38</sup>. Es el mismo razonamiento que él TJCE ya había sugerido en la Sentencia de 1 de junio de 1999 (*Eco Swiss*), en que interpretó que el entonces artículo 81 TCE (ahora 81 TCE)

<sup>34</sup> S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, op. cit.; J. FÖHLICH, *Der gemeineuropäische ordre public*, Frankfurt, 1997.

<sup>35</sup> A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho concursal internacional*, Colex, 2004, p. 151.

<sup>36</sup> P. DE CESARI, “Giurisdizione, riconoscimento de esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza”, *RDIPP*, 2003, pp. 55-84; y GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Milán, 1943, p. 325.

<sup>37</sup> En Italia, ello equivaldría a una expropiación de los créditos de los acreedores sin la percepción de una indemnización que resultaría contraria al artículo 42 de la Constitución italiana.

<sup>38</sup> STJCE de 11 de mayo de 2000, asunto C-38/98, *Renault*, párrafo 34. Para un comentarios de esta Sentencia, cfr. M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ *La interpretación del Derecho comunitario y del orden público del Convenio de Bruselas* (nota a la sentencia del TJCE en el Asunto C-38/98, *Renault/Maxicar*”, *Unión Europea Aranzadi*, Vol. 27, N<sup>o</sup> 11, 2000, pp. 36-41.

relativo al Derecho comunitario de la competencia debía ser considerado como una “*disposición de orden público*”<sup>39</sup>.

En su Sentencia de 28 de marzo de 2000 (*Krombach*), el TJCE abordó la inclusión dentro del contenido del *orden público comunitario* de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, con alusión al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), al que remite el artículo 6.2 TUE<sup>40</sup>. A partir de estas consideraciones, el TJCE concluye que procedía denegar el reconocimiento de una sentencia extranjera por resultar contraria al orden público al haber sido dictada sin oír al abogado del acusado, lo cual constituía una violación del derecho fundamental a un juicio justo con las debidas garantías procesales protegido por el artículo 6 CEDH<sup>41</sup>. En el mismo sentido, se pronuncia la Sentencia de 2 de abril de 2009 (*Gambazzi*)<sup>42</sup>. A este respecto, conviene recordar la definición que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos realizó en su Sentencia de

<sup>39</sup> STJCE de 1 de junio de 1999, asunto C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd vs Benetton International N.V.*, párrafo 39. Así lo concluye J. BASEDOW, “Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*”, Dalloz, 2005, pp. 55-74.

<sup>40</sup> STJCE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, párrafos 25 a 27.

<sup>41</sup> Cfr. comentarios de esta Sentencia: S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, op. cit.; L. CARBALLO PIÑEIRO, “Orden jurídico comunitario, derechos fundamentales e interpretación del artículo 27.1 del Convenio de Bruselas. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 28 de marzo de 2000, *Krombach*”, *La Ley*, N<sup>o</sup> 5, 2000, pp. 1748-1753; M. GUZMÁN ZAPATER, “¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario? (A propósito de las SSTJCE de 1 de junio de 1999, 28 de marzo y 11 de mayo de 2000 sobre el art. 27.1 del Convenio de Bruselas)”, *Aranzadi civil: revista doctrinal*, N<sup>o</sup> 1, 2001, pp. 1945-1970; y M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “Los derechos de la defensa y el orden público en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 28 de marzo de 2000”, *La Ley*, N<sup>o</sup> 5, 2000, pp. 1743-1746.

<sup>42</sup> STJCE de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Marco Gambazzi contra DaimlerChrysler Canada Inc. y CIBC Mellon Trust Company*. Cfr. comentario de A. DURÁN AYAGO, “*El concepto de orden público internacional y el derecho a un juicio justo. Nota a la STJCE de 2 de abril de 2009*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, Vol. 2, n<sup>o</sup> 2, pp. 250-256.

23 de marzo de 1995 (*Loizidou*), en que calificó al CEDH como “*el instrumento constitucional del orden público europeo*”<sup>43</sup>.

En materia de insolvencia, el TJCE ha tenido la oportunidad de *trasponer* su jurisprudencia anterior (*Krombach*) sobre el concepto de orden público comunitario a los procedimientos de insolvencia en su Sentencia de 2 de mayo de 2006 (*Eurofood*)<sup>44</sup>, en cuyo párrafo 64 señala que “*esta jurisprudencia puede aplicarse a la interpretación del artículo 26 del Reglamento*”.

En *Eurofood*, el TJCE señaló que el derecho de acceder a los documentos procesales y el derecho de audiencia tienen un lugar preeminente en el desarrollo de un juicio justo, por lo que su vulneración podría suponer el rechazo al reconocimiento de la apertura de un procedimiento de insolvencia al resultar contrario al orden público *procesal*.

Pero nuestro análisis no puede detenerse ahí: el TJCE va más allá, al reconocer que el derecho a un proceso justo como un principio general de Derecho comunitario, el cual podemos entender que forma parte del contenido del *orden público comunitario*. Efectivamente, el TJUE señala en el párrafo 65 de la Sentencia que

“65. Por lo que se refiere al ámbito del procedimiento, procede recordar que el Tribunal de Justicia ha reconocido expresamente el principio general del Derecho comunitario según el cual toda persona tiene derecho a un juicio justo (sentencias de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartados 20 y 21; de 11 de enero de 2000, *Países Bajos y Van der Wal/Comisión*, C-174/98

---

<sup>43</sup> Sobre la noción de orden público europeo y la interacción entre el Derecho comunitario y el Derecho europeo de los derechos humanos, cfr. C. PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, CERIC, Paris, 2001. También J. GARCÍA ROCA, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 183- 224.

<sup>44</sup> STJCE de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*. Sobre esta cuestión, cfr. Christophe SERAGLINI, “L'ordre public et la faillite internationale: une première application dans le cadre de l'affaire Eurofood”, en *Faillite internationale et conflit de juridiction*, Bruylant, 2007, pp. 171-196.

*P y 189/98 P, Rec. p. I-1, apartado 17, y Krombach, antes citada, apartado 26). Este principio se inspira en los derechos fundamentales que forman parte de los principios generales del Derecho, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como en las indicaciones proporcionadas, entre otros, por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.”*

En consecuencia, resulta lógico que en el fallo 4º de la Sentencia *Eurofood* el TJCE afirme que

“El artículo 26 del Reglamento nº 1346/2000 debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro puede negarse a reconocer un procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado miembro cuando la resolución de apertura se haya adoptado vulnerando de manera manifiesta el derecho fundamental a ser oído del que es titular la persona afectada por dicho procedimiento.”

Compartiendo la opinión de parte de la doctrina<sup>45</sup>, en la Sentencia *Eurofood* el TJCE se refiere sin duda a su concepto de *orden público comunitario*, recordando al juez nacional que “*no puede limitarse a trasladar su propia concepción de la oralidad de los debates y del carácter fundamental que ésta reviste en su ordenamiento jurídico, sino que debe apreciar, a la luz de todas las circunstancias, si el «provisional liquidator» nombrado por la High Court ha dispuesto o no de una posibilidad suficiente de ser oído.*”<sup>46</sup> Esto es, el órgano judicial de cada Estado miembro debe vigilar que al aplicar los principios de su *orden público nacional* ello no suponga una vulneración de un derecho fundamental que forme parte del contenido de los principios generales del

---

<sup>45</sup> Entre otros, Christophe SERAGLINI, op. cit., pp. 192-196.

<sup>46</sup> STJCE de 2 de mayo de 2006, asunto C-341/04, *Eurofood*, párrafo 68.

Derecho comunitario, o dicho de otra forma, que su interpretación no resulta contraria al *orden público comunitario*.

#### IV. Reflexión final.

La Sentencia *Eurofood* es la única que hasta el momento se ha pronunciado sobre la interpretación del contenido del orden público del artículo 26 RI, pero ha contribuido a la construcción del *orden público comunitario* en la línea que iniciaron las Sentencias *Krombach* y *Renault*. Se trata sin duda de una aportación trascendente que el juez nacional debe tener en cuenta a la hora de denegar el reconocimiento de una resolución dictada en un procedimiento de insolvencia de otro Estado miembro con base en su *orden público nacional*, que en todo caso no puede ir contra los principios generales del Derecho de la Unión Europea que forman parte del contenido del *orden público comunitario*.

### La problemática protección jurídica del *interés cultural global* en el marco del Derecho Internacional del Comercio.

Beatriz Barreiro Carril  
Profesora de Derecho Internacional Público y RRII  
Universidad Rey Juan Carlos

#### 1. Introducción

La firma de la Convención para la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales (Convención de Diversidad Cultural o CDC), en vigor desde 2007, abrió nuevas perspectivas para la protección del *interés cultural global* en el Derecho Internacional Público. El objetivo principal de la Convención es poner énfasis en la soberanía cultural de los Estados, en cuyo ejercicio deberían orientar sus políticas al logro del respeto de la *diversidad cultural global*.

La razón de ser de esta Convención está en el temor que en 2001 se suscitó en la Ronda de Doha en torno a la posible desaparición del régimen de la “excepción cultural” en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Este régimen de la “excepción cultural” es un compromiso al que se llegó en la Ronda de Uruguay (1993) entre los Estados que deseaban excluir al sector cultural audiovisual de la aplicación del derecho de la OMC (por ejemplo Canadá), bajo la razón de que no eran productos “como los otros” sino vectores de identidad, y aquéllos (Estados Unidos principalmente) que encontraban adecuada la aplicación de las normas de la OMC a tales productos. En medio de ambas posiciones se llegó a la solución de compromiso, la “excepción cultural” que se servía de la utilización de las posibilidades ofrecidas por los mecanismos de adquisición de compromisos en el seno de la OMC para permitir a aquéllos Estados que quisiesen dar un trato diferente a los productos culturales audiovisuales poder hacerlo. Así, podían optar por no listar tales productos en sus listas de compromisos en relación con las obligaciones de “acceso a mercados” y “trato nacional” (lo que les permitía por ejemplo mantener las famosas *cuotas* para la distribución de productos culturales propios) y/o realizar una

exención al principio de “trato de la nación más favorecida”, (lo que les permitía por ejemplo financiar productos audiovisuales de un origen determinado).<sup>1</sup>

Peligrando dicho régimen al inicio de las negociaciones de Doha, los Estados más favorables a un tratamiento especial a los productos culturales, que respetase su valor específicamente identitario más allá del comercial (principalmente Francia y Canadá) iniciaron una campaña internacional que terminó con la adopción en la UNESCO de la CDC en 2005, como un instrumento que serviría para contrapesar la tendencia específicamente económica seguida en la OMC.

## 2. Comercio Internacional y Diversidad Cultural

Sin embargo, esta solución presenta un problema fundamental en relación con la protección del *interés cultural global*, relacionado con la escasa obligatoriedad de sus disposiciones y con el hecho de que en caso de colisión entre el régimen jurídico de la OMC y el de la CDC las posibilidades de ésta última de aplicarse son escasas.

Así, si un Estado A que ya ha liberalizado su sector audiovisual invoca el artículo 6.2. a) que permite el establecimiento de “medidas reglamentarias encaminadas a la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales” para establecer barreras a la entrada no permitidas por sus compromisos en la OMC a productos audiovisuales extranjeros, para la promoción de los propios, en aras de la diversidad, estaríamos ante un conflicto en la aplicación de ambos regímenes.

La cuestión de conflictos de este tipo es tratada en el artículo 20 de la Convención, el más difícil de negociar, pero de una forma que resulta bastante contradictoria y que hace difícil la prevalencia de la CDC en casos de conflicto. Sea como sea, la solución del caso expuesto en el párrafo anterior parece claro, teniendo en cuenta el apartado 2 del artículo 20. El artículo 20 bajo el título “relaciones con otros instrumentos: potenciación mutua, complementariedad y no subordinación” establece que:

<sup>1</sup> Vid. Beatriz Barreiro Carril *La diversidad cultural en el Derecho Internacional: La Convención de la UNESCO*, (Iustel, 2011). pp. 55-69.

1. Las Partes reconocen que deben cumplir de buena fe con las obligaciones que les incumben en virtud de la presente Convención y de los demás tratados en los que son Parte. En consecuencia, sin subordinar esta Convención a los demás tratados:

a) fomentarán la potenciación mutua entre la presente Convención y los demás tratados en los que son Parte;

b) cuando interpreten y apliquen los demás tratados en los que son Parte o contraigan otras obligaciones internacionales, tendrán en cuenta las disposiciones pertinentes de la presente Convención.

Ninguna disposición de la presente Convención podrá interpretarse como una modificación de los derechos y obligaciones de las Partes que emanen de otros tratados internacionales en los que sean parte.

En primer lugar, es muy difícil que en un caso ante los órganos de solución de diferencias de la OMC éstos apliquen el artículo 20 de la Convención para establecer el Derecho aplicable, teniendo en cuenta que la OMC constituye un sistema jurídico auto-contenido.<sup>2</sup> En todo caso sí hay una tendencia a que tales órganos utilicen normas externas a la OMC para la interpretación de sus propias normas, por lo que en casos abiertos a la interpretación, podría utilizarse la CDC.

Una forma estratégica para aplicar la diversidad cultural, podría ser determinar que el artículo 20 no es claro e ir directamente a las normas generales de Derecho Internacional Público en relación con tratados sucesivos sobre la misma materia<sup>3</sup>. Entonces, siguiendo el artículo 30.3 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 podría

<sup>2</sup> Basándome en P. Zapatero Miguel, *Derecho del Comercio Global* (Madrid: Civitas, 2003), 358. Ivan Bernier expresa una idea similar. Vid. I. Bernier, ‘The Relationship between the UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions and Other International Instruments: the Emergence of a New Balance in the Interface between Commerce and Culture’, *Cultural Diversity/Diversité culturelle* (2009).

<sup>3</sup> J. Pauwelyn, ‘The UNESCO Convention on Cultural Diversity and the WTO: Diversity in International Law-Making?’ *ASIL Insights* (2005), Disponible en <http://www.asil.org/insights/2005/11/insights051115.html>

aplicarse la CDC, si bien, teniendo en cuenta el carácter del derecho de la OMC antes indicado, esta solución no es muy realista.

La obligación de la toma en cuenta del artículo 20.1.b) es importante, pues impone una obligación de carácter procedimental que puede llegar a invalidar un proceso de toma de decisión.<sup>4</sup>

### **3. Comercio Internacional, Diversidad Cultural y Derechos Culturales.**

La CDC facilita en el ejercicio de los derechos culturales en su forma más “contemporánea” para emplear una expresión de la propia UNESCO<sup>5</sup>, aquella que se materializa en la producción y consumo de productos culturales que se comercializan en el comercio internacional. Un vínculo claro existe por tanto entre la diversidad cultural y de los derechos culturales.

Dicho vínculo ha sido establecido de manera clara por la Observación General n° 21 del Comité DESC consagrada al derecho a participar en la vida cultural,<sup>6</sup> y que por fin ha logrado ver la luz en noviembre de 2009. La Observación<sup>7</sup>, reproduce casi en su literalidad ciertas consideraciones establecidas en la Convención de diversidad cultural<sup>8</sup>, para finalmente acabar señalando que “en particular, teniendo en

---

<sup>4</sup> Bernier, “The UNESCO Convention on the protection and promotion of the diversity of cultural expressions: a cultural instrument at the junction of law and politics”, *Cultural Diversity/Diversité culturelle* (2008), 23.

<sup>5</sup> Vid. el comunicado de prensa de la UNESCO, n° 43 de 14-06-2007, a través del cual anuncia la Primera Reunión en de la Conferencia de las Partes de la Convención.

<sup>6</sup> En la parte II titulada contenido normativo del artículo 15. 1 a)”, y dentro de ésta en la letra f (Diversidad cultural y el derecho a participar en la vida cultural).

<sup>7</sup> Recordemos que las Observaciones Generales constituyen interpretaciones autorizadas de los derechos enunciados en el Pacto y las obligaciones de los Estados Parte.

<sup>8</sup> La Observación se refiere a que los bienes y servicios culturales no deben ser tratados como simples mercancías por el valor cultural que contienen, señalando los lugares en que la Declaración y la Convención (18° considerando del Preámbulo de la Convención, artículo 8 de la Declaración) establecen esta consideración.

cuenta el artículo 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>9</sup>, los Estados Parte deben adoptar medidas para proteger y promover la diversidad de expresiones culturales<sup>10</sup> y facilitar a todas las culturas la posibilidad de expresarse y de darse a conocer.” Parece así que el Comité considera que para cumplir plenamente con las obligaciones del Pacto en relación con la garantía del derecho a participar en le vida cultural, los Estados deberían también dar cumplimiento a la Convención de la UNESCO.

La Observación funciona, por tanto, como un canal para entender la Convención en términos de derechos humanos, con lo que la diversidad cultural objeto de la Convención sale fortalecida, tanto desde el punto de vista ético, afianzándose como un elemento de la dignidad humana, cuya preservación es el fin último de cualquier tratado de derechos humanos; como desde el punto de vista jurídico, ya que, de alguna manera, su protección podría beneficiarse ahora, no sólo de los mecanismos de la Convención, sino de los propios del PIDESC. Ello resulta de gran interés además, sobre todo teniendo en cuenta la entrada en vigor el pasado mes de mayo del Protocolo Facultativo del PIDESC que permite al Comité recibir y examinar comunicaciones individuales en relación con violaciones del Pacto por parte de los Estados que hayan firmado el Protocolo.

La dimensión de las consecuencias de esta referencia de la Observación General a la Convención es enorme. De entrada, uno de los foros “estrella” donde la Convención puede invocarse es la Organización Mundial del Comercio.<sup>11</sup> Recordemos que el espíritu con el que nació la

---

<sup>9</sup> que señala que “entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.”

<sup>10</sup> Y aquí introduce a pie de página una referencia al artículo 5 de la Convención. Este artículo contiene una “Norma general relativa a los derechos y obligaciones” En esencia, dicha norma se ocupa de asegurar que las relaciones entre las Partes se realicen respetando la soberanía de los Estados en relación con la aplicación de sus políticas culturales, así como las obligaciones de la Convención que imponen el respeto de la diversidad cultural.

<sup>11</sup> De hecho ya ha sido invocada por China aunque sin éxito. Vid. “China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas



Convención es, en términos generales, dotar a los Estados de un fundamento jurídico para apartarse de las dinámicas normativas propias de la OMC cuando estas van en contra de la diversidad cultural.<sup>12</sup> Si ya en virtud de la Convención los Estados “se comprometían a promover los objetivos y principios de la presente Convención en otros foros internacionales” (artículo 21) ahora, con la Observación General dicha actitud debiera llevarse a cabo, también, de alguna manera, en virtud del propio PIDESC. ¿Podría considerarse que un Estado está violando el PIDESC si su postura en la OMC va en contra de la defensa de la diversidad cultural? La invocación de la nueva Observación General del Comité DESC en los órganos de la OMC parece dibujarse en un horizonte no muy lejano. Desde luego, las obligaciones de derechos humanos vinculan a los Estados también cuando estos diseñan y aplican sus políticas comerciales internacionales. Ahora más que nunca, los Estados deberían esforzarse por que estas políticas sean más acordes con los objetivos de las políticas culturales.

#### 4. Observaciones Finales

Se suponía que con la entrada en vigor de este instrumento, los Estados utilizarían la apoyatura jurídica brindada por la Convención para regular el comercio internacional de productos culturales desde una perspectiva eminentemente cultural. Por ejemplo, en virtud del artículo 21 de la Convención y del PIDESC deberían tener cuenta el *interés cultural* cuando negocien instrumentos internacionales que afecten tales productos. Sin embargo, llama la atención que en las actuales negociaciones de un acuerdo de libre comercio entre la Unión Europea y Estados Unidos, Francia se haya quedado sola en su lucha por exceptuar los productos culturales del acuerdo. Es cierto que parece que será posible que los Estados europeos pudiesen subvencionar sus propios productos culturales, pero las medidas conocidas como “cuotas” no están previstas en el

---

publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento” Informe del grupo especial de la OMC de 12 de agosto de 2009.

<sup>12</sup> La Convención da una vestidura nueva y más acorde con las necesidades actuales a la célebre “excepción cultural”

acuerdo. Parece por tanto que la Unión Europea, que tanto apoyó la Convención, no estaría cumpliendo el artículo 21 de la misma, pues a veces las cuotas –no siempre- pueden ser necesarias para el mantenimiento de una cultura concreta, que forma parte de la diversidad cultural global a la que contribuye.

Sin duda, la diversidad cultural, al igual que otros bienes jurídicos globales <sup>13</sup> plantea varios desafíos al Derecho Internacional, uno de los cuales es la coherencia del propio sistema jurídico internacional y la necesidad de establecer canales para la comunicación entre las normas emanadas de distintos foros y los órganos que las aplican.

---

<sup>13</sup> Vid. En este sentido P.T. Stoll, *Global Public Goods. Some considerations on actors, structures and institutions*. Global Legal Goods Working Paper N° 3/2011.

## La comercialización internacional de la seguridad: las empresas de seguridad privada y la difuminada línea entre el interés público y el privado

Annina Cristina Bürgin  
Investigadora doctora contratada  
Universidad de A Coruña

### I. Introducción

Desde hace 20 años, podemos observar el fenómeno de las empresas militares y de seguridad privada (EMSP) en la política internacional, al tiempo que las intervenciones militares en Afganistán y en Irak generaron un auge de esa industria a mediados de la primera década de este siglo. Un tema que aún provoca mucha controversia es la cuestión relacionada con la externalización de funciones de seguridad anteriormente desarrolladas por actores públicos en un ámbito internacional. Se observa que muchos Estados todavía están en busca de la “línea roja”, es decir, aún no han determinado cuáles son las tareas militares que pueden ser externalizadas de una manera u otra y cuáles son funciones exclusivas y esencialmente públicas. Relacionado con ello, existe un debate sobre la regulación de esa industria proponiendo un abanico de medidas. Aunque algunos países han elaborado leyes al respecto<sup>1</sup>, la mayoría de los Estados no las tiene por lo que la autorregulación siempre ha sido presentada como alternativa.

En este trabajo abordaremos, en primer lugar, la cuestión de si la comercialización ha dado lugar a que la seguridad internacional ya no puede ser considerada como bien público. El tercer capítulo abarca las funciones inherentemente gubernamentales examinando el caso de los Estados Unidos (EE.UU.). El control y la supervisión de las EMSP es el tema en el cuarto apartado donde se analizan las ventajas e inconvenientes de la autorregulación por la propia industria. Además, se examinan los principios y mecanismos del primer *Código de Conducta internacional*

<sup>1</sup> Una visión de conjunto de las regulaciones nacionales ofrece el *Private Security Monitor* de la Universidad de Denver: <http://psm.du.edu/> (acceso 2.9.2013)

para proveedores de servicios de seguridad privada del año 2011. La comunicación cierra con unas conclusiones.

### II. La comercialización de la seguridad: ¿de un bien público a un bien privado?

Tradicionalmente, la paz y la seguridad nacional están consideradas como *bienes públicos* como cumplen, teóricamente, las dos características más importantes de bienes públicos, es decir, la *no rivalidad en el consumo* y la *no exclusión* porque de un entorno pacífico pueden disfrutar todas las personas de un país y que una zona o un grupo se benefician de esa situación no limita a otros de hacerlo igual. A *nivel nacional*, dado el caso de que se trate de una nación donde hay un Estado de derecho y buena gobernanza, la defensa nacional es un bien público porque nadie de la población puede ser excluido de la protección en el caso de un ataque de una fuerza extranjera y no hay rivalidad en el consumo.<sup>2</sup> Los servicios prestados por la policía también pueden ser considerados como bienes públicos porque su obligación es garantizar la seguridad de los ciudadanos y mantener la ley y el orden. Sin embargo, existen críticos que destacan que la policía no trata a todos los residentes por igual; por ejemplo Murray Rothbard, un representante del libertarismo, ve en el Estado el principal agresor y subraya que la policía en los EE.UU. no protege a los habitantes de un gueto igual que a ciudadanos de otros barrios aunque todos pagan impuestos para que el Estado preste el servicio de policía.<sup>3</sup> A *nivel internacional*, se considera la paz y la seguridad internacional como un bien público *mundial* (global public good) dado que el beneficio no se limita a un país o una población. Según el Programa de las Naciones

<sup>2</sup> EHLERS, J. Ph., *Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?*,

Frankfurt am Main: Peter Lang Verlag, 2002, p. 85; MENDEZ, R., „Peace as a Global Public Good“, en: KAUL, I., GRUNBERG, I., STERN, MARC A. (ed.), *Global Public Goods. International Cooperation in the 21<sup>st</sup> Century*, UNDP, New York: Oxford University Press, 1999, pp. 382-416

<sup>3</sup> ROTHBARD, M. N., *For a New Liberty. The Libertarian Manifesto*, New York: Collier Books, 2002, pp. 219-220

Unidas para el Desarrollo (PNUD) los bienes públicos mundiales son bienes públicos cuyos beneficios son prácticamente universales en cuanto a países, pueblos e incluso generaciones.<sup>4</sup> Pues, el bien público mundial debe beneficiar a numerosos países y pueblos, al mayor número posible de las capas sociales e incluso a generaciones venideras.<sup>5</sup> Las medidas de la comunidad internacional para mantener la paz internacional o para prevenir y resolver conflictos (armados) son varias; sin embargo, queremos destacar las operaciones de mantenimiento de paz (OMP) establecidas por los capítulos IV y VII de la Carta de las Naciones Unidas (ONU), cuyo objetivo principal es el mantenimiento o el restablecimiento de la paz y seguridad internacionales. Aunque las OMP tienen mandatos muy concretos en cuanto a tareas, lugares y están limitadas temporalmente, y así benefician a grupos determinados, pueden ser consideradas como bienes públicos mundiales ya que la resolución de conflictos en un mundo *globalizado* favorece a numerosos países y personas en todo el mundo.<sup>6</sup>

Ahora bien, ¿cómo se puede evaluar la presencia y la prestación de servicios por EMSP en el ámbito internacional? ¿La seguridad internacional ya no es un bien público solo porque participan actores privados? En nuestra opinión, es oportuno diferenciar y destacar el *cliente*, la forma de *externalización* y la *tarea* realizada por las EMSP: si es una *autoridad pública* que *contrata* a una empresa de seguridad para prestar un servicio determinado, el beneficio teóricamente no cambia si los objetivos y las tareas del orden son los mismos. Imaginamos la siguiente situación: si las fuerzas armadas contratan a una EMSP para el mantenimiento de un sistema de armas, que contribuye a su vez a la defensa nacional, se mantiene la no rivalidad en el consumo y la no exclusión, es decir, el beneficio de la prestación del servicio no cambia, sino solo el proveedor.

---

<sup>4</sup> Véase la publicación de la PNUD: KAUL, I., GRUNBERG, I., STERN, MARC A. (ed.), *Global Public Goods. International Cooperation in the 21<sup>st</sup> Century*, UNDP, New York: Oxford University Press, 1999

<sup>5</sup> KAUL, I et al., *op. cit.*, p. 11

<sup>6</sup> HAMBURG, D.A. / HOLL, J. E., Preventing Deadly Conflict. From Global Housekeeping to Neighbourhood Watch, en: KAUL, I., GRUNBERG, I., STERN, MARC A. (ed.), *Global Public Goods. International Cooperation in the 21<sup>st</sup> Century*, UNDP, New York: Oxford University Press, 1999, p. 367

Además, si se trata de una externalización, y no de una privatización en un sentido estricto, las fuerzas armadas mantienen su responsabilidad de garantizar la defensa nacional, es decir, mantienen su compromiso aunque su rol ha ya cambiado de ser el productor a un mandante.<sup>7</sup> En el ámbito internacional, si EMSP están contratadas para prestar un servicio en una OMP, por ejemplo llevar a cabo el transporte de tropas, el servicio tampoco es un bien privado si no se puede entenderlo como una aportación a un bien público mundial, es decir, podemos entender que las empresas apoyan a fuerzas oficiales en restablecer la paz internacional. Sin embargo, servicios de EMSP también pueden ser bienes privados, por supuesto, cuando se *privatiza* en el sentido estricto el servicio o si el cliente es una entidad privada como ocurre cuando una EMSP protege las instalaciones y edificios de una compañía en el extranjero. Esas situaciones se producen o bien porque las autoridades decidieron *privatizar* o recortar ciertos servicios de seguridad o bien por incapacidad mantenerlos, sea cuál sea la razón.

El debate sobre si un bien es público o privado es extenso y existen muy pocos bienes públicos puros. Con respecto a EMSP, lo que nos preocupa es más bien la cuestión de identificar las *tareas militares* que no deben ser externalizadas y cómo se puede garantizar que el servicio prestado por una EMSP cumple las normas y así la seguridad mantiene su carácter público. El último punto es especialmente importante en relación con empresas de seguridad privada que trabajan en el ámbito internacional porque son a menudo acusadas de violar derechos humanos, sobre todo si trabajan en lugares de conflicto.

---

<sup>7</sup> También se habla de “*from providing to enabling*” (SCHUPPERT, G. F., „Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung“, en: GUSY, Ch. (ed.): *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p. 81)

### III. ¿Existen funciones inherentemente gubernamentales? El caso de EE.UU.

Son varias las disciplinas y analistas que consideran la seguridad como una función inherentemente gubernamental (IGFs en sus siglas en inglés).<sup>8</sup> Representantes de la ciencia política a su vez acentúan que las IGFs no pueden ser fijadas precisa y definitivamente, sino que se definen en el proceso político. La determinación de tareas esencialmente públicas depende de los actores y sus intereses, de ideologías predominantes y también del sistema institucional que condiciona el proceso político. Eso es la razón, según ellos, por qué la externalización de la seguridad está realizada tan diferentemente en cada país.<sup>9</sup>

Como es bien sabido, son los EE.UU. que ha recurrido extraordinariamente a las EMSP que apoyan a las fuerzas armadas estadounidenses en sus intervenciones militares internacionales. A fecha de marzo 2013, aún había 65.700 militares oficiales desplegados en Afganistán y casi 18.000 contratistas de seguridad privada. Según fuentes oficiales y analistas, las fuerzas armadas prácticamente ya no son capaces de llevar a cabo muchas operaciones sin el refuerzo de EMSP.<sup>10</sup> El Congreso estadounidense enumera en un informe de 2013 tareas que pueden ser realizadas por empresas tales como funciones *armadas* incluyen servicios de seguridad estacionaria, seguridad a convoyes, escolta de seguridad y escolta de seguridad personalizada (personas de alto rango). Las empresas pueden ser contratadas para prestar servicios *sin armas* para administrar y gestionar centros de operaciones, realizar análisis de

---

<sup>8</sup> BÜRGIN, A. C., *Privatisierung von Sicherheit und Frieden?*, Bern: Peter Lang Verlag, pp. 146-151

<sup>9</sup> GRANDE, E., „Privatisierung und Regulierung aus politikwissenschaftlicher Sicht, en: GUSY, Ch. (ed.), *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 37-56; KISSLER, L., „Privatisierung von Staatsaufgaben : Kriterien und Grenzen aus sozialwissenschaftlicher Sicht“, en: GUSY, Ch. (ed.), *Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 57-71

<sup>10</sup> CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *Department of Defense's Use of Contractors to Support Military Operations: Background, Analysis, and Issues for Congress*, Washington: CSR Report for Congress, May 17, 2013, p. 2

inteligencia, negociar en caso de secuestro y realizar programas de capacitación a fuerzas de seguridad nacionales o extranjeras.<sup>11</sup> La externalización de tareas de las fuerzas armadas no es nada nuevo en los EE.UU., sin embargo el auge de EMSP contratadas que prestan servicios de seguridad en las intervenciones militares internacionales en Afganistán e Iraq en la primera década del siglo XXI dio lugar a un mayor esfuerzo de definir las tareas que pueden ser externalizadas y cuáles no. Por la larga tradición de cooperar con el sector privado, existen varias normas jurídicas que tratan el tema de las funciones inherentemente gubernamentales: la *Reglamentación Federal de Adquisiciones* (FAR) del 1996, la *Ley de Reforma del Inventario de Actividades Federales* (FAIR) de 1998 y el FAR del Ministerio de Asuntos Exteriores del 2008. Los tres documentos definen los IGFs de forma similar, pues, son funciones que están *íntimamente relacionadas con el interés público* y que deben ser llevadas a cabo por personal oficial. Sin embargo, los documentos ponen énfasis en distintos temas. El FAR del 1996, por ejemplo, expone claramente que el mando de cuerpos de las fuerzas armadas, y especialmente el mando de personal militar que son miembros de una unidad de combate, no puede ser externalizado.<sup>12</sup> En el mismo documento también se definen tareas que no son IGFs como por ejemplo servicios de seguridad que no incluye la investigación criminal.<sup>13</sup> En el FAIR del 1998 se añade que funciones que “afectan la vida, la libertad o la propiedad de una persona privada” no pueden ser externalizadas.<sup>14</sup> Y, por último, cabe mencionar el FAR del Ministerio de Asuntos Exteriores del 2008 donde se declara que las EMSP no deben utilizar la violencia letal salvo en el caso de defensa propia. Sin embargo, otro párrafo del mismo documento limita ese principio exponiendo que pueden recurrir a la violencia letal si es necesario para

---

<sup>11</sup> CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, *The Department of Defense's Use of Private Security Contractors in Afghanistan and Iraq: Background, Analysis, and Options for Congress*, Washington: CSR Report for Congress, May 13, 2013, p. 2

<sup>12</sup> *Federal Acquisition Regulations* 7.503: Subpart 7.5 – Inherently Governmental Functions.7.503 (c) (1-4)

<sup>13</sup> *Op. cit.* 7.503 (d) (19)

<sup>14</sup> *Federal Activities Inventory Reform Act of 1998*, Public Law 105-270-Oct. 19, 1998)

llevar a cabo su misión protegiendo bienes o personas siempre cuando se respeten las condiciones del contrato y de empleo.<sup>15</sup>

A parte de las normas jurídicas mencionadas, la Oficina de Gerencia y Presupuesto publicó unas reglas (*policy letter*) que deberían servir como guías para los funcionarios que pretenden contratar a EMSP. En primer lugar, la *Circular A-76* en su versión actual del 2003 enumera funciones que los responsables no deben externalizar: “gestión de programas del gobierno que requieren la elaboración de juicios de valor, como la dirección de la defensa nacional; gestión y dirección de servicios armados; las actividades realizadas exclusivamente por personal militar desplegado en tareas de combate o de apoyo al combate, y la dirección de operaciones de inteligencia y contrainteligencia.”<sup>16</sup> En segundo lugar, se publicó otro documento, el *Policy Letter 11-01* donde se exponen en una extensa lista funciones que son claramente FIGs y tareas que son más o menos relacionadas con el interés público, lo que deja a las administraciones más margen para decidir. Repite que el mando de las fuerzas armadas y militares está prohibido para EMSP y destaca explícitamente el rol de las empresas con respecto al combate: participar en combate, prestar servicios de apoyo directo al combate o en situaciones que entrañan el riesgo de convertirse en situaciones de combate está prohibido para EMSP.<sup>17</sup> La acentuación en el combate es nueva, aunque cabe destacar que este documento solo es una regla para los responsables y no una norma jurídica.

Esa breve descripción demuestra que existen documentos que abordan específicamente el tema de las FIGs definiendo cuales pueden ser

---

<sup>15</sup> „(...) [c]ontractor personnel performing security functions are also authorized to use deadly force when use of such force reasonably appears necessary to execute their security mission to protect assets/persons, consistent with the terms and conditions contained in the contract or with their job description and terms of employment.” (FAR 2008: 52.225-19 502 (b) (3) (ii))

<sup>16</sup> POZO SERRANO, P., “Externalización de funciones de inteligencia: oportunidades y riesgos a la luz de la experiencia estadounidense”, en: *Inteligencia y seguridad: Revista de análisis y prospectiva*, No 6, 2009, p. 209

<sup>17</sup> *Policy Letter 11-01*, Federal Register, Vol. 76, No. 176, Monday, September 12, 2011, p. 56240

tareas realizadas por EMSP. Sin embargo, el análisis somero releva que no queda absolutamente claro lo que pueden hacer EMSP, es decir, las normas y reglas son ambiguas. Como hemos mencionado, se prohíbe la violencia letal, pero en el caso de autodefensa o para proteger bienes y personas, si lo exigiera el contrato, está permitido. Estos principios dejan margen para la interpretación de la situación en el caso de que se produjera incidentes con víctimas.

#### **IV. ¿Es la autorregulación la solución para superar el vacío legal en el ámbito internacional?**

Los Códigos de Conducta (CoC) establecidos por empresas transnacionales (ETN) empezaron a aflorar a finales de los años 80 y vivieron un auge en la década de 1990.<sup>18</sup> Esa forma de autorregulación fue provocada, principalmente, por las pronunciadas críticas de numerosas organizaciones no gubernamentales (ONG) que las ETN no respetaban estándares medioambientales, los derechos laborales de los empleados locales y que violaban otros derechos humanos, sobre todo en países en vías de desarrollo. Una de las respuestas de las ETN fue establecer CoC para, por un lado, responder a las expectativas de los consumidores en países desarrollados que se fijaban cada vez más en las condiciones de producción. Por otro lado, en algunos casos, las ETN pretendían con la elaboración de un CoC evitar regulaciones más estrictas.<sup>19</sup> Después del primer auge, surgieron nuevas críticas culpando a las ETN de utilizar las directrices solo como una medida de relaciones públicas o como una máscara. Aunque se creó un importante instrumento con el Pacto Global de

---

<sup>18</sup> KELLER, H., *Corporate Codes of Conduct and their Implication: The Question of Legitimacy*, Paper Yale University, 2008, [http://www.yale.edu/macmillan/Heken\\_Keller\\_Paper.pdf](http://www.yale.edu/macmillan/Heken_Keller_Paper.pdf) (acceso 2.9.2013)

<sup>19</sup> KELLER, *op. cit.*, pp. 2, 5-7, 12-13; JENKINS, R., *Corporate Codes of Conduct. Self-Regulation in a Global Economy*, *Technology, Business and Society Programme Paper Number 2*. United Nations Research Institute for Social Development, 2001; UTTING, P., *Regulating Business via Multistakeholder Initiatives: A Preliminary Assessment*, *United Nations Research Institute for Social Development*, 2001

las Naciones Unidas<sup>20</sup> para que las empresas respetaran derechos humanos, estándares laborales, el medio ambiente y que lucharan contra la corrupción, muchas organizaciones civiles no se fiaban de las nuevas directrices empresariales. Esas críticas tuvieron como consecuencia la puesta en marcha de nuevas formas de autorregulación en las que deberían participar los grupos interesados más importantes. Un modo es establecer y dirigir una *iniciativa de múltiples partes* (multi-stakeholder initiative) en la que participan empresas, asociaciones empresariales, las autoridades públicas, sindicatos, ONG y otros. Desde finales de los años 90 empezó a surgir cada vez más ese tipo de iniciativas, una de ellas muy prominente es la *Iniciativa de Comercio Ético* (Ethical Trading Initiative ETI).<sup>21</sup>

Numerosas EMSP son empresas internacionales ofreciendo sus servicios en todo el mundo. El debate sobre ellas siempre ha entrañado el tema del control y, por lo tanto, las normas jurídicas a las que son sometidas las empresas de seguridad privada. Desarrollar las normas nacionales e internacionales que limitan las actividades de las empresas y que obligan tanto a los Estados como a los empleados a respetar normas internacionales en el ámbito de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario rebasa los límites de este trabajo.<sup>22</sup> Cabe constatar que deben respetar normas jurídicas adoptadas a nivel nacional, los derechos humanos y principios del derecho internacional humanitario. Sin embargo, sí es cierto que en la actualidad no existe ninguna norma

<sup>20</sup> Véase la información en la página web <http://www.un.org/es/globalcompact/> (accedido 4.9.2013)

<sup>21</sup> KELLER, *op. cit.* pp. 13-14

<sup>22</sup> COCKAYNE, J., *Beyond Market Forces. Regulating the Global Security Industry*, New York: International Peace Institute, 2009, pp. 39-41; JORAS, U. / SCHUSTER, A. (ed.), "Private Security Companies and Local Populations: An Exploratory Study of Afghanistan and Angola", *Working Paper 1 / 2008*, Bern: Swisspeace, 2008.

Para la responsabilidad de los Estados, véase el *Documento de Montreux sobre las obligaciones jurídicas internacionales pertinentes y las buenas prácticas de los Estados en lo que respecta a las operaciones de las empresas militares y de seguridad privada durante los conflictos armados* (2008, [http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0059.File.tmp/Montreux%20Document%20\(s\).pdf](http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0059.File.tmp/Montreux%20Document%20(s).pdf)) y el *Rapport du Conseil federal sur les entreprises de sécurité et les entreprises militaires privées* del Gobierno suizo (2005, <http://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2006/631.pdf>)

internacional vinculante que regula *explícitamente* las actividades de esas empresas con lo cual la autorregulación de la industria siempre ha sido un tema muy controvertido. No solo la industria ha apoyado la idea de la autorregulación sino también Estados, como el Reino Unido, que declaró en 2009 que respaldaba esa idea.<sup>23</sup> Los primeros CoC de EMSP fueron creados a comienzos de este siglo y las razones subyacentes no se distinguen de la evolución de directrices en otros sectores. Muchos de los CoC son amplios, abarcando diversos temas y son prácticamente una recopilación de buenas prácticas. Numerosas EMSP internacionales, como por ejemplo *CACI* o *Aegis*<sup>24</sup>, tienen sus propios CoC en vigor, pero también hacen referencia a las directrices elaboradas por la asociación empresarial estadounidense *International Stability Operations Association* (ISOA). Ésta fue pionera en el año 2001 en desarrollar un Código y lo ha actualizado constantemente por lo cual ya ha sido aprobado el decimotercero en el año 2011. El CoC abarca distintas cuestiones como por ejemplo la transparencia, la selección de los empleados, seguros, estándares éticos e incluso aborda el tema de como se debería trabajar con empresas asociadas o subcontratistas.<sup>25</sup>

### ***Cuestiones de Códigos de Conducta: control de cumplimiento/conformidad, responsabilidad y seguimiento***

Dado el hecho de que CoC constituyen una forma de *soft law*, el tema de controles y responsabilidades siempre ha estado presente: ¿quién es responsable de las decisiones tomadas o actividades realizadas? Y, ¿cómo se puede establecer un mecanismo de control y seguimiento que permite

<sup>23</sup> Véase la declaración de David Miliband en 2009: *Statement on 16<sup>th</sup> of December 2009 by the then Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs David Miliband on Private Military and Security Companies (Standards of Conduct)*: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200910/cmhansrd/cm091216/wmstext/91216m0003.htm>

<sup>24</sup> Véase la información en las páginas web de CACI: [http://www.caci.com/about/corp\\_gov/dir\\_ethics.shtml](http://www.caci.com/about/corp_gov/dir_ethics.shtml) y de AEGIS: <http://www.aegisworld.com/index.php/code-of-conduct-2> (accedido 2.9.2013)

<sup>25</sup> ISOA 2011: *Code of Conduct*, <http://www.stability-operations.org/?page=Code> (acceso 20.8.2013)

vigilar sobre el cumplimiento de las reglas? Un objetivo principal es evitar que los CoC solo sean utilizados como máscaras y se ha reivindicado cada vez más que se establezcan normas para que su incumplimiento tuviera consecuencias.<sup>26</sup> Se han elaborado unos criterios para que los CoC sean razonables, sustanciales y tengan algún valor. Es fundamental que incluyan estrategias claras en cuanto a la *implementación* y al *seguimiento*. Eso consiste en, por un lado, asegurar que se puede obtener información sobre la implementación de las reglas y, por otro lado, comprobar si la ejecución se realiza adecuada y correctamente. Muchos CoC no tienen un proceso de seguimiento, solo alrededor de ocho por ciento según un estudio, y en la mayoría de organizaciones en las que existe este procedimiento es de carácter interno.<sup>27</sup> Cabe destacar que un proceso interno no tiene por qué ser insuficiente; sin embargo, muchas veces los resultados no son publicados, lo que resulta en poca transparencia y, además, un proceso interno entraña el riesgo de que surjan conflictos de intereses dentro de la empresa si se revelan incumplimientos con las reglas establecidas.<sup>28</sup> Analizando los CoC de Aegis, CACI e ISOA, vemos que todos establecieron procesos de supervisión y mecanismos de seguimiento aunque los tres son procesos internos donde se informa a la junta directiva o a un comité de la empresa. En cuanto a sanciones, el CoC de la asociación ISOA es más explícito que los otros porque establece reglas sobre como se realiza una investigación y precisa que en caso de incumplimiento la empresa será expulsada de la asociación. Además, un CoC debería englobar un *mecanismo de sanciones* en caso de incumplimiento; existe un abanico de distintas formas de sanciones, empezando por una simple advertencia y acabando por poner fin a las actividades empresariales.<sup>29</sup> Estos tres requerimientos son fundamentales si

---

<sup>26</sup> PETERS, A / KOECHLIN, L., FÖRSTER, T., FENNER ZINKERNAGEL, G., *Non-State Actors as Standard Setters*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 213-349.

<sup>27</sup> KOLK, A / VAN TULDER, R. / WELTER, C, "International codes of conduct and corporate social responsibility: can transnational corporations regulate themselves?", en: *Transnacional Corporations*, vol. 8, no. 1, 1999, pp. 143-182.; JENKINS, *op. cit.*, pp. 25-26; KELLER, *op. cit.*, pp. 47-50

<sup>28</sup> KELLER, *op. cit.*, pp. 46-50

<sup>29</sup> KOLK et al., *op. cit.*, pp. 167-169

nos preguntamos si CoC puedan constituir una solución en el caso de no haber ninguna norma vinculante.

En suma, cabe destacar que el seguimiento debe ser realizado de una forma independiente y transparente, la importancia de mecanismos de control y que exista la posibilidad de imponer sanciones. En caso negativo, CoC no proporcionan ningún valor añadido y se corre el riesgo de que sí estarían siendo utilizados como máscaras.

### ***El Código de Conducta internacional para proveedores de servicios de seguridad privada ICOC***

En noviembre del 2010, 58 EMSP de 15 países firmaron el ICOC que establece, por primera vez, reglas específicas para regular empresas que ofrecen servicios de seguridad. Tanto el proceso como el propio código han despertado mucho interés por numerosos actores<sup>30</sup> lo que se refleja en el número de las empresas signatarias que aumentó, a fecha de agosto del 2013, a 698 procedentes de todos los continentes. Se considera el ICOC un paso importante para regular la industria de la seguridad privada a nivel internacional por las siguientes razones.

En primer lugar, el ICOC es una *iniciativa de múltiples partes* dado que ha incluido desde la primera reunión representantes de tres grupos cuyos posturas e intereses no son fáciles de conciliar y que en el pasado no han colaborado cómodamente: EMSP, gobiernos y ONG. No solo participaron en la elaboración del CoC, sino también todos los grupos de trabajo y comités directivos han estado compuestos por delegados de los tres grupos. Aunque el CoC se dirige exclusivamente a las EMSP como firmantes, fue necesaria la inclusión tanto de los gobiernos como ONG en el proceso porque, primero, son los Estados que pueden regular las empresas a nivel nacional y en un momento dado también serían ellos que adoptarían normas a nivel internacional. Además, los Estados tienen interés en que las empresas cumplan las reglas más rígidas dado que muchos de

---

<sup>30</sup> *Journal of International Peace Operations*, Volume 6, Number 4, January/February 2011, pp. 8-16



ellos son clientes de estas empresas y pueden ser responsables de las actividades empresariales como ha reiterado el *Documento Montreux*.<sup>31</sup> En segundo lugar, fue esencial que participaran ONG dado que son ellas las que habían formulado críticas sobre las actividades de EMSP. La función de vigilantes de las organizaciones no gubernamentales ya fue reconocida por la ONU en la Declaración y el Programa de Viena de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993.<sup>32</sup> Una de las cuestiones más problemáticas han sido las violaciones de derechos humanos por EMSP y la impunidad de estos crímenes, lo que fue criticado por numerosas ONG que trabajan en el terreno. Además, cabe recordar que varias ONG también contratan a EMSP para realizar sus tareas por lo cual están interesadas ellas mismas en establecer normas para que puedan contratarlas.<sup>33</sup>

En segundo lugar, el ICOC se dirige tanto a los empleados como a las empresas. Por un lado, expone principios en cuanto a la *conducta del personal*, como por ejemplo en cuanto al uso de la fuerza declarando que las empresas exigen a sus empleados que intenten evitarlo y si fuera necesario, a pesar de todo, no deben ir más allá de lo “estrictamente necesario” (art. 30). Además, las empresas firmantes se comprometen a que sus empleados no participen “en actos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (art. 35). Por otro lado, el ICOC abarca principios que deben cumplir las *empresas*, el más importante es, en nuestra opinión, la obligación de las empresas que establecen procesos

---

<sup>31</sup> El Documento Montreux (2008) recopila las obligaciones jurídicas internacionales que tienen los Estados cuando contratan a EMSP. Además ofrece una lista de buenas prácticas, [http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0059.File.tmp/Montreux%20Document%20\(s\).pdf](http://www.eda.admin.ch/etc/medialib/downloads/edazen/topics/intla/humlaw.Par.0059.File.tmp/Montreux%20Document%20(s).pdf)

<sup>32</sup> “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce la importante función que cumplen las organizaciones no gubernamentales en la promoción de todos los derechos humanos y en las actividades humanitarias a nivel nacional, regional e internacional. La Conferencia aprecia la contribución de esas organizaciones a la tarea de acrecentar el interés público en las cuestiones de derechos humanos, a las actividades de enseñanza, capacitación e investigación en ese campo y a la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.” (Párrafo 38).

<sup>33</sup> SCHNEIKER, A. / JOACHIM, J., „Warum so freundlich? Der Umgang von NGOs mit Privaten Sicherheits- und Militärfirmen”, en: DAASE, Ch / OFFERMANN, Ph. / RAUER, V. (ed.): *Sicherheitskultur. Analysen zur sozialen Praxis der Gefahrenabwehr*, Frankfurt am Main: Campus, 2012, pp. 277-298.

internos para cumplir con los requisitos del Código. Se da especial importancia al proceso de contratación del personal, exigiendo que las empresas evalúen y seleccionen los candidatos con máxima diligencia incluso verificar los antecedentes personales. Lo mismo es válido para el personal subcontratado. Cabe destacar el compromiso de notificar incidentes tanto al cliente como, si la ley lo exija, a las autoridades y el compromiso de las EMSP que establezcan un procedimiento de reclamación (arts. 66-68).

Por último, cabe mencionar que el ICOC prevé la creación de un mecanismo independiente de gobernanza y supervisión. Durante varios años, representantes de los tres grupos han elaborado el documento fundador para establecer la “Asociación del Código de Conducta Internacional”, una entidad jurídica independiente de derecho suizo que pretende promover, gobernar y supervisar la implementación del ICOC.<sup>34</sup> La Asociación establece un proceso de certificación cuyo documento les acredita a las EMSP que cumplen los principios y compromisos del Código y que se someten a la supervisión, la auditoría y verificación, “incluso en el terreno” (art. 11.1). En los artículos 12 y 13 se define amplia y detalladamente tanto el proceso de supervisión como el de reclamación. Una de las consecuencias en el caso de incumplimiento será la suspensión o terminación de la afiliación. La Asociación cuenta con una Asamblea General que es el órgano rector supremo en lo que se adopta las decisiones y que sirve para el diálogo entre las múltiples partes. Además, se crea una Junta Directiva que cuenta con doce directores, cuatro por cada grupo, y que dirige los asuntos de la Asociación. Los directores eligen a un Director Ejecutivo que ejecuta las decisiones tomadas por la Junta. Y, por último, la Asociación cuenta con una Secretaría que desempeña un papel importante en los procesos de supervisión y reclamación. La conferencia de lanzamiento de la Asociación tiene lugar el 19 y 20 de septiembre de 2013. Como ya se ha mencionado, los críticos de CoC destacan que directrices entrañan el riesgo de que puedan ser utilizadas como instrumento de relaciones públicas para apaciguar a los opositores y despejar sus dudas. La

---

<sup>34</sup> Se puede acceder al documento por [http://www.icoc-psp.org/uploads/ICoC\\_Articles\\_of\\_Association.pdf](http://www.icoc-psp.org/uploads/ICoC_Articles_of_Association.pdf)



trascendencia que tiene el ICOC es la creación de la Asociación que supervisará el cumplimiento del Código por parte de las EMSP. En un próximo futuro veremos cuáles de las 698 empresas signatarias también participan en la Asociación y así se comprometen efectivamente a cumplir las reglas del ICOC, las obligaciones nacionales e internacionales y a que sean supervisados. Obviamente, solo sabremos en el futuro si el mecanismo independiente de gobernanza y supervisión realmente funciona y así el CoC contribuye a la regulación de la industria de seguridad privada.

## V. Conclusiones

En este trabajo argumentamos que se ha producido una comercialización de la seguridad, también en cuanto a tareas militares. Sin embargo, queremos subrayar que una externalización no significa automáticamente que la seguridad se transforme en un bien privado, sino que depende del cliente, de la forma de externalización y de las tareas. En muchas ocasiones, la prestación de tareas militares no es una privatización en un sentido estricto donde las autoridades públicas se retiran completamente, sino que se establecen más bien alianzas público-privadas donde los organismos del Estado aún tienen responsabilidades en cuanto a la producción del bien público. La difícil cuestión es definir funciones inherentemente gubernamentales que no deben ser externalizadas. Como se ha presentado en este trabajo, los EE.UU. han elaborado normas jurídicas y reglas para especificar las tareas militares exclusivas y esenciales; sin embargo, las normas son ambiguas y dejan margen para la interpretación. Además, la contratación de EMSP por gobiernos representa grandes desafíos ya que surgen los típicos problemas de una relación entre un principal y un agente donde el mandante depende del mandatario, principalmente porque no dispone ni de conocimientos específicos ni de la información perfecta.<sup>35</sup> Relacionado con lo anterior está el control, el seguimiento y mecanismos de sanciones. Cabe destacar que tanto los Gobiernos como las EMSP y sus empleados deben respetar derechos

humanos y el derecho internacional humanitario; sin embargo, como las normas nacionales son tan distintas y como no existen normas internacionales específicamente aplicables a las empresas, la autorregulación ha sido presentada como alternativa ante las pocas normas jurídicas existentes. En nuestra opinión, la autorregulación solo puede ser un primer paso hacia una verdadera regulación jurídicamente vinculante y, como hemos visto, los CoC solo podrían ser efectivos si cumplieran determinados requisitos fundamentales, es decir, se debe establecer un seguimiento independiente y transparente, un mecanismo de control e introducir la posibilidad de sanciones en el caso de incumplimiento. El *Código de Conducta internacional para proveedores de servicios de seguridad privada* es, teóricamente, prometedor porque no solo establece reglas que deben cumplir los empleados y las empresas sino también crea un mecanismo independiente de gobernanza y supervisión. Solo el tiempo mostrará si el ICOC avanza la regulación (internacional) de la industria de seguridad privada.

---

<sup>35</sup> BÜRGIN, *op. cit.*, pp. 39-40

## **Desarrollo sostenible, preocupación común de la humanidad y bienes públicos globales. Reflexiones en torno a su incidencia en el Derecho internacional del medio ambiente**

Antonio Cardesa-Salzmann  
Investigador postdoctoral  
Universitat Rovira i Virgili

### **1. Introducción**

Esta comunicación analiza la incidencia del concepto de ‘desarrollo sostenible’ en la articulación jurídica de la cooperación internacional para abordar problemas ambientales globales. Más específicamente, se estudian los desarrollos normativos del Derecho internacional del medio ambiente que condujeron al surgimiento de la noción de ‘interés’ o ‘preocupación común de la humanidad’ en los AMUMA celebrados con ocasión de la CNUMAD en 1992. Se parte de la premisa que la calificación del clima mundial y de la conservación de la biodiversidad como ‘interés’ o ‘preocupación común de la humanidad’ implica su reconocimiento formal como bienes públicos globales. Así concebida, la ‘preocupación común de la humanidad’ equivaldría en el ordenamiento internacional a la noción interna del *intérêt général*, ofreciendo un fundamento jurídico para la acción conjunta de la comunidad internacional. De este modo, aunque el principio de la soberanía de los Estados sobre los recursos naturales siga siendo la piedra angular del Derecho internacional del medio ambiente, se sostiene que su virtualidad jurídica se vería modulada por ese ‘interés común’. Ello tendría potenciales efectos limitativos de los derechos soberanos de los Estados que superarían los del principio *sic utere tuo ut alienum non laedas*. La ‘preocupación común de la humanidad’ también se proyecta sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones convencionales de los Estados. Se sostiene que el deber de cooperación en espíritu de solidaridad mundial que emana de ese ‘interés común’ erosiona la reciprocidad de las obligaciones convencionales, a través del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas. Así, la noción de ‘preocupación común de la humanidad’ podría contribuir a ampliar considerablemente el ámbito de las obligaciones internacionales debidas

*erga omnes (partes)*. Se concluye, en definitiva, que la protección de intereses públicos globales (ambientales) quizás requiera lanzar una mirada nueva sobre el Derecho internacional público en clave de Derecho *público* internacional.

### **2. Origen de la noción de ‘preocupación común de la humanidad’**

En el transcurso de las dos décadas que separan las Cumbres de Estocolmo (1972) y de Río (1992) tiene lugar un desarrollo normativo del Derecho internacional que da lugar al nacimiento de la noción de ‘preocupación común de la humanidad’, que subyace al ‘deber de cooperación en espíritu de solidaridad mundial’ proclamado en el Principio 7 de la Declaración de Río.<sup>1</sup> La etimología de la noción que ahora se analiza se encuentra estrechamente vinculada al concepto de ‘patrimonio común de la humanidad,’ acogido tanto en la Parte XI de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional., como en el Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes.<sup>2</sup> No obstante, el carácter controvertido de este concepto es sobradamente conocido y explica en gran medida las reticencias de los Estados —en especial, los desarrollados— a la hora de ratificar los tratados a los que se ha hecho referencia.

Cierto es que la utilización racional y sostenible de los recursos naturales del planeta obedece a un interés abstracto de la humanidad en su conservación para generaciones futuras, que requiere, por consiguiente, de la cooperación entre los Estados. En cierto modo, pues, ese interés abstracto ha constituido el fundamento de todo proceso de cooperación internacional para la protección del medio ambiente y que —expresado de múltiples modos y de manera más o menos explícita— se encuentra

---

<sup>1</sup> J. Brunnée, *Common Areas, Common Heritage and Common Concern*, in *The Oxford Handbook of International Environmental Law* 550, 566 (D. Bodansky et al. ed., 2007).

<sup>2</sup> Resolución 34/68.-“Acuerdo que debe regir las actividades de los Estados en la Luna y otros cuerpos celestes”, de 14 de diciembre de 1979, Anexo. Véase el art. 11 (1).

recogido en numerosos precedentes a los AMUMAs celebrados con posterioridad a la Cumbre de Rio de 1992.<sup>3</sup>

No obstante, la formulación de la noción de ‘preocupación común de la humanidad’ tiene su origen más inmediato en la propuesta de inscripción del tema “*Declaración que proclame el clima como parte del patrimonio común de la humanidad*” en el programa de la Asamblea General para su examen en su cuadragésimo tercer período de sesiones, que fue planteada por el Representante Permanente de Malta ante las Naciones Unidas, Sr. Alexander Borg Olivier.<sup>4</sup> Aceptada esta solicitud,<sup>5</sup> las reticencias que suscitaba entre los países desarrollados el uso del término ‘patrimonio común de la humanidad’<sup>6</sup> motivaron que el proyecto de resolución finalmente presentado por el representante de Malta se limitase a reconocer lisa y llanamente que ‘... los cambios climáticos constituyen una preocupación común para toda la humanidad, dado que el clima es una condición esencial para el mantenimiento de la vida en la Tierra.’<sup>7</sup> Desprovista del controvertido significado jurídico del concepto de ‘patrimonio común de la humanidad’, la calificación de los cambios climáticos como ‘preocupación común’ de la humanidad fue recogida en la resolución 43/53 de la Asamblea General.<sup>8</sup>

La consagración del término ‘preocupación común de la humanidad’ vendría finalmente de la mano de los dos AMUMAs concluidos en la Cumbre de Rio: la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la Convención de las Naciones Unidas sobre la

Diversidad Biológica. Por lo que respecta a la Convención sobre el Cambio Climático, fieles al compromiso previamente alcanzado en la resolución 43/53, los Estados Parte reconocen en su preámbulo que ‘... los cambios del clima de la Tierra y sus efectos adversos son una preocupación común de toda la humanidad...’<sup>9</sup> La inclusión de esta formulación en el preámbulo de la Convención sobre la Diversidad Biológica también fue precedida de encendidos debates sobre la calificación de los recursos biológicos mundiales de patrimonio común de la humanidad. Esta propuesta, planteada tanto en la *Estrategia Mundial para la Conservación*<sup>10</sup>, como en el *Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo*,<sup>11</sup> se topó con una oposición particularmente tajante de los países en vías de desarrollo, que veían en entredicho su soberanía sobre estos recursos naturales.<sup>12</sup> Entre las distintas opciones barajadas<sup>13</sup>, el compromiso finalmente adoptado consistió en la formulación menos intrusiva de “*interés común de la humanidad*”.<sup>14</sup> Así, el preámbulo de la Convención proclama “... que la conservación de la diversidad biológica es interés común de toda la humanidad”, pero reafirma de renglón seguido “... que los Estados tienen derechos soberanos sobre sus propios recursos biológicos”, si bien “... son responsables de la conservación de su diversidad biológica y de la utilización sostenible de sus recursos”. Sin embargo, la calificación de la diversidad biológica como ‘interés común de la humanidad’ tuvo como contrapartida el sólido anclaje del principio de

<sup>3</sup> A. Kiss, *International Trade and the Common Concern of Humankind*, in *Environmental Justice and Market Mechanisms: Key Challenges for Environmental Law and Policy* 143, (K. Bosselmann & B. J. Richardson eds., 1999), pp. 146-9.

<sup>4</sup> Letter dated 9 September 1988 from the Permanent Representative of Malta to the United Nations addressed to the Secretary-General (A/43/241, de 12 de septiembre de 1988).

<sup>5</sup> Conservación del Clima como Parte del Patrimonio Común de la Humanidad. Informe de la Segunda Comisión. Relator: Sr. Martin Walter (Checoslovaquia) (A/43/905, de 30 de noviembre de 1988), párr. 1.

<sup>6</sup> D. Bodansky, *The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary*, 18 *Yale Journal of International Law* 451 (1993), p. 465

<sup>7</sup> A/C.2/43/L.17 y Rev.1, párr. 1 (énfasis propio).

<sup>8</sup> Resolución 43/53.-“Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras”, de 6 de diciembre de 1988.

<sup>9</sup> Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, Preámbulo, § 1.

<sup>10</sup> UICN, PNUMA, WWF, *Estrategia mundial para la conservación*. La conservación de los recursos vivos para el logro de un desarrollo sostenido (1980), apartado 15.2.

<sup>11</sup> Report of the World Commission on Environment and Development. *Our Common Future* (A/42/427, de 4 de agosto de 1987), p. 163.

<sup>12</sup> Report of the Ad Hoc Working Group on the Work of its First Session (UNEP/Bio.Div.1/3, de 9 de noviembre de 1989). Ver a este respecto F. Burhenne-Guilmin & S. Casey-Lefkowitz, *The Convention on Biological Diversity: A Hard Won Global Achievement*, 3 *Yearbook of International Environmental Law* 43 (1992), pp. 47-9.

<sup>13</sup> En particular, se barajaron tres opciones diferentes, a saber, “patrimonio común de la humanidad”, “responsabilidad común de la humanidad” e “interés común de la humanidad”; cf. *Elements for Possible Inclusion in a Global Framework Legal Instrument on Biological Diversity* (UNEP/Bio.Div/WG.2/1/3, de 24 de septiembre de 1990), Capítulo III.

<sup>14</sup> Convención sobre la Diversidad Biológica, Preámbulo, párr. 3.

soberanía sobre los recursos naturales en el texto articulado de la Convención. De esta manera, el artículo 3 de la Convención recoge casi literalmente el texto del principio 21 de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, reconociendo el derecho soberano de los Estados “... a explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental...”, matizado por la “... obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional”.

Por último, cabe interpretar que, de manera indirecta, la noción de ‘preocupación común de la humanidad’ también ha encontrado acogida en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación de 1994.<sup>15</sup>

### 3. Significado y alcance de la noción de ‘preocupación común de la humanidad’

Preguntándose acerca de su naturaleza jurídica y de su valor o significado, Alexandre Kiss afirmaba que la noción de ‘preocupación común de la humanidad’ —equivalente en el ordenamiento jurídico internacional a la noción interna del *intérêt général*— constituye una noción de la que no se derivan inmediatamente normas u obligaciones jurídicas internacionales. Constituiría no obstante la base, el fundamento jurídico para la acción conjunta de la comunidad internacional en el ámbito material calificado como tal.<sup>16</sup> Por sí sólo no parece que genere ningún tipo de norma reguladora del comportamiento de los Estados. Sin embargo, el consenso —de alcance universal o *quasi-universal*—<sup>17</sup> sobre la calificación de un

<sup>15</sup> Convención de Lucha contra la Desertificación, Preámbulo, párr. 1, 2 y 4

<sup>16</sup> Kiss, en nota 3, en p. 149. Ver también sobre esta cuestión J. M. Pureza, *Um Estatuto Jurídico Internacional Para O Ambiente: Património Ou Preocupação Comum Da Humanidade?* 13 Estado E Direito. Revista Semestral Luso-Espanhola De Direito Publico 83 (1994).

<sup>17</sup> Como ha puesto de relieve Jutta Brunnée, una de las principales dificultades que plantea el concepto que nos ocupa estriba precisamente en saber cuándo se está ante un ámbito material de regulación jurídica internacional que constituye una ‘preocupación común de la

ámbito material de cooperación como ‘preocupación común de la humanidad’ sí parece imponer a los Estados el *deber de cooperar con espíritu de solidaridad mundial*, en los términos del Principio 7 de la Declaración de Río.<sup>18</sup> Así pues, aunque el principio de la soberanía sobre los recursos naturales sigue constituyendo el principio constitucional del Derecho internacional del medio ambiente, su significado y virtualidad jurídica es modulado por la noción de ‘preocupación común de la humanidad’, que tiene potenciales efectos limitativos de los derechos soberanos de los Estados, restringiendo la libre disposición sobre determinados recursos naturales situados dentro de los límites de su jurisdicción, en la medida en que su utilización y explotación sostenible está sujeta a cooperación en espíritu de solidaridad mundial, en el marco de la cual —siempre según el Principio 7— los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas.<sup>19</sup>

Como afirmaba Kiss, la manifestación expresa o tácita de un amplio consenso global acerca de la dimensión común y colectiva de un problema ambiental implica el reconocimiento simultáneo del derecho y del deber de la comunidad internacional para actuar. En este sentido, la expresión de dicho consenso parece indicar que el ámbito material sobre el que el mismo recae quedaría sustraído de la disponibilidad discrecional de los Estados soberanos.<sup>20</sup> En este mismo sentido, el Grupo de Expertos sobre Identificación de los Principios de Derecho Internacional para el Desarrollo Sostenible afirmaba en su Informe que

The concept of the common concern of humankind might signal that the protection of the global environment can no longer be

---

humanidad’. Ello no parece depender tanto de la calificación expresa de un determinado ámbito material de regulación de ‘preocupación común’ como de la concurrencia de un consenso, manifiesto o tácito, de la gran mayoría de los Estados en torno a la necesidad de cooperar para hacer frente a un problema ambiental en interés común de la humanidad. Brunnée, en nota 1, p. 565.

<sup>18</sup> F. X. Perrez, *Cooperative Sovereignty. from Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law* (2000), pp. 331-43.

<sup>19</sup> Brunnée, en nota 1, p. 566. Véase también P. Cullet, *Differential Treatment in International Environmental Law* (2003), pp. 6-9.

<sup>20</sup> Kiss, en nota 3, p. 150.

considered to be solely within the competence of individual sovereign nations. The concept could imply the right and duty of the international community, and thus of each State, to act in a manner which reflects this concern.<sup>21</sup>

La calificación del ámbito material de regulación de un AMUMA como ‘preocupación común de la humanidad’ también proyecta su incidencia sobre la naturaleza jurídica de las obligaciones internacionales que los Estados asumen a través de los mismos. Como puso de relieve Kiss, partiendo del postulado de la existencia de valores comunes en la sociedad humana que permiten su supervivencia y perpetuación, la ausencia de una constitución formal de la comunidad internacional vendría a ser suplida por la existencia de un interés común de la humanidad que, sin ser recogido explícitamente, encuentra expresión en numerosos instrumentos internacionales de primer orden, entre los cuales se encontrarían la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo. En el marco de un proceso de constitucionalización (sectorial) del Derecho internacional,<sup>22</sup> estos instrumentos internacionales, de valor jurídico dispar, expresan en opinión de dicho autor los valores humanos universalmente aceptados, a saber, la paz, los derechos humanos y la integridad ecológica del planeta, de entre los cuales especialmente la protección del medio ambiente y de los derechos humanos —tanto en su vertiente civil y política, como económica, social y cultural— se sitúan en el epicentro de la noción de ‘desarrollo sostenible’. Siguiendo el razonamiento de Kiss, los valores universales inherentes al interés común de la humanidad son objeto de desarrollo normativo por medio de un número considerable de tratados internacionales —entre ellos los AMUMA— que, a diferencia de los tratados tradicionales del Derecho internacional clásico, se caracterizan por

<sup>21</sup> Report of the Expert Group Meeting on Identification of Principles of International Law for Sustainable Development Geneva, Switzerland, 26-28 September 1995, Prepared by the Division for Sustainable Development for the Commission on Sustainable Development, Fourth Session, 18 April - 3 May 1996, New York. Background Paper No. 3. En párr. 83.

<sup>22</sup> J. Klabbers et al., *The Constitutionalization of International Law* (2009), p. 20.

la ausencia de reciprocidad en la asunción de los compromisos internacionales.<sup>23</sup>

A este respecto Philippe Cullet señala que el deber de cooperación en espíritu de solidaridad mundial que emana de la ‘preocupación común’ conduce también a la erosión del principio de reciprocidad, que constituye uno de los principios consustanciales a un Derecho internacional basado en la igualdad soberana de los Estados, en la medida en que el ‘espíritu de solidaridad’ y la eficacia de la cooperación internacional en los ámbitos que constituyen una preocupación común exige tomar en consideración las diferencias y desigualdades existentes entre los Estados que componen la sociedad internacional, reconociendo la existencia de responsabilidades comunes pero diferenciadas y acordándoles en consecuencia un trato diferenciado en función de su grado de desarrollo económico y técnico.<sup>24</sup> De esta manera, tal como se ha señalado, en el marco de los AMUMA la noción de ‘preocupación común de la humanidad’ puede tener el efecto de ampliar considerablemente el ámbito de las obligaciones internacionales debidas *erga omnes*.<sup>25</sup> En este sentido, Cullet afirma que ‘[d]ifferential treatment ... refers to non-reciprocal arrangements which seek to foster substantive equality in the international community. In practice, this mainly includes deviations which seek to favour least favoured states.’<sup>26</sup>

#### 4. Consideraciones finales

A pesar de que las reflexiones que preceden puedan fundamentar la opinión que, al calor del paradigma del desarrollo sostenible, el Derecho internacional del medio ambiente ha evolucionado hacia la protección de intereses colectivos y bienes comunes globales, cabe coincidir con autores cercanos a planteamientos tercermundistas, cuando sostienen que el modo

<sup>23</sup> A. Kiss, *De La Protection Intégrée De L'Environnement À L'Intégration Du Droit International De L'Environnement. Chronique Internationale 2001-2004*, 30 *Revue Juridique De L'Environnement* 261, (2005), pp. 263-4

<sup>24</sup> Cullet, en nota 19, pp. 14-5.

<sup>25</sup> M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes* (1997), pp. 154-62.

<sup>26</sup> Cullet, *supra* nota 19, p. 15. Énfasis propio.

en que se pretende proteger esos intereses y bienes comunes a través del Derecho internacional obedece a planteamientos excesivamente neoliberales, que impiden poner remedio a los desequilibrios económicos y sociales entre Norte y Sur, auténticas causas de la actual crisis ecológica global.<sup>27</sup> Por otro lado, incluso si se hace abstracción de este planteamiento crítico y se admite un avance hacia la protección de los intereses o bienes comunes globales medioambientales, sigue produciéndose lo que Ellen Hey ha descrito como una falta de correspondencia entre los elementos sustantivos y los patrones institucionales y de toma de decisiones patrones en el Derecho ambiental internacional. En este sentido, sugiere que la doctrina centre su estudio entre otras cuestiones

on how existing patterns of decision-making and dominant paradigms in legal doctrine foster a system of law which institutionalizes the inequalities between the South and the North and on the implications of a multi-faceted system of decision-making for enhancing procedural fairness. The former requires a critical stance towards our own discipline; the latter a creative approach (...).<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> C. Okereke, *Global Justice and Neoliberal Environmental Governance. Ethics, Sustainable Development and International Cooperation* (2008), capítulos 7-9.

<sup>28</sup> E. Hey, *Global Environmental Law and Global Institutions: A System Lacking Good Process* en *Cosmopolitanism in Context. Perspectives from International Law and Political Theory* 45 (R. Pierik & W. Werner eds., 2010), pp. 70-2.

## **Unión Europea versus Consejo de Seguridad: ¿supletoriedad o concurrencia en la gestión de la paz y la seguridad internacionales?**

M<sup>a</sup> Teresa Comellas Aguirrezábal  
Profesora Contratada Doctora  
Universidad de Sevilla

### **SUMARIO**

I. Introducción. II. El Consejo de Seguridad como gestor privilegiado de la paz y la seguridad internacionales: avances y límites de su práctica. III. La Unión Europea: del “desdoblamiento funcional” a la autonomía en materia de sanciones. 1) La autonomía de la UE en la imposición de sanciones. 2) La autonomía de la UE en la ejecución de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad. IV. Conclusiones.

### **I. Introducción**

El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, en tanto que interés público global, constituye el primer (y principal) propósito de las Naciones Unidas. Resueltos a aunar esfuerzos para preservar la paz y la seguridad internacionales, los fundadores de las Naciones Unidas decidieron establecer un sistema de seguridad colectiva en cuyo centro se situaría el Consejo de Seguridad, órgano al que los Estados miembros han conferido la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales.

Obviamente, la gestión de la paz y la seguridad requiere una acción multidimensional por parte de numerosos protagonistas, y ninguna de las disposiciones de la Carta se opone –como reconoce su propio artículo 52- a la existencia de acuerdos u organismos regionales “cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”. El único límite es que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.

Formal y expresamente comprometida con el “multilateralismo eficaz” y con las Naciones Unidas, la Unión Europea (UE) ha ido adquiriendo un progresivo protagonismo en la esfera del mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, objetivos de su acción exterior conforme al actual artículo 21.2 c) del Tratado de la Unión Europea (TUE). La creciente autonomía que denota su acción se manifiesta en diversos ámbitos, uno de ellos el relativo a la imposición de medidas coercitivas, restrictivas (término preferido por la UE) o sanciones<sup>1</sup>. Es en este ámbito donde la UE no sólo parece dispuesta a actuar como una potencia mundial aliada pero independiente de las Naciones Unidas, sino también como instancia capaz de superar los límites de la acción (o la inacción) del Consejo de Seguridad. Queda por ver si la creciente autonomía de la UE constituye un avance o si, como desde algunos sectores se viene advirtiendo, podría poner en peligro la centralidad del papel del Consejo de Seguridad prevista en 1945.

## II. El Consejo de Seguridad como gestor privilegiado de la paz y la seguridad internacionales: avances y límites de su práctica.

El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas constituye un medio de acción sin equivalente en orden a mantener la paz y la seguridad internacionales. Así lo entendieron los fundadores de la Carta, que le confirieron dicha responsabilidad primordial “a fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas”. Si la rapidez se aseguraba con su permanencia (artículo 28 de la Carta), la eficacia resultaría de su carácter “ejecutivo”, al poder hacer efectivas sus decisiones —obligatorias de conformidad con el artículo 25— a través de las medidas coercitivas del Capítulo VII. A ello habría además que sumar el carácter

---

<sup>1</sup> Aunque el concepto mismo de “sanción” ha sido objeto de un extenso debate, este término, en sentido estricto, se emplea hoy para designar las medidas de naturaleza coercitiva dirigidas contra un Estado o entidad en aplicación de una decisión adoptada por un órgano socialmente competente (la definición —en el original, en inglés— es de ABI-SAAB, G., “The concept of Sanctions in international Law”, en V. Gowlland-Debbas (dir.), *United Nations Sanctions and international Law*, La Haya, Kluwer Law Internacional, 2001, pp. 29-41).

*universal* de la autoridad del Consejo cuando actúa en virtud de dicho Capítulo, pues puede ejercerla no sólo sobre los Estados miembros de la ONU (193 actualmente), sino también sobre los no miembros, de conformidad con el artículo 2.6 de la Carta.

En la práctica, el Consejo de Seguridad no se ha limitado a *garantizar* el interés público global en la esfera de la paz y la seguridad internacionales, sino que también ha contribuido a *determinarlo* (ampliando el concepto de “amenaza a la paz”)<sup>2</sup> e incluso en algunos casos ha tratado de *regularlo*, al adoptar resoluciones que parecen sobrepasar la función típica de las sanciones para adquirir la naturaleza de verdaderos actos normativos<sup>3</sup>.

La evolución que ha experimentado la práctica del Consejo también ha afectado a las medidas del Capítulo VII de la Carta, tanto a las previstas en el artículo 42 (al pasar del “uso institucionalizado de la fuerza” al “uso autorizado de la fuerza”), como a las medidas coercitivas del artículo 41. Instrumento habitual de la práctica del Consejo desde el decenio de 1990 (bautizado incluso como la “década de las sanciones”), el

---

<sup>2</sup> Dicha ampliación se ha manifestado de distintas formas. Desde el punto de vista del uso de la fuerza, el Consejo ha despejado las dudas iniciales respecto de la calificación como amenaza a la paz y la seguridad internacionales de conflictos armados internos, aceptándose de forma general para casos de extrema violencia; ha incluido los actos de terrorismo entre los supuestos de hecho que justifican tal calificación; y ha adoptado sanciones contra dos Estados (Corea del Norte e Irán) que, a su juicio, constituyen un riesgo en el marco de la no proliferación de armas de destrucción masiva. Pero, además, este órgano ha roto definitivamente el vínculo entre la noción de amenaza a la paz y el recurso a la fuerza armada, incorporando la *dimensión humanitaria* en la constatación de la amenaza a la paz, al considerar que constituyen amenazas a la paz y la seguridad internacionales tanto situaciones de crisis humanitarias como de violaciones generalizadas de los derechos humanos y del DIH aplicable en situación de conflicto armado, internacional o interno.

<sup>3</sup> En particular, Resoluciones 1373 (2001), sobre las amenazas a la paz y la seguridad internacional creadas por actos de terrorismo, y 1540 (2004), sobre proliferación de armas de destrucción en masa. Sobre la nueva función “legislativa” del Consejo de Seguridad, entre otros, SZASZ, P.C., “The Security Council starts legislating”, *AJIL*, vol. 96, n° 4, 2002, pp. 901-905; ROSAND, E., “The Security Council as “global legislator”: *ultra vires* or *ultra innovative*?”, *Fordham International Law Journal*, vol. 28, n°3, 2004, pp. 542; o TALMON, S., “The Security Council as world legislative”, *AJIL*, vol. 99, 2005, pp. 175-193.

diseño, contenido y alcance de estas medidas han evolucionado de manera significativa<sup>4</sup>. Muchos de los cambios introducidos tienen que ver con la ya mencionada ampliación del concepto de *amenaza a la paz* (que además, puede derivarse no sólo del comportamiento de los Estados, sino también de entidades no gubernamentales, colectivos o individuos que violen obligaciones consideradas esenciales para la comunidad internacional en su conjunto) y, sobre todo, con el deseo de mejorar su eficacia, evitar las perniciosas consecuencias que acarreaban los regímenes amplios (*comprehensive*) de sanciones empleados tradicionalmente<sup>5</sup> y aumentar su legitimidad. De ahí el creciente recurso a regímenes de sanciones específicas, discriminatorias o “inteligentes”, la introducción de amplias “exenciones humanitarias”, las mejoras en los mecanismos de las listas gestionadas por los Comités de Sanciones, o el establecimiento en algunos casos de límites temporales de vigencia para las sanciones.

Pese a los indudables avances experimentados en la práctica del Consejo de Seguridad en las dos últimas décadas, el análisis de su actuación también pone de manifiesto sus tradicionales límites, derivados de su propia naturaleza y de los condicionamientos a los que se ve sometido su funcionamiento. Concretamente, la amplia discrecionalidad de la que goza ha planteado de manera recurrente (y sigue planteando hoy) diversas cuestiones en torno a los límites y el control de este órgano político<sup>6</sup>, acción que por otra parte es “selectiva” en el sentido de que

---

<sup>4</sup> Sobre la evolución que se ha producido en todos los estadios de las sanciones (adopción, aplicación y levantamiento) véase nuestro anterior trabajo: COMELLAS AGUIRREZÁBAL, M.T., “Las sanciones económicas en el marco de la Carta de las Naciones Unidas”, en *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales*, Palestra ed./Universitat de Catalunya/ Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2009.

<sup>5</sup> Por ejemplo, los impuestos a Rodesia del Sur [Res. 253 (1968)]; Irak [Res. 661 (1990)]; la RFY (Serbia y Montenegro) [Res. 757 (1992) y 820 (1993)]; los serbobosnios [Res. 942 (1994)]; o Haití [Res. 917 (1994)]. En todos estos casos el Consejo decidió sanciones económicas indiscriminadas de amplio alcance (incluida la ruptura de relaciones comerciales y financieras) que plantearon numerosas consideraciones éticas y prácticas.

<sup>6</sup> En la doctrina española, por ejemplo, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P., “¿De *Maxima non curat Praetor*...? El Consejo de Seguridad y el TIJ en el asunto Lockerbie”, *REDI*, vol. XLIV, 1992, pp. 328-350; AZNAR GÓMEZ, M.J., “El control de la legalidad de la acción del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en el ámbito del capítulo VII

responde a una clara lógica de “geometría variable” dictada por los intereses nacionales, en particular de sus miembros permanentes, y del grado de implicación que estén dispuestos a asumir en un supuesto concreto.

A estos límites o insuficiencias parece responder la práctica más reciente de la UE en materia de sanciones, al ejercer en los últimos años una acción que podría calificarse de “supletoria”, o incluso en ocasiones de “concurrente” con la del Consejo de Seguridad.

### III. La Unión Europea: del “desdoblamiento funcional” a la autonomía en materia de sanciones

La UE (como antes hiciera la CE) adopta sistemáticamente medidas restrictivas para ejecutar las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad en virtud del artículo 41 de la Carta. En este sentido, actuaría del mismo modo que un Estado, “transponiendo” a su ordenamiento las decisiones del Consejo de Seguridad que requieren actos de recepción y aplicación para alcanzar sus objetivos. Pero más allá de su papel de “ejecutor” de las resoluciones del Consejo de Seguridad, la Unión se ha considerado legitimada tanto para ampliar los regímenes de sanciones de la ONU (imponiendo medidas adicionales y/o ampliando sus destinatarios) como para decidir regímenes *autónomos* de sanciones. La base jurídica para imponer sanciones (sea a iniciativa propia, sea para ejecutar resoluciones del Consejo de Seguridad) ha ido variando a lo largo del tiempo<sup>7</sup>.

---

de la Carta”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. 8, 1998, pp. 31-72; CASADO RAIGÓN, R., “Consideraciones sobre el control de las decisiones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas”, *ADI*, vol. X, 1994, pp. 335-341; o LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, M.E., *Actualidad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. La legalidad de sus decisiones y el problema de su control*, Civitas, Madrid, 2003.

<sup>7</sup> El Tratado de Lisboa ha introducido algunas innovaciones en este sentido. Actualmente, el procedimiento es el siguiente: en primer lugar, el Consejo adopta una Decisión PESC en virtud del art. 29 TUE. Cuando las medidas restrictivas impuestas en las Decisiones PESC entran dentro del ámbito de aplicación del TFUE (como ocurre cuando están destinadas a interrumpir o reducir, en parte o por completo, las relaciones económicas con un tercer país,



### 1) *La autonomía de la UE en la imposición de sanciones*

En el esquema diseñado por la Carta de San Francisco, atribuir la responsabilidad primordial del mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales al Consejo de Seguridad implicaba, entre otras cosas, que los organismos regionales mencionados en el Capítulo VIII estarían subordinados a aquél. Así se infiere de su artículo 53, que exige la autorización del Consejo para que dichos organismos y acuerdos regionales puedan adoptar *medidas coercitivas*. No obstante, esta última noción ha de interpretarse de manera restringida (la citada autorización se requeriría sólo para aquellas medidas de coerción contrarias a los principios de no intervención y prohibición del uso de la fuerza armada), pues no cabe extraer del artículo 53 una prohibición general de cualquier medida de presión o contramedida legítima admitida por el Derecho de la responsabilidad internacional<sup>8</sup>.

Aunque no se trata de una novedad (baste recordar el embargo de armas impuesto por la CE a Yugoslavia en julio de 1991, dos meses antes de que el Consejo de Seguridad aprobara la Resolución 713), el recurso de la UE a medidas restrictivas de carácter autónomo se ha hecho cada vez más frecuente, convirtiéndose en una herramienta habitual de la PESC. En los últimos años, la UE ha adoptado este tipo de medidas en relación con

---

incluidas las medidas de bloqueo de capitales y recursos económicos), se requiere la actuación reglamentaria a escala de la Unión para ejecutarlas. Los Reglamentos son adoptados en este caso por el Consejo por mayoría cualificada a propuesta conjunta de la Alta Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad y de la Comisión, conforme a lo dispuesto en art. 215 TFUE. El Parlamento Europeo ha de ser informado, aunque el artículo 75 del TFUE establece una excepción: en el ámbito de la prevención y lucha contra el terrorismo y las actividades con él relacionadas, el Consejo y el Parlamento Europeo adoptarán reglamentos con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Todos los Reglamentos están obviamente sujetos al control judicial del TJUE, así como las Decisiones PESC que dispongan medidas restrictivas contra personas físicas y jurídicas (art. 263 TFUE).

<sup>8</sup> Vid. CARDONA LLORENS, J., “Una relectura del artículo 53 de la Carta de las Naciones Unidas a la luz del proyecto de la C.D.I. sobre responsabilidad internacional de los Estados”, en *Homenaje a Rey Caro*, Córdoba (Argentina), 2002, p 541.

situaciones como las de Bielorrusia, Guinea-Conakry, Egipto, Irán, Moldavia, Myanmar, Siria, Túnez o Zimbawe<sup>9</sup>. De hecho, su creciente empleo determinó la necesidad de adoptar documentos que aportaran criterios estables y permitieran mejorar el diseño, la ejecución y la eficacia de estas medidas<sup>10</sup>. El análisis de estos documentos, así como de su práctica reciente, muestra una marcada tendencia por parte de la UE a apostar por este tipo de medidas para realizar objetivos de la PESC, actuando a veces *a modo de sustituto del Consejo de Seguridad* cuando los condicionamientos políticos de este órgano impiden la adopción de medidas en virtud del Capítulo VII de la Carta<sup>11</sup>.

Tal carácter “supletorio” viene marcado por la eventual identidad de elementos entre los regímenes de sanciones decididos por el Consejo de Seguridad y los impuestos a iniciativa de la Unión Europea: ambos pueden (y suelen) coincidir en fines (pues entre los objetivos de la PESC se incluyen el fomento de la paz y la seguridad a escala internacional y el respeto de los derechos humanos); destinatarios (Estados, entidades no gubernamentales e individuos que violen obligaciones esenciales para la comunidad internacional en su conjunto); naturaleza de las medidas impuestas (generalmente, sanciones limitadas; en particular, los embargos de armas u otros productos específicos, la congelación de activos, la prohibición de vuelos, o las restricciones de acceso); o en la previsión de

---

<sup>9</sup> La lista completa de las medidas restrictivas en vigor, así como los documentos de referencia, se encuentran disponibles en [http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/docs/measures\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/cfsp/sanctions/docs/measures_en.pdf)

<sup>10</sup> Los principales documentos son las *Orientaciones sobre la aplicación y evaluación de las medidas 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 (documento del Consejo 15579/03) y actualizadas en los años 2005, 2009 y 2012; los *Principios Básicos sobre la Aplicación de Medidas Restrictivas (Sanciones)*, documento aprobado el 7 de junio de 2004 (10198/1/04 REV1), que establece su concepción de las sanciones y expone cómo y cuándo recurrir a tales medidas; y las *Prácticas recomendadas de la UE para la aplicación eficaz de medidas restrictivas*, un texto dinámico cuya última versión fue aprobada en abril de 2008.

<sup>11</sup> Vid., *Orientaciones...*, doc.cit., par. 56: “En principio [...], es preferible que las sanciones se adopten en el marco de las Naciones Unidas. Cuando esto no sea factible, la UE deberá intentar lograr el máximo apoyo posible de la comunidad internacional para ejercer presión en el país afectado”.

ciertas exenciones (especialmente, las denominadas “cláusulas humanitarias”).

Un ejemplo paradigmático en este sentido lo constituye el reciente caso de Siria. Frente a la “incapacidad” del Consejo para adoptar medidas del Capítulo VII y poner fin a la trágica situación del país, debido al veto de dos de sus miembros permanentes (la Federación de Rusia y China), la Unión Europea ha adoptado un amplio abanico de medidas restrictivas que incluye restricciones a la exportación e importación de determinados productos, restricciones a la financiación de determinadas empresas y al sector financiero, restricciones a la admisión de personas, o la congelación de fondos y recursos económicos<sup>12</sup>. Un análisis comparativo de este régimen “autónomo” de sanciones de la UE con otros decididos recientemente por el Consejo de Seguridad en situaciones similares, como puede ser el impuesto a Libia en virtud de las Resoluciones 1970 (2011) y 1973 (2011)<sup>13</sup>, muestra evidentes semejanzas.

Y si bien no ha de extrañarnos que el diseño de los regímenes de sanciones autónomos de la UE se asimilen a los decretados por el Consejo

---

<sup>12</sup> El 9 de mayo de 2011, el Consejo adoptó la Decisión 2011/273/PESC para imponer diversas medidas restrictivas contra Siria (concretamente, un embargo de armas, la prohibición de las exportaciones de equipos de represión interna, restricciones a la admisión en la Unión, y la inmovilización de capitales y recursos económicos de determinadas personas y entidades responsables de la violenta represión ejercida contra la población civil en Siria). En la misma fecha se adoptó además el Reglamento (UE) n° 442/2011, a efectos de su aplicación. El régimen de sanciones ha sido ampliado y reformado en diversas ocasiones. La última modificación se ha llevado a cabo mediante la Decisión 2013/255/PESC del Consejo, de 31 de mayo de 2013 (DO L 147 de 1.6.2013, pp. 14-45) y del Reglamento (UE) n° 697/2013 del Consejo, de 22 de julio de 2013 (DO L. 198, de 23.7.2013, pp. 28-34). Uno de los elementos clave de esta última reforma ha sido modificar parcialmente el embargo de armas para apoyar a la oposición siria. El posible suministro de armas a Siria estará ahora sujeto a las políticas nacionales bajo condiciones estrictas, tal como se definió en la Declaración del Consejo adoptada el 27 de mayo.

<sup>13</sup> En la Resolución 1970 (2011), de 26 de febrero, el Consejo impuso un embargo de armas y material conexo a Libia, restricciones a los viajes y la congelación de activos financieros y otros recursos económicos de las personas y entidades implicadas en la comisión de violaciones graves de los derechos humanos en Libia. Además de establecer una zona de exclusión aérea y autorizar el uso de la fuerza, la Resolución 1973 (2011), de 17 de marzo, amplió el régimen de sanciones para incluir la prohibición de vuelos.

de Seguridad<sup>14</sup>, pues la Unión aprovecha la experiencia *onusiana* (aunque tampoco hemos de olvidar que muchas de las mejoras introducidas en los regímenes de sanciones del Consejo de Seguridad en los últimos años se deben a los esfuerzos de algunos Estados miembros de la UE, e incluso a la propia UE), todo ello contribuye a reforzar la imagen de la Unión como actor internacional autónomo cuya acción puede servir para paliar de alguna forma la “incapacidad” del Consejo de Seguridad. La nueva noción de “responsabilidad de proteger” –promovida y defendida firmemente por la UE<sup>15</sup>– se convertiría en un nuevo fundamento de su acción coercitiva, *hasta el momento* limitada a la imposición de sanciones o medidas que no implican el uso de la fuerza.

No obstante, la actuación autónoma de la UE a la hora de imponer sanciones tampoco está exenta de inconvenientes, riesgos, e incluso “debilidades”. El primero de ellos afecta a la eficacia de las medidas y estribaría en el limitado alcance que las medidas autónomas tienen frente a la “universalidad” de las impuestas por el Consejo de Seguridad. Admitiendo que las medidas restrictivas de carácter autónomo solamente deben aplicarse en situaciones *en las que existe un vínculo con la UE*, y descartando la adopción de instrumentos legislativos que tengan una aplicación extraterritorial en violación del Derecho internacional<sup>16</sup>, la

---

<sup>14</sup> De hecho, el Consejo de la Unión no distingue a la hora de redactar las Decisiones PESC que implementan resoluciones del Consejo de Seguridad y aquellas que imponen sanciones autónomas de la UE, acudiendo a los mismos modelos de redacción. Dichos modelos se encuentran disponibles en *Orientaciones...doc. cit.*

<sup>15</sup> Sobre la UE y la responsabilidad de proteger véase FERRER LLORET, J., “La Unión Europea y la responsabilidad de proteger”, en *La Unión Europea y el multilateralismo eficaz, ¿Un compromiso consistente con Naciones Unidas?*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 217-267.

<sup>16</sup> *Orientaciones..., doc.cit.*, parás. 51 y 52, respectivamente. En el pará. 88 se concreta el alcance de las medidas restrictivas adoptadas por la Unión, que se aplicarán: a) en el territorio de la Unión, incluido su espacio aéreo; b) a bordo de cualquier aeronave o buque bajo la jurisdicción de un Estado miembro; c) a toda persona, ya se encuentre dentro o fuera del territorio comunitario, que sea nacional de un Estado miembro; d) a cualquier persona jurídica, entidad u órgano, ya se encuentre dentro o fuera del territorio de la Unión, incorporado o constituido con arreglo al derecho de un Estado miembro; e) a cualquier persona jurídica, entidad u órgano en relación con cualquier operación realizada, total o parcialmente, dentro de la Unión.

Unión se afana por fomentar un apoyo más amplio a sus medidas por parte de terceros Estados<sup>17</sup>.

Pero más que la posible ineficacia de sus medidas, la verdadera objeción que cabe plantear a la acción autónoma de la UE en materia de sanciones, cuya imposición decide el Consejo por unanimidad de conformidad con los artículos 30 y 31 del TUE, es su sometimiento a los intereses políticos, económicos o de seguridad de los Estados miembros. En palabras del Parlamento Europeo: “la UE ha aplicado su política de sanciones de una manera incoherente, tratando de forma diferente a terceros países que registraban un balance similar en cuanto al respeto de los derechos humanos y la democracia, lo que le ha valido la crítica de aplicar una política de “doble rasero”<sup>18</sup>. En definitiva, la acción de la UE en materia de sanciones, al igual que la del Consejo de Seguridad de la ONU, se basa en una política de “dos pesos” o “dos medidas” que afecta a su credibilidad y legitimidad. En este sentido, es curioso que, dado el requisito de la unanimidad del artículo 31 del TUE, el Reino Unido y Francia gozarían de un doble “derecho de veto”, pues podrían paralizar cualquier tentativa de imponer sanciones tanto en el marco de las Naciones Unidas como en el de la UE.

Pero aunque tanto la ONU como la UE estén sometidas a las mismas “hipotecas” (discrecionalidad política de los órganos decisorios y posible bloqueo por un solo Estado), la particular naturaleza de la UE –en tanto que Unión de Derecho basada en el principio de equilibrio institucional-, junto al gradual proceso de “bruselización” o de “intergubernamentalismo supranacional” que se percibe en el proceso de toma de decisiones en el marco de la PESC y en la gobernanza de la seguridad en la UE<sup>19</sup>, suponen un importante elemento diferenciador y una

---

<sup>17</sup> *Principios básicos, doc.cit.*, para. 4: el Consejo “se esforzará por conseguir el apoyo de la más amplia gama posible de socios a las sanciones autónomas de la UE, que serán más eficaces si se ven reforzadas por un amplio apoyo internacional”.

<sup>18</sup> Recomendación del Parlamento Europeo, de 2 de febrero de 2012 (DO. C 239 E, de 20.8.2013, p. 13). Véanse también las recomendaciones contenidas en los apartados i) y m) del mismo documento.

<sup>19</sup> Vid. GIUMELLI, F., “Beyond Intergovernmentalism: the europeanization of restrictive measures?”, *Journal of Contemporary European Research*, vol. 9, nº3, 2013, pp. 390-405.

garantía adicional a la hora de limitar posibles desvíos de poder. Los esfuerzos del Parlamento Europeo por aumentar su influencia en el ámbito de la PESC (aprovechando el limitado espacio que le deja el nuevo artículo 75 TFUE)<sup>20</sup> como, sobre todo, la increíble labor que ha llevado a cabo el TJUE (controlando la acción del Consejo de la Unión a la hora de imponer sanciones), son muestra de ello.

## 2) *La autonomía de la UE en la ejecución de las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad.*

Pocas decisiones judiciales han propiciado tanto debate doctrinal en el ámbito del DI y del Derecho Europeo como las que conforman la ya conocida como *saga Kadi*<sup>21</sup>. No es para menos, dada la diversidad y enjundia de las cuestiones en liza: las relaciones entre el ordenamiento jurídico internacional y el europeo, la primacía “constitucional” (o no) de la Carta de las Naciones Unidas de conformidad con su artículo 103, los límites del poder del Consejo de Seguridad y su eventual control externo, o el equilibrio entre la seguridad y el respeto a los derechos humanos, entre otras muchas.

Aunque no es posible (ni necesario, por conocidos) reproducir aquí los hechos, sí nos interesa resaltar que el pronunciamiento del entonces TJCE en la sentencia *Kadi I* –que infringió del principio de autonomía del Derecho de la Unión su potestad para anular un acto europeo (en este caso, un Reglamento) que ejecutaba resoluciones del Consejo de Seguridad

---

<sup>20</sup> Véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, en el asunto *Parlamento Europeo contra Consejo de la Unión Europea* (C-130/10).

<sup>21</sup> Sentencias del TPI de 21 de septiembre de 2005 en los asuntos *Yusuf y Al Barakaat Internacional Foundation c. Consejo y Comisión* (T-306/01) y *Kadi c. Consejo y Comisión* (T-315/01); Sentencia del TJCE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2008 en los asuntos acumulados *Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat Internacional Foundation c. Consejo y Comisión* (C-402-05 P y C-415/05 P); Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 30 de septiembre de 2010, en el asunto *Yassin Abdullah Kadi/Comisión* (T-85/09, Rec. P. II-5177); Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 18 de julio de 2013 en los asuntos acumulados *Comisión, Consejo y Reino Unido c. Yassin Abdullah Kadi* (C-584/10P, C-593/10 P y C595/10 P).

aprobadas en virtud del Capítulo VII de la Carta, por considerar que se habían violado derechos fundamentales del ordenamiento jurídico europeo fue considerado “el acontecimiento jurídico de mayor importancia que haya afectado al régimen [de sanciones contra el terrorismo del Consejo de Seguridad] desde su creación”<sup>22</sup>, y percibido desde el propio Comité de Sanciones como una amenaza .

Tampoco es posible reproducir los términos del amplísimo y complejo debate que el caso ha propiciado, y que ha estado obviamente marcado por las concepciones previas de cada autor y de su visión tanto de la estructura sistémica del DI como de la propia naturaleza de la UE<sup>23</sup>. Sí creemos poder afirmar, no obstante, que la discusión jurídica está lejos de terminar tras la sentencia *Kadi II* de 18 de julio de 2013, en la que el Tribunal de Justicia ha tenido que aclarar su anterior pronunciamiento sobre que los órganos jurisdiccionales de la UE deben garantizar un control, *en principio completo*, de la legalidad de los actos de las instituciones europeas que apliquen resoluciones del Consejo de Seguridad<sup>24</sup>, viéndose obligado a precisar el alcance y la intensidad de tal control.

---

<sup>22</sup> Noveno informe del *Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones relativas a Al-Qaida y los talibanes*, Doc.UN S/2009/245, de 13 de mayo de 2009, Anexo I, p. 12.

<sup>23</sup> Véase, entre muchos otros (la bibliografía es demasiado extensa para reproducirla aquí), el debate abierto publicado en *European Journal of International Law*, vol. 20, n° 3, 2009. Entre las críticas más comentadas a la sentencia de 2008, DE BÚRCA, G., “The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*”, *Harvard International Law*, vol. 51, 2009, pp. 1-50, para quien la decisión del Tribunal supone un abandono del tradicional compromiso de la UE con el DI y el multilateralismo.

<sup>24</sup>TJUE, Sentencia de 3 de septiembre de 2008, *cit.*, par. 326. La inexistencia de inmunidad de jurisdicción en el caso de los actos de la Unión que aplican medidas restrictivas a nivel internacional fue posteriormente confirmada por la Sentencia de 3 de diciembre de 2009, en el asunto *Hassan y Ayad c. Consejo y Comisión* (C-399/06 P y C-403/06 P; y, más recientemente, por la Sentencia de 16 de noviembre de 2011, en el asunto *Bank Mellí Iran c. Consejo* (C-548/09 P).

Siguiendo la senda trazada en 2008<sup>25</sup>, y en contra de la opinión del Abogado General Bot, que preconizaba un control jurisdiccional limitado “para no vaciar de su contenido la principal responsabilidad de que está investido el Consejo de Seguridad y no convertir a la Unión en una instancia de apelación o de revisión de las decisiones adoptadas por el Comité de Sanciones de la ONU<sup>26</sup>, el Tribunal de Justicia ha considerado que el control del juez de la Unión no ha de limitarse a comprobar la inexistencia de errores manifiestos –como proponía el Abogado General-, sino que ha de extenderse a la información y a las pruebas inherentes a los motivos que han servido de fundamento para la inclusión de una persona o entidad en las “listas negras” anexas a los Reglamentos de la UE. Tras establecer las directrices (a modo de “hoja de ruta” o “manual de procedimiento”) que ha de seguir el juez de la Unión para garantizar “un justo equilibrio entre la preservación de la paz y la seguridad

---

<sup>25</sup> Además, el Tribunal ha rechazado el diálogo abierto por el Tribunal General, que en su Sentencia de 30 de septiembre de 2010 (*cit.*, par. 112-120) criticó abiertamente la Sentencia *Kadi I* del Tribunal de Justicia. El tono y la extensión de su crítica ha llevado incluso a algún autor a afirmar irónicamente que, más que un órgano jurisdiccional, el Tribunal General podría parecer “parte no oficial” en el recurso (CUYVERS, A., “The *Kadi II* Judgment of the General Court: the ECJ’s Predicament and the Consequences for Member States”, *European Constitutional Law Review*, vol.7, 2011, pp. 481-510, p. 490). Por su parte, el Tribunal de Justicia se ha limitado en su sentencia *Kadi II* a observar que “Los diferentes factores que respaldan la solución alcanzada por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Kadi*, expuestos en los apartados 291 a 327 de dicha sentencia, no han experimentado evolución alguna que pueda justificar que se ponga de nuevo en entredicho tal solución. En síntesis, tales factores están relacionados con la garantía constitucional que representa, en una Unión de Derecho [...], el control jurisdiccional de la legalidad de todo acto de la Unión –incluidos aquellos que, como el presente caso, aplican un acto de Derecho internacional– desde el punto de vista de los derechos fundamentales garantizados por la Unión” (TJUE, Sentencia de 18 de julio de 2013, *cit.*, par. 66).

<sup>26</sup> Par. 71 de las conclusiones del Abogado General, para quien “no sería posible ejercer un control jurisdiccional en profundidad [...] sin usurpar las prerrogativas del Consejo de Seguridad para definir qué constituye una amenaza para la paz y la seguridad internacionales y cuáles son las medidas necesarias para erradicar esa amenaza”. La propuesta del Abogado General sobre el estándar de control aplicable -un control “normal” de la legalidad *externa* del Reglamento impugnado y un control limitado de su legalidad *interna* (esto es, de la fundamentación de la motivación-, limitándose a comprobar la existencia de un error manifiesto y absteniéndose de examinar las pruebas del comportamiento alegado, se expone en los par. 91-110.

internacionales y la protección de las libertades y derechos fundamentales de la persona afectada”<sup>27</sup>, el Tribunal procedió a examinar, en relación con el caso concreto del Sr. Kadi, la fundamentación de los motivos que sirvieron de base para su inclusión en la lista de personas y entidades sancionadas (esto es, *los contenidos en el resumen facilitado por el Comité de Sanciones de la ONU*), llegando a la conclusión de que “ninguna de las alegaciones formuladas [...] en el resumen de motivos facilitado por el Comité de Sanciones tiene entidad suficiente para justificar la adopción, a nivel de la Unión, de medidas restrictivas en contra de aquél, ya sea por insuficiencia de motivación, ya por falta de pruebas que respalden el motivo analizado”<sup>28</sup>.

¿Ha acabado la UE convirtiéndose en una instancia de apelación o de revisión de las decisiones adoptadas por el Comité de Sanciones de la ONU, tal como advertía el Abogado General? A primera vista, este podría parecer el resultado. Aunque el Tribunal de Justicia se esforzara en subrayar en su sentencia *Kadi I* que el control de legalidad que debe garantizar el juez de la Unión recae exclusivamente en el acto de la Unión que aplique las resoluciones del Consejo de Seguridad, la solución final aplicada en *Kadi II* parece dar la razón al Tribunal General, para quien “no es menos cierto que controlar la legalidad de un acto comunitario que se limita a aplicar [...] una resolución [...] que no deja ningún margen [de apreciación], equivale necesariamente a controlar, a la luz de las normas y de los principios del ordenamiento jurídico comunitario, la legalidad de la resolución”. Así parece haber ocurrido en la práctica, puesto que el control del órgano jurisdiccional de la UE no ha recaído en realidad sobre el fundamento del Reglamento impugnado (que, al fin y al cabo no es otro que ejecutar en el ámbito de la Unión las decisiones del Consejo de Seguridad y de su órgano subsidiario, el Comité de Sanciones), sino en el resumen de motivos que este último ha trasladado.

Más que valorar ahora la última (y seguro que polémica) sentencia de la *saga Kadi* –que, por cierto, no ha aclarado importantes cuestiones

<sup>27</sup> TJUE, Sentencia de 18 de julio de 2013, *cit.*, par. 131. Las directrices se recogen en los par. 117-129.

<sup>28</sup> *Ibid.*, par. 163.

objeto de controversia”<sup>29</sup>, nos interesa ahora examinar las repercusiones prácticas de este asunto en la esfera internacional, y en particular cómo ha afectado al Consejo de Seguridad y a su papel de garante último de la paz y la seguridad internacionales. Y la conclusión en este sentido parece clara: aunque la decisión del Tribunal de Luxemburgo de 2008 fue percibida desde Nueva York como una amenaza, que “pone en duda la autoridad del Consejo de Seguridad en todos los campos y no sólo en la imposición de sanciones”<sup>30</sup>, los propios informes del *Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido en virtud de la Resolución 1526 (2004)* demuestran la enorme influencia que tal decisión tuvo en la mejora del sistema de “listas negras”, incluyendo la creación de la Oficina del Ombudsman<sup>31</sup>. El hecho de que, pese a sus limitaciones, este recurso no esté disponible para los demás regímenes de sanciones de la ONU, o que, en recientes resoluciones, el Consejo de Seguridad solicite a los Estados Miembros y a las Organizaciones y

<sup>29</sup> Entre otras, si los Estados podrían seguir aplicando sanciones mediante listas nacionales, cuestión especialmente relevante, pues los Estados siguen obligados a implementar las sanciones decididas por el Consejo de Seguridad en virtud del artículo 25 de la Carta. Una salida a esta complicada situación sería considerar que la anulación del Reglamento no implica necesariamente prohibir a los Estados Miembros aplicar las sanciones y congelar los activos de las personas cuyos nombres están incluidos en las listas consolidadas del Comité de Sanciones. En este sentido, por ejemplo, EECKHOUT, P., “EC Law and UN Security Council Resolutions – in search of the right fit”, en DASHWOOD, A; MARESCEAU, M. (ed.), *Law and Practice of EU External Relations, Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 104-128, p. 111-112. En sentido contrario, entre otros, CUYVERS, A., *op.cit.*, p. 482 y p. 488. En el caso concreto del Sr. Kadi, los Estados no tendrán que enfrentarse a esta complicada situación, puesto que Kadi fue retirado de la lista negra de la ONU el 5 de octubre de 2012. La cuestión podría no obstante plantearse en futuros casos.

<sup>30</sup> *Undécimo Informe del Equipo encargado de prestar apoyo analítico y vigilar la aplicación de las sanciones establecido en virtud de la Resolución 1526 (2004)*, Doc.UN Doc. 2011/245, de 13 de abril de 2011, par. 30.

<sup>31</sup> La Oficina del Ombudsman se creó en virtud de la Resolución 1904 (2009), y su mandato ha sido prorrogado y fortalecido significativamente en las Resoluciones 1989 (2011) y 2083 (2012). A pesar de la mejora que ha supuesto, en general se sigue considerando que esta nueva instancia tampoco ofrece las garantías de una tutela judicial efectiva, pues carece de capacidad de decisión. Así lo han puesto de relieve tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Nada c. Suiza* de 12 de septiembre, como el TJUE en su sentencia *Kadi II* (*cit.* par. 33).

organismos internacionales pertinentes que informen al Comité de Sanciones contra el terrorismo de toda decisión y actuación judicial permanente “a fin de que este las pueda tener en cuenta”<sup>32</sup>, son también importantes indicios de la repercusión que ha tenido el incidental control externo llevado a cabo por el TJUE sobre la práctica del Consejo de Seguridad, que se ha visto obligado a introducir modificaciones en sus regímenes de sanciones para evitar que se “ponga en duda” su autoridad.

#### IV. Conclusiones

Hace casi siete décadas que la Carta de las Naciones Unidas tuvo la virtualidad de convertir la paz y la seguridad internacionales en un interés colectivo (hoy global) *jurídicamente* protegido, quedando la “responsabilidad de proteger” en manos, primordialmente, del Consejo de Seguridad.

En la compleja sociedad internacional contemporánea, marcada por fenómenos a veces contradictorios, nos enfrentamos a una nueva paradoja: frente al incremento de amenazas contra la paz y la seguridad “globales” (terrorismo, proliferación de armas de destrucción masiva, violación masiva y sistemática de derechos humanos...) asistimos a un progresivo proceso de *descentralización* del mantenimiento de la paz, en el que las organizaciones y organismos regionales como la UE están cobrando un mayor protagonismo.

La imposición de sanciones “autónomas” por el Consejo de la UE –dirigidas a lograr algunos de los fines expuestos en el artículo 21 del TUE (defender los valores de la Unión, y consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional)- ha servido en ocasiones para paliar el límite de la *selectividad* de la acción del Consejo de Seguridad, aunque en realidad la haya sustituido por la suya propia. El TJUE, por su parte, aplicando de manera hasta ahora inédita el principio de autonomía del Derecho de la

Unión, ha enfrentado otro de los límites tradicionales del Consejo de Seguridad: la total *discrecionalidad* con la que a veces actúa.

Si bien no cabe más que celebrar que el control indirecto, externo o “descentralizado” por los órganos jurisdiccionales de la Unión haya servido para poner de manifiesto uno de los vacíos que aún persisten en el incompleto proceso de humanización del DI (las resoluciones del Consejo de Seguridad reconocen la responsabilidad internacional del individuo, pero no el derecho a una tutela judicial efectiva cuando impone sanciones), la UE también ha de procurar que una férrea defensa de su autonomía no acabe por apartarle de otro de los fines de su acción exterior: promover un sistema internacional basado en una cooperación multilateral sólida y en una buena gobernanza mundial. Utilizar su innegable capacidad para contribuir al fortalecimiento de la ONU en lugar de distanciarse de ella sería sin duda una buena manera de cumplir este objetivo.

---

<sup>32</sup> Res. 1989 (2011), par. 17.

## El nuevo derecho de la competencia: gobernanza y el interés público global

Amparo del Río Pascual  
Profesora de Derecho Internacional Privado  
Universitat Internacional de Catalunya - UIC

### Introducción:

En los años 80 y 90 se produjo un vendaval de políticas liberalizadoras de sectores estratégicos, como el de las telecomunicaciones, en el que nos centraremos a título ilustrativo de lo que fue la liberalización, la desregulación y la privatización de los antiguamente denominados “monopolios públicos naturales”<sup>1</sup>.

¿Qué ha ocurrido, se pregunta la doctrina del derecho comunitario de la competencia, ante estos fenómenos devenidos entre los años 80 y 90? ¿Concretamente, qué pasó entre el año 1982 y 2013, periodo aproximado de 31 años? Se ha producido un fenomenal impacto en nuestras vidas, la irrupción sin retroceso posible, de las nuevas tecnologías de la información (NTI) eclosionando tantos nuevos equipos y servicios que estamos ante una verdadera tercera revolución industrial.

No es casual la selección del período indicado. Así tomamos como referencia de arranque el asunto “*British Telecom*” (BT) ya que es la Decisión de la Comisión Europea de 1982<sup>2</sup> la primera piedra angular de

---

<sup>1</sup> Señalar el importante trabajo de Baumol respecto a la estructura del mercado de telecomunicaciones, Baumol, W.J. **Contestable markets and the theory of the industry structure**, Harcourt, Brace, Jouanoch, 1982. La quiebra de la teoría del “monopolio natural”, se acompañó de un despertar de las empresas públicas de telecomunicación como entidades comerciales en un entorno competitivo conducidas a unos esfuerzos de reorganización, sobre estas dificultades BRUCE, R.; CUNNARD, J.P; DIRECTOR, M.D; “New PTT Investments Policies. One set of responses to economic pressures”, **The telecom Mosaic**, Butterworths, 1988, p.277.

<sup>2</sup> Decisión de la Comisión de 10.12.1982, DOCE 360 de 21.12.1982, para un análisis del caso, comentarios a la Sentencia final en AMORY,B; “Commentaires de l’arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes de 20.3.1985”, **DI**, 1985, n°5, p.28.

detección de conductas abusivas en el sector de las TC, particularmente de British Telecom. En el caso, la conducta abusiva se cifraba en la práctica de British Telecom de ofertar líneas arrendadas para servicios de valor añadido, y de sus prácticas restrictivas de la competencia en el terreno de la tarificación. Este contexto, que llevó finalmente a la privatización de BT, era acorde con las teorías thacherianas del momento, próximas a las americanas y a su desmantelamiento de ATT.

En fecha de hoy, en este año de 2013, la Sentencia en la que se resuelve el asunto “Microsoft”<sup>3</sup>, también se trata de un caso de conductas abusivas de esta empresa que impide a sus competidores el conocimiento de datos que permitiría la “interoperabilidad” de los productos de otros competidores. Microsoft tiene pendiente desde el año 2004, el pago de una sanción económica con imposición de multa coercitiva de alrededor de 860 euros por persistir en dichas prácticas causantes del abuso de su posición dominante en el mercado.

Pues bien, tanto en uno como en otro caso se trata de “conductas abusivas”, similares entre sí respecto al objeto del cumplimiento del derecho comunitario de la competencia, la diferencia estriba en el autor de las mismas, en el primero BT, un ente público sostenido por un monopolio público, en el segundo una empresa privada, Microsoft.

Este ejemplo vale para demostrar una nueva premisa sobre el mercado de las telecomunicaciones de hoy, que es: el vencimiento del tránsito de los monopolios públicos naturales y de dimensión nacional a la irrupción de oligopolios privados en un mercado globalizado. En cuyos casos las prácticas abusivas de una posición dominante en el mercado siempre serán perseguidas, cualquiera que sea su autor, público o privado.

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal General de 27.6.2012, as.T-167/08, Microsoft / Comisión Europea, tiene por objeto una demanda de anulación de la Decisión de la Comisión de 27 de febrero de 2008, por la que se fija el importe definitivo de la multa coercitiva impuesta en esa Decisión al demandante. El objeto de la restricción de la competencia por parte de Microsoft es la negativa a facilitar a sus competidores la “información relativa a la interoperabilidad y a autorizar su uso para el desarrollo y la distribución de productos que compitieran con los suyos en el mercado de los sistemas operativos para servidores de grupos de trabajo”. Ante la persistencia de Microsoft en su conducta, la Comisión Europea reacciona imponiéndole 860 millones de euros de multa coercitiva.

Esto, a su vez no deriva sólo en conductas abusivas de su posición dominante sino da lugar a otras operaciones más estructurales, a título de ejemplo como la compra de Nokia por Microsoft ¿Qué repercusiones sobre el mercado tiene esta compra para la industria europea? Se confirma una segunda premisa, que es: las estrategias de mercado de telecomunicaciones son tendentes a la estructura oligopolística, mediante las operaciones de concentración.

**El art. 106.2 TFUE: la excepción de la noción de servicio de interés económico general.**

¿Era deseable esta evolución imparable de liberalización de los mercados para que finalmente aflore la cuestión del nuevo “interés público global” que se nos propone en estas Jornadas?. Esta propuesta es sumamente interesante, no hay que olvidar que los monopolios públicos de TC sostenían en el pasado su legalidad en su régimen particular basado en la noción de prestación de “servicios de interés económico general” (en adelante, SIEG). Esta cláusula de excepción, se hallaba contenida, primero en el antiguo art.90.2TCE, después en el art.86.2 CE y actualmente, art.106.2 TFUE, precepto sin que nada haya variado en su redacción sino sólo en la reenumeración del articulado, necesaria por las reformas sucesivas del Tratado.

Efectivamente, el art. 106.2 TFUE dispone: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas, no impida de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”.

Como hemos dicho, esta disposición es únicamente reconocida como una “cláusula de excepción” que excluye la aplicación de las reglas del Tratado, en particular las de competencia, bajo ciertas condiciones. Como es natural, ha recibido consecuentemente una interpretación muy

restrictiva. Pueden beneficiarse de esta exención no sólo las empresas encargadas de la gestión de “servicios de interés económico general” (SIEG) por las infracciones que tengan su origen en un comportamiento autónomo contrario al derecho de la competencia, sino los Estados miembros cuando adopten o mantengan “medidas” respecto a aquellas, que sean contrarias al Tratado.

Según doctrina constante, “empresa encargada” de SIEG es aquella que recibe una habilitación legal por acto expreso del poder público. A nuestro juicio, una interpretación amplia de tal acto formal, permite incluir perfectamente la diversidad por la que se atribuye a las OOTT su misión específica, en tiempos pasados, en nuestro país, el contrato entre el Estado y Telefónica.

Ello nos sitúa en el punto central de la polémica, la apreciación de la existencia del “interés económico general”.

Para una parte, esta noción contiene el germen del servicio público tal como lo contemplan los ordenamientos nacionales de influencia francesa; esta postura contrasta con la de la Comisión Europea o el Tribunal, basados en criterios más económicos que jurídicos.

El problema debe ser abordado en otros términos, así como afirma el TJCE en su propia Sentencia de 19.3.1990, as. C-202/88, conocida como “equipos terminales”, y a propósito del antiguo art. 90.2 TCE:

“ (...) Tiende a conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar ciertas empresas, especialmente del sector público, como instrumento de política económica o fiscal, con el interés de la Comunidad respecto a las reglas de competencia y a la preservación de la unidad del mercado”

El “interés estatal” y el “interés comunitario”, así confrontados exigen el arbitraje de la Comisión. La aplicación de esta disposición implica la apreciación de exigencias inherentes, por una parte, al cumplimiento de la misión particular encomendada a las empresas de que se trata y por otra parte, a la salvaguardia del “interés de la Comunidad” y que la misma depende de los objetivos de política económica general perseguidos por los Estados bajo vigilancia de la Comisión. Posteriormente, el TJCE precisa en el as. 188 a 190/80 el TJCE precisa que la aplicación del art.90.2 TCE no



se deja a la discreción del Estado miembro que encarga a una empresa la gestión de un servicio de interés económico general. El art.90.3 TCE confía en efecto a la Comisión, bajo control del Tribunal, una misión de vigilancia en la materia.

En esta primera aproximación el tratamiento de esta disposición y su aplicación, vemos una jurisprudencia comunitaria que, de acuerdo con los tiempos, velozes corrían hacia una privatización, desregulación o liberalización prácticamente invasiva de todo lo que se había llamado entonces “servicio público”. En numerosas situaciones los Estados miembros invocaron el art.90.2 TCE para frenar el tratamiento de la Comisión, muchas veces a través de los poderes que le atribuía el antiguo art. 90.3 TCE en esta materia, actuaba sobre empresas ligadas a un Estado miembro por un alto intervencionismo público estatal. Con el tiempo, los Estados miembros, consiguieron una temporización y un retorno parcial al sistema del art. 90.2TCE, interpretado más a favor de sus intereses tradicionales económicos y sociales.

Pero en la actualidad, el “interés público” se ha “globalizado”. La globalización de los mercados mundialmente considerados pone en cuestión el dispositivo comentado.

En suma, vista la aplicación del antiguo art.90.2TCE, hoy el art.106.2 TFUE, esta disposición presenta los siguientes problemas a que el avance doctrinal de la Comisión y Tribunal deberá enfrentarse:

- 1.- Definición de los servicios de interés económico general (SIEG). Relación con el “interés público globalizado”. Sumisión a las reglas del Tratado en este contexto
- 2.- Poder de apreciación de los Estados de lo que sea “servicio de interés económico general”. Acto de mandamiento para asegurar una misión de este carácter
- 3.- Control de la Comisión Europea y jurisdiccional de esta noción (SIEG) en caso de error manifiesto
- 4.- Criterios de apreciación de la compatibilidad de la financiación estatal con el mercado interior.

A este propósito comentamos brevemente, algunas de las Sentencias del Tribunal más recientes que ofrecen “nuevos parámetros de interpretación” del art.106 TFUE y las cuestiones mencionadas:

1.- Definición de los servicios de interés económico general. Sumisión a las reglas de los Tratados. En Sentencia de 1.7.2010, as. T-568/08 y T-573/08, M6 y TF1:

“En los términos del art.86.2, las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general están sometidas a las reglas de competencia en los límites a la aplicación de las reglas no puede frustrar el cumplimiento en derecho o en hecho de la misión particular que les ha sido impartida, bajo la reserva de que el desarrollo de los intercambios no sea afectado en una medida contraria al interés de la Comunidad. Permitiendo, bajo ciertas condiciones, derogaciones a las reglas del Tratado, art.86.2CE tiende a conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar ciertas, particularmente del sector público, en tanto que instrumento de política económica y social, con el interés de la Comunidad en el respeto de las normas del Tratado.

2.- En Sentencia supra citada, as. T- 568/08 y T-573/08:

“La Comisión en la ausencia de una reglamentación comunitaria armonizada en la materia, no está habilitada para pronunciarse sobre la extensión de las misiones de servicio público incumbiendo al explotador público, a saber el nivel de los costes ligados a este servicio, ni sobre la oportunidad de las elecciones políticas operadas a este propósito, por las autoridades nacionales, ni sobre la eficacia económica del explotador público”.

3.- Poder de apreciación de los Estados de lo que sea “servicio de interés económico general” y el control de la Comisión Europea y jurisdiccional en caso de error manifiesto.

Encontramos en la Sentencia de 16 de diciembre 2010, as.T-231/06 y 237/06, Países Bajos y NOS/Comisión, ya comentada una referencia directa “Los Estados miembros disponen de un amplio poder de apreciación en cuanto a la definición de lo que ellos consideran como

SIEG. Partiendo, la definición de estos servicios no puede estar cuestionada por la Comisión más que en caso de error manifiesto”.

Se confirma esta jurisprudencia en Sentencia posterior de 7 de noviembre de 2012, T-137/10, CBI/ Comisión, donde también afirma que “en materia de competencia los Estados miembros tienen un amplio poder de apreciación cuando a la definición de lo que ellos consideran como servicios de interés económico general, esta definición no puede ser puesta en cuestión por la Comisión más que en caso de error manifiesto. La extensión del control efectuado por el juez de la Unión sobre las apreciaciones de la Comisión en cuanto a la existencia de una misión de servicio público tiende necesariamente en cuenta esta limitación. Este control debe, sin embargo, asegurar el respeto de ciertos criterios mínimos, teniendo, particularmente, la presencia de un acto de poder público investidos a los operadores en causa para un misión de servicio de interés económico general, así como el carácter universal y obligatorio de esta misión.”

4.- Para apreciar la compatibilidad de una financiación estatal de un servicio público con el mercado común a la vista de las normas comunitarias en materia de ayudas de Estado, la cuestión de saber si la empresa SIEG podría cumplir sus obligaciones de servicio público a un menor coste este de pertinencia. El art. 86.2 TCE, contempla para la apreciación de la proporcionalidad de la ayuda estatal, prevenir que el operador cargado de SIEG se beneficie de una financiación que sobrepasa los costes netos del servicio.

Hasta aquí hemos presentado el ciclo de la evolución doctrinal del art.106.2 TFUE de un sector especial como es el de las telecomunicaciones, sometido al derecho comunitario de la competencia.

Con ello hemos conducido el pasado de los monopolios públicos de TC a través del túnel de la liberalización, cuya salida ha derivado y derivará en nuevos cambios al emerger por respuesta a un nuevo orden global y confrontarlo, en su sede el concepto de “interés público global” y de “gobernanza”.

Pero, no es el mercado de las telecomunicaciones el único sector afectado por este proceso.

También el sector de la energía ha centrado la atención de la Comisión Europea, especialmente en la apertura de los mercados del gas y la electricidad, proponiendo opciones para favorecer el acceso a las redes, en este sentido también trata de asegurar la seguridad de los abastecimientos. Los mercados y los problemas de tarificación y otros, nos ofrecen un paisaje deplorable versus la protección del consumidor o usuario

El transporte fluvial, marítimo y aéreo, son prioridades para los ciudadanos de la Unión Europea, su situación también es desde el punto de la competencia un cúmulo de problemas.

Los servicios postales, respecto de los cuales se ha elaborado un marco regulatorio que requiere fomentar más la calidad de los servicios.

Los servicios financieros, elemento capital de crecimiento económico, denostado por su crisis más profunda en la actualidad.

### **“Gobernanza” e “interés público global” motores de un cambio en los presupuestos tradicionales del análisis del mercado del derecho comunitario de la competencia: interacción de estos conceptos.**

¿Qué contribuciones puede ofrecer el modelo europeo ante una gobernanza en un mundo multipolar, dónde el interés público se ha “globalizado”? ¿cómo puede observarse este cambio vertiginoso en sede del mercado de telecomunicaciones?

El “interés público global” implica la internacionalización de los mercados, si de las afirmaciones generales deseamos descender a ejemplos concretos, cabe afirmar que los cambios tecnológicos decisivos para la aparición y funcionamiento de la sociedad de la información han sido el creciente uso de información en forma digital, el incremento vertiginoso de las redes

electrónicas y la creación de la telaraña mundial (World, Wide Web), conocida abreviatura WWW<sup>4</sup>.

Por tanto, con esa descolocación de los servicios e instantaneidad prestada, con esa universalidad, estamos rompiendo un viejo presupuesto del derecho comunitario de la competencia: la noción de “relevant market”<sup>5</sup> entendida antes, en un horizonte puramente doméstico, como mucho, de mercados nacionales dentro de sus fronteras, cuyo objetivo era superado por el derecho de la competencia tomando como fin el fusionarse en un Mercado interior.

En ese mercado de bienes inmateriales en la sociedad de la información y del comercio electrónico, los derechos de exclusiva que brindan su protección, como las patentes, marcas o signos distintivos, derechos de autor y derechos afines, son sin duda el elemento más novedoso o innovador del comercio electrónico.

Pero si el Derecho comunitario de la competencia ya no tiene como objetivo fundamental alcanzar el Mercado Interior, porque ya existe y ha sido superado debido a la “globalización” de las telecomunicaciones ¿cuál es la finalidad del derecho y política de la competencia?. Quid de la preservación de la unidad del Mercado Interior en un entorno de mercado mundial?

De otra manera, ¿Cuál es hoy el test econométrico que debe realizar la autoridad comunitaria para concluir que existe violación de las reglas de la

competencia, en particular, del art.86.2 TFUE en relación al art.106.2 TFUE para enjuiciar “un abuso de posición dominante en el mercado”?

A mi entender, nada más trascendental y constructivo es revisar en esta nueva era los criterios para las autoridades comunitarias que aplican el derecho comunitario de la competencia y que a mi juicio de “lege ferenda” deben buscar cuatro finalidades prioritarias:

1.- Vincular el desarrollo de las telecomunicaciones al crecimiento de empleo, ya que en muchas ocasiones se presenta justamente al contrario. La dignidad de la persona, por tanto el disfrutar de un puesto de trabajo, debe ser el centro de las preocupaciones y del respeto a los derechos humanos, también en una política de competencia para las telecomunicaciones.

2.- El imperativo principal ya no es construir el Mercado interior, sino dar un salto cualitativo hacia la Unión de ciudadanos europeos. Y por ello, y aunque pueda parecer muy evidente, la protección de consumidores y usuarios, debiera ser para toda política de competencia una de sus claras prioridades.

3.- En materia social, la política de competencia aplicada a las telecomunicaciones, debiera obtenerse “el acceso universal a la WWW” para todos los habitantes del planeta, objetivo solidario en el marco de la globalización y de los imperativos para las SIEG.

4.- En materia de innovación y competitividad del sector, favorecer la cooperación industrial bajo el prisma de la obtención de precios más bajos y mayor calidad y el crecimiento tecnológico.

Un “interés público global” es el que tiene en cuenta todas esas repercusiones para poder defender que tanto la política comunitaria de la competencia, como su dispositivo para los servicios SIEG se está adaptando a las circunstancias de la “crisis actual”.

---

<sup>4</sup> AA.VV , Gómez Segade, J.A (dir.); **Comercio Electrónico en Internet**, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp.23.

<sup>5</sup> La noción de “relevant market” acuñada por la doctrina de la Comisión y del Tribunal, a partir en especial del conocido asunto “Continental Can” y como ha manifestado en su Comunicación de 15 de octubre de 1997, DOCE 372 de 9 de diciembre de 1997, obliga a la Comisión a hacer un análisis cada vez más complejo y económico de sus aspectos geográficos, temporales y estructurales, sobre este último, consiste en analizar cual es la naturaleza del producto en cuestión, aplicando criterios de sustituibilidad de los productos ente sí, para determinar finalmente el mercado considerado. AA.VV, dirs. ABELLAN HONRUBIA, V.; VILÀ COSTA, B.; **Lecciones de Derecho Comunitario Europeo**, Ariel Derecho, Barcelona, 3º edición p.297.

## La “buena gobernanza” en el sector de las telecomunicaciones. Principios y orientaciones.

Ahora nos disponemos a tratar la noción de “buena gobernanza” en el sector TC, y de sus principios en el seno de las telecomunicaciones, un fundamental ejemplo es: el **“principio de separación de actividades de reglamentación y de explotación de las empresas SIEG”**.

Ya en el *asunto BT* se puso de manifiesto, la existencia de un conflicto de intereses resultante de la delegación del Estado a favor de BT de un poder reglamentario sobre el mercado de equipos y servicios de terminales – homologación de terminales, fijación de tarifas y de especificaciones técnicas – este cúmulo había tenido una incidencia directa sobre la actividad de otros competidores.

El principio de “separación de funciones de reglamentación y explotación” significa que ningún actor económico debe ser a un tiempo “juez y parte” en el nuevo entorno anticompetitivo, en el que las empresas SIEG suministran ya servicios ya equipos junto a otros operadores económicos. Este principio se plasmó de buen inicio en las Directivas 88/301CEE y Directiva 90/388CEE por lo que los Estados debían encargar a una independiente dichas funciones reglamentarias.

En el as. RTT/GBINNO BM el TJCE se pronuncia “un sistema de competencia no falseada como el previsto en el Tratado CEE, no puede garantizarse más que si la igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores económicos está garantizada. Confiar a un empresa que comercializa equipos terminales, la tarea de formalizar especificaciones a que deban conformarse, controlar su aplicación y homologar aparatos, equivale a conferir el poder de determinar a su conveniencia los equipos susceptibles de ser conectados a la red pública, y a otorgarle una ventaja evidente sobre sus competidores”.

Por tanto, necesitamos un poder reglamentario que sea garantista de los derechos de los usuarios, y que preste una buena “gobernanza” al sector en un espacio globalizado, organizado inteligentemente en el nivel nacional como internacional.

Pero además, se necesita un nivel de cooperación entre autoridades comunitarias y las autoridades nacionales de defensa de la competencia, un primer paso de carácter general que se estableció en la Comunicación de 13 de febrero de 1993<sup>6</sup> y posterior Comunicación de 10 de octubre de 1997<sup>7</sup>. En el sector de las telecomunicaciones es francamente difícil obtener esa cooperación de “forma efectiva”, sobre todo para ponerse de acuerdo y decidir cuando se está en presencia de un “interés comunitario” o “dimensión comunitaria” en el “caso” que se examina.

Con el peso que va ganando la “buena gobernanza” prospera la cooperación internacional y así lo ha constatado la UNCTAD en su “Nota sobre las modalidades y procedimientos de cooperación internacional en los asuntos de competencia que afectan a más de un país”, que aparece en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo de 26 de abril de 2013.

Pero observemos los beneficios que otorga en un l caso, el efecto positivo de la cooperación internacional entre autoridades. De ejemplo ilustrativo, es la propuesta de crear una empresa conjunta de Río Tinto y BHP Billiton.

La cooperación y coordinación entre la Comisión de Defensa de la Competencia y el Consumidor Australiano, la Comisión Europea, la Oficina Federal de Cárteles de Alemania, la Comisión de Comercio Leal de Japón y la Comisión de Comercio Leal de Corea hicieron posible que todos los organismos adoptasen la misma medida correctiva con respecto a la propuesta de esas empresas de crear una empresa conjunta, lo que obligó a los solicitantes a retirar su solicitud en octubre de 2010.

Fue la Comisión Leal de Corea quien tomó la iniciativa de compartir sus conclusiones con las demás autoridades, lo que incrementó la presión sobre las dos empresas para que cedieran ante la fuerza de la actuación coordinada y retirasen la propuesta de acuerdo. Este ejemplo demuestra la fuerza de la cooperación entre distintas autoridades nacionales en la tramitación de los casos de competencia.

---

<sup>6</sup>DOCE C 39 de 13 de febrero de 1993

<sup>7</sup>DOCE C 313 de 15 de octubre de 1997

En cuanto a las “formas” de cooperación internacional entre autoridades podemos encontrar:

- 1.- La tradicional basada en el conjunto de principios y normas equitativas de los Convenios multilaterales.
- 2.- La basada en la Recomendación de la OCDE de 1995 sobre Cooperación en la aplicación del derecho de la competencia.
- 3.- Los mecanismos multilaterales surgidos de: la Red Internacional de Competencia, la Organización de la Cooperación y Desarrollo Económico y la UNCTAD.
- 4.- La nueva generación de Acuerdos de Cooperación promovidos por los Estados Unidos de América y la Red Europea de la Competencia. La Red Europea de la Competencia (REC), opera en virtud del mandato de los arts. 101 y 102 del TFUE basándola entre la UE y los órganos reguladores nacionales de la competencia.

Podemos afirmar, que en un ámbito donde tan celosos se muestran los Estados como es el terreno del derecho de la competencia, justificado por razones de su proximidad a la noción de orden público económico e internacional, está emergiendo el principio de **cooperación entre autoridades**, que tan ligado aparece a nuestra disciplina y tan incipiente pero real y cargado de buenas expectativas futuras en su aplicación para la buena gobernanza del derecho de la competencia y el interés público global.

## **Naciones Unidas, intervención humanitaria y principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional**

Antonietta Elia\*  
Investigadora Invitada Post-Doctorado  
Universidad de Santiago de Compostela

“Il n’y aura pas de paix sur cette planète tant que les droits de l’homme seront violés en quelque partie du monde”, subrayaba con fuerza uno de los padres de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, R. Cassin. Es con su adopción por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas que la garantía y la protección de los derechos humanos, así como la prevención de sus vulneraciones asumen el eje central del ordenamiento jurídico internacional.

En el mismo tiempo, se asume la estrecha y recíproca vinculación existente entre el respeto de los derechos humanos y “el mantenimiento de la paz y de la seguridad colectiva” (art.1.1, línea 1 de la Carta de Naciones Unidas). En el continuo proceso de organización y estructuración de la comunidad internacional en el marco del sistema de Naciones Unidas (entendida como la sede de la “comunidad internacional organizada”), esta vinculación ha ido siempre más intensificándose, hasta el punto de necesitar acciones de garantía que conllevan una parcial reconsideración de algunos principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional.

Nos referimos a la dicha “intervención humanitaria” llevada a cabo por los Estados miembros de la comunidad internacional organizada, con el fin de poner fin a las graves violaciones de derechos humanos en acto fuera de su propio territorio, siendo los derechos humanos y su protección interés público de la comunidad internacional.

---

\* Dra en Derecho Internacional y Derecho Interno en Materia Internacional, Universidad de Salerno; Investigadora Invitada Post-Doctorado, Universidad de Santiago de Compostela; Investigadora Contratada Universidad de Calabria. Con el fin de facilitar su consultación, en el presente formato breve de la comunicación se han omitido las notas a pie de página y las referencias se incluyen, en la medida de lo posible, en el texto de la misma.

Que se entiende, o mejor dicho, como se puede definir el concepto de “intervención humanitaria” en el marco de Naciones Unidas? Y sobre todo, puesto que exista o sea en fase de consolidación, se le podría considerar un mecanismo de protección del interés público al respeto de los derechos humanos? En lo afirmativo, ¿qué naturaleza tendría? ¿Cuál serían sus límites frente a los principios estructurales del ordenamiento jurídico internacional tal y como el non uso de la fuerza o la no intervención en los asuntos internos de otro Estado?

Antes de todo, estimamos sea oportuno fijar el marco de esta contribución sobre Naciones Unidas e “intervenciones humanitarias”. Puesto que no se trata de una variación supuestamente terminológica, estimamos sea más apropiado para describir la orientación actual sobre el tema, tanto en la doctrina como en la practica de las relaciones internacionales. Nos parece oportuno también y no solo por cuestiones metodológicas, separar los dos terminos, teniendo en cuenta que en el primero se incluyen una serie de acciones implicantes y no el recurso al uso de la fuerza que la comunidad organizada esta legitimada a adoptar para prevenir y sancionar amenazas a la paz y a la seguridad internacionales en el marco del sistema de garantías colectivas creado por la Carta de Naciones Unidas (Cap. VI y VII); mientras que el segundo constituye una calificación/justificación del *agēre* mismo de la comunidad internacional.

La Carta de Naciones Unidas es el “tratado Constitutivo de la Comunidad internacional”, siendo sus fines y principios aquellos de la comunidad internacional en su conjunto (C.P. Economidès, 2009; P.-M. Dupuy, 2002). La determinación a mantener la paz y la seguridad internacional por el medio de “medidas colectivas eficaces” (art.1.1 de la Carta) ha sido recientemente reiterada por los Estados miembros reunidos en la Asamblea General. Con la Resolución 67/1 de Septiembre 2012 sobre “The Rule of Law at the National and International Levels”, se reafirma la necesidad de establecer “a just and lasting peace all over the world, in accordance with the purposes and principles of the UN Charter”, entre los cuales la igualdad de los Estados, el respeto hacia su integridad territorial y la independencia política (A/RES/67/1, parr. 3). El artículo 2.4 de la Carta afirma el principio fundamental del ordenamiento internacional y la obligación

correspondiente para los Estados de no recurrir al uso o al amenaza del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. El mismo artículo subraya que esta obligación subsiste con respecto a la integridad territorial y política de los Estados incluyendo “toda forma incompatible con los fines y propositos de Naciones Unidas de Naciones Unidas”. Entre aquellas formas “compatibles” con la Carta se encuentra el recurso a legítima defensa individual y colectiva bajo el umbral del artículo 51 de la Carta y las medidas implicantes el uso de la fuerza que el Consejo de Seguridad puede adoptar en el marco del Capítulo VII de la Carta. A falta del efectivo desarrollo del sistema establecido por los artículos 42 y siguientes de la Carta, la praxis ha ido recurriendo a las fuerzas militares de los Estados miembros, sobre la base de la obligación de cooperar con la Organización para el cumplimiento de sus fines y objetivos. El escenario internacional muy recientemente y a partir de la decada de los 90 nos ha ofrecido y en la actualidad nos ofrece prueba de diferentes situaciones de graves crisis y violaciones de derechos humanos en el marco de regimenes autoritarios, conflictos internos o situaciones de inestabilidad internas. Frente a ello, la praxis internacional, aunque no de forma unitaria por razones más bien políticas que de conformidad al derecho, ha ido desarrollando (y sigue desarrollando) el principio de intervención humanitaria. Esto es, el recurso al uso de la fuerza legitima en el marco de la legalidad de la Carta de Naciones Unidas y bajo el umbral del Consejo de Seguridad en caso de violaciones graves contra “la comunidad internacional en su conjunto”. Aún no siendo una norma consolidada, lo que se desume de la praxis es la tendencia de ciertos Estados a ejercer una “eterotutela”, en razón de la defensa de normas fundamentales del ordinamiento internacional, tal y como el respeto de los derechos humanos (G. Ziccardi, 2010), interviniendo entonces *uti universi*. Esa tendencia, digamos así, siempre se mueve en el marco de la legalidad internacional cuando se ponga bajo la autorización del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (A. Cassese, 1999; 2011) y siempre teniendo en cuenta que a pesar de su commpatibilidad con la Carta de Naciones Unidas, el recurso al uso de la fuerza siempre queda como último medio de recuperación de la paz y la seguridad internacional (K.Annan, 2004; 2013).

## **Inmunidad vs Impunidad de los altos cargos del Estado por comisión de crímenes internacionales en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia**

Carlos Espaliu Berdud  
Profesor Agregado de Derecho Internacional Público y de la UE  
Universitat Internacional de Catalunya

### **1. Introducción.**

En los últimos años la cuestión de las inmunidades de los altos cargos del Estado en relación con los crímenes internacionales<sup>1</sup> ha pasado a la primera plana en el Derecho Internacional contemporáneo, por varios motivos íntimamente relacionados. En primer lugar, por la creación de varias jurisdicciones internacionales y porque ya se han juzgado en ellas a los primeros altos cargos estatales, incluidos antiguos jefes de Estado. En segundo lugar, porque se están discutiendo algunos temas cercanos a esta problemática en el marco de la codificación, tanto en la Sexta Comisión de la Asamblea General como en la Comisión de Derecho Internacional: la inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado, la obligación de extraditar o juzgar (*aut dedere aut judicare*) y la jurisdicción universal. En esta misma línea, además, conviene mencionar que el Instituto de Derecho Internacional ha emitido varias resoluciones al respecto en los últimos años. En tercer lugar, porque están siendo abundantes los litigios en los que entran en juego las inmunidades en las jurisdicciones nacionales y, como corolario, también en la Corte Internacional de Justicia, entre los Estados.

---

<sup>1</sup> A los efectos de este trabajo, por la expresión *crímenes internacionales* entenderemos -tal como lo hace el Instituto de Derecho Internacional en su Resolución de Nápoles de 2009 sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado y sus agentes en caso de crímenes internacionales (artículo I)- crímenes graves en Derecho Internacional, como el genocidio, los crímenes contra la humanidad, la tortura y los crímenes de guerra, de conformidad con los tratados aplicables o con los estatutos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

En el fondo de esta situación se percibe un conflicto latente entre la soberanía estatal y los intereses nacionales, que resultan protegidos por la institución de las inmunidades, por un lado, y la Comunidad Internacional en su conjunto y los intereses globales, que reclaman la persecución y el castigo de los crímenes internacionales, por el otro lado. Da la sensación que la corriente tendente en la sociedad internacional a la lucha contra los mayores crímenes internacionales, que ha generado una nueva rama en el Derecho Internacional en las últimas décadas, el Derecho Internacional Penal, sigue topando con el obstáculo de la soberanía del Estado, oculta bajo el disfraz de la inmunidad de los altos cargos ante la jurisdicción de Estados extranjeros.

Para descifrar el estado actual en el Derecho Internacional del equilibrio -o el pulso- entre estos dos elementos, consideramos de la mayor utilidad centrarnos en un análisis de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, en particular en sus últimas decisiones al respecto.

Así es, en el asunto *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, la inmunidad penal de los altos cargos de un Estado constituía el marco de la controversia ante la Corte, ya que el 17 de octubre de 2000, la República Democrática del Congo (en lo sucesivo, "el Congo") presentó en la Secretaría de la Corte una demanda contra Bélgica a raíz de la orden de detención internacional dictada el 11 de abril de 2000 por un juez de instrucción belga contra el entonces Ministro de Asuntos Exteriores del Congo, el señor Abdulaye Yerodia Ndombasi. En su sentencia de 14 de febrero de 2002, la Corte falló a favor del Congo al considerar que la adopción y la difusión a nivel internacional de la citada orden de detención constituían, en efecto, violaciones por parte de Bélgica de la inmunidad de jurisdicción penal y de la inviolabilidad de que disfrutaba con arreglo al Derecho Internacional quien era a la sazón Ministro de Asuntos Exteriores del Congo<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, CIJ Recueil 2002, pp. 32-34, párr. 78.*

Asimismo, en el asunto *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, de nuevo las inmunidades de los altos cargos del Estado constituyeron el centro de atención de las consideraciones de la Corte. En esta instancia se trataba de dilucidar, en primer lugar, si el rechazo de las autoridades gubernamentales y judiciales francesas a ejecutar una comisión rogatoria internacional relativa a la transmisión a las autoridades judiciales de Yibuti de un dossier de un caso de asesinato, constituía una violación de un convenio de ayuda mutua judicial en materia penal concluido entre ambos Estados el 27 de septiembre de 1986. Pero Yibuti también pedía a la Corte que dilucidara si las autoridades judiciales francesas, al convocar como testigo al Jefe del Estado de Yibuti, habían violado los principios concernientes a las inmunidades internacionales establecidos por el Derecho Internacional consuetudinario. En su sentencia de 4 de junio de 2008, la Corte juzgó que Francia, al no motivar su rechazo a ejecutar la comisión rogatoria que le presentó Yibuti el 3 de noviembre de 2004 no había respetado sus obligaciones internacionales derivadas del citado convenio de 1986; sin embargo no dio por buenas las otras alegaciones de Yibuti acerca de las inmunidades del Jefe del Estado<sup>3</sup>.

Junto a ello, en el asunto *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, se dilucidaba una controversia relativa al respeto por Senegal de su obligación de perseguir o extraditar a Bélgica al antiguo Presidente de la República de Chad, señor Hissène Habré, por hechos calificados como crímenes de tortura y crímenes contra la humanidad. A la postre, en su sentencia de 20 de julio de 2012, la Corte señaló que Senegal, por no haber procedido a una investigación preliminar con el fin de establecer los hechos relativos a los crímenes que habría cometido el señor Hissène Habré, y por no haber sometido el asunto a sus autoridades competentes para el ejercicio de la acción penal, había violado sus obligaciones relativas a la Convención de

---

<sup>3</sup> *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, CIJ Recueil 2008, pp. 246-247, párr. 205.

Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 10 de diciembre de 1984<sup>4</sup>.

Estos tres asuntos han abordado explícitamente la cuestión que nos interesa, pero hay otros que han aportado luz, de forma más o menos directa a algunos puntos centrales en nuestra investigación. En este sentido habría que mencionar, principalmente, al asunto *Immunités juridictionnelles de l'Etat (Allemagne c. Italie) ; Grèce (intervenant)*, donde se trataba de determinar por la Corte si Italia había violado obligaciones jurídicas internacionales por no respetar en su práctica judicial las inmunidades reconocidas a Alemania por el Derecho Internacional. A la postre, la Corte reconoció que Italia, en efecto, no se había ajustado a su obligación de respetar las inmunidades de jurisdicción y ejecución del Estado alemán al permitir que fueran iniciadas acciones civiles o medidas de ejecución contra el Estado alemán o sus bienes fundadas sobre violaciones del Derecho Internacional Humanitario cometidas por el Reich alemán en Italia y Grecia durante la Segunda Guerra Mundial<sup>5</sup>. Pero también se debe mencionar en esta línea a los asuntos de la *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*<sup>6</sup> y la *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies*<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, CIJ Recueil 2012, párr. 122.

<sup>5</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat, (Allemagne c. Italie) ; Grèce (intervenant)*, arrêt, CIJ Recueil 2012, párr. 139.

<sup>6</sup> La Corte dictó su opinión consultiva de 29 de abril de 1999 a petición del Consejo Económico y Social, considerando que la sección 22 del artículo VI de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas era "aplicable" en el caso de Dato' Param Cumaraswamy, jurista malasio, quien había sido nombrado Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1994 y tenía "derecho a inmunidad judicial respecto de las palabras pronunciadas por él durante una entrevista aparecida en una publicación en noviembre de 1995 (*Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, ICJ Reports 1999*, pp. 89-90, párr. 67).

<sup>7</sup> La Corte emitió una opinión consultiva el 15 de diciembre de 1989, a instancias del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en la que expresó la opinión de que la



A la hora de sistematizar la jurisprudencia de la Corte, debemos comenzar por la determinación de los diferentes intereses en juego y la atribución de su posible titularidad. A continuación, habrá que examinar qué normas internacionales ha identificado la Corte en la materia, su naturaleza y su alcance. A renglón seguido convendrá averiguar qué normas prevalecerían en caso de oposición en la práctica entre las normas que garantizan las inmunidades y las normas que imponen la obligación de perseguir los crímenes internacionales. Finalmente, a la luz de las consideraciones aportadas en cada uno de los apartados anteriores, brindaremos unas conclusiones.

## **2. La cuestión de los intereses protegidos y su titularidad.**

En el asunto de las *Immunités juridictionnelles de l'Etat*, la Corte, al pronunciarse sobre las inmunidades del Estado -que están estrechamente ligadas a las de los altos cargos que lo representan<sup>8</sup>-, advirtió que jugaban un papel importante en Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales y que sus reglas procedían del principio de la igualdad soberana de los Estados, reflejado en el artículo 2.1 de la Carta de las Naciones Unidas. Para la Corte, este principio debe ser considerado conjuntamente con el de la soberanía del Estado sobre su propio territorio; soberanía de la cual deriva un poder de jurisdicción acerca de los hechos que se producen sobre su suelo y sobre las personas que allí se encuentran. De esta forma, concluye la Corte, « [I]’immunité peut constituer une

---

sección 22 del artículo VI de la Convención sobre prerrogativas e inmunidades de las Naciones Unidas era aplicable al caso del Sr. Dumitru Mazilu en su calidad de Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías (*Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, CIJ Recueil 1989*, pp.198-199, párr. 61).

<sup>8</sup> Como lo advierte la Secretaría de la Organización de las Naciones Unidas en su memorando *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado* elaborado a solicitud de la Comisión de Derecho Internacional, históricamente, el principio de la inmunidad de los Estados, una novedad del siglo XIX, encuentra su origen en la inmunidad personal del soberano o Jefe de Estado (*Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado*, Memorando de la Secretaría, Documento A/CN.4/596, párr. 28).

dérogation au principe de la souveraineté territoriale et au pouvoir de juridiction qui en découle »<sup>9</sup>.

Por lo tanto, de comprender adecuadamente el espíritu de las palabras de la Corte, si la jurisdicción se refiere al ejercicio por un Estado de su competencia para prescribir, aplicar jurisdiccionalmente o ejecutar leyes, el concepto de inmunidad parece dirigirse a lograr el resultado inverso, a saber, evitar el ejercicio de la jurisdicción. En este sentido, la inmunidad funcionaría como barrera o impedimento para el ejercicio de su jurisdicción por parte de un Estado, particularmente con respecto a la competencia jurisdiccional y la competencia de ejecución. Pues, como lo ha recordado esta alta instancia, el derecho de la inmunidad revestiría un carácter esencialmente procedimental; en concreto, “[i] régit l’exercice du pouvoir de juridiction à l’égard d’un comportement donné, et est ainsi totalement distinct du droit matériel qui détermine si ce comportement est licite ou non.”<sup>10</sup>.

En cuanto a la cuestión de los *intereses protegidos por la inmunidad*, se puede advertir que la Corte sostiene sistemáticamente que, con independencia de si se trata de una inmunidad diplomática, o de los altos cargos del Estado o de un funcionario o agente de una organización internacional, aquella es concedida para garantizar el correcto ejercicio de las funciones atribuidas a la persona de que se trate. La Corte acoge, por tanto, la teoría de la funcionalidad como fundamento del reconocimiento de inmunidades, de acuerdo con la tendencia moderna, frente a las teorías de la extraterritorialidad o de la representatividad, que históricamente también han sido avanzadas para sustentar estas excepciones al principio de la jurisdicción del Estado del foro<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, en el asunto de la *Orden de detención de 11 de abril de 2000*, la Corte afirmó que, de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario, las inmunidades de

---

<sup>9</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat, (Allemagne c. Italie) ; Grèce (intervenant), arrêt, CIJ Recueil 2012*, párr. 57. En este trabajo, cuando citemos un texto extenso lo entresacaremos. Por el contrario, cuando se trate de un texto breve, preferimos citarlo sin entresacado, para favorecer una lectura cómoda y fluida.

<sup>10</sup> *Ibid.*, párr. 58.

<sup>11</sup> Véase, a este respecto: *Inmunidad de jurisdicción penal extranjera de los funcionarios del Estado...*, *doc. cit.*, nota 8, párrs. 20-23.

los Ministros de Asuntos Exteriores no les eran reconocidas “en su beneficio personal, sino para garantizar el desempeño eficaz de sus funciones en nombre de sus respectivos Estados”<sup>12</sup>.

En relación ahora con la *titularidad de los intereses protegidos* por la inmunidad, cabe constatar que para la Corte aquella pertenece al Estado<sup>13</sup> en el caso de inmunidades de altos cargos -como acabamos de ver en la cita anterior del asunto de la *Orden de detención* en cuanto a los Ministros de Asuntos Exteriores-, o bien a la entidad a la que la persona representa y para la que ejerce sus funciones. De este modo, tratándose de las Naciones Unidas, la Corte ha señalado en varias ocasiones, sobre la base de las disposiciones de la Convención sobre los privilegios e inmunidades de las Naciones Unidas, que los privilegios e inmunidades de los funcionarios o agentes eran concedidos en interés de la Organización y no de los individuos concretos<sup>14</sup>. Argumento que viene reforzado si se piensa, además, que, según la Convención, corresponde a las autoridades de las Naciones Unidas la renuncia de la inmunidad.

Pasando al otro lado, al lado de la impunidad, y comenzando por los intereses protegidos por ella, debemos referirnos al asunto relativo a las *Cuestiones concernientes a la obligación de perseguir o extraditar*, donde

---

<sup>12</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *CIJ Recueil 2002*, p. 22, párr. 53.

<sup>13</sup> En el caso de las inmunidades de otros órganos estatales, la Corte ha señalado recientemente : « L'Etat qui entend invoquer l'immunité pour l'un de ses organes est censé en informer les autorités de l'autre Etat concerné. Cela devrait permettre à la juridiction de l'Etat du for de s'assurer qu'elle ne méconnaît aucun droit à l'immunité, méconnaissance qui pourrait engager la responsabilité de cet Etat. Par ailleurs, l'Etat qui demande à une juridiction étrangère de ne pas poursuivre, pour des raisons d'immunité, une procédure judiciaire engagée à l'encontre de ses organes assume la responsabilité pour tout acte internationalement illicite commis par de tels organes dans ce contexte. » (*Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*, arrêt, *CIJ Recueil 2008*, p. 244, párr. 196).

<sup>14</sup> *Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989*, pp. 192-197, párrs. 43-55 ; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999*, pp. 81-84, párrs. 38-46.

la Corte sostuvo, en relación con la Convención contra la tortura, que los Estados partes en ella poseen un interés en asegurar la prevención de actos de tortura y, si tales actos se cometen, en que sus autores “ne bénéficient pas de l'impunité, quelle que soit la nationalité de ces auteurs ou celle de leurs victimes, et quel que soit le lieu où les infractions alléguées ont été commises”<sup>15</sup>.

Acerca de la titularidad de esos intereses jurídicos, en este mismo caso, la Corte precisó que se trataba de unos intereses comunes y extrajo importantes consecuencias de este hecho. En efecto, se señala que el conjunto de los Estados partes posee un interés jurídico en que los derechos en causa sean protegidos y que las obligaciones correspondientes pueden ser calificadas de obligaciones *erga omnes partes*, en el sentido de que cualquiera que sea el asunto, cada Estado parte tiene un interés en que esas obligaciones sean respetadas<sup>16</sup>. A este respecto, la Corte estima que las disposiciones de la Convención contra la tortura son comparables a las de la Convención sobre el genocidio, y cita un extracto de su opinión consultiva en el asunto de las *Reservas a la Convención sobre el genocidio*, según el cual en tal tratado «les Etats contractants n'ont pas d'intérêts propres ; ils ont seulement tous et chacun, un intérêt commun, celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la convention. » (*Reserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, CIJ Recueil 1951*, p. 23.)<sup>17</sup>. A mayor abundamiento, la Corte llega hasta afirmar que ese interés común implica que cada uno de los Estados partes pueda invocar la responsabilidad internacional del Estado infractor y pedirle que ponga fin a su incumplimiento<sup>18</sup>. E, incluso, en un *dictum* histórico, la Corte determina, por primera vez en su historia, una norma de *jus cogens*. En efecto, en el párrafo 99 de esta misma decisión se afirma que: “Selon la Cour, l'interdiction de la torture relève du droit international coutumier et

---

<sup>15</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *CIJ Reports, 2012*, párr. 68.

<sup>16</sup> *Ibid.*

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

<sup>18</sup> *Ibid.*, párr. 69.

elle a acquis le caractère de norme impérative (*jus cogens*). »<sup>19</sup> A nadie se le escapa la trascendencia de dicha afirmación, sobre la que volveremos en otro apartado de este trabajo.

### **3. La existencia de normas sobre la materia y su alcance.**

Comenzando por la existencia de normas que regulen las inmunidades de los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno y Ministros de Asuntos Exteriores, hay que partir del dato de que el conjunto de tales normas tiene naturaleza consuetudinaria, aunque en algún caso concreto algunas de ellas aparezcan también en algún tratado, pero de una forma dispersa, pues ninguno regula la materia de manera general, tal como reconoció la Corte en el asunto de la *Orden de detención* en lo tocante a los Ministros de Asuntos Exteriores<sup>20</sup>. Dando un paso más allá, la Corte, en atención a las funciones que desempeñan estos altos cargos, concluyó que, por toda la duración del ejercicio de las mismas, se benefician de una inmunidad de jurisdicción penal y de una inviolabilidad totales en el extranjero, que le protegen de todo acto de autoridad de la parte de cualquier otro Estado que pudiera suponer un obstáculo al ejercicio de sus funciones. Asimismo, la Corte reforzó el alcance absoluto de la inmunidad advirtiendo que cubre todos los actos del Ministro, sin que se pueda operar ninguna distinción entre los actos realizados a título oficial o privado<sup>21</sup>. Esa inmunidad penal absoluta rige con independencia de la gravedad de los crímenes supuestamente cometidos, incluso aunque se trate de crímenes internacionales<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> *Ibid.*, párr. 99.

<sup>20</sup> A este respecto, véase: *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *CIJ Recueil 2002*, p. 21, párr. 52.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 22, párrs. 54-55.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 24, párr. 58. En un nuevo *dictum*, la Corte distinguió asimismo entre competencia de los tribunales nacionales y la inmunidad. Para ella, la competencia que reciben los tribunales nacionales de los tratados internacionales no afecta a las inmunidades resultantes del Derecho Internacional consuetudinario relativas a los Ministros de asuntos Exteriores, que continúan siendo oponibles ante aquellos tribunales de un Estado extranjero que hayan recibido competencia de aquellos tratados. Entendemos que dicha competencia,

En lo que concierne a la existencia de normas internacionales que luchan contra la impunidad, no es necesario exponer ni analizar la jurisprudencia de la Corte, pues es evidente que existen diversos tratados internacionales cuyo objeto es erradicar los crímenes internacionales mediante su castigo y que varios de ellos han constituido el objeto de debate en diversos asuntos ante la Corte, como, por ejemplo, el de las *Cuestiones concernientes a la obligación de perseguir o extraditar*, en relación con la Convención contra la tortura. Por supuesto, para determinar el alcance de tales instrumentos habrá que estar al contenido de las disposiciones que en cada uno de esos tratados figuren. Aunque, a modo de ejemplo, juzgamos interesante presentar el alcance que para la Corte tiene la Convención contra la tortura, que ella misma avanza que puede ser equivalente al de otros tratados destinados a la persecución de los crímenes internacionales<sup>23</sup>. Así, para la Corte, los Estados parte en la Convención contra la tortura, desde el momento en que quedan ligados por la misma asumen la obligación de incriminar la tortura y de establecer su competencia al respecto. Esta obligación posee sobre todo un carácter preventivo y disuasorio porque, al dotarse del arsenal jurídico necesario para perseguir este tipo de infracción, « les Etats parties garantissent l'intervention de leur système judiciaire à cet effet et s'engagent à coordonner leurs efforts pour éliminer tout risque d'impunité »<sup>24</sup>. En la instancia concreta, la Corte declaró que Senegal, al haber adoptado tarde la pertinente legislación interna, había violado las disposiciones de la Convención y por lo tanto incurrido en responsabilidad internacional<sup>25</sup>.

Pero de mayor interés aún que la estimación del alcance de las disposiciones convencionales de los tratados que persiguen los crímenes internacionales es el hecho de que, en este mismo asunto, como sabemos, la Corte constatará que la prohibición de la tortura había adquirido el carácter de norma imperativa, señalando, además, que la misma posee

---

de esta forma, sólo será efectiva para personas que no gocen de inmunidades reconocidas por el Derecho Internacional (véase *ibid.*, pp. 24-25, párr. 59).

<sup>23</sup> *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, *CIJ Reports, 2012*, párr. 75.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> *Ibid.*, párrs. 76-78 y 122.

naturaleza consuetudinaria<sup>26</sup>. No obstante, en la instancia, las circunstancias del caso llevaron a la Corte a basar su competencia para conocer de la controversia entre las partes en el art. 30.1 de la Convención contra la tortura y no en ningún otro título competencial, por lo que sólo se limitó a resolver sobre las posibles violaciones de disposiciones concretas de la Convención. De esta manera, la Corte, como es lógico, no entró a analizar el alcance de las obligaciones de los Estados derivados de la norma consuetudinaria que prohíbe la tortura y, por ende, mucho menos aún de las posibles violaciones de esa norma cometidas por las partes en el asunto concreto. Por ello, al analista de la jurisprudencia de la Corte le queda un regusto amargo. Pues después de habernos mostrado el manjar exquisito constituido por su *dictum* histórico sobre la existencia de las normas de *jus cogens* y su concreción, por ejemplo, en la prohibición de la tortura, se nos retiran de la mesa esos tesoros culinarios. De esta forma, no podemos continuar analizando las consecuencias jurídicas que se derivan de aquel hecho en relación con el alcance de las obligaciones dimanantes de la norma consuetudinaria que prohíbe la tortura, en concreto, en el marco de la impunidad. No nos queda más remedio que esperar a futuros desarrollos jurisprudenciales de la Corte en otros asuntos.

#### **4. El conflicto de las normas relativas a la inmunidad y las normas que persiguen la impunidad.**

En el apartado anterior se ha podido apreciar como la jurisprudencia de la Corte ha puesto de manifiesto la existencia de normas internacionales que conceden inmunidades a los altos cargos del Estado y al mismo tiempo de las normas destinadas a perseguir los crímenes internacionales, por lo que para presentar el cuadro completo de la jurisprudencia de la Corte conviene estudiar los criterios que se desprenden de esa jurisprudencia para los casos de conflicto entre ambos tipos de normas. En realidad, esta situación se ha planteado en casi todos los asuntos que hemos ido estudiando y la Corte los ha ido resolviendo todos de manera unívoca: reconociendo, de hecho, la primacía a las normas que

conceden la inmunidad sobre aquellas que luchan contra la impunidad por brindar a los tribunales competencia para conocer de los crímenes internacionales, incluso aunque las normas supuestamente violadas por los altos cargos sean reconocidas como de *jus cogens*.

En efecto, para la Corte, ambos tipos de normas actúan en planos distintos, por lo que no pueden llegar a oponerse. Tal como lo ha recordado en su reciente decisión en el asunto de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado*, una regla de *jus cogens* es una regla que no puede ser derogada, pero las reglas que determinan el alcance y la extensión de la jurisdicción así como las condiciones en las que esa jurisdicción puede ser ejercida no derogan las reglas de naturaleza material que tengan rango de *jus cogens*. Sin embargo, tampoco hay nada intrínseco a la noción de *jus cogens* que imponga la modificación o la no aplicación de aquellas reglas jurisdiccionales<sup>27</sup>. Y recordando su sentencia en el asunto de la *Orden de detención*, ha advertido que, entonces, sin mencionar expresamente la noción de *jus cogens*, ella juzgó que el hecho de que un Ministro de Asuntos Exteriores estuviera acusado de crímenes contrarios a normas indudablemente con valor de *jus cogens*, no impedía a la República democrática del Congo solicitar que el interesado se beneficiara de la inmunidad, de conformidad con el Derecho Internacional consuetudinario<sup>28</sup>.

No obstante, la Corte se ha preocupado de subrayar que la inmunidad jurisdiccional del Ministro de Asuntos Exteriores no equivale a impunidad respecto de los delitos que aquellas personas puedan haber cometido. Para la Corte, la inmunidad jurisdiccional puede impedir el procesamiento durante un cierto período de tiempo, pero no puede exonerar a la persona a la que se aplique de toda responsabilidad penal. En concreto, las inmunidades de las que se beneficia en Derecho Internacional un Ministro o antiguo Ministro de Asuntos Exteriores no impiden que la responsabilidad penal sea investigada en ciertas circunstancias. Así, en primer lugar, el interesado no se beneficia de ninguna inmunidad de

---

<sup>26</sup> *Ibid.*, párr. 99.

<sup>27</sup> *Immunités juridictionnelles de l'Etat, (Allemagne c. Italie) ; Grèce (intervenant), arrêt, CIJ Recueil 2012, párr. 95.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

jurisdicción penal en su propio país y puede ser llevado ante sus tribunales conforme a las reglas del derecho interno. En segundo lugar, aquellos actores no gozarán más de aquella inmunidad de jurisdicción en el extranjero si el Estado que representan o han representado decide levantarla. En tercer lugar, desde que una persona ha cesado de ocupar la función de Ministro de Asuntos Exteriores, no se beneficia ya de la totalidad de las inmunidades de jurisdicción que le acordaba el Derecho Internacional en los otros Estados, pues perderá la inmunidad de jurisdicción para los actos realizados antes o después del período del ejercicio de sus funciones, así como para los actos que, aunque hayan sido realizados durante ese período, lo fueron a título privado. En cuarto lugar, un Ministro de Asuntos Exteriores o antiguo Ministro de Asuntos Exteriores puede ser objeto de persecución penal ante ciertas jurisdicciones penales internacionales siempre que aquellas sean competentes<sup>29</sup>.

## **5. Conclusiones.**

En los últimos años, la creciente litigiosidad entre los Estados en las jurisdicciones internas con motivo del respeto de las inmunidades de los altos cargos en casos de supuesta comisión de crímenes internacionales se ha traducido en un aumento de controversias ante la Corte Internacional de Justicia con ese mismo telón de fondo. De esta forma, ha surgido una rica jurisprudencia en la materia que nos permite profundizar en la relación entre inmunidades e impunidades y dar respuesta a la mayoría de las preguntas en cuanto a la virtualidad y al alcance de ambas figuras.

De acuerdo con esta jurisprudencia, la titularidad de las inmunidades es estatal y sirve al correcto desempeño de las relaciones internacionales, por lo que se subraya su fundamento funcional. Por el contrario, las normas que intentan erradicar la impunidad por la comisión de crímenes internacionales traducen intereses generales cuya titularidad pertenece a la comunidad internacional, por muy difusa y vaga que sea esta fórmula.

La fuerza de la lucha contra la impunidad, en el pulso que libran contra la inmunidad en el Derecho Internacional contemporáneo, se ha visto reforzada por el reconocimiento por parte de la Corte de que la norma que prohíbe la tortura en el Derecho Internacional contemporáneo posee rango de *jus cogens* y naturaleza consuetudinaria. Sin embargo, la Corte afirma y reafirma que las inmunidades jurisdiccionales atañen a la competencia de los tribunales y no se ven afectadas por el hecho de que las normas supuestamente violadas en casos de crímenes internacionales posean rango de *jus cogens*; circunstancia relativa al fondo de los asuntos.

Como consecuencia de la aplicación de este criterio, que por otro lado es coherente con su jurisprudencia en lo tocante a la determinación de su propia competencia, la Corte está priorizando, aunque sea de una forma indirecta y por la vía de hecho, a los intereses estatales frente al interés público global.

---

<sup>29</sup> *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002, pp. 25-26, párr. 61.*

## “Economía verde”: ¿vino viejo en odres nuevos?

Rosa M. Fernández Egea  
Profesora Contratada Doctora  
Universidad Autónoma de Madrid

### Introducción

Uno de los temas protagónicos sobre los que descansó la Conferencia de las Naciones Unidas sobre desarrollo sostenible celebrada hace ya un año en Río de Janeiro, más conocida como “Río + 20”<sup>1</sup>, fue el impulso de una “Economía verde en el contexto del desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza” (en adelante, EV).

La EV es una Iniciativa auspiciada en 2008 por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)<sup>2</sup>, que tiene como fin promover el bienestar humano y la equidad social, a la vez que se reducen significativamente los riesgos medioambientales y la escasez ecológica. Será “verde” aquella economía que produzca bajas emisiones de gases de efecto invernadero, que utilice los recursos de forma eficiente –dotando de valor económico, por ejemplo, a los bienes públicos globales- y que permita la inclusión social de todas las personas. Se concibe como un instrumento para lograr los objetivos y las metas sociales, económicas y

---

<sup>1</sup> Los detalles concretos de los eventos y programación de la Conferencia pueden consultarse en la página de la Conferencia: <http://www.uncsd2012.org/rio20/> y en la página Earth Negotiation Bulletin: <http://www.iisd.ca/uncsd/rio20/enb/>.

pueden verse las críticas de esta Conferencia en: Mark Halle, “Life After Rio: A Commentary”, IISD, Junio 2012 (disponible en: [www.iisd.org](http://www.iisd.org)); y el Editorial “El futuro que queremos necesita más y mejor liderazgo y ambición política”, de la Revista Catalana de Dret Ambiental, vol. III, nº 1, 2012 (disponible en: [www.rcda.cat](http://www.rcda.cat)).

<sup>2</sup> Surgió con el documento “Nuevo Acuerdo Verde Mundial”, que contenía una serie de recomendaciones sobre inversiones públicas, reformas de políticas y precios para fomentar el cambio hacia una economía global de bajo carbono y así afrontar el problema del cambio climático, la creciente escasez de recursos naturales y la crisis alimenticia. Completar referencia.

Sobre el origen de este concepto, v. Unmüssig, *Grüne Ökonomie*, pp. 2 y ss.

medioambientales, y, en particular, para alinear la economía con los Objetivos de Desarrollo del Milenio<sup>3</sup>.

Se presenta, por tanto, como una vía para intentar solucionar los principales males que aquejan a este mundo. Sin embargo, son muchos los interrogantes que quedan abiertos en relación con este nuevo concepto.

Por una parte, se trata de un concepto todavía por definir a nivel internacional<sup>4</sup> y cuya eficacia para alcanzar los objetivos medioambientales y de equidad social que predica es cuestionable, máxime cuando las fórmulas propuestas no cuestionan las raíces profundas del modelo económico insostenible que nos ha sumido en la actual crisis económica, social y ecológica. Por otra parte, no queda clara la relación de la EV con el consolidado concepto de “desarrollo sostenible”, si aporta algo nuevo o pretende sustituirlo, y de ser así, con qué propósito. Lo cierto es que este concepto ha generado posturas escépticas por parte de muchos países del Sur y grupos ecologistas, lo que probablemente explique que la EV no tuviera la acogida esperada en la Cumbre “Río +20”.

### Principales pilares de la eV y su examen crítico

La premisa sobre la que descansa la *Iniciativa para una EV* del PNUMA es que los mercados han funcionado hasta la fecha con la idea equivocada de que los recursos son infinitos y gratuitos, es decir, han operado con señales equivocadas. Según el PNUMA las causas que han ocasionado las crisis ecológicas y alimenticias tienen como origen la asignación incorrecta del capital<sup>5</sup>. Las fallas en el mercado por no internalizar los costes ambientales, así como las inversiones en actividades

---

<sup>3</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 2.

<sup>4</sup> Contamos con los diversos informes del PNUMA y las definiciones de algunos de sus promotores, pero no existe una definición de consenso que surgiera de una Cumbre internacional, como sí ocurre con la noción de “desarrollo sostenible”, plasmada en el Principio 3 de la Declaración de Río: “[e]l derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”.

<sup>5</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 1.

dañinas para el medio ambiente han conducido al agotamiento de los recursos naturales, la degradación y pérdida de los ecosistemas<sup>6</sup>. Por este motivo, la iniciativa del PNUMA propone sacar a los mercados de su error y corregirles el rumbo.

Para ello es necesario reasignar las inversiones públicas y privadas y utilizar una serie de herramientas de mercado tales como cambios en la política fiscal (introducción de incentivos fiscales ambientales, reducción y eliminación de subvenciones a la producción ineficiente y utilización de energía sucia), inversiones en la investigación y desarrollo de los sectores energéticos y ambiental, compensaciones para aquellos que preservan los ecosistemas y sus funciones naturales o la introducción de incentivos para cambiar los sistemas productivos hacia modelos energéticos más eficientes a través de la creación de nuevos mercados de bienes naturales<sup>7</sup>.

Las áreas que requieren una atención prioritaria en la *Iniciativa para una EV* son las energías renovables, la eficiencia energética, el transporte público, la agricultura sostenible<sup>8</sup>, la protección de los ecosistemas, diversidad biológica y conservación del suelo y el agua<sup>9</sup>. Los principales sectores afectados y para los que se proponen diversas medidas son, por tanto, la agricultura, la construcción, la silvicultura o el transporte.

Cobra un especial protagonismo la inversión en energías renovables y en tecnologías de baja emisión de carbono con el fin de sustituir los combustibles fósiles, que son la base de la economía “marrón”. Con ello no sólo se impulsaría la mitigación del cambio climático, sino que también serviría para crear nuevos puestos de trabajo y erradicar la pobreza.

---

<sup>6</sup> Los subsidios de las actividades no sostenibles reducen artificialmente el coste y los riesgos de tales actividades. La eliminación de tales ayudas hará que los inversores pierdan interés en tales negocios. PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 29.

<sup>7</sup> Simon/Drögen, “Green Economy...”, p. 2.

<sup>8</sup> Se han de fomentar las prácticas de cultivo racional, tales como utilizar el agua de forma eficiente, el uso intensivo de nutrientes orgánicos y naturales para el suelo o el control integrado para plagas. PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 7.

<sup>9</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 1.

Por lo que concierne a la financiación necesaria para la transformación de la economía “marrón” a una “verde”, ésta ha de provenir, según el PNUMA, del sector privado, y de ahí que sea necesario confiar en los estímulos de carácter económico<sup>10</sup>. No obstante, las políticas estatales serán vitales para corregir las distorsiones provocadas por los subsidios perjudiciales y los costes ambientales externalizados, así como para servir de impulso inicial<sup>11</sup>. Por otra parte, se deberá confiar en mecanismos de financiación nuevos e innovadores como el Fondo Verde para el Clima, los mecanismos de financiación REDD+; y para asistir aquellos países en desarrollo con acceso limitado a la financiación privada, se utilizarán los bancos multilaterales de desarrollo<sup>12</sup>.

A continuación se examinarán aquellos pilares y premisas de la *Iniciativa para una EV* del PNUMA que resultan más controvertidos.

***“El medio ambiente se protege internacionalizando los costes: aquello que no tiene valor monetario está destinado a ser degradado y sobreexplotado”***

Esta afirmación no es más que la plasmación de la vieja teoría de la “tragedia de los comunes”, según la cual los bienes y servicios que no cuentan con visibilidad económica se subestiman, administran de forma incorrecta y terminan por ser degradados o extinguidos. El daño ambiental ha sido visto tradicionalmente por los economistas como un fracaso de mercado o como una externalidad. La solución que se propone entonces es “internalizar” esos costos ambientales en el mercado y así conseguir una protección para la biodiversidad, mitigar el cambio climático o proteger los bienes naturales<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 34.

<sup>11</sup> Id., p. 35.

<sup>12</sup> Id., p. 36.

<sup>13</sup> Una forma de internalizar estos costos es el principio de “quien contamina paga” que implica que los que generan externalidades negativas al medio ambiente debido a sus actividades económicas deben pagar por ello.

Estas premisas explican el motivo por el cual prácticamente todas las soluciones ofrecidas por el PNUMA para solventar los males ambientales son a través de instrumentos de mercado. Se considera que las medidas de mercado son más eficaces para proteger el medio ambiente porque ofrecen nuevas oportunidades de negocio e incentivos económicos que sirven de “gancho” para atraer la financiación privada y fomentan la eliminación voluntaria de los efectos negativos sobre el medio ambiente, para los agentes privados<sup>14</sup>. Así, por ejemplo, en el sector agrícola se propone crear sistemas de concesión de derechos, cobrar por los servicios de los ecosistemas y por el agua<sup>15</sup>.

El incentivo económico también permite supuestamente la promoción de nuevas tecnologías respetuosas con el medio ambiente. A modo de ejemplo, según el PNUMA la creación de un mercado de carbono a nivel internacional “generará un incentivo importante para seguir invirtiendo en energías renovables”<sup>16</sup>.

Sin embargo, recurrir a soluciones de mercado para solventar los problemas ambientales no se encuentra exento de problemas<sup>17</sup>.

Por una parte, para muchos ambientalistas la protección del medio ambiente no puede solucionarse confiando en que ésta sea rentable para los agentes privados. La búsqueda de la eficiencia económica conduce muchas veces a la ineficacia de la conservación ambiental y, por tanto, a la injusticia social. En la *Iniciativa para una EV* se promueven medidas e incentivos como los mecanismos económicos previstos en el Protocolo de Kyoto<sup>18</sup>. Sin embargo, se ha criticado que verdaderamente estén siendo eficaces desde un punto de vista medioambiental o equitativo, desde la perspectiva social<sup>19</sup>. Cabe cuestionar que tales medidas puedan traer

---

Ello justificado, por ejemplo, que se ponga precio a las emisiones de gases de efecto invernadero para mitigar el cambio climático. Krugman (2010).

<sup>14</sup> Frente a éstas, las medidas reglamentarias de “*command and control*” se consideran inadecuadas por su rigidez e ineficiencia.

<sup>15</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 8.

<sup>16</sup> Id., p. 14.

<sup>17</sup> Lohmann (2009b); art. Kyoto

<sup>18</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 6, p. 14.

<sup>19</sup> Ref artículo Kyoto

beneficios ecológicos por cuanto reflejan el modelo económico que nos ha llevado a esta crisis ambiental<sup>20</sup>.

También se critica que el elemento clave de la EV sea la valoración económica de los bienes ambientales y la mercantilización de los servicios ambientales, que gratuitamente proporciona la naturaleza a todos sus habitantes, con el objetivo de privatizarlos y de crear un mercado mundial de bienes y servicios ambientales<sup>21</sup>. Sirva como ejemplo medidas como el mecanismo REDD+ que convierte los servicios de los bosques en bonos de carbono que las multinacionales compran, venden y llevan a los mercados secundarios especulativos<sup>22</sup>. Pero también se baraja la comercialización de otros “servicios” como la disponibilidad de agua, alimentos y plantas medicinales, la captura de carbono, la regulación climática, la prevención de desastres, o la cultura y el conocimiento de pueblos indígenas.

Esto no es nuevo, la protección del medio ambiente sólo ha interesado en los foros económicos en su consideración de “recurso” o “bien comercializable”<sup>23</sup>. Esta realidad no ha de extrañarnos pues vivimos en una época en la que la mayor parte de las actividades humanas está regida por parámetros mercantilistas; todo tiene un precio, todo puede ser comercializable.

---

Incluso a nivel europeo el mercado de emisiones está teniendo serias dificultades (han bajado mucho el valor de una tonelada de CO<sub>2</sub>, lo que ha forzado a que el PE haya adoptado una decisión de aplazar la subasta de millones de permisos de carbono (artículo ICTSD).

<sup>20</sup> A modo de ejemplo, el mercado de carbono funciona de forma parecida a los mercados financieros. Lohmann (2009b), p. 26.

Ricardo Navarro afirma que “la economía verde no cuestiona las causas fundamentales del problema, sino que las toma como base y sobre ellas propone una serie de tecnologías y procesos que continúan con el crecimiento económico”.

<sup>21</sup> El proceso consiste en tres pasos: poner precio, privatizar y luego vender. Puche, Paco, *La economía verde, última frontera del capitalismo (Los tres actores en Río +20: un baile de máscaras)*, 12/06/12; disponible en [http://www.ecoport.net/Temas\\_Especiales/Economia/La\\_economia\\_verde\\_ultima\\_frontera\\_del\\_capitalismo\\_Los\\_tres\\_actores\\_en\\_Rio\\_20\\_un\\_baile\\_de\\_mascaras](http://www.ecoport.net/Temas_Especiales/Economia/La_economia_verde_ultima_frontera_del_capitalismo_Los_tres_actores_en_Rio_20_un_baile_de_mascaras).

<sup>22</sup> Ref. Iniciativas que, por otra parte, valora el PNUMA en su Informe como medidas a adoptar en el marco de la EV. PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 6, p. 14.

<sup>23</sup> Fernández Egea, *Comercio de mercancías...*, p. 296.



Son muchas las voces, no obstante, que sostienen que los bienes comunes no deberían ser objeto de apropiación de forma que se restrinja su uso en beneficio de algunos agentes privados –ya sea porque se han privatizado o, tratándose de propiedad pública, por encontrarse sometidos a una concesión<sup>24</sup>. Además, el hecho de comercializar con los bienes naturales y ponerles precio, los hace altamente dependientes de las fluctuaciones del mercado.

Se critica que con estas medidas se produce una “comidificación” y cuantificación de la naturaleza que no sólo no es deseable desde un punto de vista ambiental o social (en muchas ocasiones estos procesos de privatización han implicado el desalojo y desplazamiento de las poblaciones indígenas y autóctonas), sino que muchas veces es ficticia dado que los bienes ambientales tales como el agua, la biodiversidad, la vida silvestre o los ecosistemas, o su uso, son difíciles de valorar monetariamente<sup>25</sup>.

En definitiva, con la EV se trata de hacer negocios como siempre, aunque estos negocios se tiñan de color verde<sup>26</sup>.

***“La economía verde demuestra que la protección del medio ambiente no está reñida con el crecimiento y desarrollo económico”***

La *Iniciativa para una EV* pretende desmontar una serie de mitos y malentendidos sobre qué consecuencias económicas puede tener el enverdecer la economía<sup>27</sup>. El principal malentendido, según el PNUMA, es

---

<sup>24</sup> Algunos ejemplos de apropiación son la prohibición o restricción de la libre circulación de semillas entre campesinos –a través de patentar semillas o seres vivos conocidos y usados durante milenios por poblaciones autóctonas- o el cobro por el uso del agua de lluvia. Otro ejemplo reciente doméstico es la tasa por generar energía solar (ref).

<sup>25</sup> Puche

<sup>26</sup> Según Martín-Sosa, “Frente al desastre ambiental provocado por una carrera alocada de crecimiento, que exige consumir cada vez más, competir por nuevos recursos, y hacerlo con el menor coste, se nos plantea una salida económica que busca tras la crisis la reactivación de este crecimiento, basándonos en las soluciones tecnológicas verdes –que en buena parte prometen solucionar esos males ambientales y sociales creados-, en la privatización del bien común y en las medidas de mercado.”

<sup>27</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 2.

que el “enverdecimiento” de la economía obstaculiza la creación de riqueza y las oportunidades laborales. Según los defensores de la EV el desarrollo no está reñido con la calidad ambiental. Es más, las medidas de conservación y protección del medio ambiente se ven como un área de oportunidades económicas. Se insiste en que los sectores verdes ofrecen multitud de oportunidades para invertir, crecer y crear puestos de trabajo<sup>28</sup>. Es más, la EV será un nuevo motor del crecimiento que sirve de fuente de riqueza y de empleo digno, así como vía para erradicar la pobreza.

Según el PNUMA, si se invirtiera el 2% del PIB mundial se podría tener un crecimiento durante el periodo 2011-2050 tan elevado como el que se produciría con el “*business as usual*”, con la diferencia de que apostando por la EV se evitan los riesgos del cambio climático, la escasez de agua, y pérdida de ecosistemas y biodiversidad<sup>29</sup>.

Por lo que hace al impacto sobre el empleo, se sostiene que la EV creará nuevos y más puestos de trabajo (“*green jobs*”) que a la larga superarán la pérdida de empleos de la economía “marrón”<sup>30</sup>. Pero no sólo eso, estos nuevos puestos de trabajo al ser más productivos y eco-eficientes debido a la implementación de las nuevas tecnologías, estarán mejor pagados, conllevando la creación de empleos “dignos”<sup>31</sup>.

Para los críticos de la EV, una de sus principales debilidades es precisamente apostar por el crecimiento económico como solución a la pobreza y a los males ecológicos. Se critica que la EV considere el crecimiento como un fin en sí mismo, lo que comparte con el actual

---

<sup>28</sup> En el Documento del PNUMA se citan varios ejemplos que así lo demuestran. Citar páginas.

<sup>29</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 23.

<sup>30</sup> Así sucederá en los sectores agrícola, forestal, de la construcción, transporte, reciclaje, residuos o de las energías renovables. No así en otros como el sector pesquero, en el que se producirá una pérdida drástica de empleos a corto y medio plazo como consecuencia de la necesaria reducción del exceso de capacidad pesquera. Sin embargo se garantiza la actividad a largo plazo, lo que no ocurriría de proseguir el actual nivel de esquilme de los mares y océanos. PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 12.

<sup>31</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 13.

sistema económico que nos ha llevado a la situación en la que estamos<sup>32</sup>. La economía ha de ser una herramienta para proporcionar objetivos sociales, pero no un valor en sí mismo.

Por otro lado, cada vez son más aquellos que advierten que hemos llegado a unos niveles de sobreexplotación de los bienes naturales que no nos permiten hablar de crecimiento<sup>33</sup>. Esto no es nuevo. Desde hace ya algunas décadas se viene denunciando las implicaciones de un crecimiento exagerado para el medio ambiente. Así, lo hizo en 1972 el Club de Roma en su informe “Límites al crecimiento”, en el que se sostenía la idea de que en un planeta limitado, no es posible un continuo crecimiento económico.

Algunos autores sostienen que la filosofía de que el crecimiento económico conlleva desarrollo y éste contribuye a la protección ambiental, en la actualidad es claramente insostenible<sup>34</sup> y ha de apostarse por un “decrecimiento”<sup>35</sup>.

Según los ecologistas, el paradigma económico dominante propugna la fórmula “más es mejor”, a pesar de que la creación de nuevas necesidades de consumo se enfrenta a una biosfera finita y sobresaturada

---

<sup>32</sup> Naidoo, Greenpeace. No obstante, otros precursores de la EV, como el IUCN, matizan esta afirmación. Según IUCN el crecimiento económico no debiera ser el principal objetivo de la EV, sino la erradicación de la pobreza y el desarrollo sostenible, y considerar el crecimiento económico importante sólo en la medida que permita conseguir estos otros dos objetivos. Ref.

<sup>33</sup> Hace tres décadas que sobrepasamos los niveles de regeneración de los recursos. Ref.

<sup>34</sup> Estévez Araujo (2010). People’s Agreement, World People’s Conference on Climate Change and the Rights of Mother Earth, April 22<sup>nd</sup> 2010, Cochabamba, Bolivia.

<sup>34</sup> Ott/Sach (2000), p. 17.

<sup>35</sup> Idea principal del “decrecimiento”, ideología antiproductivista (ya sea contra un sistema capitalista o socialista), que pretende desmontar la idea sostenida por los defensores del “desarrollo sostenible” que consideran que el crecimiento económico es compatible con la preservación de los recursos naturales siempre y cuando se disminuya el consumo energético (o se cambien las fuentes energéticas, según ahora la EV).

Para Gorz, en la sociedad capitalista, donde se dan parámetros no igualitarios, el crecimiento se plantea como una promesa ilusoria y el no-crecimiento como condena a la mediocridad. Gorz argumenta que el mayor problema no es en sí el crecimiento, sino el comportamiento de competición que organiza incitando a las personas a querer situarse, cada una, por encima de los demás (A. Gorz, “Leur écologie et la nôtre”, *Eco’Rev.* febrero 2000).

que implora medida bajo el lema “suficiente es mejor”<sup>36</sup>. Es necesario, por tanto, revisar los conceptos de “calidad de vida”, basada en un consumo cada vez mayor, y de “sostenibilidad”<sup>37</sup>.

Se cuestiona la idea de que con la EV pueda producirse el “desacoplamiento” entre el crecimiento económico y el uso de recursos, anunciado por sus partidarios. Efectivamente, el crecimiento produce más consumo y por lo tanto mayor utilización de los recursos naturales de una forma superior a su regeneración natural. También genera mayor volumen de residuos, aunque este hecho se presenta en la *Iniciativa para una EV* como una oportunidad para crear nuevos mercados, en la medida que los residuos se convierten en productos comercializables<sup>38</sup>, así como para crear nuevos puestos de trabajo en el sector del reciclaje y recuperación de residuos<sup>39</sup>.

Frente a la idea de que el progreso tecnológico puede ser una solución a los problemas ecológicos, los defensores del decrecimiento postulan un “efecto rebote” sistemático: todo progreso técnico y toda mejora de productividad, en vez de reducir el consumo de materias primas y energéticas, conduciría a un mayor consumo. Como sostiene Martín-Sosa, “[h]asta ahora las soluciones tecnológicas y basadas en la eficiencia no han demostrado poder conducir a la drástica reducción en el uso global de recursos y la generación de residuos, que nos permita vivir dentro de los límites del planeta”<sup>40</sup>.

Se ha denunciado que la EV es un “caballo de Troya” para introducir toda una serie de falsas soluciones tecnológicas -promocionar los cultivos para la exportación y los biocombustibles, el impulso de

---

<sup>36</sup> Riechmann, *Todo tiene un límite...*, p. 52.

<sup>37</sup> La “calidad de vida” se asocia a la satisfacción de las necesidades humanas básicas (subsistencia, protección, afecto, entendimiento, identidad, libertad, ocio, participación y creación), sin embargo puede ser algo que no esté ligado al aumento del consumo de recursos. En cuanto a la “sostenibilidad”, no es sólo cuestión de ecoeficiencia sino de suficiencia humana (simplicidad voluntaria y frugalidad).

<sup>38</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 18.

<sup>39</sup> La única reducción de residuos a la que se hace mención en el Informe del PNUMA es a la que concierne a los residuos alimentarios. PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 19.

<sup>40</sup> Martín-Sosa.

soluciones tecnológicas peligrosas para solucionar el cambio climático (técnicas de *fracking* o de secuestro de carbono) o los problemas del hambre (semillas y cultivos transgénicos)<sup>41</sup>-, que bajo el pretexto de solucionar el problema ambiental, en lugar de cuestionar el sistema insostenible sobre el que se basan, proporcionan una sensación de tranquilidad.

Así, se sostiene por este sector crítico que la mejor vía para que los países desarrollados puedan proteger el medio ambiente no es solo la creación de tecnologías verdes sino disminuir radicalmente el consumo de energía, implicando un decrecimiento de los intercambios de materias entre la humanidad y la naturaleza<sup>42</sup>.

### ***“La economía verde ayudará a eliminar la pobreza”***

En su *Iniciativa para una EV* el PNUMA se dirige principalmente a los países del Sur. Ofrece recomendaciones y herramientas que, por conllevar la conservación y recuperación del capital natural, permiten eliminar las desigualdades y la pobreza. Según el PNUMA, en la medida en que se acaba con el sistema tradicional de *“business as usual”*, basado en la sobreexplotación y contaminación de los bienes naturales comunes, se produce un efecto positivo para los más pobres que dependen en mayor medida de tales bienes y son más vulnerables a su degradación. Se afirma que invertir en los activos naturales sacará a las poblaciones más desfavorecidas de la pobreza pues son los recursos sobre los que se sostiene su subsistencia<sup>43</sup>.

Según el PNUMA, la EV también ayudará a los países en desarrollo a progresar y ofrecer una mayor calidad de vida a sus poblaciones. Ello se hará a través del acceso a la tecnología más limpia, a la mayor eficiencia de los recursos proporcionada por las inversiones en actividades limpias, al incremento de la seguridad alimentaria a través del

uso de métodos agrarios más sostenibles, y al acceso de sus bienes y servicios “verdes” a nuevos mercados creados al efecto<sup>44</sup>. El mismo efecto tendrá el cambiar el destino de los subsidios de actividades que dañan el medio ambiente a otras actividades de desarrollo que tengan un impacto social más positivo.

Los defensores de la EV también consideran que este modelo promoverá la equidad social. En la medida que las poblaciones más pobres son muy dependientes del medio ambiente, tenerlo en cuenta supone automáticamente apostar por un crecimiento equitativo.

Sin embargo, muchos proyectos se venden como “verdes” y destrozan las poblaciones civiles, principalmente del tercer mundo. Así, existen ejemplos de grandes superficies de tierras expropiadas a indígenas –que son las poblaciones más vulnerables-, para la instalación de paneles solares o presas hidráulicas. A pesar de que se trate de medidas que fomentan una energía renovable o “verde”, tales proyectos tienen un impacto ambiental y social muy perjudicial, pues se obliga a tales poblaciones a que abandonen sus tierras y con ellas su estilo de vida y subsistencia que, por regla general, son mucho más “ecológicos” y respetuosos con la naturaleza.

Por otra parte, algunos Gobiernos del Sur consideran que la EV puede llevar a un mayor proteccionismo y a condicionalidades para las ayudas al desarrollo<sup>45</sup>. Frente a esto, el PNUMA propone en su Informe que ha de buscarse un equilibrio entre el derecho de acceso a los mercados y la protección del medioambiente, siendo necesario asegurar que los países en desarrollo pueden participar en las negociaciones para el establecimiento de estándares internacionales relevantes para el medio ambiente. Ello no parece suficiente<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Puche, Martín-Sosa

<sup>42</sup> Ref decrecimiento

<sup>43</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 10.

---

<sup>44</sup> Id., pp. 10 y 11.

<sup>45</sup> Según Mark Halle, este nuevo paradigma no triunfó en la Conferencia porque ya desde antes de que comenzara muchos gobiernos del Sur y ONG había manifestado sus reticencias sobre este nuevo concepto, por suponer un resurgimiento de un proteccionismo comercial, un dominio de la tecnología de los países ricos, así como una mercantilización de la naturaleza. Halle, p. 2.

<sup>46</sup> Khor.

El PNUMA sostiene que con la EV se mitigará la pobreza porque fomenta un crecimiento económico que llevará al desarrollo y al uso eficiente de los recursos. Sin embargo, como ya se ha señalado, es difícil hacer compatible el crecimiento económico con la protección de la naturaleza en un planeta con bienes finitos y sumido en una grave crisis climática. El problema de la pobreza se debe más bien a una injusta distribución de la riqueza. Es más, desde un punto de vista moral y de capacidad, son los países del Norte los que han de dar los pasos para cambiar el sistema productivo. Son los pueblos que sobre-consumen y sobre-producen los que han de disminuir su crecimiento<sup>47</sup>. De hecho, incluso en el Informe del PNUMA se determina que estos países han de asumir obligaciones de asistencia técnica y financiera a favor de los países más desfavorecidos<sup>48</sup>.

***“La economía verde no pretende sustituir al desarrollo sostenible sino complementarlo”***

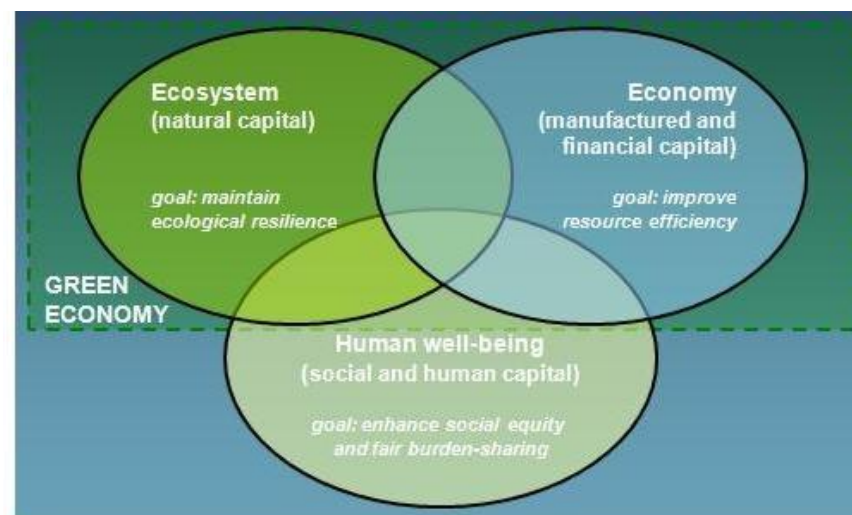
Otra de las cuestiones controvertidas respecto de la *Iniciativa para una EV* es la necesidad de introducir un nuevo concepto cuando ya contamos con el de desarrollo sostenible.

El PNUMA insiste en que la EV no sustituirá al desarrollo sostenible, sino que lo complementará<sup>49</sup>. Mientras que el desarrollo sostenible enfatiza la necesidad de fomentar un desarrollo apoyado en tres pilares –económico, social y ambiental-, la EV se centra en buscar la sostenibilidad del pilar económico (ver cuadro).

<sup>47</sup> Así se sostiene por la teoría de la “contracción y convergencia”, que propugna que la utilización global de los recursos vuelva para el año 2015 a los niveles del año 2000, pero de forma equitativa entre todos los países. Ello implica que los países ricos han de reducir su consumo per cápita entre un 60-80%, y los en desarrollo entre un 10-20% (Martín-Sosa). Ref

<sup>48</sup> PNUMA, *Hacia una economía verde...*, p. 32.

<sup>49</sup> Ref. página web PNUMA



Fuente: European Environmental Agency: [www.eea.europa.eu/themes/economy/intro](http://www.eea.europa.eu/themes/economy/intro)

Según el PNUMA con la EV se trata de dar más énfasis a la importancia de que la economía global sea más sostenible. Ello porque la EV aborda la necesidad de sostenibilidad desde un punto de vista macroeconómico, encauzando las tendencias de los sectores público y privado hacia una economía más sostenible<sup>50</sup>.

El PNUMA sostiene que son las dos caras de la misma moneda con un objetivo común. Cambiar hacia una EV supone ir por el camino del desarrollo sostenible. Se trata de apostar por un crecimiento cualitativo y desligado de la utilización de los recursos naturales (lo que se conoce como “desacoplamiento” entre el crecimiento y el uso de los recursos), y de esta forma se resuelve la relación antagónica entre la economía y el medio ambiente<sup>51</sup>.

Sin embargo, con el concepto de desarrollo sostenible también se trataba de buscar la sostenibilidad del sistema económico. Recordemos que

<sup>50</sup> Ref. página web PNUMA

<sup>51</sup> Simon/Dröge, *Green Economy: Connecting the Dots*, p. 2.

el concepto de desarrollo sostenible es una fórmula que pretende integrar los intereses económicos de desarrollo, ambientales y sociales de forma que sean “sostenibles mutuamente”. Ello no ha impedido, no obstante, que se cuestione el propio concepto de desarrollo sostenible, utilizado y entendido con frecuencia para propósitos diversos debido a la ambigüedad y amplitud de su contenido<sup>52</sup>. A algunos autores consideran por este motivo que bajo la noción de desarrollo sostenible se encubre un intento de subordinar las necesidades ambientales a las económicas<sup>53</sup>, o un intento de legitimación encubierta del sistema económico imperante<sup>54</sup>. Según muchos ecologistas, el desarrollo sostenible ha pasado a convertirse en un argumento que utilizan los gobiernos y las propias multinacionales para demostrar que tienen en cuenta los efectos medioambientales a la hora de tomar decisiones, de forma que se ha transformado en la máscara para aparentar un respeto inexistente, o al menos insuficiente con el entorno<sup>55</sup>.

Estas críticas son igualmente aplicables a la noción de EV, más aún cuando en el caso de este último paradigma el enfoque es claramente dar un papel protagónico a la economía<sup>56</sup>. Se corre el peligro que con el adjetivo “verde” suceda lo mismo que con el de “sostenible”, que ha sido utilizado de forma tan amplia, y en ocasiones abusiva, que ha quedado vacío de significado. También se denuncia que se utilice la palabra “verde” para enmascarar el objetivo del crecimiento económico como un fin en sí

---

<sup>52</sup> U. Beyerlin (EPIL), A. Rodrigo (Agenda ONU)

<sup>53</sup> M. Pallemarts, “International Environmental Law from Stockholm to Rio: Back to the Future?”, en P. SANDS, *Greening International Law*, London, Earthscan Publications, 1993, pp. 1-19. Paolillo, “Fuentes y evolución...”, p. 361). Martín-Sosa

<sup>54</sup> Neumann, *Die Koordination des WTO-Rechts mit andere völkerrechtlichen Ordnungen. Konflikte des materiellen Rechts und Konkurrenzen der Streitbeilegung*, Berlin, Duncker&Humblot, 2002, p. 162

<sup>55</sup> Martín-Sosa, Greenpeace

<sup>56</sup> Una versión menos mercantilista de este nuevo paradigma es la aportada por IUCN (*v. Transitioning to a Green Economy-Building on Nature*”, IUCN’s position paper on Green economy), que aboga por situar la naturaleza en el centro del concepto EV. Aunque están de acuerdo con alguno de los instrumentos de mercado propuestos por el PNUMA -como dotar de valor a los bienes públicos globales, como la biodiversidad, o erradicar las subvenciones perjudiciales para el medio ambiente-, aportan, además, la interesante visión de género en las políticas de fomento de esta transición al sostener que la mujer juega un papel fundamental en asegurar la seguridad alimentaria y protección del entorno.

mismo, y para legitimar un sistema económico basado en un crecimiento ilimitado, incompatible con un planeta de recursos finitos y una injusta redistribución de los recursos mundiales<sup>57</sup>.

Por otro lado, es llamativo que la vertiente “social”, presente en el concepto de desarrollo sostenible, haya desaparecido de forma explícita en el paradigma de la EV para considerar sólo la vertiente del mercado de trabajo y la reducción de la pobreza<sup>58</sup>. Los derechos sociales abarcan mucho más como la equidad social o las políticas de género, entre otros, que son vitales para proteger la naturaleza y reducir la pobreza<sup>59</sup>. Por otro lado, es muy criticable que en la *Iniciativa para la EV* no se aborde el tema de la pobreza desde la perspectiva de los derechos humanos<sup>60</sup>.

## Conclusión

En la *Iniciativa para una EV* del PNUMA se encuentran propósitos muy loables como la protección y conservación de los bienes naturales, la creación de empleo digno, la apuesta por las fuentes de energía renovables y las medidas de eficiencia energética o la eliminación de la pobreza. Sin embargo, el PNUMA parece presentar una visión utópica del mundo y de cómo funciona, con la esperanza de que, sin cuestionar las verdaderas raíces de la crisis ecológica, económica y social, se puede llegar a una solución de las crisis económica, ambiental y social. El enfoque también es muy limitado pues se centra en aspectos aislados de la economía, sin tener en cuenta cuestiones fundamentales como la equidad social o la garantía de los derechos humanos.

---

<sup>57</sup> Kumi Naidoo, Greenpeace. Algunos incluso lo denominan como “capitalismo verde” Editorial de *El Ecologista*, nº73, verano 2012.

<sup>58</sup> También se critica que se trata de un concepto demasiado limitado pues no contempla todos los elementos necesarios para que se garantice la sostenibilidad del planeta —sólo se centra en mecanismos de mercado y no tiene en cuenta el coste, por ejemplo, de la no actuación-, ni se hace con la suficiente urgencia. Naidoo, Greenpeace

<sup>59</sup> Unmüssig, *Grüne Ökonomie*

<sup>60</sup> Id.

Por lo que concierne a la protección del medio ambiente, la EV parece insuficiente y viene a culminar un largo proceso de creación de paradigmas que se han ido sucediendo a lo largo de las distintas cumbres internacionales dedicadas a la protección ambiental mundial. Primero se dijo que con desarrollo se protegía el medio ambiente porque el desarrollo disminuía la pobreza y ésta es causante de los males ambientales. Después se aseveró que el desarrollo sostenible sería la solución por cuanto se pretende un balance entre los pilares económico, social y medioambiental. Sin embargo, en la práctica este concepto ha sido tan maleable, sirviendo a todo tipo de propósitos, que no ha supuesto grandes cambios. El medio ambiente ha seguido degradándose a marchas forzadas y no se ha podido acabar con las lacras de la pobreza y el hambre mundial.

El nuevo concepto de la EV no es nada revolucionario, al contrario, pretende dotar, una vez más, al crecimiento económico de un sello ambiental, pero con el peligro de orientar ya de forma explícita las negociaciones ambientales hacia una profundización del modelo de mercantilización de la naturaleza y el medio ambiente. El concepto de EV, por tanto, no parece ser más que lo que ya conocíamos con el desarrollo sostenible mal entendido y con los nuevos mecanismos de mercado –por ejemplo, los mecanismos flexibles de Kyoto-, que poco están haciendo para detener la devastación ambiental, el cambio climático o las injusticias sociales. Todo ello explica por qué este concepto, presentado como punto estrella en la Conferencia Río+20, no ha cosechado mayores éxitos... al menos hasta la fecha.

## **La alineación de los tipos de cambio como interés público global y las actuales “guerras de divisas”: ¿algún rol para el Derecho de la OMC?**

Xavier Fernández Pons  
Profesor Titular de Derecho internacional público  
Universitat de Barcelona

**Sumario:** 1. Introducción. – 2. La alineación de los tipos de cambio como interés público global según el Derecho del FMI y sus limitadas garantías. – 3. ¿Una subvaluación del tipo de cambio puede ser considerada como una subvención a la exportación prohibida por el Derecho de la OMC? – 4. ¿Una subvaluación del tipo de cambio puede suponer la violación del artículo XV:4 del GATT de 1994? – 5. ¿Una subvaluación del tipo de cambio puede fundamentar una *non-violation complaint* según el artículo XXIII:1 (b) del GATT de 1994? – 6. La labor del Grupo de Trabajo de la OMC sobre Comercio, Deuda y Finanzas en el tema “La relación entre los tipos de cambio y el comercio internacional”. – 7. Consideraciones finales.

### **1. Introducción**

Desde el inicio de la crisis financiera y económica mundial desencadenada en 2008, se han intensificado las depreciaciones cambiarias competitivas y, en 2010, el Ministro de Hacienda brasileño, Guido Mantega, ya alertó de que se estaba asistiendo a una “guerra de divisas” mundial. El caso que más atención ha recibido es el de la subvaluación del tipo de cambio de la moneda china (el renminbí, RMB, cuya unidad de cuenta es el yuan), con la que se estarían abaratando las exportaciones chinas y manteniendo su gran superávit comercial. Asimismo, las políticas monetarias expansivas que últimamente han venido practicando los Estados Unidos y, particularmente, Japón también estarían contribuyendo a depreciar los tipos de cambio de sus monedas, restando competitividad a las exportaciones desde la Eurozona, Brasil y otros países.

Ante las tímidas respuestas del FMI y de las sucesivas reuniones del G-20 para afrontar esta escalada de “desalineaciones” cambiarias y teniendo en cuenta las repercusiones de las depreciaciones cambiarias competitivas en el comercio internacional, se ha suscitado un creciente interés entre doctrina y algunos países por plantear la cuestión dentro de la OMC y su avanzado sistema de solución de diferencias<sup>1</sup>. Destaca, particularmente, la propuesta presentada en 2011 por Brasil para analizar el tema “La relación entre los tipos de cambio y el comercio internacional” en el Grupo de Trabajo de la OMC sobre Comercio, Deuda y Finanzas<sup>2</sup>.

En este contexto, la presente comunicación tratará de presentar sucintamente la vigente regulación de los tipos de cambio en el Derecho del FMI, observando cómo la alineación de los tipos de cambio se configura como un interés público global y cuáles son sus garantías, y analizará, seguidamente, los principales cauces que se podrían abrir en el Derecho de la OMC para reaccionar contra posibles “desalineaciones” de los tipos de cambio que distorsionen el comercio internacional.

## **2. La alineación de los tipos de cambio como interés público global según el Derecho del FMI y sus limitadas garantías**

Durante la “Gran Depresión” sucesiva al “crash” bursátil en Wall Street de 1929, la espiral de medidas proteccionistas adoptadas por los

---

<sup>1</sup> Entre las diversas publicaciones que se han ocupado del tema, figuran: EVENETT, S. (Ed.): *The US-Sino Currency Dispute: New Insights from Economics, Politics and Law*, Centre for Economic Policy Research, London, 2010; STAIGER, R.; SYKES, A. O.: “Currency Manipulation and World Trade”, *World Trade Review*, vol. 9, n. 4, 2010, pp. 583-627; CARYL, B. B.: “Is China’s Currency Regime a Countervailable Subsidy? A Legal Analysis Under the World Trade Organization’s SCM Agreement”, *Journal of World Trade*, vol. 45, n. 1, 2011, pp. 187-219; ZIMMERMANN, C. D.: “Exchange Rate Misalignment and International Law”, *American Journal of International Law*, vol. 105, 2011, pp. 423-476; THORSTENSEN, V.; MARÇAL, E.; FERRAZ, L.: “Exchange Rate Misalignments and International Trade Policy: Impacts on Tariffs”, *Journal of World Trade*, vol. 46, n. 3, 2012, pp. 597-634; y BOVAROTTI LOPES, V.: “Tipos de cambio infravalorados: la solución debe provenir de la OMC”, *Revista Latinoamericana de Derecho Comercial Internacional*, vol. 1, n. 1, 2013, pp. 125-155.

<sup>2</sup> Doc. WT/WGTDF/W/53, de 13 de abril de 2011.

Estados incluyó el recurso a devaluaciones competitivas de los tipos de cambio de sus monedas, con los que trataban de abaratar sus exportaciones y encarecer las importaciones. En Bretton Woods se trató de poner fin a semejantes “guerras de divisas” estableciendo, en el originario texto del Convenio Constitutivo del FMI, un sistema de tipos de cambio fijos (aunque “ajustables” o “semi-fijos”), en el que el dólar se declaró convertible en oro y el resto de monedas quedaban sujetas a un tipo de cambio que sólo podía experimentar ligeras variaciones. En 1971, los Estados Unidos, que en esos momentos empezaban a tener un creciente déficit comercial, declararon el fin de la convertibilidad del dólar en oro, “resquebrajando” con ello el originario sistema monetario de Bretton Woods.

Tras varios años de negociaciones, en 1976 se adoptó una enmienda reformando en profundidad el Convenio Constitutivo del FMI, que entró en vigor el 1 de abril de 1978<sup>3</sup>. En este nuevo sistema, se reconoce a los Estados miembros del FMI un amplísima discrecionalidad para optar por el sistema de tipos de cambio que prefieran, que puede oscilar desde un tipo de cambio completamente flotante a un tipo de cambio fijo irreversible<sup>4</sup>. En la práctica, la mayoría de Estados se inclinan por tipos de cambio “intermedios”, más o menos próximos a cada uno de los indicados extremos. Usualmente, las economías más avanzadas han venido optando por tipos de cambio esencialmente flotantes, mientras que entre las economías emergentes y otros países en desarrollo es bastante frecuente optar por tipos de cambio fijos o semi-fijos.

Ahora bien, esta amplia discrecionalidad tiene ciertos límites jurídicos. Así, el vigente Convenio Constitutivo del FMI prevé como uno de sus principales fines, en el artículo I, apartado iii), “fomentar la estabilidad cambiaria, procurar que los países miembros mantengan regímenes de

---

<sup>3</sup> Resolución No. 31-4 de la Junta de Gobernadores, adoptada el 30 de abril de 1976.

<sup>4</sup> Según el vigente artículo IV, sección 2, del Convenio Constitutivo del FMI, titulado “Regímenes generales de cambios”: a) “Todo país miembro notificará al Fondo [...] el régimen de cambios que se proponga adoptar [...] y notificará al Fondo sin demora las modificaciones que en él realice”; b) Con arreglo a un sistema monetario internacional como el vigente [...] los regímenes de cambios podrán consistir en: [...] “otro régimen de cambios a elección del país miembro”.

cambios ordenados y evitar depreciaciones cambiarias competitivas”. Dicho fin se concreta, principalmente, en el artículo IV, sección 1, apartado iii) del indicado Convenio, donde se prevé que todo país miembro “evitará manipular los tipos de cambio o el sistema monetario internacional para impedir el ajuste de la balanza de pagos u obtener ventajas competitivas desleales frente a otros países miembros”.

El citado artículo IV, sección 1, apartado iii) del Convenio Constitutivo del FMI se considera un precepto de *hard law*, contando con adicionales orientaciones para su interpretación en las sucesivas decisiones que ha venido aprobando el FMI para la supervisión de las políticas cambiarias y monetarias de sus Estados miembros, cuya última versión, conocida como “Decisión sobre la Supervisión Integrada” (DSI), ha sido adoptada en 2012<sup>5</sup>.

A la luz de las indicadas previsiones cabe deducir que una adecuada alineación de los tipos de cambio es concebida como un interés público global, preocupando especialmente el supuesto en que un Miembro manipule su tipo de cambio para lograr una subvaluación fundamental del mismo con el propósito de incrementar sus exportaciones netas<sup>6</sup>. El valor a preservar es pues, en esencia, el de una competencia leal en el comercio internacional.

Estos últimos años han sido numerosas las voces apuntando que la política cambiaria que ha venido practicando China es incompatible con el artículo IV, sección 1, apartado iii) del Convenio Constitutivo del FMI, manteniendo artificialmente subvaluado el tipo de cambio del RMB para promover sus exportaciones. Ahora bien, ¿cuáles son los mecanismos de garantía proporcionados por el propio FMI para verificar, efectivamente, si tal precepto se está violando y, en su caso, sancionar al Miembro infractor?

---

<sup>5</sup> El 18 de julio de 2012, el Directorio Ejecutivo del FMI adoptó una nueva Decisión sobre la Supervisión Bilateral y Multilateral, usualmente designada como Decisión sobre la Supervisión Integrada, que entró en vigor el 18 de enero de 2013.

<sup>6</sup> DSI, Anexo sobre el artículo IV, sección 1 (iii) y el Principio A, en apartado 2 (b).

El FMI carece de un mecanismo para el arreglo de controversias que pueda llegar a zanjar la cuestión y, en su caso, tampoco dispone de un sistema de sanciones realmente efectivas contra una gran potencia<sup>7</sup>.

El indicado procedimiento de supervisión realizado desde el FMI, hoy regido por la citada DSI, no se presenta como un instrumento de control “inquisitivo” sino que pone el acento en la colaboración, la importancia del diálogo y la persuasión, la necesidad de franqueza e imparcialidad y la importancia de tener debidamente en cuenta las circunstancias de cada país. Además, la DSI precisa que toda declaración que efectúe un Estado miembro con respecto al propósito de sus políticas recibirá el beneficio de cualquier duda razonable<sup>8</sup>.

Es muy significativo, en tal sentido, que hasta la fecha tales procedimientos de supervisión nunca hayan llegado a concluir que un Estado miembro ha estado manipulando su tipo de cambio con una de las intenciones señaladas en el citado artículo IV, sección 1, apartado iii). Con respecto al reciente caso de China, los procedimientos de supervisión realizados han estimado que el tipo de cambio del RMB está desalineado, pero no han llegado a pronunciarse sobre si China “manipula” su tipo de cambio y obtiene con ello una “ventaja competitiva desleal”<sup>9</sup>.

Entiendo que las limitadas garantías con que, en la práctica, cuenta el FMI para determinar si un Estado miembro cumple o no con las señaladas obligaciones en materia de alineación de los tipos de cambio responden a múltiples factores, tratándose de un tema político y económicamente muy sensible. Además, tampoco deben soslayarse las propias dificultades “técnicas” para determinar cuál sería el tipo de cambio real de equilibrio, pues son varias las teorías o metodologías económicas que se manejan en la materia, pudiendo arrojar resultados diversos sobre el grado en que el tipo de cambio de una moneda está equilibrado, subvaluado o sobrevalorado. Así, con respecto al caso del RMB, los estudiosos calculan muy diversos porcentajes de subvaluación y en los procedimientos de

---

<sup>7</sup> Véanse las previsiones del artículo XXVI, sección 2, del Convenio Constitutivo del FMI.

<sup>8</sup> DSI, Anexo sobre el artículo IV, sección 1 (iii) y el Principio A, en apartado 3.

<sup>9</sup> FMI: People’s Republic of China: Spillover Report for the 2011 Article IV Consultation and Selected Issues. Country Report n. 11/193, 2011.



supervisión del FMI no se llega a hacer pública una concreta cifra de desalineación.

Las limitaciones del FMI para supervisar el cumplimiento de sus normas sobre alineación de los tipos de cambio es uno de los motivos que llevan a la doctrina a observar las debilidades jurídicas del vigente sistema monetario internacional, llegando incluso algún autor a afirmar que se está ante un “no-sistema monetario internacional”<sup>10</sup>. Cumple recordar que, en la práctica, algunos “conflictos” cambiarios se acabaron resolviendo mediante negociaciones entre las principales partes implicadas, como los acuerdos del Plaza (1985) y del Louvre (1987).

Ante las debilidades del FMI y las dificultades con que los Estados Unidos y otras grandes potencias se han encontrado para convencer a China de apreciar sensiblemente el RMB, no extraña que últimamente se haya tratado de plantear la cuestión de la “guerra de divisas” desde el punto de vista comercial, prospectando diversas alternativas en el marco del Derecho de la OMC. En los siguientes apartados se examinarán las principales alternativas barajadas.

### **3. ¿Una subvaluación del tipo de cambio puede ser considerada como una subvención a la exportación prohibida por el Derecho de la OMC?**

Desde el punto de vista económico, es común afirmar que una subvaluación del tipo de cambio equivale a un arancel adicional a las importaciones y a una subvención a las exportaciones. Esta última idea ha inspirado, en los últimos años, diversas propuestas legislativas presentadas en el Congreso de los Estados Unidos dirigidas, aunque su tenor no lo explicita, a presionar a la China para una apreciación del tipo de cambio del RMB, que reduzca el gran déficit comercial estadounidense con el gigante asiático. La última versión de la propuesta es designada como “Currency Reform for Fair Trade Act of 2013”, introducida en la Cámara

---

<sup>10</sup> MASSON, P. R.: “The Evolution of Exchange Rate Regimes and Some Future Perspectives”, en JAMES, J.; MARSH, I. W.; SARNO, L. (Eds.): *Handbook of Exchange Rates*, John Wiley & Sons, Hoboken, 2012, pp. 133-158.

de los Representantes por el demócrata Sander M. Levin el 20 de marzo de 2013<sup>11</sup>. La propuesta prevé que, si se dan ciertas condiciones, la subvaluación del tipo de cambio de una moneda pueda ser considerada como una subvención a la exportación, contra la que los Estados Unidos podrían imponer “medidas compensatorias” (*countervailing duties*), instrumento de defensa comercial contemplado en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC) de la OMC.

Todavía es muy incierto el camino que pueda seguir esta propuesta, teniendo en cuenta que otras similares presentadas en anteriores legislaturas no han llegado a promulgarse. En agosto de 2013, la propuesta contaba con 125 representantes *cosponsors*, tanto demócratas como republicanos. En cualquier caso, se trata de una propuesta muy controvertida dentro de los propios Estados Unidos, pues la apoyan algunos “lobbies” vinculados a las industrias domésticas más afectadas por las importaciones de mercancías chinas, pero la critican otros grupos de interés ligados, particularmente, a las empresas estadounidenses que han deslocalizado su producción en China, que importan productos chinos como insumos o se dedican a su distribución. Es probable que la propuesta no llegue a aprobarse o a aplicarse en la práctica y que sólo se use como acicate en las negociaciones con China.

Ahora bien, si la propuesta se aprobase y se aplicasen semejantes medidas compensatorias a productos importados de China, se podría estar ante unas medidas de defensa comercial de grandes proporciones, extendiendo la “guerra de divisas” a una grave “guerra comercial”.

En cualquier caso, es muy discutible que la subvaluación del tipo de cambio de una moneda pueda llegar a ser considerada como una subvención según la correspondiente definición contenida en el Acuerdo SMC. De entrada, los Estados Unidos podrían haber tratado de clarificar la cuestión presentando una reclamación contra China ante el sistema de solución de diferencias de la OMC, alegando que su política cambiaría constituye una subvención a las exportaciones, expresamente prohibidas

---

<sup>11</sup> H.R.1276 - Currency Reform for Fair Trade Act, 113th Congress (2013-2014), disponible en: <http://beta.congress.gov/bill/113th/house-bill/1276/cosponsors>

por el Acuerdo SMC. Ahora bien, con la indicada propuesta legislativa optarían por hacer ellos mismos esa inicial calificación, imponiendo unilateralmente medidas compensatorias. Por descontado, en la hipótesis de que se aprobase la propuesta y de que se impusieran ciertas medidas compensatorias basadas en la misma, China podría reaccionar, cuanto menos, presentando una reclamación ante el sistema de solución de diferencias de la OMC, mediante la cual cuestionaría que las medidas estadounidenses se atengan al Acuerdo SMC.

Como se ha avanzado, aunque económicamente se hable de que una subvaluación del tipo de cambio equivale a una subvención a la exportación, desde el punto de vista estrictamente jurídico hay un encendido debate sobre si tal práctica puede subsumirse o no dentro de la definición de subvención resultante de los artículos 1 y 2 del Acuerdo SMC. En general, tal definición requiere que, concurrentemente, se dé: una contribución financiera, por un gobierno u organismo público, que confiera un beneficio y que sea específica. La discusión se extiende a todos los requisitos de la definición, siendo particularmente controvertida la cuestión de si se cumple o no con el requisito de la “especificidad”.

Según el Acuerdo SMC, únicamente las contribuciones financieras “específicas” entran dentro de su definición de subvención, excluyendo medidas de alcance general. Según el artículo 2.1 del Acuerdo SMC, la especificidad se da cuando la contribución financiera se confiere a “una empresa o rama de producción” o a “un grupo de empresas o ramas de producción”. De entrada, atendiendo a tales criterios, una subvaluación del tipo de cambio, por ser una medida general y no para determinadas empresas o ramas de producción, carecería de especificidad.

Ahora bien, el artículo 2.3 del Acuerdo SMC contiene, adicionalmente, la siguiente previsión: “Toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considerará específica”. La remisión al artículo 3 del Acuerdo SMC se refiere a las llamadas “subvenciones prohibidas”. Luego, se establece una presunción, *iuris et de iure*, de que toda subvención prohibida es específica. La cuestión se centra, pues, en determinar si una subvaluación del tipo de cambio entra o no dentro de las categorías de subvenciones prohibidas (jurídicamente siempre específicas) contenidas en

el artículo 3 del Acuerdo SMC. Éstas son dos: “a) las subvenciones supeditadas *de jure* o *de facto* [...] a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el anexo I [...]; y b) las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones”.

Se trata de determinar, por consiguiente, si una subvaluación del tipo de cambio puede considerarse, en términos jurídicos, como una subvención a la exportación según lo previsto en el citado artículo 3.1.a) del Acuerdo SMC. Aunque hay autores a favor y en contra, considero particularmente convincentes dos de los argumentos que pueden invocarse para negar dicha asimilación.

En primer lugar, en una nota al pie al precepto en cuestión se precisa que: “[...] el mero hecho de que una subvención sea otorgada a empresas que exporten no será razón suficiente para considerarla subvención a la exportación en el sentido de esta disposición”. Ciertamente, cualquier empresa que exporte puede beneficiarse de una subvaluación del tipo de cambio, pero la subvaluación puede beneficiar a otros operadores económicos, como los turistas o inversores que ingresan divisas en China. Asimismo, la subvaluación del tipo de cambio también perjudica a los importadores chinos o a los chinos que quieran viajar, estudiar o invertir en el extranjero. Por tanto, la subvaluación del tipo de cambio se presenta como una medida de alcance general, con múltiples potenciales beneficiarios y perjudicados, siendo difícilmente calificable como una contribución financiera “supeditada” a los resultados de la exportación.

En segundo lugar, en la lista de ejemplos de subvenciones a la exportación contenida en el anexo I al Acuerdo SMC, que contiene doce apartados, no se contiene ninguna referencia a la subvaluación de los tipos de cambio. Ciertamente, se considera explícitamente como una lista “ilustrativa” y no exhaustiva sobre posibles subvenciones a la exportación, pero es llamativo que una medida económica históricamente tan relevante como la subvaluación de los tipos de cambio hubiera pasado inadvertida al confeccionar dicho listado.

#### **4. ¿Una subvaluación del tipo de cambio puede suponer la violación del artículo XV:4 del GATT de 1994?**

Vistas las dificultades para llegar a considerar jurídicamente una subvaluación del tipo de cambio como una subvención a la exportación, se han venido planteando otras posibles alternativas para tratar el tema dentro del marco de la OMC. Entre éstas destaca la invocación del artículo XV del GATT de 1994, titulado “Disposiciones en materia de cambio”.

Dicho precepto ya fue incluido en el originario GATT de 1947 para tratar de regular las relaciones entre el sistema multilateral del comercio y el FMI. El precepto fue redactado cuando estaba en vigor el inicial sistema monetario diseñado en Bretton Woods, sin que variase sustancialmente su tenor después de la profunda reforma del FMI en los años setenta ni con la adopción del nuevo GATT de 1994 tras la Ronda Uruguay.

El párrafo 1 del precepto hace un llamamiento general al conjunto de las Partes Contratantes (hoy Miembros de la OMC) para que procuren colaborar con el FMI a fin de desarrollar una política coordinada “en lo que se refiere a las cuestiones de cambio que sean de la competencia del Fondo y las cuestiones relativas a restricciones cuantitativas o a otras medidas comerciales que sean competencia” de la vigente OMC. Por tanto, hay de entrada un reconocimiento de que la competencia en “cuestiones de cambio” es del FMI.

Seguidamente, el párrafo 2 del precepto, se refiere a aquellos casos en que, desde el punto de vista del sistema multilateral del comercio, será preciso examinar cuestiones relativas a reservas monetarias, balanzas de pagos o a las disposiciones en materia de cambio. Para tales supuestos de “interconexión” entre el sistema multilateral del comercio y el FMI, se prevé la necesidad de entablar consultas detenidas con el FMI, debiéndose aceptar “todas las conclusiones de hecho en materia de estadística o de otro orden que les presente el Fondo sobre cuestiones de cambio, de reservas monetarias y de balanza de pagos” y “la determinación del Fondo sobre la conformidad de las medidas adoptadas por una parte contratante, en materia de cambio, con el Convenio Constitutivo del FMI”.

Hasta aquí, el precepto estaría confirmando la esencial competencia del FMI en “cuestiones de cambio”, pero el párrafo 4 del indicado artículo XV parece abrir otra vía para abordar cuestiones de cambio desde el sistema multilateral del comercio. Según dicho párrafo: “Las partes contratantes se abstendrán de adoptar ninguna medida en materia de cambio [...] que vaya en contra de la finalidad de las disposiciones del presente Acuerdo”.

Esta previsión ha sido vista por algunos autores como una obligación autónoma que el propio Derecho de la OMC impone a los Miembros en materia de cambio, paralela a las obligaciones dimanantes del FMI en cuanto tal. Según este planteamiento, si un Miembro adopta una medida de cambio, como podría ser la subvaluación de su tipo de cambio, que va en contra de la finalidad de las disposiciones del GATT (por ejemplo, distorsionando las concesiones arancelarias), podría ser reclamado por otro ante el sistema de solución de diferencias de la OMC, alegando que está violando el artículo XVI:4 del GATT. Ello se haría con independencia de si la medida del Miembro reclamado pudiera ser calificada o no como una violación del citado artículo IV, sección 1, apartado iii) del Convenio Constitutivo del FMI, pues el artículo XV del GATT no requiere que la medida llegue a ser una “manipulación del tipo de cambio” para “obtener una ventaja competitiva desleal”, sino únicamente una medida en materia de cambio que vaya en contra de las finalidades del GATT. La consulta preceptiva con el FMI sobre cuestiones de cambio, de conformidad con el indicado artículo XV:2 del GATT, sería únicamente para verificar que, efectivamente, el tipo de cambio de un Miembro está subvaluado, pero no se requeriría que el FMI llegase a un pronunciamiento sobre si se ha violado el artículo IV, sección 1, apartado iii) que, como hemos visto, siempre ha venido rehuyendo.

Esta tesis, aunque sugerente, plantea numerosos interrogantes. El artículo XV:4 del GATT (de 1947 y de 1994) nunca ha sido examinado hasta la fecha por un órgano resolutorio de la OMC y son muchas las incertidumbres que plantea su tenor. Por ejemplo, ¿qué se entiende por “medida en materia de cambio”? Para algún autor no cubriría cualquier

política cambiaria, sino únicamente “controles o restricciones de cambio”<sup>12</sup> (esto es, intervenciones oficiales en los mercados de divisas, limitando su adquisición, entrada o salida), que son las expresiones más concretas que se emplean en otros apartados del artículo XV<sup>13</sup> y en las que se estaría pensando al redactar el precepto en 1947, pues entonces los tipos de cambio eran semi-fijos según el primigenio sistema de Bretton Woods y una parte contratante del GATT no podía manejarlos como hoy. Asimismo, es ambigua la exigencia de que la medida de cambio “vaya en contra de la finalidad de las disposiciones del presente Acuerdo”, pues no queda claro si el artículo XV:4 requiere que la medida viole otra concreta disposición del Acuerdo o únicamente la “finalidad” genérica de las disposiciones del GATT<sup>14</sup>.

##### **5. ¿Una subvaluación del tipo de cambio puede fundamentar una *non-violation complaint* según el artículo XXIII:1 (b) del GATT de 1994?**

Ante las incertidumbres jurídicas que implicaría reclamar por la violación del citado artículo XV:4 del GATT de 1994 a un Miembro que mantenga su tipo de cambio subvaluado, también cabe plantear la posibilidad de servirse de otro original tipo de reclamación contemplado en el artículo XXIII:1 (b) del GATT de 1994, las llamadas reclamaciones “sin infracción”, más conocidas por la expresión en inglés *non-violation complaints*.

---

<sup>12</sup> IRWIN, Douglas A.: “Cooperación monetaria”, *Finanzas y Desarrollo*, Junio de 2011, pp. 30-33.

<sup>13</sup> Como los apartados 5 y 9 del artículo XV. Según este último: “Ninguna disposición del presente Acuerdo podrá impedir: a) que una parte contratante recurra al establecimiento de controles o restricciones de cambio que se ajusten al Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional o al acuerdo especial de cambio concertado por dicha parte contratante con las PARTES CONTRATANTES”.

<sup>14</sup> La nota al artículo XV:4 tampoco aclara la cuestión, pues prevé: “Las palabras “que vaya en contra” significan, entre otras cosas, que las medidas de control de los cambios que sean contrarias a la letra de un artículo del presente Acuerdo no serán consideradas como una violación de dicho artículo, si en la práctica no se apartan de manera apreciable de su espíritu [...]”.

En el inicial texto del GATT de 1947 ya se incluyó, entre las posibles “causas de acción” previstas en el párrafo 1 de su artículo XXIII, la posibilidad de que una parte contratante reclamase contra otra alegando que había sufrido una anulación o menoscabo de las ventajas resultantes del Acuerdo General no sólo por un incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud del mismo, sino también a consecuencia de: “[...] b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente acuerdo”.

El origen de tal previsión se encuentra en las análogas cláusulas que los Estados Unidos solieron introducir en los acuerdos comerciales bilaterales que concluyeron en los años veinte y treinta. La inclusión de tales cláusulas trataba de garantizar que las expectativas comerciales generadas en virtud de lo pactado en los acuerdos (por ejemplo, gracias a la obtención de una rebaja en los aranceles) no fuesen posteriormente frustradas por la aplicación de otras medidas que las contrarrestasen y no estuviesen prohibidas en el acuerdo.

El párrafo 1 del artículo 26 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) prevé que las *non-violation complaints* sigan sus procedimientos generales, con sujeción a ciertas particularidades. Así, si la reclamación fuese estimada “no habrá obligación de revocar esa medida”, pero sí se trataría de realizar un “ajuste mutuamente satisfactorio”.

La práctica sobre “non-violation complaints” bajo el sistema del GATT de 1947 y el actual régimen de la OMC ha sido muy escasa. En cualquier caso, es especialmente significativa la argumentación seguida por el Grupo Especial en el asunto “*Corea – Contratación pública*”, donde se consideró que este tipo de reclamaciones deben analizarse teniendo en cuenta los principios generales del Derecho internacional consuetudinario, observando que la premisa básica de las mismas es que los Miembros “no deben tomar medidas que, aunque sean compatibles con la letra del tratado, puedan servir para socavar las expectativas razonables de los interlocutores en la negociación”<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Informe del Grupo Especial, “*Corea – Contratación pública*”, Doc. WT/DS163/R, de 1 de mayo de 2000, párr. 7.93.

Por consiguiente, en un caso como el de la indicada subvaluación del RMB, el Miembro reclamante debería apoyar con una justificación detallada que esa medida china está socavando sus expectativas razonables, adentrándose en el “pantanos” terreno de tener que probar que se ha frustrado su confianza legítima.

## **6. La labor del Grupo de Trabajo de la OMC sobre Comercio, Deuda y Finanzas en el tema “La relación entre los tipos de cambio y el comercio internacional”**

Hasta la fecha y pese a las preocupaciones expresadas por varios Miembros ante la llamada “guerra de divisas” y el amplio debate doctrinal generado sobre la subvaluación del RMB, no se ha llegado a plantear ningún tipo de reclamación sobre esta cuestión ante el sistema de solución de diferencias de la OMC. Ahora bien, como se ha avanzado, Brasil, uno de los países más perjudicados por una “guerra” que abarata sus importaciones y encarece sus exportaciones, ha impulsado que el Grupo de Trabajo de la OMC sobre Comercio, Deuda y Finanzas esté abordando, desde 2011, este específico tema.

Entre los documentos presentados en dicho Grupo de Trabajo, destacan los informes elaborados por la Secretaría de la OMC realizando una reseña sobre los principales estudios económicos de las posibles relaciones entre tipos de cambio y comercio internacional<sup>16</sup>. Interesa destacar que en parte de la bibliografía examinada se trata de “quitar hierro” a la subvaluación de los tipos de cambio en el actual contexto de globalización económica, observando, por ejemplo, el creciente protagonismo de las cadenas mundiales de valor, como sería el caso de tantas empresas localizadas en China que, simultáneamente, son importadoras y exportadoras, relativizando los efectos de una subvaluación del tipo de cambio.

---

<sup>16</sup> Docs. WT/WGTDF/W/57, de 27 de septiembre de 2011, y WT/WGTDF/W/65, de 18 de julio de 2012.

También es especialmente significativa una comunicación presentada por China en septiembre de 2012, en la que, contrariamente a lo que afirman la mayor parte de estudios occidentales, estima que el tipo de cambio del RMB se mantiene actualmente en un nivel razonable, y defiende que, frente a otras teorías económicas, la teoría marxista del valor trabajo y la teoría del valor internacional explican, en esencia, que el factor determinante del tipo de cambio de la moneda de un país debe ser su productividad social del trabajo<sup>17</sup>.

En este contexto, Brasil, en una reciente “nota conceptual” presentada sobre el “desajuste de los tipos de cambio y medidas comerciales correctivas”, parece descartar la idea de plantear una reclamación ante el sistema de solución de diferencias y se inclina por subrayar las insuficiencias del Derecho de la OMC en la materia y la necesidad de plantear, *de lege ferenda*, el diseño de nuevas medidas de defensa comercial específicamente pensadas para reaccionar frente a la subvaluación de un tipo de cambio<sup>18</sup>.

## **7. Consideraciones finales**

La amplísima discrecionalidad que el Convenio Constitutivo del FMI reconoce, desde el derrumbe del originario sistema de Bretton Woods, para el establecimiento de los tipos de cambio, que hoy pueden oscilar de un tipo de cambio fijo irreversible a una flotación libre, no quita que una adecuada alineación de los tipos de cambio se configure como un bien de interés público global. Preocupan especialmente, tal como ha puesto de relieve la “guerra de divisas” vivida tras la crisis financiera y económica mundial desencadenada en 2008, aquellas manipulaciones del tipo de cambio con las que se obtienen ventajas competitivas desleales, prohibidas por el artículo IV, sección 1, apartado iii) del indicado Convenio Constitutivo.

---

<sup>17</sup> Doc. WT/WGTDF/W/66, de 24 de septiembre de 2012.

<sup>18</sup> Doc. WT/WGTDF/W/68, de 5 de noviembre de 2012.

Sin embargo, las garantías previstas por el FMI para hacer frente a tales manipulaciones, concretadas principalmente en sus procedimientos de supervisión, son limitadas y es comprensible el interés en llevar la cuestión al marco de la OMC, habida cuenta de las repercusiones que una subvaluación de los tipos de cambio tiene para el comercio internacional, equivaliendo “económicamente” a una subvención a las exportaciones y a un arancel adicional a las importaciones.

El Derecho de la OMC incluye algunas previsiones sobre sus relaciones con el FMI y con respecto a medidas en materia de cambio, pero se trata previsiones ambiguas, redactadas, en su mayor parte, cuando todavía estaba en vigor el primigenio sistema de Bretton Woods, que plantean numerosas incertidumbres jurídicas y están dando pie a un encendido debate doctrinal. Mientras ningún Miembro se lance a presentar una reclamación en la materia, que pondría en un brete a los órganos resolutorios de la OMC, es difícil que algunas propuestas *de lege ferenda* que ya se vienen formulando acaben cuajando en el complejo contexto actual.

## **Justicia transicional, ¿un instrumento eficaz para la gobernanza global?**

Yolanda Gamarra\*  
Profesora Titular de Derecho internacional público y RRII  
Universidad de Zaragoza

### **Resumen**

La globalización ha generado un aumento espectacular de los actores internacionales, ha propiciado la emergencia de un nuevo ordenamiento jurídico –*Ius Novum*–, ciertamente discutido, así como la consolidación de peculiares procedimientos de controversias al margen del Estado, una mayor aproximación entre los ordenamientos interno e internacional y, en ocasiones, la armonización de las legislaciones estatales. En ese contexto de nuevas dinámicas, ¿qué mecanismos resultan eficaces para lograr la paz y reconciliación tras una dictadura o un conflicto en los albores de un Derecho global?

Mi tesis consiste en estudiar cómo cooperan Estados, Organizaciones internacionales y otros actores de la esfera internacional en la creación de mecanismos de distinta naturaleza –judicial o política– para la reconciliación de sociedades divididas –justicia transicional– tras un período de violaciones generalizadas a los derechos humanos, y de la utilidad de estos mecanismos en la defensa de los derechos humanos como bienes públicos globales. No en vano, una sociedad que ofrece un trato justo y equitativo a sus miembros entraña beneficios reales y/o potenciales para todos ellos.

Las atrocidades cometidas en Sudáfrica, Uganda, Camboya, Perú, Guatemala, República Democrática del Congo, Liberia, Sierra Leona, Timor Leste, Sudán, Siria o Egipto, entre otros casos, o en Chile,

---

\* Este estudio se realiza en el marco del Grupo de Investigación del Gobierno de Aragón (S 102), “Nuevas vías de participación política en democracias avanzadas”.

Argentina, Colombia, Brasil o Uruguay contra los derechos humanos y derecho internacional humanitario han requerido de innovadores mecanismos de protección internacional. Se han creado tanto mecanismos judiciales como mecanismos no judiciales promovidos por distintos actores de la sociedad internacional. De entre los mecanismos no judiciales más interesantes creados con el apoyo de Estados, Organizaciones internacionales e incluso organizaciones no gubernamentales destacan las Comisiones de la Verdad y Reconciliación con el fin de investigar los hechos y reconstruir la verdad: documentar la tortura, asesinatos, y otras violaciones a los derechos humanos cometidos y consentidos por gobiernos represores. Este tipo de mecanismos constituyen una vía intermedia situada entre las leyes de amnistía y punto final y los tribunales nacionales e internacionales, más aún, en algunos supuestos llegan a crearse tanto comisiones de la verdad como tribunales internacionales, o salas especiales de tribunales nacionales para impartir justicia y determinar la responsabilidad penal de los perpetradores. De la práctica existente ¿son estos mecanismos eficaces para recuperar el pasado y lograr la reconciliación?, ¿unos mecanismos son más exitosos que otros?, ¿cómo lograr la reconciliación?

**Palabras clave:** Paz, Reconciliación, Justicia, Amnistías, Bienes Públicos, Derechos Humanos, Responsabilidad de proteger, Derecho Global

*“Progress, far from consisting of change, depends on retentiveness...  
Those who cannot remember the past are condemned to repeat it”*

George Santayana, “Life of Reason or the Phases of Human Progress”, 5 vols., Charles Scribner’s Sons, 1936

## Introducción

En las últimas décadas asistimos a un vigoroso y rico debate en el campo del derecho internacional de los derechos humanos acerca de si es más oportuno recurrir a mecanismos judiciales o a mecanismos políticos - algunos autores denominan ‘justicia retributiva’ v. ‘justicia reconciliatoria’-, como vías eficaces para alcanzar la paz y reconciliación en una democracia recién establecida tras dejar una dictadura, o después de

un conflicto, tanto interno como internacional. Este debate se refiere a la cuestión de ‘si’ y ‘cómo’ los gobiernos democráticos deben actuar con respecto a aquellos que hubieren cometido graves violaciones a los derechos humanos en las etapas anteriores al inicio de la democracia. Algunos argumentan que las nuevas democracias deberían actuar impecable y contundentemente adoptando políticas y programas que procesaran y condenaran a los culpables de cometer atrocidades –‘justicia retributiva’-. Otros, en cambio, se inclinan por tomar medidas menos severas que faciliten el camino de la reconciliación nacional -‘justicia reconciliatoria’-. En el centro de este debate, una posición intermedia aflora al reclamarse políticas y medidas que combinen ambas posiciones, *inter alia*, justicia, responsabilidad institucional e individual, búsqueda de la verdad y reconciliación.

Sin pretender animar a inclinarse por una u otra posición, en este trabajo se estudia cómo la ‘justicia reconciliatoria’ ha funcionado bien en unos casos, y en otros ha mostrado ser insuficiente. En determinadas situaciones, los gobiernos transitorios pueden verse obligados a elegir entre justicia y continuación de la paz, o entre justicia y continuación de la democracia. Más aún, los gobiernos pueden verse atrapados en un conjunto de obligaciones morales, legales y políticas, y optar por los mecanismos menos traumáticos a corto plazo, pero también quizás menos eficaces a largo. Con todo, se han creado una serie de mecanismos bien políticos, bien jurídicos impulsados por Estados, Organizaciones internacionales y diversos actores de la sociedad civil como parte de la responsabilidad de proteger<sup>1</sup>.

La justicia transicional implica un “compromiso ético” con la transformación de una realidad en la que los ciudadanos ven vulnerados sus derechos. Los diferentes mecanismos se refieren a justicia penal, reparación, verdad, reforma institucional y garantías de no repetición. No existe una fórmula única para la creación de estos mecanismos. Más bien, éstos se ajustan a una situación dada tras considerar cuidadosa y minuciosamente el contexto específico en el que se van a aplicar.

---

<sup>1</sup> Vid. *Responsability to protect: State responsibility and prevention*, AGNU, CSNU, 9 de julio de 2013, A/67/929; S/2013/399.

En las décadas siguientes a la segunda guerra mundial se activaron tres grandes innovaciones en el campo de los derechos humanos: los tribunales militares internacionales de Nurember y Tokio, la Organización de las Naciones Unidas, y todo un conjunto de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales. Nurember y Tokio fueron una reacción al holocausto y a otras atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial. No obstante, si su relevancia, desde un punto de vista histórico, ha sido significativa, estos mecanismos son vistos como una “victoria de la justicia” no conducente a la reconciliación.

El papel de las Organizaciones internacionales, en especial de Naciones Unidas, con la creación de mecanismos intergubernamentales e internacionales, es esencial en la promoción y protección de los derechos humanos. La promoción y protección de los derechos humanos incluye también la creación de tribunales penales internacionales *ad hoc* – Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, Tribunal Pernal Internacional para Ruanda-, tribunales híbridos –Sierra Leona-, la Corte Penal Internacional, o comisiones de la verdad, entre otras experiencias más recientes, y al margen de las actuaciones de los tribunales nacionales.

Cada uno de estos mecanismos ha sido aplicado en muy diferentes situaciones, y en conflictos con características diferentes, pero todos ellos tienen en común que tratan de recuperar el pasado y prevenir los conflictos y mayores atrocidades. Entre estos mecanismos otra de las diferencias radica en su naturaleza jurídica; unos son mecanismos judiciales y otros son mecanismos no judiciales.

Mi tesis consiste en reflexionar acerca de la utilidad de los mecanismos de distinta naturaleza –judicial o política- creados por Estados, Organizaciones internacionales y otros actores de la esfera internacional para la reconciliación de sociedades divididas tras una crisis –bien por pasar de dictaduras a democracias, bien por dejar un conflicto armado y alcanzar la paz-, y de la eficacia de estos mecanismos en la defensa de los derechos humanos como bienes públicos globales. No en vano, una sociedad que ofrece un trato justo y equitativo a sus miembros entraña beneficios reales y/o potenciales para todos en su conjunto.

No pretendo realizar un análisis exhaustivo de los mecanismos utilizados para lograr la paz y reconciliación nacional dado que ello requeriría una reinterpretación de la historia de los derechos humanos en el plano internacional<sup>2</sup>. Más bien, trato de participar en el debate abierto sobre qué mecanismos resultan más útiles y eficaces para hacer frente a los fantasmas del pasado y crímenes en sociedades en transición. Para lograrlo, el estudio se divide en tres partes. En una primera se abordan las características de las leyes de amnistía para preservar la paz dejando a un lado la posibilidad de investigar los hechos del pasado, los crímenes y hacer justicia, y de cómo estas leyes son rechazadas por órganos internacionales. En una segunda, el alcance y los límites de las comisiones de la verdad y la reconciliación, en otras palabras. ¿son comisiones de la verdad y la reconciliación? Y en una tercera, se trata de reflexionar acerca de las lecciones inferidas del funcionamiento de los mecanismos judiciales. Se cierra con una valoración sobre el papel de unos y otros mecanismos y la complementariedad de los mismos para lograr la paz y reconciliación en una sociedad en transición.

### **Leyes de Amnistía, paz y reconciliación ...**

En Estados que han pasado por regímenes autoritarios y dictaduras, caso de Chile, Argentina, Perú, Brasil, Uruguay o España, ha resurgido la discusión sobre la legalidad y validez de las leyes de amnistía, en particular de aquellas aprobadas en democracia como medidas diseñadas para avanzar en los procesos de transición<sup>3</sup>. Argumentos frecuentemente utilizados por parte de aquellos que están a favor de mantener las amnistías son que las mismas descansan bajo los principios de “seguridad jurídica”, “irretroactividad de la ley penal”, “seguridad nacional”, o como garantía de “paz social”. Asimismo, es frecuente escuchar, que las amnistías han permitido, en buen número de casos, una transición democrática pacífica. Este sería el caso seguido por España.

<sup>2</sup> Carlos Fernández Liesa, *El derecho internacional de los derechos humanos en perspectiva histórica*, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013.

<sup>3</sup> D. Majzub, *Peace or Justice? Amnesties and the International Criminal Court*, *Melbourne Journal of Int'l L.*, 2002, p. 247.



No obstante, tribunales y organizaciones internacionales no han hecho sino reafirmar, sobre todo en los últimos años, la incompatibilidad de las leyes de amnistía con los principios y obligaciones derivados del derecho internacional de los derechos humanos, a los cuales los Estados están obligados mediante la ratificación de los tratados internacionales<sup>4</sup>.

En este sentido, entre los años 2010 y 2011, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante, CIDH-, declaró la incompatibilidad de las leyes de amnistía de Brasil y Uruguay con la Convención Americana de Derechos Humanos. Con ello, la CIDH se ha pronunciado sobre las únicas dos leyes de amnistía que quedaban todavía vigentes en el continente americano. Por ello, la jurisprudencia de la CIDH es de gran relevancia en el derecho internacional dado que, a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y dada la historia reciente de América Latina, se ha visto obligada a analizar situaciones de violaciones masivas ocurridas durante épocas de gran convulsión política vividas en el continente, incluso de situaciones en las que los Estados no habían reconocido su jurisdicción<sup>5</sup>.

Se han logrado acuerdos de paz sin disposiciones de amnistía en algunas situaciones en que una ley de amnistía parecía la única solución posible a un conflicto. Ese fue el caso en la antigua Yugoslavia, cuando el entonces Presidente Slobodan Milosevic continuó con los acuerdos de paz para poner fin al conflicto en Kosovo, pese a tener un acto de acusación en su contra, desde mayo de 1999, por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Yolanda Gamarra, "Peace with Justice: The Role of Prosecution in Peacemaking and Reconciliation", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, n° 13, disponible en <http://www.reei.org> (última consulta 25.08.2013)

<sup>5</sup> N. S. Deodhar, "Recent Development in International Organizations. First Contentious Cases Before the Inter-American Court of Human Rights", *Am. U.J. Int'l & Policy*, 1988, p. 284, y A. L. Zuppi, "Swinging Back and Forth between Impunity and Impeachment: The Struggle for Justice in Latin America and the International Criminal Court", *Pace Int'l L. Rev.*, 2007, pp. 195 – 222.

<sup>6</sup> Darryl Robinson, "Serving the interest of justice: amnesties, truth commissions and the International Criminal Court", *European Journal of International Law*, vol. 14, No 3(2003), pág. 481.

Si el fin de las leyes de amnistía es crear una atmósfera de reconciliación, con frecuencia a costa de las víctimas invocando el interés global de la comunidad, las amnistías son actos políticos, en los que el elemento de "justicia", en un sentido judicial, no existe. Sin embargo, en los últimos años encontramos una cascada de casos en los que se logra modificar las leyes de amnistía por la influencia ejercida por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, caso de Chile, Perú o Argentina<sup>7</sup>. Los órganos de protección de los derechos no tienen como misión determinar la responsabilidad penal individual, más bien identificar las violaciones a los derechos humanos por un Estado. Al Estado compete modificar o derogar aquellas leyes -las de amnistía- que violan los más elementales derechos de todo individuo.

En la actualidad, existe un sólido fundamento jurídico internacional por el que las amnistías que pretenden dejar en la impunidad graves violaciones a los derechos humanos son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. A pesar de que todavía no hay un consenso amplio en el sentido de afirmar que la prohibición de este tipo de amnistías forma parte del derecho consuetudinario, sí se puede afirmar de este *corpus iuris* internacional que las amnistías violan obligaciones de los Estados derivadas del derecho consuetudinario<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Yolanda Gamarra, "National Responses in Latin America to International Events Propelling the Justice Cascade: The Gelman Case", en David Kennedy y José María Beneyto, (coord.), *New Approaches to International Law: The European and the American Experiences*, The Netherlands, TMC Asser Institute/Press, 2012, pp. 75-96.

<sup>8</sup> En un documento reciente, las Naciones Unidas sugieren que "las amnistías relativas a violaciones graves de derechos humanos y del derecho humanitario pueden violar las obligaciones de los Estados derivadas del derecho internacional consuetudinario. Ver, Informe de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *El Derecho a la Verdad*. UN Doc. A/HRC/5/7, de 7 de junio de 2007, págs. 11 y 12.

## **Comisiones de la Verdad y la Reconciliación, ¿de la verdad y la reconciliación?**

De entre los mecanismos no judiciales más creativos creados con el apoyo de Estados, Organizaciones internacionales e incluso organizaciones no gubernamentales destacan las Comisiones de la Verdad y Reconciliación con el fin de investigar los hechos y reconstruir la verdad, tales como: documentar la tortura, asesinatos, y otras violaciones a los derechos humanos cometidos y consentidos por gobiernos represores. En las últimas décadas, y tras asistir a las atrocidades cometidas en Chile, Sudáfrica, Uganda, Camboya, Perú, Guatemala, Sudán, Libia, Siria o Egipto se han establecido estos mecanismos que brindan un espacio poderoso para facilitar el diálogo sobre las injusticias cometidas en el pasado y enfrentar posibles injusticias en el futuro.

Este tipo de mecanismos constituyen una vía intermedia situada entre las leyes de amnistía y punto final y los tribunales nacionales e internacionales, más aún, en algunos supuestos llegan a crearse comisiones de la verdad y tribunales internacionales paralelamente para impartir justicia y determinar la responsabilidad de los perpetradores. Se combinan, así, los mecanismos judiciales y los mecanismos no judiciales para un tratamiento eficaz de la situación.

Las comisiones de la verdad se erigen en efectivas vías para recuperar el pasado y lograr la reconciliación en diferentes experiencias. Quizás la más conocida sea la que representa Sudáfrica. No obstante, otros casos merecen también la atención como los casos de Chile o Guatemala, sin excluir las negociaciones de paz en Colombia y las propuestas de lo que se ha dado en llamar ‘justicia alternativa’.

El proceso de justicia transicional se debe basar en tres principios: la satisfacción del derecho a la verdad, la satisfacción del derecho a la justicia, y la satisfacción del derecho a la reparación. En este contexto, el trabajo de una Comisión de la Verdad y Reconciliación debe contribuir, al menos, al esclarecimiento de los hechos, reconocimiento moral de las víctimas de violaciones de derechos humanos, y la presentación de

recomendaciones políticas que garanticen la no repetición de las violaciones a los derechos humanos.

## **Mecanismos judiciales internacionales: imparcialidad, justicia y reparación**

Los mecanismos judiciales o cuasi judiciales para la reconciliación en una sociedad desestructurada y la protección a los derechos humanos incluyen tribunales penales internacionales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas como órganos subsidiarios, caso de los tribunales penales para la antigua Yugoslavia y Ruanda; la Corte Penal Internacional establecida mediante tratado internacional -Estatuto de Roma-; el tribunal mixto de Sierra Leona establecido mediante un tratado entre el Gobierno de Sierra Leona y Naciones Unidas; el tribunal híbrido de Camboya propuesto en una ley nacional promulgada en función de lo estipulado en un tratado; un tribunal híbrido en forma de Sala Especial en la Corte estatal de Bosnia y Herzegovina establecida por una decisión del Alto Representante de Naciones Unidas para el Desarrollo de los Acuerdos de Paz de Dayton; un Panel con Jurisdicción Exclusiva sobre los Crímenes cometidos en Timor Leste establecido por la Regulación del Representante Especial del Secretario General de Naciones Unidas en Timor Este; la utilización de jueces y fiscales de otras nacionalidades en los tribunales de Kosovo para cumplir con la regulación de la Administración Interina de Naciones Unidas en Kosovo; la Comisión contra la Impunidad en Guatemala, creada en virtud del acuerdo entre Naciones Unidas y el Gobierno guatemalteco; y el Tribunal Especial para el Líbano establecido por acuerdo entre Naciones Unidas y el gobierno de la República libanesa.

Ciertamente, pueden existir luces y sombras en torno a la eficacia de los mecanismos judiciales, no obstante su sola existencia supone un paso cualitativo en la sociedad internacional en cuanto que se logra procesar y castigar a individuos que han cometido las mayores atrocidades, reconstruir la historia de los hechos contrastadamente, ofrecer un papel a las víctimas –si bien mínimo-, y trabajar con la idea de prevenir la

impunidad al mismo tiempo que futuras violaciones a los derechos humanos<sup>9</sup>.

De entre los argumentos a favor de procesar y condenar a los perpetradores destaca el defendido por P. R. Williams y M. P. Scharf al escribir:

“(…), the particular circumstance of the crimes committed in the former Yugoslavia required the formation of an *ad hoc* criminal tribunal for both moral and practical reasons. First, the genocide, rape, and torture that occurred was of a nature and scale so horrific that nothing short of full accountability for those responsible would provide justice. Second, the domestic legal systems in some of the republics of the former Yugoslavia had been so thoroughly corrupted that they were not competent to conduct a fair trial of the war’s perpetrators, many of whom are still in power”.<sup>10</sup>

Sin embargo, este mismo autor añadió que la justicia debería ser aplicada juntamente con otras relevantes aproximaciones teniendo en cuenta los intereses de las partes del conflicto, las variables económicas, y el uso de la fuerza –o no, y su intensidad- durante el proceso de reconstrucción de la paz.

## Reflexiones globales

Los Estados –individual o conjuntamente con Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales- han reaccionado con diferentes mecanismos y aproximaciones ante las trasgresiones a los derechos humanos, y esas reacciones han estado determinadas, en buena medida, por las circunstancias de cada caso. No obstante, algunas experiencias han sido más exitosas que otras, pero en ninguno de los conflictos, la reconciliación ha logrado alcanzarse. Una de las razones, como defienden los distintos autores, es que la reconciliación entre las partes es un proceso que

comienza en la etapa de *peacemaking* al alcanzar un acuerdo de paz en el que se incluyan las atrocidades cometidas en el pasado, y ello es difícilmente factible. En todo caso, de materializarse, se necesita de un período de tiempo amplio hasta que el acuerdo pueda desarrollarse e incorporarse en la “nueva” sociedad.

De las experiencias del pasado, tanto del caso de la antigua Yugoslavia y otras experiencias, cabe extraer una serie de conclusiones útiles para la resolución de conflictos en el futuro o, incluso, prevenirlos, incluido el caso pendiente de Palestina, Siria o Egipto. Justicia y reconciliación son dos conceptos clave que requieren de la atención y el estudio del personal que participa en los procesos de paz y de reconstrucción antes de la firma de los acuerdos o la negociación de compromisos políticos.

La reconciliación debe alcanzarse por las partes, incluso si participa un tercero en la verificación del proceso. Todos los actores deben intervenir en las negociaciones y no se debe forzar a las partes a aceptar concesiones que no contribuyan a alcanzar la paz. Es importante que cualquier mecanismo que trate de los crímenes cometidos en el pasado sean incluidos en la etapa de conclusión de la paz –tratado de paz-, de modo que exista un compromiso por las partes para crear y aplicar los pilares de una infraestructura social inclusiva. Los cambios de sistemas políticos, tras un intenso conflicto, requieren la inclusión del reconocimiento y tolerancia a la diversidad, así como de condiciones de seguridad e identidad.

Los Estados y otras partes involucradas en el proceso de negociación influyen en la estrategia de reconstrucción siguiendo sus propios intereses. Sin embargo, los negociadores deberían conocer las circunstancias políticas del conflicto, tener en consideración la naturaleza de los problemas y cómo hacer frente a ellos, e identificar el mecanismo más apropiado con la ayuda de los Estados.

La tensión entre lograr la paz y hacer justicia ha sido evidente en casos tales como los vividos en los Estados de la antigua Yugoslavia, o también Chile, Guatemala, Uruguay o Brasil, en el que los negociadores

---

<sup>9</sup> Más ampliamente tratado en Yolanda Gamarra, “Peace with Justice: The Role of Prosecution in Peacemaking and Reconciliation”, *cit.*

<sup>10</sup> P- R. Williams y M. P. Scharf, *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, *op. cit.*, p. 22.

sacrificaron la completa aplicación del Estado de Derecho –*Rule of Law*– en favor de los acuerdos de paz para dar por finalizado el conflicto o alcanzar la estabilidad del Estado. Con el propósito de dar por concluido un conflicto interno o internacional, las negociaciones con frecuencia son conducidas por los líderes responsables de los mayores abusos y violaciones a los derechos humanos. En estas situaciones, insistir en los procesos penales puede prolongar el conflicto e intensificar los sufrimientos humanos generando un efecto nocivo en el proceso de paz. No obstante, es importante no perder de vista que el logro de un acuerdo puede evitar mayor sufrimiento en el corto plazo, y la reconciliación es necesaria para prevenir caer en escaladas de violencia entre las partes. Así, en Sudáfrica, los mecanismos judiciales y los mecanismos no judiciales se complementan para afrontar el pasado.

Si la justicia es una condición necesaria para la reconciliación, no es un requisito suficiente. Existe un dilemma: mirar al pasado para hacer frente a las atrocidades o crear un presente y futuro viable para los diferentes grupos tras el conflicto. De modo que la reconciliación necesita de mecanismos complementarios para lograr justicia –más allá de la típica retribución o proceso contradictorio. El mayor cambio para los negociadores sería lograr encontrar un proceso capaz de alcanzar las funciones de justicia evitando el resentimiento de uno de los grupos.

La reconciliación sólo es posible si está ligada con cambios institucionales y estructurales. Cualquier mecanismo que no contemple reformas en instituciones corruptas, o no promueva la reconstrucción, teniendo en cuenta a los exiliados, redistribución de los recursos u otras necesidades económicas tiene alta probabilidad de fracasar y no contribuir a lograr la paz<sup>11</sup>.

La reconciliación debe incluir elementos de olvido –pasar página y mirar al futuro– que no significa olvidar y no hacer frente al pasado. Para que las partes alcancen la reconciliación deben conocer el pasado y

recordar las injurias históricas. Como defendió M. Abu-Nimer cuando se refería al conflicto de Palestina e Israel,

“(t)he ability to remember the story and share with the other, with its full intensity, is an element that relieves tension and anger in conflict relationship”.<sup>12</sup>

Tristemente, no hay un modelo válido que seguir en el mundo para alcanzar la reconciliación en una sociedad. Ni los tribunales penales internacionales, ni las comisiones de la verdad son capaces de ofrecer por sí solas una solución a las situaciones tan complejas creadas tras un conflicto. De modo que los mecanismos judiciales pueden ser políticamente deshechados, facilitar procesos selectivos, o ser vistos como mecanismos impuestos por los vencedores.

Las comisiones de la verdad, de otro lado, pueden ser inefectivas o insuficientemente punitivas. Quizás por esta razón, algunos autores indican que la llave para lograr la paz es tener amplitud de miras e incorporar los distintos mecanismos en orden a incorporar la restitución, reconocimiento, olvido e igualdad en el carácter retributivo de la justicia. El desarrollo de la justicia transicional muestra que la lechuza de Minerva despliega sus alas *antes* del anochecer, que la filosofía ofrece un impulso conceptual a la economía, ciencia política, la política, y a la justicia. No obstante, está por ver qué efecto tendrá este impulso a más largo plazo.

### Nota Bibliográfica

ABU-NAMIR, M. (ed.), *Reconciliation, Justice and Coexistence*, Lanham/Boulder/Nueva York/Oxford, Lexington Books, 2001.

ALMQUIST, J. y ESPÓSITO, C., *The Role of Courts in Transitional Justice: Voices from Latin America and Spain*, Nueva York, Routledge, 2012.

---

<sup>11</sup> M. Abu-Nimer, “Education for Coexistence in Israel. Potential and Challenges”, en M. Abu-Nimer, (ed.), *Reconciliation, Justice and Coexistence*, Lanham/Boulder/New York/Oxford, Lexington Books, 2001, p. 248.

---

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 245.

- ÁLVAREZ, J. E., "The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences", *Texas International Law Journal*, 2003/3, vol. 38, pp. 405 – 444.
- Idem, "Trying Hussein: Between Hubris and Hegemony", *Journal of International Criminal Justice*, 2004/2, pp. 319-329.
- Idem, "Post International Criminal Court Challenges", *2000 Proceedings of the Australian and New Zealand Society of International Law/American Society of International Law*, pp. 123 – 127.
- BASSIOUNI, M. Ch. (ed.), *Post-Conflict Justice*, Nueva York, Transnational Publishers, 2002.
- BIGGAR, N. (ed.), *Burying the Past. Making Peace and Doing Justice after Civil Conflict*, Washington, Georgetown University Press, 2001.
- BORAINE, A., "Truth and Reconciliation in South Africa: The Third Way", en ROTBERG, R.I. & THOMPSON, D. (eds.), *Truth v. Justice*, Princeton University Press, 2000.
- BROOMHALL, B., *International Justice & The International Criminal Court. Between Sovereignty and the Rule of Law*, Oxford University Press, 2003.
- CASSESE, A., *International Tribunal for the Former Yugoslavia. First Annual Report*, U.N. Doc. IT/68, 28, July 1994.
- DEMBOUR, M.-B. & HASLAM, E., "Silencing Hearings? Victim-Witnesses at War Crimes Trials", *EJIL*, 2004/1, vol. 15, pp. 151 – 178.
- DUGARD, J., "Dealing with Crimes of a Past Regime. Is Amnesty Still an Option?", *Leiden Journal of International Law*, 1999, vol. 12, pp. 1001 – 1015.
- EVENSON, E.M., "Truth and Justice in Sierra Leone: coordination between Commission and Court", *Columbia Law Review*, 2004, pp. 730 – 767.
- FRANCK, Th., *Fairness in International Law and Institutions*, New York, Oxford University Press, 1997.
- FREEMAN, M. & WIERDA, M., "The ICTY and the Pursuit of Justice in the Balkans", en STAMKOSKI, G. (ed.), *With No Peace to Keep: UN Peacekeeping and the Ward in the Former Yugoslavia*, London, Volatile Media Ltd., 2002.
- FREEMAN, M., "Transitional Justice: Fundamental Goals and Unavoidable Complications", *Manitoba Law Journal*, 2001, vol. 28, pp. 113 – 121.
- GOLDSTONE, R.J., "Justice as a Tool for Peace-Making. Truth Commissions and International Criminal Tribunals", *N.Y.U. Journal of International Law and Policy*, 1996, pp. 485-503.
- GREIFF, P. de, "Deliberative Democracy and Punishment", *Buffalo Criminal Law Review*, 2001/2002, vol. 5, pp. 373 – 403.
- HABIMANA, A., "What Does 'International Justice' Look Like in Post-Genocide Rwanda?", <http://www.carnegiecouncil.org/printerfriendlymedia.php/prmID/615>
- HAYNER, P. B., *Unspeakable Truths: Confronting State Terror and Atrocity*, Londres, Routledge, 2001.
- HENKIN, A.H., *Honoring Human Rights*, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000.
- Idem (ed.), *The Legacy of Abuse. Confronting the Past, Facing the Future*, Washington, The Aspen Institute, 2002.
- JESCHECK, H.H., "The General Principles of International Criminal Law Set Out in Nuremberg, as Mirrored in the ICC Statute", *Journal of International Criminal Justice*, 2004/1, vol. 2, pp. 38 – 55.
- KRITZ, N., "Where We Are and How We Got Here: An Overview of Developments in the Search for Justice and Reconciliation", en

- HENKIN, A. (ed.), *The Legacy of Abuse*, Washington, The Aspen Institute, 2002, pp. 21 – 45.
- MAGLIVERAS, K.D., “The Interplay between the Transfer of Slobodan Milosevic to the ICTY and Yugoslav Constitutional Law”, *EJIL*, 2002/3, vol. 13, pp. 661 – 677.
- MARTIN, I., "Justice and Reconciliation: Responsibilities and Dilemmas of Peace-makers and Peace-builders", en HENKIN, A. (ed.), *The Legacy of Abuse*, Washington, The Aspen Institute, 2002, pp. 81 – 90.
- MINOW, M., *Between Vengeance and Forgiveness: Facing History after Genocide and Mass Violence*, Boston, Beacon Publishers, 1998.
- NESIAH, V. & ZYL, P. van, "Response to 'Challenging Restorative Justice' by Richard Wilson", *Human Rights Dialogue*, 2002, vol. 7, pp. 17 y ss.
- NESIAH, V., "Overcoming Tensions between Family and Judicial Procedures", *International Review of the Red Cross*, 2002, vol. 84, October, <http://www.icrc.org>
- Idem, "Placing International Law: White Spaces on a Map", *Leiden Journal of International Law*, 2003, vol. 16, pp. 1 y ss.
- Idem, "The Ground Beneath Her Feet: Third World Feminist Debates", *European Journal of International Law*, 2003, vol. 16, pp. 1 y ss.
- O'NEILL, W.G.O., *Kosovo. An Unfinished Peace*, International Peace Academy, Occasional Paper Series, 2002.
- PENROSE, M.M., “It’s Good to Be the King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State under International Law”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2000, pp. 194 – 216.
- RATNER, S. R. & ABRAMS, J.S., *Accountability for Human Rights Violations in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford, Clarendon Press, 1998 (2ª ed. 2001).
- ROBINSON, D., “Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court”, *EJIL*, 2003/3, vol. 14, pp. 481 – 505.
- ROTHBERG, R.I. & THOMPSON, D., *Truth v. Justice: The Morality of Truth Commissions*, Princeton University Press, 2000.
- SCHABAS, W., “The relationship between truth commissions and International Courts: The case of Sierra Leone”, *Human Rights Quarterly*, 2003, 25 (4), pp. 1035-1066.
- SCHARF, M. P., “The Amnesty Exception to the Jurisdiction of the International Criminal Court”, *Cornell International Law Journal*, 1999, pp. 507 – 527.
- SEITS, P., "The Limits of Truth Commissions in the Search for Justice: An Analysis of the Truth Commissions of El Salvador and Guatemala and Their Effect in Achieving Post Conflict Justice", en BASSIOUNI, M. Ch., (ed.), *Post-Conflict Justice*, Ardsley, Transnational Publishers, 2002.
- SIMON, J.M., *Violencia masiva patrocinada por el Estado: responsabilidad criminal y 'reconciliación'*, Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, January 2003.
- SOTO, A. de, “Las dimensiones políticas de la prevención de conflictos: la consolidación de la paz después del conflicto”, en OSORIO, T. y AGUIRRE, M. (coor), *Después de la guerra. Un manual para la reconstrucción posbélica*, Barcelona, Icaria Editorial, 2000, pp. 151 – 163.
- STEINER, H.J. (ed.), *Truth Commissions: A Comparative Assessment*, World Peace Foundation Report, 1997.
- TEITEL, R. G., *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2000.
- WET, E. DE, “The Prohibition of Torture as an International Norm of *ius cogens* and Its Implications for National and Customary Law”, *EJIL*, 2004/1, vol. 15, pp. 97 – 122.

WIERDA, M., "Justice for Victims in Sierra Leone", *Journal of the Redress Trust*, 2003, 1, p. 6.

WILSON, R., "Challenging Restorative Justice", *Human Rights Dialogue*, 2002, Series 2, Number 7, <http://www.carnegiecouncil.org/printerfriendlymedia.php/prmID/246>

WILLIAMS, P. R. and SCHARF, M. P., *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia*, New York/Oxford, Rowman and Littlefield Publishers, 2002.

## **La responsabilidad de proteger: redefinición y pervivencia (2009-2013)**

Rafael García Pérez  
Profesor Titular de Universidad  
Universidad de Santiago de Compostela

La Responsabilidad de Proteger (RdP) fue aprobada por la Cumbre Mundial de Naciones Unidas en septiembre de 2005<sup>1</sup>. En ella se proclamaba la responsabilidad de cada Estado de "proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la depuración étnica y los crímenes de lesa humanidad" (*los cuatro tipos de crímenes*). También se declaraba que la comunidad internacional, en función de las circunstancias, debía ayudar a los Estados a ejercer esa responsabilidad creando capacidades de protección antes de que estallaran las crisis. En la Resolución también se afirmaba que "cuando fuera evidente" que un Estado no protegiera a su población de los crímenes mencionados, la comunidad internacional estaría dispuesta a adoptar medidas colectivas, por conducto del Consejo de Seguridad y de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, pero sin concretar medios ni procedimientos para darle efecto útil cuando las previsiones establecidas en la Carta no funcionasen.

Con posterioridad, en una carta enviada en 2007 al Presidente del Consejo de Seguridad, el Secretario General (SG) Ban Ki-moon reconocía la endeblez del nuevo concepto y la necesidad de lograr el máximo respaldo internacional para consolidarlo<sup>2</sup>. Para lo cual creaba una nueva figura, la del Asesor Especial de la RdP con categoría de Subsecretario General, encargado específicamente de la función de desarrollar el nuevo concepto, precisando sus aspectos conceptuales, políticos y operativos, y de

---

<sup>1</sup> Párrafos 138 y 139 del Documento Final de la Cumbre Mundial (A/RES/60/1).

<sup>2</sup> "Debido a que la responsabilidad de proteger es aún un concepto en ciernes, la función primordial del Asesor Especial será la de desarrollarlo y de crear consenso al respecto". Carta de fecha 31 de agosto de 2007 dirigida al Presidente del Consejo de Seguridad por el Secretario General (S/2007/721).

continuar el diálogo político con los Estados Miembros sobre las medidas necesarias para su puesta en práctica.

A comienzos de 2009 el SG publicó un informe titulado “hacer efectiva la responsabilidad de proteger” (A/63/677). Este documento fue presentado ante la Asamblea General, en julio de 2009, durante un diálogo interactivo oficioso en el que se hizo patente la desconfianza, cuando no firme oposición, mostrada por un número significativo de Estados respecto del nuevo concepto temiendo que pudiera ser instrumentalizado para vulnerar la soberanía de los Estados y promover la injerencia internacional en los asuntos internos. Tras celebrar deliberaciones oficiosas la única y escueta resolución que pudo ser aprobada se limitaba a anunciar que la RdP seguiría siendo examinada<sup>3</sup>.

Desde entonces el SG Ban Ki-moon ha publicado sucesivos informes anuales sobre la materia que han sido objeto de sendos diálogos interactivos informales celebrados en la Asamblea General: “alerta temprana y evaluación”, en 2010 (A/64/864); “la función de los mecanismos regionales y subregionales para hacer efectiva la responsabilidad de proteger”, en 2011 (A/65/877-S/2011/393); “la responsabilidad de proteger: respuesta oportuna y decisiva”, en 2012 (A/66/874-S/2012/578); y recientemente el titulado “la responsabilidad de proteger: responsabilidad del Estado y prevención”, en julio de 2013 (A/67/929-S/2013/399).

La presente comunicación tiene como objeto el análisis de la interpretación del concepto de RdP que ha ido realizando el SG a lo largo de estos informes. En concreto del más reciente, a la luz del contexto político internacional existente en los últimos años, especialmente condicionado por las críticas manifestadas por un elevado número de países a raíz de la intervención internacional en Libia en 2011, autorizada por el Consejo de Seguridad invocando este concepto.

Como ya expusiera Ban Ki-moon al inicio de su mandato: “la responsabilidad de proteger es aún un concepto, no una política, una

<sup>3</sup> Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la responsabilidad de proteger (A/RES/63/308).

aspiración, no una realidad”<sup>4</sup>. Para hacerlo aceptable a la gran mayoría de los Estados ha tratado de precisar el nuevo concepto de una forma pragmática, alejándolo de las posibilidades que auguraba el Informe de la Comisión Internacional sobre Soberanía e Intervención de los Estados (2001) para circunscribirlo a la escueta declaración asumida en la Cumbre Mundial de 2005<sup>5</sup>.

En su primer informe de 2009 dedicado a la RdP, el SG identificó los “tres pilares” que sustentan el nuevo concepto:

1. la responsabilidad primaria del Estado de proteger a su población;
2. el compromiso paralelo de la comunidad internacional para alentar y ayudar a los Estados a cumplir con esa responsabilidad;
3. la acción colectiva internacional a través de los instrumentos disponibles en virtud de los Capítulos VI, VII y VIII de la Carta de las Naciones Unidas para dar una respuesta oportuna y decisiva cuando sea evidente que los Estados no cumplen sus obligaciones.

La RdP carece de normas precisas de ejecución en su tercer pilar, generando un vacío normativo que ha hecho posible que en su primera aplicación práctica, en Libia, se haya producido un resultado (el cambio de régimen en el país) no contemplado en el mandato del Consejo de Seguridad que lo autorizaba. Lejos de incidir sobre tan importante carencia, el SG ha insistido en desarrollar la dimensión preventiva de la RdP tratando de potenciar de esta manera la capacidad de acción de que dispone NN.UU. sin que medie una resolución del Consejo de Seguridad autorizando el uso de la fuerza.

El último informe publicado en 2013 incide en esta tendencia al centrarse en evaluar las causas y la dinámica de los cuatro tipos de crímenes a que ha

<sup>4</sup> “Soberanía responsable: cooperación internacional para un mundo en cambio”, Informe del Secretario General, Berlín 15 de julio de 2008 (SG/SM/11707).

<sup>5</sup> CERVELL HORTAL, M<sup>a</sup> J.: “¿’Responsabilidad de Proteger’ tras la práctica de los ocho últimos años (2001-2009)?”, en RAMÓN CHORNET, C. (coord.): La acción colectiva del uso de la fuerza. Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp.455-500.



sido circunscrita la RdP<sup>6</sup> (que en los términos empleados por el SG pasan a ser denominados como “crímenes atroces” --párr. 2 y ss.--) y examinar la variedad de medidas estructurales y operativas que los Estados pueden adoptar para evitarlos. Esta tarea preventiva tiene un objetivo central (párr. 68): la creación de “sociedades resilientes” a los crímenes atroces a través de dos vías: las iniciativas nacionales, por medio del fomento del buen gobierno democrático, y las internacionales, encaminadas a prestar asistencia a aquellos Estados que pudieran necesitarlo, o constituyendo asociaciones regionales para estimular la prevención<sup>7</sup>.

Resulta llamativo el uso de un término psicológico (resiliencia<sup>8</sup>) como concepto básico del informe cuando, al menos en su acepción en castellano, no se corresponde exactamente con el sentido preventivo que se persigue. Ciertamente, la capacidad de resiliencia se pone de manifiesto tras haber vivido una situación traumática. Sería, por tanto, más adecuado, aplicarlo a las situaciones posteriores a un conflicto en aquellas sociedades que hayan padecido crímenes de lesa humanidad. Pero en el uso político en que el término es empleado por el SG da por sentado que las sociedades pueden prepararse por anticipado para superar estos episodios en el caso de que se produzcan. El contrasentido es evidente, aunque la prevención de crímenes atroces y la reconstrucción de sociedades que los han padecido tienen elementos en común, no contribuye a precisar su contenido el identificarlos.

El informe centra su atención en los medios preventivos que los Estados pueden poner en marcha con el fin de evitar unos crímenes que, como repite en varias ocasiones (párr. 15), no son episodios ocasionales sino procesos fruto de múltiples circunstancias que han podido manifestarse con anticipación, incluso desde hace décadas. Para ello (párr. 31) distingue entre “medidas estructurales”, diseñadas para establecer “un entorno de

---

<sup>6</sup> Así fue precisado por el SG en su informe de 2009 (párr. 10 b) ante las pretensiones de algunos países de hacerlo extensivo a otras circunstancias como el cambio climático o los desastres naturales.

<sup>7</sup> Como la Red Latinoamericana para la Prevención del Genocidio y Atrocidades Masivas, constituida por 18 Estados en 2012.

<sup>8</sup> “Capacidad humana para asumir situaciones límite con flexibilidad y sobreponerse a ellas”. Se trata de una nueva voz que incorporará el DRAE en su 23ª edición.

resiliencia”, abordar las causas fundamentales de los crímenes atroces, crear estructuras estatales que contribuyan a impedir la comisión de esos crímenes y a superar satisfactoriamente los períodos de inestabilidad; y “medidas operacionales”, destinadas a detener la comisión de crímenes inminentes o en curso, asegurar la rendición de cuentas por los crímenes cometidos y prevenir nuevos actos de violencia.

Como ocurre en los informes anteriores, las medidas propuestas<sup>9</sup> son positivas y en caso de llevarse a la práctica conducirían a una mejora objetiva en la convivencia en aquellas sociedades que las apliquen. Pero sigue dejando de lado cuestiones fundamentales que apenas son mencionadas (párr. 12): si la experiencia reciente demuestra que los crímenes atroces tienen más probabilidades de suceder en el desarrollo de conflictos armados, especialmente cuando se limitan al ámbito territorial de un Estado, ¿qué puede hacer la comunidad internacional en esas circunstancias? Es aquí donde radica el problema central para aplicar la RdP, como han puesto de manifiesto los acontecimientos de Libia en 2011 y de Siria en la actualidad. Qué hacer cuando en la comisión de estos crímenes se encuentran implicados tanto las fuerzas gubernamentales como otros grupos de oposición armada que la dinámica bélica de ofensiva y contraataque pueden convertir en víctimas de una agresión premeditada a comunidades o grupos específicos de ciudadanos de un Estado o a otras personas residentes en el territorio y que también se encuentran protegidas en aplicación de los Convenios de Ginebra.

Sobre este punto el informe elude pronunciarse ofreciendo la impresión de que lo hace de forma deliberada, evitando tratar una controversia que divide a la comunidad de Estados y cuyo mero enunciado acaso podría condenar definitivamente al concepto de RdP al desván de las ideas. El actual SG parece empeñado en defender la vigencia de la Responsabilidad de Proteger a costa de rebajar su alcance, haciéndolo aceptable ante un

---

<sup>9</sup> Fundamentalmente, se trata de medidas legislativas orientadas a evitar la discriminación, favorecer el pluralismo político y la participación de las comunidades minoritarias y garantizar el Estado de Derecho incorporando a la legislación nacional las obligaciones derivadas de los convenios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario.

número creciente de países críticos que desconfían de la forma en que pueda ser llevado a la práctica. Pero esta estrategia en absoluto garantiza su pervivencia y, menos aún, su aplicabilidad. Reducir la RdP a un conjunto de medidas orientadas a prevenir la comisión de crímenes atroces, complementarias y muy semejantes a las ya concebidas para la prevención de los conflictos, vacía de contenido efectivo al concepto renunciando a su aplicación reactiva en los casos en que estas atrocidades efectivamente se producen en los conflictos armados desarrollados en el territorio de un país soberano.

## **Acerca de algunos tópicos biopolíticos de la gobernanza global: hacia una revisión crítica**

Paloma García Picazo  
Profesora Titular de RRII  
Universidad Nacional de Educación a Distancia

¿Gobierno mundial o gobernanza global? Mencionar a la segunda, de uso generalizado en las Relaciones Internacionales (RRII), en los medios de comunicación y en la divulgación de la supuesta innovación teórica neo-funcionalista, comporta replantearse algunos de sus supuestos implícitos<sup>1</sup>.

### **1. Un gobierno mundial... ¿en transformación?**

Dado que el núcleo de cualquier reflexión política siempre ha sido, es y será el *poder*, quizá conviniera reconsiderar ciertas fuentes que, pese a los sucesivos disfraces semánticos, perduran en el tiempo. Pues esta gobernanza –que en su día se planteó dentro de la Teoría de Regímenes Internacionales como gobernabilidad sin gobierno (*governance without*

---

<sup>1</sup> Este texto adapta y reelabora partes novedosas de mi *Teoría breve de Relaciones Internacionales. ¿Una anatomía del mundo?*, Madrid, Tecnos, 2013, 4ª edición revisada y ampliada, así como parte de mi propia reflexión teórica de veinte años. Algunas bases funcionalistas: Robert L. CARNEIRO (ed.), *The Evolution of Society. Selections from H. Spencer's Principles of Sociology*, Chicago, University of Chicago Press, 1967; David EASTON, *A Framework for Political Analysis*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1965; Gerhard WAGNER, "Parsons, Hobbes und das Problem sozialer Ordnung. Eine theoriegeschichtliche Notiz in systemischer Absicht" en: *Zeitschrift für Soziologie*, vol. 20, nº 2, 1991, pp.115-116. Tales supuestos, hoy obsoletos: Marcel MERLE, *Les acteurs dans les relations internationales*, París, Economica, 1986; *Idem, Forces et enjeux dans les relations internationales*, París, Economica, 1985; *Idem, La vida internacional*, Madrid, Tecnos, 1965; *Idem, Sociología de las Relaciones Internacionales*, Madrid, Alianza, 1986 y 1991. El sistema de Easton se propuso para "visualizar" el Sistema Internacional; incapaz de adaptarlo epistemológicamente, Merle se desdijo pero se adhirió a su aparato metodológico-semántico: véase mi libro *El Sistema Mundial: perspectivas políticas y sociológicas*, Madrid, UNED, 2010, capítulo IV. Kees VAN DER PIJL, *Vordenker der Weltpolitik. Einführung in die internationale Politik aus ideengeschichtlicher Perspektive*, Opladen, Leske + Budrich, 1996, debate teórico-ideológico, pp.233-258, 263-283, 286-290, 309-313.

government)- apela a la ideación de sistemas de gestión<sup>2</sup> de los asuntos mundiales que, no por casualidad, comenzaron simultáneamente a adjetivarse como “globales”, dando principio a la serie por ahora inacabada de publicaciones acerca de la globalización, otro tópico generalizado<sup>3</sup>. Subyace en ello un programa ideológico que, como tal, no se sabe bien si se hace eco o si sirve de caja de resonancia a los fenómenos de índole científico-tecnológica, económica, cultural y sociológica que hace ya más de tres décadas transformaron el escenario mundial, imprimiéndole caracteres de tipo estructural que modificaron bastantes de sus elementos, lo que, como es lógico, dio lugar a series de transformaciones sustanciales de su propio funcionamiento<sup>4</sup>. Estos elementos conciernen sobre todo a la universalización de las redes informáticas, a la tecnificación creciente del conocimiento, a la adopción de economías –mundiales, regionales, nacionales- pretendidamente desreguladas... La índole del programa es

---

<sup>2</sup> En la espuria e interesada polémica entre “Estado” y “Mercado”, el término economicista de “gestión” es otro sucedáneo de “gobierno”. Posición filosófica crítica: Jürgen HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa II. Crítica de la razón funcionalista*, Madrid, Taurus, 1988, pp.288-469.

<sup>3</sup> John G. RUGGIE, “Continuity and Transformation in the World Polity: Toward a Neorealist Synthesis” en: *World Politics*, vol. 35, nº 2, 1983, pp.260-285; *Idem*, “International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic System” en: *International Organization*, vol. 36, nº 2, 1982, pp. 379-415. Accesible en línea: [www.people.fas.harvard.edu/~plam/.../Ruggie1983...](http://www.people.fas.harvard.edu/~plam/.../Ruggie1983...) (consulta: 07/05/2013); Jean-François RIOUX, Ernie KEENES y Gregg LÉGARÉ, “Le néo-réalisme ou la formulation du paradigme hégémonique en relations internationales” en: *Études internationales*, vol. 19, nº 1, 1988, pp.57-80. Accesible en línea: <http://id.erudit.org/iderudit/702292ar> (consulta: 07/05/2013); Pierre DE SENARCLENS, “La teoría de los regímenes y el estudio de las organizaciones internacionales” en: *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, nº 138, diciembre 1993, pp.529-539. James N. ROSENAU y Ernst Otto CZEMPIEL, *Governance Without Government: Order and Change in World Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992; Lawrence S. FINKIELSTEIN, “What is Global Governance?” en: *Global Governance*, vol. 1, nº 3, 1995, pp.367-372. Publicado por: *Lynne Rienner Publishers*. Accesible en línea: <http://www.jstor.org/stable/27800120> (consulta: 08/05/2013).

<sup>4</sup> El término “transformación” matiza la noción de “cambio”, un comodín semántico que, aplicado a conjuntos indiscriminados de acontecimientos o situaciones, trivializa un sinnúmero de análisis políticos internacionales. Buzan muestra que tan erróneo es no advertir los cambios como pasarse ante efemérides banales. Ya en su día el realista Kenneth N. Waltz aconsejó determinar los elementos estructurales o de invariancia, siquiera relativa.

estratégica, entendiendo por ello un diseño ambicioso que va más allá de determinaciones puramente militares que sólo encarnarían uno de sus aspectos; se trata, en definitiva, de proyectar una determinada imagen del mundo y del modo en que se entiende que éste debe ser gobernado<sup>5</sup>.

Se cumple así en cierta medida el sueño funcionalista acerca de un “mundo integrado”, aunque ligándolo a los viejos predicados realistas que pretenden asegurarse un control creciente de la actividad humana sobre el planeta. De este modo, neo-funcionalismo y neo-realismo confluyen en un programa ideológico común que sólo se escinde en términos teóricos de “escuela” o de rúbricas de “autores” representativos de las mismas, pero que en un terreno pragmático –de efectividad real- constituye una y la misma cosa: determinada forma de ejercicio del poder en sus diversas modalidades sobre el escenario mundial<sup>6</sup>. En él, como en cualquier otro sistema político, primaría la controvertida noción de “orden”, decisiva a la hora de integrar los cambios –el curso histórico- en unas estructuras que se pretenden estables a fin de asegurarlo. Lo que el realista hegeliano Raymond Aron estableció a tal efecto como un “orden del devenir” se materializó hace unas décadas en forma de hobbesiana “anarquía” por

---

<sup>5</sup> Morton A. KAPLAN, *Strategic Thinking and Its Moral Implications*, Chicago, The University of Chicago Center of Policy Study, 1973. Bradley S. KLEIN, *Strategic Studies and World Order. The Global Politics of Deterrence*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994; Anna DERINOVA, “The Role of Social Institutions in Shaping Strategic Culture” en: *e-International Relations*, 29 de abril 2013. Accesible en línea: [www.e-ir.info...the-role-of-social-institutions-in-sh...](http://www.e-ir.info...the-role-of-social-institutions-in-sh...) (consulta: 07/05/2013).

<sup>6</sup> Orígenes de la “transformación”: Milton FRIEDMAN, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962; Thierry DE MONTBRIAL, “For a New World Economic Order” en: *Foreign Affairs*, octubre, 1975. Accesible en línea: [www.foreignaffairs.com](http://www.foreignaffairs.com) (consulta: 09/05/2013); Miriam CAMPS, *The Management of Interdependence: A Preliminary View*, Nueva York, Council on Foreign Relations, 1974. David BALDWIN, *Neorealism and Neoliberalism: The Contemporary Debate*, Nueva York, Columbia University Press, 1993; Alexander WHYTE, “Neorealism and Neoliberal Institutionalism: Born of the Same Approach?” en: *e-International Relations*, 11 de junio 2012. Accesible en línea: [www.e-ir.info/.../neorealism-and-neoliberal-institutio...](http://www.e-ir.info/.../neorealism-and-neoliberal-institutio...) (consulta: 09/05/2013). Visión crítica: Susan STRANGE, *States and Markets*, Londres, Continuum-Pinter, 1988; *Idem*, *La retirada del Estado*, Barcelona, Icaria-Intermón Oxfam, 2001(edición de Josep Ibáñez); Mario BUNGE, *Economía y filosofía*, Madrid, Tecnos, 1985.

parte, entre otros, de los neo-realistas británicos Hedley Bull o Barry Buzan, analistas de un mundo complejo, carente de regulación en tanto que sus miembros –los Estados, como actores característicos- no reconocerían a ningún árbitro por encima de sí mismos, no obstante verse expuestos a diversas formas de socavamiento de su legitimidad, competencias y funciones en un orden internacional sujeto a transformación<sup>7</sup>. Buzan –que no desdeña la Historia- se ha preocupado de definir la influencia de factores evolutivos en las RRII. Centrado en la virtual regulación de la anarquía, hipótesis originaria del controvertido antropólogo alemán Christian Sigrist<sup>8</sup>, sus investigaciones critican las generalizaciones corrientes de la Teoría Internacional, que califica de meras constataciones o conjuntos de valores, incapaces de sustentar una construcción teórica consistente. Asimismo, adjetiva la noción de anarquía como “inmadura” o “madura”; esta última incorporaría ciertos avances para configurar un Sistema Mundial más estable y seguro<sup>9</sup>. Incide en este punto la influencia

---

<sup>7</sup> Hedley BULL, *The Anarchical Society. A Study of Order in World Politics*, Londres, Macmillan, 1977; *Idem*, “Hobbes and the International Anarchy” en: *Social Research*, vol. 48, n° 4, 1981, pp.717-738. Martin SHAW, *Global Society and International Relations. Sociological Concepts and Political Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp.85-96 (síntesis de Buzan); Barry BUZAN, “Change and Insecurity: A Critique of Strategic Studies” en: *Idem* y R. J. BARRY JONES (eds.), *Change and the Study of International Relations. The Evaded Dimension*, Londres, Frances Pinter, 1981, pp.155-172, esp.p.158 y 169-171; Barry BUZAN “New Patterns of Global Security in the Twenty-First Century” en: *International Affairs*, vol. 67, n° 3, 1991, pp.431-451. Publicado por: Wiley-JSTOR. Accesible en línea: <http://www.jstor.org/stable/2621945> (consulta: 12/05/2013); Barry BUZAN, Charles JONES, Richard LITTLE, *The Logic of Anarchy. Neorealism and Structural Realism*, Nueva York, Columbia University Press, 1993, “Overview”, pp.1-17; además, 233-245, 132ss. Barry BUZAN y R. J. BARRY JONES (eds.), *Change and the Study of International Relations. The Evaded Dimension*, Londres, Frances Pinter, 1981; procesos históricos: Barry BUZAN y Richard LITTLE *International Systems in World History: Remaking the Study of International Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

<sup>8</sup> Christian SIGRIST, *Regulierte Anarchie: Untersuchungen zum Fehlen und zur Entstehung politischer Herrschaft in segmentären Gesellschaften Afrikas*, Münster, LIT Verlag, 1994 (edición original: 1967).

<sup>9</sup> Desde sus premisas, los Estados no sólo actuarían como entidades exclusivamente conscientes de sus propios atributos de legitimidad y soberanía sino que también considerarían los de los demás: esto propicia los acuerdos y la fijación de normas de conducta. Subsistirán las posiciones de fuerza, pero se afirmarán sobre la capacidad de

del factor “cambio”, decisivo en los análisis estratégicos<sup>10</sup>: el escenario mundial se halla en continua, incesante, obvia y tautológica transformación... en tanto que, de hecho, no sólo *sucedan* sino que se *aplican* medidas transformadoras sobre él, solipsismo que podría servir para dismantelar ciertas apreciaciones que se proyectan en algunos análisis de la política mundial<sup>11</sup>. Pues, ¿qué, sino preguntas retóricas, son las que señalan como “novedad” determinados aspectos de la realidad mundial que sólo representan derivaciones necesarias de la aplicación generalizada de una ciencia tecnificada, instituida por y desde la Modernidad con carácter estructural?

## 2. Gobierno del mundo como un cuerpo político: poder, seguridad y control

Como objeto epistémico, el mundo –Sociedad-Comunidad-Sistema, internacional o mundial-significa la más extensa expresión simbólica y material de ese gigantesco cuerpo político que comprende a la totalidad del planeta, hoy sujeto a las condiciones generales del capitalismo [neo] liberal como resultado de una determinada evolución histórica que proclama la

---

negociación a largo plazo respecto de los socios y rivales. Más que vencer –lo que puede ser efímero- se pretendería convencer, en espera de estrechar lazos, de que las conductas se tornen predecibles y de que las situaciones se estabilicen. A falta de un árbitro o de una instancia política superior sí se podrían auspiciar condiciones que mejorasen la regulación y la gestión adecuada de los asuntos internacionales.

<sup>10</sup> Cualquier incompetencia en advertir las transformaciones que afecten sensiblemente al Sistema Internacional obligará a enfrentarse a las peores situaciones imaginables; para prevenirlo se debe integrar, en un plano tanto cognitivo como pragmático, lo que pueden ser series o repertorios de acontecimientos significativos; éstos deben resituarse luego en las coordenadas de un horizonte de análisis susceptible de reelaborarse con arreglo a la noción de un “orden complejo” que permitirá trazar las líneas esenciales concernientes a la seguridad. Ésta se constituye sobre un orden complejo, holísticamente concebido y organizado. En él, los Estados deberían abstenerse de incurrir en las viejas actitudes particularistas para integrarse en un sistema común que garantice la apetecida seguridad: sólo en esa especie de asociación internacional más extensa podrán salvaguardar las propias soberanía y legitimidad (interna e internacional).

<sup>11</sup> Un panorama general: Ray MAGHROORI y Benett RAMBERG, *Globalism versus Realism: International Relations Third Debate*, Boulder, Westview, 1982.

derrota de los totalitarismos clásicos, pero en el que irrumpen explosivos fenómenos de violencia genuinamente totalitaria, no sólo en sus márgenes sino en su propio centro: ello comporta plantearse numerosos interrogantes acerca de su *seguridad-inmunidad*<sup>12</sup>. A su vez, la clave de cualquier análisis político del mundo residirá siempre en el *poder* y en sus formas de dominio, manejo y control; esto incluye a las modalidades de respuesta y reacción que genera en los sujetos concernidos: agentes y pacientes.

El programa de la Modernidad incorpora una serie de creencias que, en el terreno político, se plasman en la progresiva emancipación del individuo, lo que incorpora a la sociedad constituida con sus semejantes. En pleno siglo XVII occidental, la reflexión filosófica acerca de la política se centró fundamentalmente en el Estado, una herencia del siglo anterior que, en términos internacionales, se materializó en el denominado “sistema europeo de Estados”, vigente –con variaciones, como las correspondientes al sistema de alianzas del Congreso de Viena (1815)- hasta la Primera Guerra Mundial<sup>13</sup>. Un elemento esencial de esa emancipación consistía en determinar el régimen de libertad e igualdad asignado a unos súbditos que paulatinamente irían a auto-determinarse como esclarecidos ciudadanos de Estados democráticos: tal es el esquema que en la perspectiva “liberal” provendría de John Locke; en la “republicana”, de Immanuel Kant; en la “racionalista”, para unos, y “realista”, para otros, de Baruch Spinoza... En apretadísima síntesis, estos autores encarnan el esfuerzo titánico que los individuos y las sociedades han debido acometer para ir desbrozando intelectualmente la asfixiante maraña legal, jurídica y política con la que los poderosos de todos los tiempos –bajo los más diversos regímenes y sistemas políticos y con los más variados pretextos y justificaciones ideológicos (filosóficos, culturales, religiosos...)- han procurado ahogar

<sup>12</sup> Mark G. E. KELLY, “International Biopolitics: Foucault, Globalisation and Imperialism” en: *Theoria*, vol. 57, nº 123, pp. 1-26. Publicado por: *Ingentaconnect*. Accesible en línea: [www.ingentaconnect.com/content ... art 1](http://www.ingentaconnect.com/content/.../art1) (consulta: 13/04/2013). Recursos bibliográficos (biopolítica-seguridad): *Biopolitics of Security Network*, Universidad de Keele: <http://www.keele.ac.uk/bos/resources/health%20and%20bodies.htm> (consulta: 13/04/2012).

<sup>13</sup> Antonio TRUYOL y SERRA, *La sociedad internacional*, Madrid, Alianza, 1974, pp.30-80 (en perspectiva extensa).

todo intento de emancipación real de los sometidos<sup>14</sup>. A este respecto, clarividente como pocos fue Thomas Hobbes. ¿Qué, sino monstruos marinos fueron el Leviatán y el Behemoth (*Job* 41, 1-34) que inspiraron sus sendos y metafóricos tratados acerca del gobierno de unos hombres provistos de cualidades predatorias apenas inferiores a las de los lobos? Conmociónado por el *De revolutionibus orbiumcoelestium* de Nicolás Copérnico (1543), en vísperas de que Newton propusiera la Ley de la Gravitación Universal, el poeta John Donne escribió su “*An Anatomy of the World*” (1611), un lamento sobre la destrucción del orden ptolemaico del cosmos, de base aristotélica: la “nueva filosofía”, que todo lo pone en duda, obliga a que los hombres, desolados, contemplen un cosmos pulverizado en átomos cuya aparente incoherencia les aterra<sup>15</sup>. Por su parte, la casi coetánea *Anatomía de la melancolía* de Robert Burton (1621) fue concebida en sintonía con la reflexión iluminada y desencantada que auspició los albores del racionalismo y la ciencia moderna en el siglo XVII europeo<sup>16</sup>.

A partir de ahí, si se traslada esta metáfora anatómica a un sistema mundial concebido como “cuerpo político”, cabría explorarlo a partir de las

<sup>14</sup> Nicholas GREENWOOD ONUF, *The Republican Legacy in International Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998; David BOUCHER, *Political Theories of International Thought*, Oxford, Oxford University Press, 1998; Mark V. KAUPPI y Paul R. VIOTTI, *The Global Philosophers. World Politics in Western Thought*, Nueva York-Toronto, Lexington-Maxwell Macmillan, 1992; un compendio en Antonio TRUYOL y SERRA, *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado 2. Del Renacimiento a Kant*, Madrid, Alianza, 1988, pp.230-237, 250-255, 387-404.

<sup>15</sup> Lo recuperaron Ilya PRIGOGINE e Isabelle STENGERS, *La nueva alianza. Metamorfosis de la ciencia*, Madrid, Alianza, 1990, p.83.

<sup>16</sup> Thomas HOBBS, *Leviatán*, Madrid, Alianza, 1992, *Idem*, *Behemoth*, Madrid, Tecnos, 1992; José María HERNÁNDEZ LOSADA, *El retrato de un dios mortal. Estudio sobre la filosofía política de Thomas Hobbes*, Barcelona, Anthropos, 2002.; Nicolás COPÉRNICO, *Sobre las revoluciones*, Madrid, Tecnos, 1987; el poema de Donne es accesible en línea: [www.poetryfoundation.org](http://www.poetryfoundation.org) (consulta: 15/05/2013); Robert BURTON, *Anatomía de la melancolía*, Madrid, Alianza, 2008. Contexto histórico: Paul HAZARD, *La crisis de la conciencia europea (1680-1715)*, Madrid, Alianza, 1988, pp.17-54; Frances A. YATES, *La filosofía oculta en la Época Isabelina*, México, FCE, 1982, aspectos tratados en las Partes II y III; Ernst H. KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid, Alianza, 1985, aspectos de los capítulos V, VI y VII.

concepciones o teorías formales que, en un presente extenso, articulan su devenir. El objeto epistémico denominado “mundo” significa –ya se ha dicho- la más amplia expresión simbólica y material de un cuerpo político que comprende al conjunto del planeta globalizado, sujeto a las condiciones generalizadas del capitalismo, resultado de una evolución histórica que, desde la Modernidad, desafiadamente proclama la derrota del absolutismo en sus diversas formas. Sin embargo, ciertos fenómenos implícitos de índole totalitaria –fundamentalismos, tiranías, intolerancia...- han resultado imposibles de erradicar, tanto en sus márgenes como en su propio núcleo. Y aún más, señalarlos y analizarlos debidamente resulta problemático. ¿Cómo “integrar” un mundo semejante? En términos teóricos, en los albores de las RRII apenas constituidas a comienzos del siglo XX, la transición entre el orden ptolemaico o geocéntrico – “desintegrado”: donde el lugar de la “Tierra” lo ocupan los Estados particularistas- y el orden copernicano o heliocéntrico - “integrado”: donde los Estados asumen la posición de planetas subordinados que giran en torno al “Sol” o principio de organización internacional- supone pasar del particularista sistema de Estados a un sistema holístico susceptible de diversos tratamientos<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> El componente “nacional” del Estado representa el elemento moral esencial en Hans J. MORGENTHAU, *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, Boston-Nueva York, McGraw-Hill, 1993 (ed. abreviada) o Raymond ARON, *Paz y Guerra entre las naciones*, Madrid, Alianza, 1985, 2 volúmenes. Véase Esther Barbé, “Estudio Preliminar” de MORGENTHAU, *Escritos sobre política internacional*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. XIX-LV. Asimismo, Alexander B. Murphy, “The Sovereign State System as Political-Territorial Ideal: Historical and Contemporary Considerations” en: Thomas J. BIERSTEKER y Cynthia WEBER (eds.), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp.81-120. Hans KELSEN, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Editora Nacional, 1974, pp.25-61; *Idem*, *Teoría pura de Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1983, pp.345-348; *Idem*, *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, México, Fontamara, 1992, pp.103-117; Hermann HELLER, *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, FCE, 1995, pp.225-249, pp.79-107 (precisiones conceptuales); la relación con el Derecho internacional en el contexto histórico de su tiempo, pp.225-3 5; Stanley HOFFMANN, “An American Social Science: International Relations” [1977] en: James DER DERIAN (ed.), *International Theory: Critical Investigations*, Houndmills y Londres, Macmillan, 1995, pp.228-236.

Tradicionalmente, los miembros de ese “cuerpo” han sido los Estados<sup>18</sup>, integrantes del conjunto de una Sociedad o Comunidad o Sistema internacionales al que, en no pocas ocasiones, más ha parecido que se esforzaban en desintegrarlo. Sin embargo, ese “mundo”, tal como se concibe hoy por las instituciones internacionales de gobierno efectivo, hondamente marcadas por el funcionalismo, revela expresivas determinaciones orgánicas; éstas abogan por una integración funcional en diversos planos –mundial-global, regional, subregional- que tampoco está exenta de problematicidad. Por todo ello, tratándose de una indagación sobre el “cuerpo”, una idónea perspectiva crítica podría derivarse del enfoque biopolítico, susceptible a su vez de diversos enfoques que incluso son paradójicos como ahora se verá. Uno de los más valiosos – relacionados con otros más, de Michel Foucault- es el que propone el término de “*gouvernementalité*”, bastante más profundo e incisivo que la ambigua gobernanza<sup>19</sup>.

### 3. El lado sombrío de la Modernidad: de la metapolítica a la biopolítica

Reconsidera esta somera reflexión teórica sobre las RRII algunos supuestos de la gobernanza, un eufemismo “amable” y “actualizado” que permitiría reconducir semánticamente los más rudos términos del viejo gobierno, asociado a la no menos arcaica razón de Estado y sus adherencias históricas. En tal sentido, la realidad política del mundo se

---

<sup>18</sup> La raíz “*sten*” corresponde al aoristo del verbo *hístemi* (erguirse, estar de pie, asentarse firmemente: como intransitivo), a su vez, de la raíz indoeuropea *stáo*, de la que provienen: *sto* (latín), *estar* (español), *stare* (italiano), *stand* (inglés), *stehen* (alemán)... De ahí: estatus, estatuto, estado, estático... y varios otros cientos de palabras en las lenguas indoeuropeas: Juan SIGNES CODONER, *Escritura y literatura en la Grecia arcaica*, Madrid, Akal, 2004, pp.39-42.

<sup>19</sup> “*Gouvernementalité*”: Michel FOUCAULT, *Dits et écrits, Schriften 3 (1976-1979)*, Francfort del Meno, Suhrkamp, 2003, pp.796-823; *Le gouvernement de soi et des autres (Cours au Collège de France, 1982-1983)*, París, Gallimard-Seuil, 2008; *Idem*, *Securité, territoire, population (Cours au Collège de France, 1977-1978)*, París, Gallimard-Seuil, 2004; *Idem*, *Naissance de la biopolitique (Cours au Collège de France, 1978-1979)*, París, Gallimard, Seuil, 2004.

muestra con tintes tenebrosos, que obligan a recordar las prisiones y cárceles en las que los sistemas políticos absolutistas, tiránicos, opresores y totalitarios han confinado desde siempre a sus oponentes y enemigos... situación de la que tampoco escapan las modernas democracias<sup>20</sup>. Y es que las promesas de la Modernidad –progreso, ilustración, bienestar, libertad, igualdad, derechos humanos...- se han visto defraudadas por ella misma, al menos, en lo que atañe a su generalización. En sus dimensiones extremas, la reducción ontológica de los sujetos políticos –individuales y colectivos- a meros “cuerpos”, domados como autómatas perfectamente obedientes, se conecta con la foucaultiana *gouvernementalité*, que comprende a ambos. El reverso de algunos procesos de emancipación formal de la Modernidad muestra cómo esos sujetos –considerados objetos y controlados por reglas heterónomas- se ven inopinadamente circunscritos a las topografías de los nuevos y viejos ámbitos del terror, allí donde las condiciones de la “mera vida” y el “estado de excepción” definen su situación efectiva. Y es que desde su raíz metapolítica, la biopolítica implica un *experimento*: el experimento total con el cuerpo político que, virtualmente, culmina en su autopsia.

En este caso, el objeto de la presente reflexión se centra en la gestión del gobierno de un mundo globalizado. A la ubicuidad de la gobernanza cabe oponerle la *gouvernementalité*, cuyos caracteres enunció Michel Foucault en sus famosos cursos del *Collège de France*<sup>21</sup>; de entonces data también la biopolítica, sistematización teórica que elucida aspectos sustantivos de las relaciones entre el poder y el modo en que tanto individuos como grupos interiorizan las normas y reglas de gobierno que determinan su comportamiento. Estas nociones, que abrieron una brecha creativa en la

<sup>20</sup> Roland MOUSNIER, pp. 121-129, 196-205; Perry ANDERSON, *El Estado absolutista*, Madrid, Siglo XXI, 1994, pp. 9-54, esp.p.45, la cita de Bodin; Norberto BOBBIO, *El tercero ausente*, Madrid, Cátedra, 1997, pp.75-94, 97-115; Luigi BONANATE, *El pensamiento internacionalista de Norberto Bobbio*, Buenos Aires, Fontamara, 2009, pp.107-121, 93-106; Luigi FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, pp.91-113, 137-150.

<sup>21</sup> Término ya generalizado en Teoría Internacional: *governmentality*, gobernabilidad. Wendy LARNER y William WALTERS (eds.), *Global Governmentality. Governing International Spaces*, Londres y Nueva York, Routledge, 2004.

investigación social, sirven, entre otras, para examinar las relaciones entre el poder y los procesos de interiorización psicológica de las normas - legales, morales- por los sujetos concernidos<sup>22</sup>. No obstante, conviene considerar sus antecedentes. Un siglo antes, en el círculo nacionalista en torno a Richard Wagner se propuso la palabra metapolítica (*Metapolitik*) como vía “metafísica” para trascender las contingentes flaquezas de la política real/realista –*Realpolitik*- en favor de una idealización romántica, expresiva de su rechazo al materialismo utilitario y pragmático del positivismo que, en el contexto de la querrela “*Kultur versus Zivilisation*”, se atribuía a los “nuevos fenicios” –o británicos y franceses- que estarían supuestamente supeditados a los dictados cosmopolitas de una fabulada “conspiración judía” o “sionismo mundial”. Poco antes, el idealismo hegeliano (*Lecciones sobre la estética*, 1817-1829) había reinstituído una estricta dicotomía entre cuerpo y espíritu, continuadora de la línea platónica y también paulina según la cual el recipiente corpóreo es la prisión del alma<sup>23</sup>. A este respecto, Foucault invirtió el argumento (*Surveiller et punir*, 1975): las prescripciones represoras y coercitivas del *super-ego* serían las que aprisionarían al cuerpo en la cárcel del alma. Pero, ¿de qué “alma”? Una obcecada en imponer la mitología racionalista de una Modernidad instituida en suprema exaltación del afán de enderezar, controlar, vigilar y castigar mediante los más variados dispositivos: desde la violencia física sobre la carne de los cuerpos dóciles hasta la psicológica sobre las mentes conformes de los sempiternos sometidos, súbditos en vez

<sup>22</sup> Roberto ESPOSITO, Bós. *Biopolítica y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu, 2006, pp.125-173, esp.pp.158-159; 84-87, 235-252; asimismo, *Idem*, *Immunitas. Protezione è negazione della vita*, Turín, Einaudi, 2002.

<sup>23</sup> Michel HENRY, *Incarnation. Une philosophie de la chair*, París, Seuil, 2000; Ágnes HELLER y Ferenc FEHÉR, *Biopolítica. La modernidad y la liberación del cuerpo*, Barcelona, Península, 1995, pp.7-21.; Peter VIREECK, *Metapolitics: From Wagner and the German Romantics to Hitler*, Nueva York, Alfred Knopf, 2004, pp.4-9; Anja LOBENSTEIN-REICHMANN, *Houston Stewart Chamberlain-Zur textlichen Konstruktion einer Weltanschauung. Eine sprach-, diskurs- und ideologiegeschichtliche Analyse*, Berlín, De Gruyter, 2008; Manfred RIEDEL, *Metaphysik und Metapolitik: Studien zu Aristoteles und zur politischen Sprache der neuzeitlichen Philosophie*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1975; Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Vorlesungen über die Ästhetik I (Werke 13)*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp, 1986; Norman COHN, *El mito de la conspiración judía mundial. Los Protocolos de los Sabios de Sión*, Madrid, Alianza, 1983.

de sujetos emancipados. A su vez, tanto Sigmund Freud como Hans Kelsen o Norbert Elias<sup>24</sup> ya habían indagado este asunto con anterioridad por vías ajenas al fáustico irredentismo nietzscheano, desencantado ante la incumplida promesa moderna respecto de la liberación final del cuerpo; un cuerpo sujeto, por lo demás, a la *décadence* que atormentó al filósofo. Pues un origen filosófico, pronto derivado a ideológico, reside en algunas tesis de Nietzsche, cuya insistente connotación entre *Züchtung* (cría) y *Zähmung* (doma) es inherente al cuestionamiento de la genealogía de la moral<sup>25</sup>. Frente a ella, la naturaleza humana elemental –atávica, instintiva, brutal, auténtica- pugna por desembarazarse del fárrago de espejismos de una Modernidad que, en vez de liberar a los cuerpos, los apresa entre las rejas de una nueva prisión: la tiranía del universalismo racionalista de raíces ilustradas. El Panóptico de Bentham y su contra-imagen en los aterradores grabados de Piranesi o de Goya –precedidos de Magnasco y acompañados de Böcklin- ilustran mejor que nada el diagnóstico romántico de tal situación<sup>26</sup>. De ese modo, en vez de libres, esos sujetos enajenados de la

---

<sup>24</sup> Michel FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 1994, pp.139-198; KELSEN, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho...op.cit.*, “Una teoría ‘realista’ y la teoría pura del Derecho” y “La doctrina del Derecho natural y el positivismo jurídico”, pp. 22-46 y 121-137; Sigmund FREUD, *El malestar en la cultura y otros ensayos*, Madrid, Alianza, 1990, pp.49-88; Norbert ELIAS, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, México, FCE, 1990, pp.32-44,449-532. La polémica “Kultur-Zivilisation”: mi “Totalidad y fragmentación: el mundo de la cultura, el universo de la civilización” en: *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, nº 64, octubre-diciembre 1993, pp.81-104.

<sup>25</sup> Friedrich NIETZSCHE, “Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift” en *Jenseits von Gut und Böse*, Colonia, Anaconda, 2006, pp. 229-384; revisitado por FOUCAULT, *Dits et écrits, Schriften 3...op.cit.*: “Nietzsche, la généalogie, l’histoire” y en *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995, pp.20-33; el surgimiento de las formas punitivas y la sociedad disciplinaria, las tendencias totalitarias hacia el panoptismo benthamiano (y otros), pp.63-140.

<sup>26</sup> Michel FOUCAULT, *El ojo del poder* y Jeremías BENTHAM, *El Panóptico*, Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1989; FOUCAULT, *Vigilar y castigar...op.cit.*, pp.199-230; John DINWIDDY, *Bentham*, Madrid, Alianza, 1995, pp.11-34 (esp.19-24), 24-25,31, 57, 104-107,122, 124-127,128-143. Alessandro Magnasco (1667-1749) fue un pintor insólito para su tiempo, como también Arnold Böcklin (1827-1901); respecto de Giovanni Battista Piranesi (1720-1778) destaca su serie de 16 “*Carceri d’Invenzione*” que presagia lo peor del siglo XX, al igual que las dos series de aguafuertes de Francisco de Goya (1746-1828):

Modernidad, criados y domesticados, son mantenidos en sus rediles como objetos controlados no ya por leyes o normas sino por simples reglas y reglamentos que terminan por circunscribirles en las atroces topografías de los imperecederos entornos del terror: allí donde la “mera vida” (*nuda vita*) y el “estado de excepción” (*stato di eccezione*)<sup>27</sup> definen la condición existencial, según Giorgio Agamben. Por su parte, la propia materialidad de lo corpóreo establece las condiciones de su confinamiento: posición, localización, encadenamiento, necesidad, pasividad, vulnerabilidad, inercia.

Cuerpo equivale a desnudez, *nuda vita*, objeto paciente de un sufrimiento inútil. ¿Pues qué, si no, revelan/desvelan las imágenes de los campos de exterminio, registro del fordismo aplicado a fabricar cadáveres en serie?

En *The Human Condition* (1958) la clarividente Hannah Arendt señaló la oscura faceta de la Modernidad que conlleva a despolitizar al individuo. Enfrentado a la radicalidad de ciertas categorías inmanentes de orden biológico, éste puede sentirse impelido a renunciar al ideal clásico de la vida del *zôon politikon* como partícipe activo de un mundo puesto en común; inmediata sería en tal sentido la contraposición entre *bíos* y *zoé*, de ya secular hermenéutica. Hoy, en sintonía con las sutilezas de la vieja filosofía, Michel Henry precisa sabiamente la no equivalencia entre carne (*sárx*) y cuerpo (*sôma*). Transcurrida una parte del siglo XX, tal predicado se revelaría esencial para reflexionar sobre las condiciones de un mundo que, sin aprender apenas nada de la experiencia, habría traspasado la frontera de la inhumanidad (Auschwitz-Gulag), incapaz de impedir que el horror volviera a repetirse. Una condición existencial necesaria de estos

---

“Los Caprichos” y sobre todo “Los desastres de la guerra”. Bentham fue su estricto coetáneo: 1748-1832.

<sup>27</sup> Giorgio AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo Sacer II, 1*, Turín, Bollati Boringhieri, 2003, capítulo I, p.12: el “estado de excepción” como “paradigma de gobierno” es una estructura en la que el Derecho asimila al viviente - sospechoso de implicaciones terroristas, por ejemplo, sustitutivas del viejo crimen de lesa majestad- a través de la propia suspensión del mismo; una forma actual desde 2001 es la *indefinite detention* del procesado por las *military commissions* de los EEUU, que no deben confundirse con los tribunales militares regulares, previstos legalmente; *Idem, Homo Sacer: il potere sovrano e la nuda vita. I. 1*, Turín, Einaudi, 1995.



procesos es la ideologización del cuerpo, marcado con equívocas/inequívocas señales de identificación/desidentificación. Luego, la maquinaria del poder ensaya en paralelo sus experimentos sobre los grupos “no identificados” -con la norma: los *a*-normales, *sub*-normales: objeto de los programas eugenésicos/eutanásicos, entre otros<sup>28</sup>- que, en aparente paradoja, se identifican como Los Otros (*Die Anderen*) según los términos de Lo Otro y el Extrañamiento (*Das Andere-Die Entfremdung*). ¿Cómo se identificarán/reconocerán a sí mismos quienes son despojados de identidad/reconocimiento?<sup>29</sup> La aniquilación (*annihilation*) comporta etimológicamente *nihil*, la nada, igual que *Vernichtung* lo hace con *Nichts*: una negación eliminación radical. La “materia prima” la constituyen –la constituimos– unos seres humanos en devenir, sujetos de un proceso de individuación –física, vital, psicosocial– que además de individual es colectiva, según Gilbert Simondon (*L’individu et sa gènese psycho-biologique*, 1964), moldeados/modulados con arreglo a ¿qué intereses y criterios? ¿Formados, in-formados, con-formados, de-formados... para ser *qué* o *quién*? Como un renuevo invertido de la metapolítica, la biopolítica

<sup>28</sup> El sinuoso funcionalismo/behaviorismo, como titular de la construcción social de la norma/regla que establece lo normal/regular, habla de disfuncionales, asociales, insociales, des-socializados, des-integrados, des-viados, dis-minuidos, no estructurados, marginales, excluidos, atípicos... Ello permite una temible discrecionalidad.

<sup>29</sup> Otras referencias básicas: Hannah ARENDT, *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 2005: en origen *Vita activa oder vom tätigen Leben*, traducida por ella misma y publicada en Estados Unidos como *The Human Condition* (1958); Emmanuel LEVINAS, “Quelques réflexions sur la philosophie de l’hitlerisme” en: *Ésprit*, n° 26, noviembre 1934, pp.199-208 (con un *Post-Scriptum* en 1990); *Idem*, *El Tiempo y el Otro*, Barcelona, Paidós-ICE/UAB, 2004; Judith BUTLER, *Precarious Life. The Powers of Mourning and Violence*, Londres, Verso, 2006. Para Levinas, Michel DELHEZ, “La ‘Kehre’ levinasienne” en: *Revue philosophique de Louvain*, vol. 100, n° 1-2, 2002, pp.129-148. Publicado por: *Persée*. Accesible en línea:[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/phlou\\_0035-3841\\_2002\\_num\\_100\\_1\\_7412](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/phlou_0035-3841_2002_num_100_1_7412) (consulta: 26 5 2 13). Esencial: Georg SIMMEL, “Exkurs über den Fremden”, capítulo de su *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Berlín, Duncker & Humblot, 1908, pp.509-512. Publicado por: Prof. Dr. Hans Geser. Instituto Sociológico, Universidad de Zúrich, Sociology in Switzerland, Simmel Online. Accesible en: [socio.ch/sim/soziologie](http://socio.ch/sim/soziologie) (consulta: 27/05/2013); véase asimismo Gernot SAALMANN, “Simmels Bestimmung des Fremden im Exkurs von 19 8” en: Universidad Friburgo de Brisgovia, febrero 2007, 7 pp. Accesible en: [socio.ch/sim/on\\_simmel t saalman.pdf](http://socio.ch/sim/on_simmel_t_saalman.pdf) (consulta: 27/05/2013).

experimenta con el cuerpo; su culminación es el experimento total sobre el cuerpo político que en su día Agnes Heller y Ferenc Fehér diagnosticaron como la incapacidad de aprender de la experiencia histórica que lleva a concluir en la autopsia del cadáver de la Modernidad, ejemplificado en la Kampuchea de los Jemeres Rojos<sup>30</sup>. De nuevo fue Arendt quien señaló en su *On Revolution* (1965) la totalitaria irracionalidad que, en nombre de la razón, instauró el régimen del Terror durante la Revolución Francesa; su ideología permitió que, en términos modernos, se generalizasen de nuevo las temibles y arcaicas supersticiones acerca de la “inevitabilidad histórica”, que atrapa a los seres humanos en un sentimiento de insignificancia frente a la maquinaria de un tiempo que, ineluctable, los tritura. Y que después escupe sus restos por las alcantarillas del devenir<sup>31</sup>. Dice María Zambrano que

“... para comprender la historia en su totalidad [...] hay que admitir lo increíble, hay que constatar lo absurdo y al menos registrarlo” [siendo] “una de las debilidades del hombre [...] de finales y principios de siglo [...] no creer en el absurdo, en el horror, en el crimen gratuito, en lo diabólico”<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Agnes HELLER y Ferenc FEHÉR, *El péndulo de la modernidad. Una lectura de la era moderna después de la caída del comunismo*, Barcelona, Península, 1994, pp. 197-233.

<sup>31</sup> Gilbert SIMONDON, *L’individu et sa gènese psycho-biologique (L’individuation à la lumière des notions de forme et d’information)*, París, PUF, 1964; Jesús IBÁÑEZ, *Del algoritmo al sujeto. Perspectivas de la investigación social*, Madrid, Siglo XXI, 1985, pp. 37, 43, 44, 131, 132, 139, 140, 141, 148, 217, 218, 257, 264, 296. Hannah ARENDT, *Essai sur la révolution*, París, Gallimard, 1967, pp.150-163, 367; las concepciones iusnaturalistas ostentan el peligro de instituir derechos “naturales” -innatos, inmanentes, indiscutibles- en realidad fruto de un proceso social e ideológicamente construido. La frenética *quête de bonheur* convirtió en *enragés* a los *malheureux* de Saint-Just, “hombres originales” que vieron cómo la tiranía jacobina de Robespierre usurpaba el legítimo anhelo de justicia del pueblo; a partir de ahí, la violencia se instituyó en expresión de la necesidad, antítesis de la libertad y artífice de la *Grande Peur*. Mircea ELIADE, “Desdicha e historia” y “El terror a la historia” en *El mito del eterno retorno*, Madrid, Alianza, 1992, pp.89-149.

<sup>32</sup> FOUCAULT, *Vigilar y castigar...op.cit.*, pp.29-37; María ZAMBRANO, *Persona y democracia. La historia sacrificial*, Madrid, Siruela, 1996, p.95; *Idem*, “El espejo de Atenea”, apéndice a *Claros del bosque*, Barcelona, Seix Barral, 1988, pp.148-156. En tono menor, Judith BUTLER, *Violencia de Estado, guerra, resistencia. Por una nueva política de la izquierda*, Madrid-Buenos Aires, Katz, 2011, pp.58-63.

#### 4. ¿Suma cero o suma variable?: hipótesis de gobernabilidad global

En la actualidad, la serie apocalíptica *-Empire-Multitude-Common Wealth-* que Michael Hardt y Antonio Negri proponen en términos neo-marxistas - y que Zizek desentraña en irónica clave leninista- trata de describir las coordenadas contemporáneas del mundo<sup>33</sup>. Contrapuesta a la nebulosa figuración del cosmopolitismo liberal, sus líneas maestras describen a una totalidad representada por la formación de lo que llaman “imperio”, un sistema compacto que habría eliminado a los viejos Estados nacionales y que estaría cohesionado en torno a una potencia hegemónica, los Estados Unidos, arropada por las restantes que componen el G-8, cuya red se completa y refuerza con el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio y la OTAN. En paralelo, la oligarquía constituida por las grandes empresas y corporaciones multi/transnacionales coexistiría con una especie de democracia basada en las fuerzas y movimientos transnacionales que convergen en las organizaciones no gubernamentales, a modo de una especie de “Tercer Estado” mundial. Por fin, la denominada multitud *-multitudo* descrita por Baruch Spinoza en su *Tratado político* (1675)- habría sustituido a las descalificadas masas de antaño. Trascendido el concepto de individuo -atomizado, insolidario- esa multitud formada por singularidades conscientes, productivas, creativas y políticamente activas, representaría la única instancia capaz de ofrecer resistencia al dominio totalizador del “imperio” mediante actos de voluntad negadores/negativos, desafiantes de un poder que, más allá de la espacialidad física, comprende al mundo en su conjunto y compromete a la propia vida. En esas coordenadas vitales, el paso siguiente de esa acción multitudinaria consistiría en instituir un nuevo orden que,

---

<sup>33</sup> Michael HARDT y Antonio NEGRI, *Empire: Globalization as a New Roman Order Awaiting its Early Christians*, Cambridge, Harvard University Press, 2000; *Idem e idem, Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*, Nueva York, Penguin Press, 2004; *Idem e idem, Common Wealth*, Cambridge, Belknap Harvard University Press, 2009; Slavoj ZIZEK, “Have Michael Hardt and Antonio Negri Rewritten the Communist Manifesto for the Twenty-First Century?” en: *Rethinking Marxism. A Journal of Economics, Culture & Society*, vol. 13, n° 3-4, 2001. Accesible en línea: [www.egs.edu/.../have-michael-hardt-and-antonio-ne...](http://www.egs.edu/.../have-michael-hardt-and-antonio-ne...) (consulta: 26/05/2013). Un detonante: Ernesto LACLAU y Chantal MOUFFE, *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, Londres, Verso, 1985.

consecuentemente, restaurase las condiciones económicas de un sistema en el que la *res publica* ciceroniana se materializase como *Common Wealth*, juego semántico entre “república” y “comunidad de bienes”: tal sería el sentido de una re-apropiación comunitaria de los medios de producción que, además de garantizar un salario social, articulase una ciudadanía del mundo en términos democráticos o políticos, no cosmo-políticos. Clave inspiradora de este esquema habría sido la noción de “rizoma”, dispositivo inventado por Gilles Deleuze y Felix Guattari que permite integrar las multiplicidades y desórdenes aparentes del acontecer en una matriz sustantiva, ilimitadamente compleja, generativa y evolutiva: “un rizoma no cesaría de conectar eslabones semióticos, organizaciones de poder, circunstancias relacionadas con las artes, las ciencias, las luchas sociales”. Tal objeto no representa el desorden sino que, entrañándolo, lo ordena según las profundas leyes que internamente gobiernan la realidad de los seres vivos personas frente a, por ejemplo, “el Estado [que] pretende ser la imagen interiorizada de un orden del mundo y enraizar al hombre.”<sup>34</sup>

Según lo conciben las instancias rectoras actuales, marcadas por un funcionalismo persistente, el Sistema Mundial revela expresivas determinaciones orgánicas, evolucionadas desde la parábola sobre el cuerpo de Tito Livio<sup>35</sup>. A partir de ahí, ¿cuántos de los términos formalmente neutros, utilizados, instituidos y generalizados en la política mundial, comportan un sesgo ideológico tácito, condicionado por asunciones biopolíticas latentes en el propio *establishment*?<sup>36</sup> Pero, curiosamente, no es aquí donde se aglutina la avanzadilla teórica y también ideológica de las corrientes biopolíticas, proclives al radicalismo político y cultural. Pues enraizado en el propio núcleo de la Modernidad radicaría el conflicto establecido entre el valor de la libertad y el de la vida. Hace décadas que Heller y Fehér señalaron las tendencias apocalípticas inherentes a diversas corrientes biopolíticas que interpretan el mesianismo libertario de Foucault como un medio de articular lo que en gran medida

---

<sup>34</sup> Baruch SPINOZA, *Tratado político*, Madrid, Alianza, 1986, cap. III, § 1, 5, cap. IV, § 6, especialmente cap. V, § 6, 7; Gilles DELEUZE y Felix GUATTARI, *Rizoma. Introducción*, Valencia, Pre-Textos, 2010, pp.18 y 55.

<sup>35</sup> Tito LIVIO, *Ab Urbe Condita*, Libro II, 32.

<sup>36</sup> Según queda apuntado en *El Sistema Mundial...op.cit.*, pp.120-140.

son pulsiones liberadoras legítimas –medio ambiente/ecología, género/sexo, raza/etnia- que paradójicamente encauzan hacia un activismo coactivo y totalizador, fácilmente derivable en fundamentalismo. En virtud de esa exaltación, el cuerpo, como entidad orgánica-corporativa de cualquier índole, se instituye en categoría suprema, excluyente de cuanto no corresponda a sus determinaciones, en sí, expresión reivindicativa de una humillación, un sometimiento, una ignorancia seculares, padecidos como sumamente injustos –algo indudable- pero esgrimidos ahora más como consignas que como argumentos racionales. Las autodefiniciones según categorías holísticas disuelven, no ya al Uno en el Otro, sino al propio Otro, indiferenciado respecto de las singularidades que serían posibles en su grupo. Pues no se debería olvidar que la categorización originaria –“negros”, “judíos”, “mujeres”...- proviene de Un Otro que señala a El Otro como tal; esta condición convertiría a gran parte de las posturas biopolíticas en respuestas reactivas más que en propuestas activas. Aparte de que una autodefinición sobre una categoría –étnica, de género, etc.- es una opción cultural, no genética: ¿dónde queda, si no, la libertad? Heller y Fehér critican la profusión de los mini-discursos biopolíticos y su obsesiva fijación en lo “políticamente correcto” que enajena en sus estrechos márgenes lo que podrían y deberían ser opciones de alcance universal: luchar por los derechos de los oprimidos e ignorados secularmente equivale a hacerlo por la humanidad<sup>37</sup>.

### Conclusiones: un balance teórico internacional

1. Con respecto a las RRII y como revela la creciente literatura, la corriente derivada de las posiciones expuestas previamente constituye una de las líneas actuales con mayor predicamento. Las tesis de Negri y Hardt, asociadas con las de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe –tenidos por

<sup>37</sup> HELLER y FEHÉR, *El péndulo de la Modernidad...op.cit.*, pp.171-179; *Idem e idem, Biopolítica. La modernidad y la liberación del cuerpo...op.cit.*, pp.23-59; el debate entre los imperativos parciales y universales, pp.61-68; el desglose de las principales áreas de interés biopolítico: salud: 69-82; ecologismo: 83-89; género (sexo), 91-109; etnia (raza), 111-118. Parte de ello en mi “Racismo y nacionalismo” en: Andrés de BLAS (dir.), *Enciclopedia del nacionalismo*, Madrid, Alianza, 1999, pp.664-675.

mentores de la etapa Kirchner en Argentina- ha desencadenado una producción académica tendente al eclecticismo, común en los “tiempos oscuros” (*finstere Zeiten*) que evoca la esclarecida Hannah Arendt<sup>38</sup>.

2. En paralelo se asiste a la quizá no tan paradójica resurrección de Carl Schmitt, recuperado desde hace un par de décadas por una izquierda radicalizada de un modo que recuerda en cierta forma a aquél que ligó a la *gauche* intelectual francesa con Heidegger durante los años 1950-1960.

3. Aparte de estas repercusiones teóricas y pragmáticas en las corrientes sociales más críticas, el interés de la biopolítica para la Teoría Internacional se ha centrado sobre todo en el entorno de la seguridad mundial, enfrentada al análisis, interpretación y explicación de dos fenómenos apremiantes y concretos, la guerra y el terrorismo globales, asociados al desafío de lograr respuestas democráticas que eviten sucumbir a la tentación de combatir con iguales medios dentro de la espiral o bucle de una violencia irrestricta, vinculada a los esquemas de los juegos de suma cero<sup>39</sup>. Sólo queda preguntarse: ¿qué juego preferirán ahora quienes ejercen el gobierno mundial mediante la denominada “gobernanza”: la suma cero o la suma variable?

<sup>38</sup> Hannah ARENDT, *Menschen in finsternen Zeiten*, Múnich-Zúrich, Piper, 2001: en sentido amplio, precisa, estos tiempos oscuros no equivalen a las *Ungeheuerlichkeiten* (enormidades) del siglo XX; por el contrario, no representan nada nuevo ni inédito, sino la posibilidad consciente de esperar un poco de luz y claridad, no tanto mediante teorías y conceptos sino a través del testimonio vital y efectivo alumbrado por ciertas personas, hombres y mujeres, para esclarecer la oscuridad y dejar su legado a las generaciones posteriores, pp.9-10.

<sup>39</sup> Nicholas J. KIERSEY y Doug STOKES (eds.), *Foucault and International Relations: New Critical Engagements*, Abingdon, Routledge, 2010: aproximaciones desde la biopolítica y la *governmentality* a la *Global War on Terror* (GWOT) en el mundo “Post 9 11”; incluye Jonathan JOSEPH, “Governmentality of What? Populations, States and International Organizations” en: *Global Society*, vol. 23, n° 4, 2009, pp.413-419; síntesis sobre las derivaciones críticas de los postulados de Foucault y Schmitt: David CHANDLER, “War Without End(s): Grounding the Discourse of ‘Global War’” en: *Security Dialogue*, vol. 44, n° 2, 2013, pp. 243-262. Publicado por: *Sage Journals*. Accesible en línea: [sdi.sagepub.com/content/40/3/243.refs.html](http://sdi.sagepub.com/content/40/3/243.refs.html) (consulta: 28/05/2013).

## **La difícil expresión jurídica del derecho humano a la paz como bien público global**

Ander Gutiérrez-Solana Journoud  
Profesor de Derecho Internacional Público  
UPV/EHU

### **1.- Introducción**

Construido el ordenamiento jurídico internacional moderno sobre la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza, ésta se consolidó como columna vertebral de la regulación de los conflictos internacionales. Dicho veto a la utilización de la fuerza armada en las relaciones internacionales implicaba la asunción de una dura lección ofrecida por los desastrosos resultados, en términos de sufrimiento humano, de la Segunda Guerra Mundial. No pretendía dicha regulación tanto volver a los tiempos del idealismo en las relaciones internacionales, del fallido Pacto Briand-Kellog<sup>1</sup> o de la renuncia unilateral de los Estados a la guerra<sup>2</sup> como instrumento de política exterior, como de, inspirados por estos mismos precedentes, crear un sistema, denominado posteriormente de seguridad colectiva, que evitase un desastre de la magnitud del conflicto de los años 40. La prohibición del uso de la fuerza sólo tenía sentido como garante de la búsqueda de la paz, máxima aspiración de la Carta de las Naciones Unidas, y sin embargo, no puede negarse que la posterior evolución de dicha limitación estatal no ha incorporado todas sus virtualidades al desvincularse, en la práctica y en el desarrollo normativo, de una acepción de paz más amplia que la mera ausencia de guerra<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Tratado de renuncia a la guerra impulsado por Francia y EE.UU. en 1928 y al que se adhirió más de 70 países por el que se renunciaba a la utilización de la guerra como método para resolver disputas internacionales.

<sup>2</sup> Que tuvo en España un claro exponente al renunciar la Constitución de la República Española de 1929 en su artículo 6 a “*a la guerra como instrumento de política nacional*”.

<sup>3</sup> Galtung, J., Violence, “Peace and Peace Research”, *Journal of Peace Research*, vol. 27, nº 3.

En este sentido, si bien la prohibición supuso un enorme paso adelante en la historia de la humanidad no es menos cierto que la guerra sigue siendo utilizada como mecanismo de política exterior, con frecuentes agresiones entre Estados protagonizadas, además, por los Estados más poderosos del planeta. De esta forma, el debilitamiento de la prohibición de uso de la fuerza en las relaciones entre Estados para la solución de controversias ha provocado a su vez el surgimiento de un debate, político, social y jurídico, sobre la necesidad de la emergencia de un derecho humano a la paz como reverso de la prohibición de utilizar la violencia. Asimismo, y partiendo de la acertada definición de Anne Peters de bienes jurídicos globales<sup>4</sup> no podemos sino inclinarnos a incluir este derecho a la paz en ciernes como un evidente bien jurídico global cuya consolidación final no está clara ni asegurada mientras su proceso de codificación es obstaculizado y su utilidad, cuestionada.

De esta manera, se plantea en esta aportación una reflexión sobre la necesidad de dicha codificación, participando del debate sobre la consideración que, en todo caso, debiera tener y observando con atención los importantes pasos ya realizados, impulsados además en gran medida desde España.

### **2. Sobre la necesidad del derecho a la paz como derecho humano**

El debate en torno a la paz surge precisamente como reverso de la moneda de la prohibición del uso de la fuerza como método de resolución de controversias. De hecho, la regulación de la violencia en el ámbito internacional queda, de alguna manera, regulada de forma análoga a la del derecho interno: monopolio de la violencia legítima por parte de los poderes públicos con la excepción de la legítima defensa.<sup>5</sup> La Carta de Naciones Unidas ofrece al Consejo una serie de medidas para “imponer la paz” sobre el criterio único del propio C.S. y le permite elegir los

---

<sup>4</sup> Peters, A., “Bienes Jurídicos Globales en un orden mundial constitucionalizado”, *Global Legal Goods WorkingPaper* nº 4/2012, p. 2.

<sup>5</sup> Jiménez de Aréchaga, E., *Derecho Constitucional de las Naciones Unidas*, Madrid, 1958, p. 117.

instrumentos: medidas provisionales, recomendaciones, medidas que no impliquen el uso de la fuerza, medidas coercitivas que supongan el uso de la fuerza, etc. Estas herramientas, igual que su discrecionalidad para calificar qué situaciones suponen una amenaza a la paz y seguridad internacional, convierten al C.S. en policía, juez y carcelero del sistema jurídico de Naciones Unidas.

El régimen jurídico relativo a la fuerza armada en las relaciones internacionales se estructura en torno a tres elementos. Por una parte, la Carta hace una prohibición genérica del uso de la misma (art. 2.4 de la Carta) como medio lícito en las relaciones internacionales. En segundo lugar, crea el sistema de seguridad colectiva (Capítulo VII) como forma de controlar y monopolizar el uso de la fuerza. En tercer y último lugar, la propia Carta estipula las excepciones a la prohibición, tanto las individuales como las colectivas.<sup>6</sup> Pese a que estas prácticas siguen siendo objeto de arduos debates entre la doctrina, la práctica de los últimos veinte años ha asumido la existencia de un derecho inherente a utilizar los medios militares con motivo de crisis internacionales y, por lo tanto, la prohibición del uso de la fuerza ha perdido su carácter absoluto y permite implícitamente excepciones adicionales a los artículos 42 (sistema de seguridad colectiva del Capítulo VII), 51 (legítima defensa individual) y 53 (acción de los acuerdos regionales).<sup>7</sup> Por si esto no fuera suficiente poder en manos del C.S., la vaguedad de algunas disposiciones de la Carta y la falta de desarrollo de algunos aspectos del Capítulo VII, han hecho que el propio Consejo desarrolle nuevas vías para poder actuar. Así, el Capítulo VII de la Carta se activa, tal y como señala el art. 39 de la Carta, ante la constatación, por parte del Consejo de Seguridad, de la existencia de una amenaza a la paz y la seguridad internacional, quebrantamiento de la paz o acto de agresión<sup>8</sup>. La práctica del Consejo ha renunciado a utilizar este último término y se ha centrado en los conceptos de amenazas y

<sup>6</sup> Ramón, C., *¿Violencia necesaria?: la intervención humanitaria en Derecho Internacional*, Madrid, Trotta, 1995, p. 63.

<sup>7</sup> Iglesias, J., “El principio de la injerencia y la asistencia humanitaria en Somalia”, *Tiempo de Paz*, nº 32-33, 1994, p. 44.

<sup>8</sup> Carta de las Naciones Unidas, art. 39.

quebrantamiento<sup>9</sup>. En los últimos años, la interpretación de estos términos ha sido extensiva, utilizando el C.S. su poder discrecional de forma excesiva rozando el desvío de poder<sup>10</sup> al ampliar el ámbito de esta denominación desde los conflictos interestatales a amenazas como el terrorismo internacional, la proliferación de armas de destrucción masiva y la protección de valores y sistemas políticos como la democracia formal o la protección de los derechos humanos<sup>11</sup>. El *poder de calificación* surgido del art. 39 del Consejo no tiene más límite que la propia Carta siendo, por lo tanto, “un acto jurídico adoptado por órgano de composición política”<sup>12</sup>. De esta forma, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ha legitimado acciones militares con una lectura de la Carta cuanto menos cuestionable al tiempo que ha permitido las agresiones militares de miembros permanentes del Consejo o sus aliados.

En este sentido, todos los órganos de Naciones Unidas (excepción hecha del propio Consejo de Seguridad) que han tratado la cuestión de la paz y los derechos humanos “han condenado repetidamente la impunidad de los crímenes de agresión”<sup>13</sup> no existiendo aún mecanismo eficaz en el ordenamiento internacional que castigue a los perpetradores (dado que, como hemos avanzado, el Consejo no utiliza dicha acepción en sus resoluciones). Esto ha implicado una suerte de condena tan habitual como injusta a todo el sistema de Naciones Unidas al considerar que su principal objetivo, la paz, no se ha logrado. El sistema no cumple con aquello a lo que estaba destinado y el sufrimiento de los pueblos es hoy tan grande como cuando la institución internacional fue creada. El sistema de

<sup>9</sup> Cardona, J., “El mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, en M. Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2006, p. 230.

<sup>10</sup> Abellán, V., “La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas: Fundamento jurídico y discrecionalidad política” en M. Pérez *et al.* (dir.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 10.

<sup>11</sup> García Segura, C. y Rodrigo, A., *Los límites del proyecto imperial*, Madrid, Ediciones La Catarata, 2008, p. 85.

<sup>12</sup> Cardona, J., *op. cit.*, p. 228.

<sup>13</sup> Zayas de, A., “Peace as Human Right. The prohibition of aggression in International Law”, *The Geneva Post Quarterly*, vol. 3, nº1, agosto 2008, p. 12.

seguridad colectiva sirvió para evitar una tercera guerra global pero, para Faleh Pérez, hoy ha fracasado al estar la propia ONU quebrada”.<sup>14</sup>

Quebrada o no, es responsabilidad del iusinternacionalismo el estudio de las fallas en el sistema de Naciones Unidas en particular, y el ordenamiento internacional en general, y la elaboración de propuestas para su modificación, evolución y desarrollo. Sobre esta idea, los debates existentes sobre el derecho a la paz son el reflejo de las lagunas del sistema de seguridad colectiva y la, a menudo, falta de efectividad de la prohibición de uso de la fuerza. Y es que, si la agresión armada<sup>15</sup> no ha podido detenerse ni se ha regulado un sistema judicial con capacidad para castigarlas<sup>16</sup>, el derecho a la paz surge como necesario para dar contenido a los derechos de los pueblos.

Así, y entendiendo que nos referimos a derechos de tercera generación, hay que asumir que es un derecho “en la incubadora” sin los límites y contenido totalmente definidos y en proceso de inclusión en el derecho positivo<sup>17</sup> pese a las resistencias. Habrá que concluir que este concreto derecho, hoy a debate, es fundamental para la efectiva consolidación y desarrollo de los derechos de primera y segunda generación<sup>18</sup> y de la propia prohibición del uso de la fuerza.

---

<sup>14</sup> Faleh Pérez, C., “Hacia un Derecho Humano a la paz internacionalmente reconocido: Desde París a Luarca y más allá.” en Mayor Zaragoza, F., (et. al.), *Hacia la paz desde los derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho humano a la paz*, Bilbao, Unesco Etxea, 2009, pp.12-13.

<sup>15</sup> En los términos de la Resolución 3314 (XXIX) de la Asamblea de las Naciones Unidas en su artículo 1º: “La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas”.

<sup>16</sup> Zayas de, A., *op. cit.*, p. 12.

<sup>17</sup> Papisca, A., “La pace come diritto umano: vox populi ma non ancora dell’Unesco”, *Pace Diritti Umani*, nº2, mayo-agosto 2005, p. 7 y Resolución 23/16 del Consejo de Derechos Humanos ONU, A/HRC/Res23/16, de 24 junio de 2013.

<sup>18</sup> Zayas de, A., *op. cit.*, p. 15.

### 3.- El derecho a la paz como bien jurídico global

Las menciones a la paz se suceden en los textos internacionales, cobrando especial importancia en los instrumentos más relevantes de las Naciones Unidas. Así, la propia Carta de las Naciones Unidas se refiere a la paz ya en su preámbulo, siempre teniendo en cuenta que éste, como afirma la Corte Internacional de Justicia, “constituye la base moral y política de las disposiciones jurídicas que se enumeran a continuación”<sup>19</sup>. Así, se convierte en instrumento de interpretación de las disposiciones de la Carta<sup>20</sup> y en fuente de derecho y de valores morales en sí mismo. Ahora bien, además del preámbulo y articulado de la Carta, la Asamblea de Naciones Unidas ha sido prolija en la elaboración de instrumentos internacionales que consolidaban la paz como eje de sus funciones<sup>21</sup> siendo, sin embargo, incapaz de lograr un consenso que desarrollase su contenido.

El primer intento de desarrollo y codificación del derecho a la paz lo protagonizó la UNESCO entre los años 1997 y 1999, bajo mandato de Federico Mayor Zaragoza, pero aquel proyecto quedó congelado por la resistencia (nunca desaparecidas) de un nutrido e importante grupo de Estados<sup>22</sup>. Sin embargo, ha sido la sociedad civil<sup>23</sup> la que ha impulsado<sup>24</sup> el debate institucional en sede del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de un proyecto de declaración sobre el derecho a la paz,

---

<sup>19</sup> *CIJ Recueil*, 1966, p. 34 párrafo 50.

<sup>20</sup> Gareis, S.B. y Varwick, J., *op. cit.*, p. 18.

<sup>21</sup> Sobre este particular ver interesante enumeración: Moreira Aguirre, D. G., “El reconocimiento del Derecho Humano a la paz”, *Cognitio Juris*, nº 3, diciembre 2011, pp. 90-94.

<sup>22</sup> Faleh Pérez, C., *op. cit.*, pp. 13-16.

<sup>23</sup> El Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos así lo reconocido expresamente, A/HRC/17/39, punto 12.

<sup>24</sup> En este sentido, el trabajo de los profesores Villán Durán y Faleh Pérez es innegable al haber impulsado desde la Asociación Española para el Derecho internacional de los Derechos Humanos (AEDIDH) una campaña internacional “de abajo arriba” que ha desembocado en los actuales debates en el Consejo. Ver: Villán Durán, C., “El Observatorio Internacional del Derecho Humano a la Paz” en Villán Durán, C. y Faleh Pérez, C., (eds.), *El derecho humano a la paz: de la teoría a la práctica*, Madrid, CIDEAL(AEDIDH, 2012, pp.1-29.

desde la Declaración de Luarca<sup>25</sup> hasta los actuales borradores de resolución en el Consejo<sup>26</sup>.

Ahora bien, más allá de la pertinencia de este debate, o precisamente a causa de este interrogante, es oportuno reflexionar sobre si estamos ante un bien jurídico global. Utilizando, como decíamos *supra*, la definición aportada por Anne Peters, bienes jurídicos globales: “*serían aquellos bienes que son moldeados o incluso constituidos por el derecho, y cuya existencia y forma interesan y benefician a todos los Estados o a toda la humanidad y están a su disponibilidad.*”<sup>27</sup>

Podemos intuir que, efectivamente, nos encontramos ante el caso de un bien idealmente a disposición de toda la humanidad, pero indudablemente beneficioso para ella. Esto situaría esta cuestión, la paz, en el ámbito de los bienes públicos globales si bien, su desarrollo como derecho, en un instrumento jurídico internacional y con la característica de la exigibilidad, le situaría en el ámbito de los bienes jurídicos al localizarse su origen precisamente en las formas de creación de Derecho internacional.

Respecto a la exigibilidad, y pese a ser un derecho de los pueblos, Cañado Trindade ya ha reconocido que esto no impediría su reclamación ante cortes y tribunales internacionales en tanto en cuanto es ya variada la jurisprudencia internacional que ha reconocido derechos a los pueblos.<sup>28</sup> Dado que, como hemos comentado, el derecho a la paz es una noción vinculada a la jurídicamente indeterminada de pueblo, por definición, por tanto, aquél es un derecho de ejercicio colectivo. Esto concuerda con la idea de aquéllos bienes globales que, a diferencia de los derechos humanos

---

<sup>25</sup> Disponible en Mayor Zaragoza, F., (et. al.), *Hacia la paz desde los derechos humanos. Reflexiones sobre el derecho humano a la paz*, Bilbao, Unesco Etxea, 2009, pp.69-81.

<sup>26</sup> Ver, entre otros documentos del Consejo de Derechos Humanos ONU: A/HRC/RES/14/3; A/HRC/RES/20/15; A/HRC/RES/23/16 y A/HRC/20/31.

<sup>27</sup> Peters, A., *op. cit.* p. 2.

<sup>28</sup> Reflexiones incluidas en el Informe del Alto Comisionado sobre el resultado del taller de expertos sobre el derecho de los pueblos a la paz, A/HRC/14/38, punto 36.

de primera generación, de corte individualista, tienen un “carácter inclusivo”<sup>29</sup>.

De esta forma, los trabajos que se están realizando actualmente en el seno del Consejo de Derechos Humanos del Consejo para la elaboración, y eventual aprobación, de una declaración internacional sobre el derecho a la paz están suponiendo un proceso plagado de dificultades políticas y técnicas, y suponen el reflejo de la necesidad de la sociedad internacional de utilizar las herramientas que ofrece el Derecho internacional para proteger los bienes públicos globales.

#### 4.- Conclusiones provisionales

El derecho a la paz supone la extensión de la prohibición internacional de uso de la fuerza y el veto a la agresión como instrumentos en las políticas interestatales. Supone también un intento de corregir los aspectos más débiles del sistema de seguridad colectiva en particular y del sistema de Naciones Unidas, en general. Más allá que los esfuerzos codificadores fructifiquen o no, el debate que se está realizando y las resistencias políticas sobrevenidas reflejan también cuán sensible es la cuestión para unos Estados que temen perder definitivamente lo que aún consideran como uno de los elementos definitorios de su soberanía: la capacidad de atacar y defenderse militarmente.

Sin embargo, la exigencia y anhelo de la paz por los pueblos del mundo se ha ido consolidando como bien público global de primer orden. Es esta una noción que sólo puede entenderse como derecho colectivo, lo que no debería obstar a la creación de mecanismos de supervisión y cauces de exigibilidad. La idea de que el bien público global del derecho a la paz puede desembocar, tras el pertinente desarrollo normativo y la entrada al ordenamiento internacional, en un bien jurídico global no deja de ser atractiva y merecedora de más amplios y plurales debates doctrinales.

---

<sup>29</sup> Espósito, C., y Torres Camprubí, A., “Cambio climático y Derechos Humanos: el desafío de los “nuevos refugiados”, *Relaciones Internacionales*, n° 17, junio 2011, p. 83.

## Los Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos: algunas reflexiones desde el Derecho internacional

Eugenia López-Jacoíste Díaz  
Profesora Titular de Derecho Internacional Público y RRII  
Universidad de Navarra

### Contenido

1. Los efectos nocivos de un excesivo endeudamiento de los Estados: planteamientos generales
2. Hacia la búsqueda de soluciones equilibradas para el justo cumplimiento de las obligaciones crediticias y las de derechos humanos
3. El Consejo de Derechos Humanos y los Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos
  - 3.1. Alcance y finalidad
  - 3.2. Principios fundamentales
  - 3.3. Principios operativos
    - 3.3.1. Sobre la deuda externa
    - 3.3.2. Sobre la sostenibilidad de la deuda
    - 3.3.3. La estrategia nacional de desarrollo
4. Reflexión final: el valor normativo y/o programático de estos Principios

### 1. Los efectos nocivos de un excesivo endeudamiento de los Estados: planteamientos generales

Las Banco Mundial (BM)<sup>1</sup> y el Fondo Monetario Internacional (FMI) vinculan normalmente sus préstamos, subvenciones e iniciativas para el alivio de la deuda a la aplicación, por parte de los Estados deudores, de reformas económicas. Por lo general, estas reformas implican políticas macroeconómicas y fiscales restrictivas, recortes del gasto público, la

<sup>1</sup> El grupo Banco Mundial está compuesto por cinco instituciones diferentes: el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF), la Asociación Internacional de Fomento (AIF), la Corporación Financiera Internacional (IFC), el Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA) y el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

reforma del sector público, la privatización de los servicios públicos y la liberalización del comercio, que a menudo resultan *de facto* perjudiciales, ya que socavan las obligaciones de los Estados de proteger, promover y hacer efectivo el goce de los derechos humanos. Los préstamos internacionales se pueden convertir, igualmente, en un obstáculo – en ocasiones excesivo y desproporcionado – al desarrollo y a la realización de los derechos humanos, si la obligación de reembolso obliga al Estado a asignar al servicio de la deuda externa gran parte de su presupuesto, limitando – en consecuencia – la inversión nacional en educación, salud o el derecho a la alimentación<sup>2</sup>, como fue el caso Kenia<sup>3</sup>, Filipinas<sup>4</sup>, o Malawi<sup>5</sup>.

### 2. Hacia la búsqueda de soluciones equilibradas para el justo cumplimiento de las obligaciones crediticias y las de derechos humanos

Desde hace años, se busca un equilibrio adecuado entre las obligaciones contractuales internacionales de deudores y acreedores y sus consecuencias en el pleno ejercicio de los derechos humanos. Sin duda esta cuestión constituye un interés público global<sup>6</sup>. De ahí que las diversas iniciativas adoptadas por la comunidad internacional, las instituciones financieras internacionales y las instituciones onusianas de derechos humanos persigan

<sup>2</sup> UN Doc. A/HRC/11/10, de 3 de abril de 2009, pp. 9-12, Informe del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y de las obligaciones financieras internacionales conexas de los Estados para el pleno goce de todos los derechos humanos, sobre todo los derechos económicos, sociales y culturales,

<sup>3</sup> CRC/C/15/Add.160 (Kenia), que gastó más en el servicio de la deuda que en salud.

<sup>4</sup> UN Doc. A/HRC/20/23, de 10 de abril de 2011, Informe del Experto independiente sobre las consecuencias de la deuda externa y las obligaciones financieras internacionales conexas, p. 3, señalando que Filipinas dedicó más del 32% de su presupuesto anual al pago de intereses, frente a cerca del 14% en educación y el 1,3% en salud.

<sup>5</sup> CRC/C/15/Add.174 (Malawi)

<sup>6</sup> VON BOGDANDY, A., “Parochialism, Cosmopolitanism, and the Paradigms of International Law”, en *Parochialism, Cosmopolitanism, and the Foundations of International Law*, M.N. Sellers, (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 40-117; KINGSBURY, B., “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, vol. 20, (2009), pp. 23-57.



una solución equitativa y duradera de acuerdo con las normas y principios del Derecho internacional y los compromisos políticos reflejados en numerosas resoluciones y declaraciones internacionales, en particular, en la Declaración del Milenio<sup>7</sup>, en particular, en el objetivo n° 8 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) y en el Consenso de Monterrey de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo<sup>8</sup>. También se hizo hincapié en que los países deudores deben ser transparentes y responsables ante sus poblaciones al contraer deudas y al utilizar los fondos concedidos en préstamo<sup>9</sup>.

Por otra parte, los sucesivos expertos independientes de la ONU han estudiado detalladamente las repercusiones de las políticas de ajuste estructural y de las iniciativas de alivio de la deuda externa de las instituciones de Bretton Woods – es decir, el BIRF y del FMI – sobre el ejercicio de los derechos culturales, sociales y económicos<sup>10</sup>. Desde 2001, el Experto independiente sobre los efectos de las políticas de ajuste estructural y la deuda externa sobre el goce efectivo de todos los derechos humanos viene trabajando en la elaboración de unas directrices generales para los Estados y las instituciones financieras aplicables en la adopción de decisiones y la ejecución de los programas de pago de la deuda que les

---

<sup>7</sup> A/RES/55/2, de 8 de septiembre de 2000. En el párrafo 13 de la Declaración del Milenio, los Estados manifestaron su compromiso respecto de “un sistema comercial y financiero multilateral abierto, equitativo, basado en normas, previsible y no discriminatorio” y manifestaron su determinación de “abordar de manera global y eficaz los problemas de la deuda de los países de ingresos bajos y medios adoptando diversas medidas en los planos nacional e internacional para que su deuda sea sostenible a largo plazo” (párrafo 16). Asimismo, los Estados decidieron “adoptar medidas especiales para abordar los retos de erradicar la pobreza y lograr el desarrollo sostenible en África, como por ejemplo, cancelar su deuda” (párrafo 28).

<sup>8</sup> *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo*, Monterrey (México), 18 a 22 de marzo de 2002 (publicación de las Naciones Unidas, N° de venta: S.02.II.A.7), cap. I, resolución 1, anexo, párrafos 47, 51 y 60.

<sup>9</sup> UN Doc. A/ 64/289 de 12 de agosto de 2009, párrafo 34.

<sup>10</sup> Cfr. E/CN.4/2002/56, de 20 de enero de 2002; E/CN.4/2003/10, de 23 de octubre de 2002; E/CN.4/2004/47, de 16 de febrero de 2004; E/CN.4/2005/42, de 1 de enero de 2005; A/60/384, el 28 de octubre de 2005; E/CN.4/2006/46, de 2 de marzo de 2006; A/HRC/4/10, de 3 de enero de 2007; A/HRC/7/9, de 1 de febrero de 2008; A/63/289, de 14 de agosto de 2008; A/HRC/11/L.9, de 12 de junio de 2009.

ayuden a cumplir sus respectivas obligaciones<sup>11</sup>. Pero no es la primera vez que se planteaba cómo armonizar las obligaciones derivadas de la deuda externa con las obligaciones convencionales de derechos humanos<sup>12</sup>. Es más, en 2001 y 2002, ANNE KRUEGER, la primera Directora Adjunta de Administración del FMI, presentó una propuesta sobre la creación de un mecanismo amplio de reestructuración de la deuda soberana análogo a los procedimientos nacionales de insolvencia, como el régimen de quiebra de los Estados Unidos, que fue abandonado en 2003.

Como consecuencia de la crisis financiera de 2008, el Experto independiente propuso un nuevo enfoque de su mandato para hacer frente a la crisis de la deuda en países pobres muy endeudados, pero también en los países desarrollados, como por ejemplo en Europa,<sup>13</sup> incluyendo consideraciones concretas de derechos humanos en el diseño de los programas específicos para cada Estado<sup>14</sup>. Este nuevo enfoque abarca nuevas iniciativas para el alivio de la deuda compatibles las normas internacionales de derechos humanos orientadas a la promoción y la protección de los derechos humanos<sup>15</sup>.

A lo largo del proceso de elaboración de estas directrices se han celebrado consultas multilaterales con el Banco Mundial y del FMI<sup>16</sup> y se recabaron opiniones y sugerencias a los Estados, aunque solo Cuba, la Federación de Rusia, Sudáfrica, el FMI y el Banco Asiático de Desarrollo presentaron sus comentarios<sup>17</sup>. Tras un primer borrador<sup>18</sup>, el Experto

---

<sup>11</sup> Cfr. Resoluciones 2004/18, de 16 de abril de 2004 y 2005/19, la Comisión de Derechos Humanos

<sup>12</sup> RAFFER, K., “Internationalizing United States municipal insolvency: a fair, equitable and efficient way to overcome a debt overhang”, *Chicago Journal of International Law*, vol. 6, (2005), p. 363.

<sup>13</sup> Cfr. por ejemplo, Irlanda, Portugal y Grecia, ([www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/protects.htm](http://www.imf.org/external/np/exr/facts/spa/protects.htm))

<sup>14</sup> UN Doc. A/HRC/11/10, de 3 de abril de 2009, párrafo 40.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párrafo 43.

<sup>16</sup> A modo de ejemplo, del 14 y 15 de octubre de 2004, el Experto independiente se reunió en Washington, con el Banco Mundial y el FMI; también del 12 y 13 de octubre de 2006 y del 28 al 31 de octubre de 2009.

<sup>17</sup> UN Doc. E/CN.4/2005/42, 5 de enero de 2005, párrafo 28.

<sup>18</sup> UN Doc. A/HRC/7/9, de 2 de enero de 2008.

independiente propuso un cambio de terminología. Se denominarían *Principios rectores* (*Guiding principles* en inglés). Este cambio permitiría incluir vínculos apropiados con las normas internacionales vigentes en materia de derechos humanos y otras materias<sup>19</sup>.

### 3. El Consejo de Derechos Humanos y los Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos

El 5 de julio de 2012, el Consejo de Derechos Humanos hizo suyos los *Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos*,<sup>20</sup> presentados por el Experto independiente y los remitió posteriormente a la Asamblea General<sup>21</sup>.

#### a. Alcance y finalidad

Los *Principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos* son recomendaciones básicas que carecen de obligatoriedad jurídica *per se*. No pretenden crear nuevos derechos u obligaciones, ni sustituir a mecanismos existentes para afrontar el problema de la deuda soberana<sup>22</sup>. A primera vista, pudiera parecer que nos encontramos, pues, ante lo que ya se tenía. Su contribución normativa consiste en la identificación de las normas básicas de derechos humanos en vigor aplicables a la deuda soberana y a otras políticas conexas. Ofrecen, por tanto, orientaciones específicas a los Estados, al BIF y al FMI para que en el ámbito de sus respectivas actividades y mandatos, se armonicen las obligaciones contractuales de los deudores y acreedores derivadas de los acuerdos sobre la deuda externa<sup>23</sup> y las obligaciones jurídicas internacionales de los

<sup>19</sup> A/HRC/11/10 de 3 de abril de 2009, párrafo 81.

<sup>20</sup> UN Doc. A/HRC/20/23, de 10 de abril de 2011, Informe sobre los principios rectores sobre la deuda externa y los derechos humanos.

<sup>21</sup> UN Doc. A/67/304, de 13 de agosto de 2012.

<sup>22</sup> UN Doc. A/HRC/RES/20/10, de 5 de julio de 2012, párrafo 17.

<sup>23</sup> Cfr. A/HRC/7/CRP.2 de 4 de marzo de 2008. Estos *Principios rectores* parten de un concepto amplio de deuda externa que abarca todas las operaciones sobre la deuda (deudas externas soberanas y todas las demás obligaciones financieras internacionales conexas a dicha deuda) pero también a los acuerdos de préstamos y créditos internacionales. Sobre la deuda y el FMI, cfr. GIANVITI, F., “The International Monetary Fund and external debt”,

deudores y los acreedores de *respetar, proteger y ejercer* todos los derechos humanos, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales<sup>24</sup>.

Son recomendaciones dirigidas a los Estados y a las instituciones financieras, porque – por una parte – los Estados son los primeros responsables en cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos. Se han “comprometido a garantizar los derechos”... “adoptando medidas” con “todos los medios apropiados”, no sólo mediante la adopción de medidas legislativas, sino también “de otra índole”, (artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales), como por ejemplo, a través de estos *Principios*. Por otra, se insta expresa y directamente al FMI y al Banco Mundial a “adoptar medidas y disposiciones apropiadas para el cumplimiento de las promesas y compromisos” de las grandes conferencias internacionales<sup>25</sup>; les exhorta a que mantengan su compromisos como organismos especializados de la ONU con la cooperación internacional<sup>26</sup>; y a que “consideren la posibilidad de preparar una evaluación de la repercusión en los derechos humanos de los proyectos de desarrollo, los acuerdos de préstamo o los documentos de estrategia de lucha contra la pobreza”<sup>27</sup>. Estas orientaciones abarcan todo el abanico de operaciones del BM y del FMI, desde la solicitud y la concesión de préstamos, hasta la condonación de la deuda, pasando por la negociación y ejecución de acuerdos de préstamos u otros instrumentos de deuda, las diversas modalidades de pago de la deuda, la renegociación y reestructuración de la deuda, así como todas las políticas, estrategias y actividades conexas, en general.

### 3.2. Principios fundamentales

La segunda sección de los *Principios rectores* regula los principios fundamentales sobre la relación deuda-derechos humanos, en los que se

*Collected courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 215, (1989 ) III, pp. 205-286.

<sup>24</sup> UN Doc. A/HRC/20/23, de 10 de abril de 2011, anexo, párrafos 1-5.

<sup>25</sup> UN Doc. A/HRC/RES/20/10, de 5 de julio de 2012, párrafo 17.

<sup>26</sup> *Ibid.*, párrafo 22.

<sup>27</sup> *Ibid.*, párrafo 23.

reflejan las obligaciones internacionales de derechos humanos. Se identifican ocho principios fundamentales destinados a garantizar la primacía de los derechos humanos, porque “todos los Estados, tanto si actúan individual como colectivamente (así como cuando lo hacen por conducto de organizaciones internacionales y regionales de las que son miembros), tienen la obligación de respetar, proteger y realizar los derechos humanos”<sup>28</sup>. Esta primacía “conlleva el deber de abstenerse de formular, adoptar, financiar y aplicar políticas y programas que directa o indirectamente obstaculicen el disfrute de los derechos humanos”, teniendo en cuenta que también las instituciones financieras internacionales tienen la obligación de respetar los derechos humanos internacionales<sup>29</sup>.

En primer lugar el informe recoge el *principio de igualdad y de no discriminación*; es decir, la obligación de asegurar la plena realización de los derechos humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición<sup>30</sup>. De ahí que “al analizar las políticas y los programas, incluidos los relacionados con la deuda externa, la estabilidad macroeconómica, la reforma estructural, en lo que respecta a sus efectos en la pobreza y la desigualdad, el desarrollo social y el goce de los derechos humanos, los Estados – y las Instituciones – deban ajustarlos a fin de promover una distribución más equitativa y no discriminatoria de los beneficios del crecimiento y los servicios”<sup>31</sup>.

En segundo lugar, destaca la obligación de los Estados de *lograr progresivamente el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales*. Esto significa que los acuerdos de préstamo o arreglos sobre la deuda externa no deben obstaculizar la realización progresiva de los derechos,<sup>32</sup> y que el Estado ha de invertir recursos económicos, hasta el máximo de que disponga. La expresión, “hasta el máximo de los recursos

disponibles” se explica en cuatro puntos<sup>33</sup>. Primero, que los Estados Partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen la obligación de garantizar “el respeto de los derechos mínimos de subsistencia para todos”<sup>34</sup>, independientemente de su nivel de desarrollo económico. Segundo, que la referencia a los recursos disponibles, afecta “tanto a los recursos dentro de un Estado, como a los disponibles en la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacional”<sup>35</sup>. Tercero, que para determinar si se han tomado las medidas adecuadas se prestará especial atención al “uso equitativo y eficaz de los recursos disponibles”<sup>36</sup>. Por último, en cuarto lugar, que este principio da prioridad a la “necesidad de asegurar a todos la satisfacción de las necesidades de subsistencia, así como la prestación de servicios esenciales”<sup>37</sup>.

En estrecha relación con esta obligación progresiva, se enuncian dos obligaciones conexas: la obligación *de respetar los niveles mínimos esenciales de cada derecho* – como principio tercero – y la *obligación de evitar medidas regresivas* – como cuarto principio – cuando se establezcan los modos específicos de reembolso<sup>38</sup>. En quinto lugar, el Experto destaca como principio el *deber de cooperación internacional* entre los Estados, de acuerdo con los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas<sup>39</sup>. Pero puntualiza que “este deber de asistencia y cooperación internacionales obliga a los Estados a velar por que sus actividades, y las de sus residentes y empresas, no violen los derechos humanos de las personas,” y a que “los Estados, ya sea individualmente o como *miembros de instituciones*

<sup>28</sup> UN Doc. A/HRC/20/23, de 11 de abril de 2011, anexo, párrafo 6.

<sup>29</sup> UN Doc. A/HRC/17/31, de 21 de marzo de 2001, del Consejo de Derechos Humanos.

<sup>30</sup> UN Doc. A/HRC/20/23 de 11 de abril de 2011, anexo párrafo 10.

<sup>31</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 12.

<sup>32</sup> *Ibid.*, anexo párrafos 15 y 16.

<sup>33</sup> SKOGLY, S., “The Requirement of using the ‘Maximum of Available Resources’ for Human Rights Realization: a Question of Quality as Well as Quantity?”, *Human Rights Law Review* (2012), pp. 1-28.

<sup>34</sup> UN Doc. E/CN.4/1987/17, Anexo, punto 25. *The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, en *Human Rights Quarterly*, vol. 9 (1987), pp. 122-13.

<sup>35</sup> *Ibid.*, punto 26.

<sup>36</sup> *Ibid.*, punto 27.

<sup>37</sup> *Ibid.*, punto 28.

<sup>38</sup> UN Doc. A/HRC/20/23 de 11 de abril de 2011, anexo párrafo 20.

<sup>39</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 21

*internacionales*, no adopten ni participen en políticas que socaven el goce de los hechos humanos o que den pie a las disparidades entre los Estados”<sup>40</sup>.

Como consecuencia de esta cooperación internacional, el Experto independiente destaca como sexto principio fundamental la *responsabilidad compartida* entre acreedores y deudores. Para los acreedores, esta responsabilidad conlleva una doble obligación positiva y negativa, ya que implica la “*obligación de actuar* con la debida diligencia respecto de la solvencia y capacidad de reembolso del prestatario, así como el *deber de abstenerse* de conceder un préstamo cuando el prestamista sea consciente de que los fondos se utilizarán con fines no públicos o en proyectos que no sean viables. Para los deudores, la responsabilidad compartida conlleva la obligación de contratar préstamos y utilizar los fondos prestados de forma que redunden en interés del público, y de reembolsar la deuda puntualmente”<sup>41</sup>. Al tenor de esta explicación, se deriva que las instituciones financieras tienen la obligación de respetar, proteger y promover los derechos humanos, que repercuten directamente en sus respectivos ámbitos competenciales<sup>42</sup>.

El séptimo principio destacado por el Experto independiente incide en la igualdad soberana de los Estados y concreta el alcance del *principio de la libre determinación de los pueblos en relación a su financiación*. Así, “todo Estado tiene el derecho soberano e inalienable de poner en marcha un proceso de desarrollo económico nacional que sea independiente y esté libre de presiones, influencias o injerencias de actores externos, incluidos los Estados y las instituciones financieras internacionales”<sup>43</sup>. Sin embargo, para que realmente sea independiente, “los dirigentes legítimos deben poseer el control efectivo de la dirección del desarrollo económico del país”, que tenga en cuenta “que el principio de la soberanía permanente sobre los recursos naturales implica el derecho a poseer y usar su riqueza y sus recursos naturales, pero que dicha soberanía debe ejercerse cumpliendo

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 22 (cursiva añadida)

<sup>41</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 23.

<sup>42</sup> CLAPHAM, A., *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, 2006, pp. 68-69.

<sup>43</sup> UN Doc. A/HRC/20/23 de 11 de abril de 2011, anexo párrafos 26-27.

y respetando plenamente los derechos humanos, prestando particular atención a los grupos más vulnerables de la sociedad”.

Por último, como octavo principio el Experto subraya tres valores esenciales que deben respetarse en toda decisión relativa a la concesión y solicitud de préstamos: *la transparencia, la participación y la rendición de cuentas*. Estos valores afectan tanto a los Estados como a las instituciones financieras internacionales. La transparencia exige la plena declaración de toda la información pertinente a los acuerdos sobre préstamos, los pagos de la deuda, la gestión de la deuda así como los resultados de las auditorías públicas y otras cuestiones conexas. La participación entraña la contribución efectiva y significativa de todos los interesados, incluidos los beneficiarios de los proyectos, en las decisiones sobre las políticas de préstamos y la utilización de los recursos. Por su parte, la rendición de cuentas implica la adopción de medidas nacionales o supranacionales para que la autoridad competente de la solicitud y gestión de préstamos explique su gestión y, según los casos, se pueda adoptar acciones relativas a los acuerdos o arreglos sobre la deuda externa y nuevas estrategias y políticas sobre dicha deuda<sup>44</sup>.

### 3.3. Principios operativos

La tercer sección de los *Principio rectores* establece una serie de principios operativos, que son pautas prácticas aplicables a todos los préstamos internacionales para que sean compatibles con los principios de derechos humanos descritos anteriormente.

#### 3.3.1. Sobre la deuda externa

En relación con la deuda externa, en general, se anima a los Estados a dotarse de un marco jurídico e institucional general, que promueva y garantice la transparencia y rendición de cuentas a lo largo de todo el proceso de la deuda en los Estados, desde su constitución, hasta su liquidación, pasando por el control de evaluación de los fondos obtenidos o sus posibles patologías y mecanismo de renegociación<sup>45</sup>. Debería

---

<sup>44</sup> *Ibid.*, anexo párrafos 28-32.

<sup>45</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 35.

contemplar disposiciones específicas sobre la decisión de solicitar o de conceder un préstamo, sobre como conducir la negociación y contratación del préstamo, sobre la autoridad competente para celebrar el contrato, sobre el uso de los fondos prestados, el servicio o amortización de la deuda, la renegociación y restructuración, el alivio de la deuda, la moratoria, la venta de deuda en el mercado secundario, así como normas esenciales sobre el reparto del riesgo<sup>46</sup>. En este contexto, conviene resaltar a modo de ejemplo, como el Estado prestatario ha de demostrar que su solicitud de préstamos es el resultado de un examen detenido y transparente de las necesidades de su país y que las condiciones financieras del préstamo son plenamente compatibles con los principios fundamentales señalados en la sección II de los *Principios*, en particular, con la necesidad de asegurar la primacía de los derechos humanos<sup>47</sup>. Las decisiones de concesión de los préstamos han de fundamentarse en una evaluación positiva del impacto social del proyecto en relación con el disfrute de los derechos humanos de las poblaciones afectadas por un proyecto<sup>48</sup>. La imposición de un mecanismo de evaluación social de préstamos ha sido muy bien acogida en la doctrina<sup>49</sup>, si bien todavía no ha sido desarrollado en concreto.

En estos Principios se subraya que el principio de la igualdad soberana de los Estados ha de presidir la “carta de intenciones” del Estado solicitante, las negociaciones del prestos y su contratación. Tanto las instituciones como los Estados han de tener presentes que “las negociaciones han de basarse en las aportaciones previamente recabadas en las reuniones de consulta con todos los interesados”<sup>50</sup>, que “las condiciones

---

<sup>46</sup> *Ibid.*, anexo párrafos 37-64.

<sup>47</sup> *Ibid.*, anexo párrafos 37- 41.

<sup>48</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 41, en donde se entiende por evaluación del impacto social “el proceso sistemático, realizado por un órgano independiente con la participación plena e informada de las comunidades afectadas, basado en el marco normativo de la normativa internacional de derechos humanos, que tiene como fin medir los efectos de una actividad o proyecto en la realización de los derechos humanos”.

<sup>49</sup> Sobre la evaluación y el buen gobierno, cfr. DAVIS, K. E., (ed.), *Governance by indicators: global power through quantification and rankings*, Oxford University Press, 2012.

<sup>50</sup> UN Doc. A/HRC/20/23 de 11 de abril de 2011, anexo párrafo 42.

clave de los acuerdos de préstamo deben ser darse a conocer públicamente por los prestatarios y por los prestamistas,<sup>51</sup> y que los representantes del Estado prestatario que intervienen en las negaciones “tienen la obligación fiduciaria de respetar y hacer valer el interés superior del Estado”.<sup>52</sup>

En cuanto a los problemas que suscita el excesivo endeudamiento de los Estados estos principio son tajantes al afirmar que cualquier “medida de alivio de la deuda (como el perdón de la deuda, el reescalamiento de la deuda, la reducción del servicio de la deuda y los intereses por mora), deberán tener lugar en el contexto del disfrute de todos los derechos humanos, especialmente, los derechos económicos, sociales y culturales”<sup>53</sup>. Tales medidas “no puede comprometer la prestación de servicios básicos” En particular, deben evitarse las condiciones del alivio de la deuda que puedan afectar negativamente a la realización de los derechos humanos o sean perjudiciales para el desarrollo en el Estado beneficiario<sup>54</sup>. Tampoco podrán calificarse los fondos provenientes del alivio de la deuda como fondos de asistencia oficial para el desarrollo.

Estos breves ejemplos reflejan que principios operativos regulados concretan al ámbito de los préstamos internacionales la teoría general del derecho de los tratados y otras obligaciones convencionales y que, en relación con el alivio de la deuda, existe un claro límite material – que se repite a lo largo de todos los Principios –, que el Estado no puede comprometer la prestación de servicios básicos y que deben evitarse las condiciones abusivas perjudiciales para el desarrollo económico y social del Estado prestatario.

### 3.3.2. Sobre la sostenibilidad de la deuda

Estos *Principios rectores* apuestan por una evaluación de la sostenibilidad de la deuda con el fin de disponer de indicadores concretos aplicables en la renegociación y amortización de la deuda de los países en vías de desarrollo y los países desarrollados, en particular, los afectados por la

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 43.

<sup>52</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 44.

<sup>53</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 55.

<sup>54</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 56

actual crisis económica y financiera global<sup>55</sup>. Estos *Principios* recogen expresamente que “las evaluaciones de la sostenibilidad de la deuda no deben limitarse a los aspectos económicos..., sino que también deben tener en cuenta los efectos de la carga de la deuda en la capacidad del país para alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio y crear las condiciones para la realización de todos los derechos humanos”<sup>56</sup>. Para ello se concretan en dos mecanismos de evaluación específicos: uno a nivel nacional y otro a nivel internacional. A nivel nacional, los Estados prestatarios deberán realizar auditorías de las carteras de títulos de deuda y de los préstamos antes de hacer una nueva solicitud al BM o al FMI, debe incluir una estrategia de deuda y su repercusión en los derechos humanos de ese país<sup>57</sup>. De esta forma, el BM y el FMI “deberán tener en cuenta el efecto que el pasivo contingente tiene en la posición financiera del gobierno prestatario”<sup>58</sup> y se garantiza que los gobiernos asumen la responsabilidad de sus decisiones en materia de endeudamiento y utilización de recursos<sup>59</sup>.

A nivel internacional también se prevén evaluaciones sobre la sostenibilidad de la deuda, pero no tan ambicioso como el propuesto por el entonces Secretario General Kofi Annan<sup>60</sup>. Los *Principios* aprobados sólo escuetamente que las evaluaciones sobre la sostenibilidad de la deuda deben ser “realizadas por un órgano independiente, como se señala en el párrafo 86 b) de estos *Principios*”<sup>61</sup>.

### 3.3.3. La estrategia nacional de desarrollo

Esto *Principio rectores* detallan la finalidad, los límites y las normas básicas de comportamiento que han de inspirar las estrategias nacionales

---

<sup>55</sup> UN Doc. A/59/219, párrafo 2). Cfr. MORENO, P., *La metamorfosis del FMI (2009-2011)*, 2010, p. 231 y ss.

<sup>56</sup> UN Doc. A/HRC/20/23 de 11 de abril de 2011, anexo párrafo 65.

<sup>57</sup> *Ibid.*, anexo párrafos 67-68.

<sup>58</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 71

<sup>59</sup> Cfr. NEW ECONOMICS FOUNDATION, *Odious Lending: Debt Relief as if Morals Mattered*, Londres, New Economics Foundation, 2005.

<sup>60</sup> UN Doc. A/54/2000, informe del Secretario General de la ONU titulado *Nosotros los pueblos: la función de las Naciones Unidas en el siglo XXI*, párrafo 183.

<sup>61</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 66.

de desarrollo. En particular, se subraya que “los Estados deberían asegurarse de que la aplicación de las estrategias nacionales de desarrollo no obstaculizan el disfrute de todos los derechos humanos, especialmente los derechos económicos, sociales y culturales, en los Estados deudores”<sup>62</sup>. Tales estrategias ayudan al Estado a establecer “objetivos concretos de desarrollo que se ajusten a las necesidades de las personas,”<sup>63</sup>... “elaboradas mediante un proceso significativo y participativo en el que intervengan todas las partes interesadas de la sociedad civil”<sup>64</sup>. Por otra, se recuerda que el asesoramiento del FMI o del BM “debe estar exclusivamente destinado a restaurar el crecimiento y la viabilidad económica del Estado prestatario, y por consiguiente su capacidad de reembolsar sus deudas externas sin mermar su capacidad de cumplir sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos”<sup>65</sup>. Ante la actual crisis global, se comprende que en 2011 se incluyera en este bloque temático una clara exhortación a las instituciones financieras a “no aprovechar las crisis económicas, financieras o relacionadas con la deuda externa para imponer reformas estructurales en los Estados deudores, por más que se considere que esas reformas pueden ser de utilidad a largo plazo”<sup>66</sup>. Sin duda, estas últimas cuestiones son el “caballo de Troya” de los programas y servicios de las instituciones financieras internacionales que, si bien persiguen el crecimiento económico del Estado deudor, no lo hacen de forma gratuita, sino garantizándose su capacidad de reembolso, de ahí que los elementos habituales de los programas del BM y de la condicionalidad del FMI prevean privatizaciones, restricciones del gasto público o la liberalización del sector financiero. Se comprende, por tanto, que la votación de la resolución del Consejo de Derecho Humanos “haciendo suyos” estos *Principio rectores*, hubiese 31 Estados a favor de impedir que el FMI y el BM impongan privatizaciones y recortes en el gasto y, por la misma razón, 11 Estados votasen en contra, mientras que las 5 abstenciones se debieron a diversos motivos, como Chile y México, entre

---

<sup>62</sup> UN Doc. A/HRC/20/23 de 11 de abril de 2011, anexo párrafo 79.

<sup>63</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 73.

<sup>64</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 73.

<sup>65</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 78.

<sup>66</sup> *Ibid.*, anexo párrafo 80.

otros<sup>67</sup>. La mayoría de los Estados que votaron a favor, son deudores de estas instituciones, salvo Arabia Saudí<sup>68</sup>. Quienes se opusieron son, en general, Estados que han realizado importantes aportaciones al Fondo<sup>69</sup>. En aras a la realidad, no obstante, hay que reconocer que las nuevas políticas de préstamos del FMI reformadas en marzo de 2009, como la Línea de Crédito Flexible (2009) o la Línea de Precaución y Liquidez (2011) han facilitado préstamos por un valor de unos 335.000 millones de dólares norteamericanos en condiciones beneficiosas para el Estado receptor. En concreto, México obtuvo la mayor facilidad concedida a través de la Línea de Crédito Flexible por un valor de 74.500 millones de dólares, cuya última renovación se aprobó el 10 de enero de 2011.<sup>70</sup>

#### 4. Reflexión final: el valor normativo y/o programático de estos Principios

Todos estos principios operativos relativos a la deuda externa son razonables y suponen la aplicación de los principios generales del Derecho y de las reivindicaciones elevadas durante el proceso de su elaboración. Sin perjuicio de su indiscutible eficacia como principios generales, estos principios tienen asimismo cierta relevancia dogmática. Su contribución normativa consiste en la identificación de las normas básicas de derechos humanos en vigor aplicables a la deuda soberana y a las políticas conexas en relación con la primacía de los derechos humanos. De ahí que el Consejo de Derechos Humanos apelase directamente a las instituciones financieras a secundarlas. Como se ha podido observar, la formulación de estos principios operativos es similar en todas las secciones y apartados: “los Estados deberían hacer, deberían tomar en consideración, velar... al

<sup>67</sup> 5 Abstenciones: Chile, Costa Rica, México, Noruega, Perú.

<sup>68</sup> Por 31 votos a favor: Angola, Arabia Saudita, Bangladesh, Benin, Botswana, Burkina Faso, Camerún, China, Congo, Cuba, Djibouti, Ecuador, Federación de Rusia, Filipinas, Guatemala, India, Indonesia, Jordania, Kirguistán, Kuwait, Libia, Malasia, Maldivas, Mauricio, Mauritania, Nigeria, Qatar, Senegal, Tailandia, Uganda, Uruguay.

<sup>69</sup> 11 votos en contra: Austria, Bélgica, España, Estados Unidos de América, Italia, Polonia, República Checa y Suiza

<sup>70</sup> MORENO, P., *La metamorfosis del FMI (2009-2011)*, op. cit., pp. 228 y 229.

igual que las instituciones financieras”. Todas ellas son normas programáticas sobre el comportamiento de deudores y acreedores, pero que en ningún momento pretenden ser normas vinculantes de *hard law*<sup>71</sup>. Son normas pragmáticas de *soft law*, que concretan el alcance de las normas y principios vigentes del Derecho internacional, como el respeto a la igualdad soberana de los Estados, las obligación de cooperar “hasta el máximo de los recursos de que se dispongan, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales” o la obligación de evitar medidas regresivas. Sin duda constituyen un nuevo marco jurídico cuasi-normativo, inimaginable en Bretton Woods que manifiestan una cierta *opinio iuris generalis*<sup>72</sup>. Como ya advirtiera Dupuy hace años, “the programmatic resolutions that proclaim principles that are not yet accepted in practice, but that could create duties in the future.”<sup>73</sup>

Estos *Principios rectores* no podrán ser exigidos desde el punto de vista jurídico como derecho aplicable ante un órgano jurisdiccional internacional, pero son capaces de ejercer poder e influencia en el comportamiento de los sujetos del orden internacional<sup>74</sup>, y regulan a través de la aceptación de los Estados – y de la comunidad internacional en su conjunta – que participan en su creación.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> MANGER-NESTLER, C., “Impacts of International Law on the Restructuring of the Global Financial System”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 15, (2011), pp. 165-228, p. 204.

<sup>72</sup> CISSE, H., “Alternatives to Hard Law in International Financial Regulation: The Experience of the World Bank”, *American Society of International Law Proceedings*, vol. 106, (2012), pp. 320-323; HAUGEN, H. M., “Human Rights Principles - Can They Be Applied to Improve the Realization of Social Human Rights”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 15, (2011), pp. 419-444.

<sup>73</sup> DUPUY, R.J., “Declaratory Law and Programmatic Law: From Revolutionary Custom to “Soft Law”, en *Declarations on Principles. A Quest for Universal Peace*, Akkerman van Krieken and Pannenberg (Eds.), 1977, pp. 247-257; FROWEIN, J., “Der Beitrag der internationalen Organisationen zur Entwicklung des Völkerrechts”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 36, (1976) pp. 147-167.

<sup>74</sup> FERRAN, C/ ALEXANDER, A., “Can soft law bodies be effective?” *European Law Review*, vol. 35 (2010), p. 755.

<sup>75</sup> GUZMAN A.T. / MEYER, T.L., “International Soft Law”, *Journal of Legal Analysis*, vol. 2, (2010), p. 188.

## La doctrina de los efectos como título habilitador para el ejercicio de competencias extraterritoriales en aras a solucionar problemas ambientales globales: el cambio climático.

Enrique J. Martínez Pérez  
Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional público  
Universidad de Valladolid

La competencia o la jurisdicción de un Estado es primordialmente de carácter territorial, ya que afecta, sobre todo, a las personas, los bienes y los actos dentro de su territorio. De hecho, la jurisprudencia internacional suele utilizar la expresión *soberanía territorial*<sup>1</sup>, aunque, como han advertido algunos juristas, no es del todo exacto utilizar estos términos en cuanto que las competencias derivan o son un atributo de la soberanía, no son su contenido<sup>2</sup>. No obstante, hay que reconocer que pone de relieve la exclusividad de la jurisdicción dentro del territorio y la amplitud e importancia de este conjunto de competencias<sup>3</sup>, que se concretan en el poder o la autoridad para adoptar y promulgar disposiciones legislativas (competencia *normativa*), someter personas o bienes a un proceso ante sus

---

<sup>1</sup> TII, *Estrecho de Corfú* (Reino Unido c. Albania), sentencia de 9 de abril de 1949, ICJ Reports 1949, p. 35 (“entre Estados independientes, el respeto de la soberanía territorial es una de las bases esenciales de las relaciones internacionales”); *Lago Lanós* (España-Francia), laudo de 16 de noviembre de 1957, U.N.R.I.A.A., vol. XII, p. 281 (“la soberanía territorial juega en forma de una presunción”).

<sup>2</sup> Véase, QUOC DINH, N., DAILLER, P. y PELLET, Q., *Droit International Public*, 7ª ed., LGDJ, París 2002, p. 463; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., *Sistema de Derecho internacional público*, Civitas, Madrid 2011, p. 292

<sup>3</sup> En el asunto de la *Isla de Palmas*, el árbitro Max Huber señaló lo siguiente: “Soberanía en las relaciones entre Estados significa independencia. Independencia respecto de una parte del mundo es el derecho a ejercer en ella las funciones de un Estado, con exclusión de cualquier otro Estado. El desarrollo de la organización nacional de los Estados durante los últimos siglos y, como consecuencia de ello, el desarrollo del derecho internacional, han establecido este principio de la competencia exclusiva del Estado respecto de su propio territorio de forma que constituye el punto de partida para resolver la mayoría de las cuestiones que conciernen a las relaciones internacionales” (*Isla de Palmas (Países Bajos/Estados Unidos)*, laudo de 4 de abril de 1928, U.N.R.I.A.A., vol. II, 1928, pp. 829 a 871).

tribunales (competencia *judicial*), así como la capacidad para hacer cumplir coactivamente sus normas, para imponer las consecuencias de las infracciones cometidas (competencia en materia *ejecutiva*).

Al mismo tiempo, el Estado intenta regular la conducta de las personas, los bienes o las actuaciones más allá de sus límites territoriales (jurisdicción *extraterritorial*). Para estos casos, el ordenamiento jurídico internacional no contiene reglas precisas que determinen la licitud del ejercicio de estas competencias. Y tampoco la jurisprudencia internacional ha sido muy profusa en esta materia. De hecho, con todas las críticas recibidas, la decisión de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Lotus* constituye el marco de referencia sobre cuestiones de jurisdicción<sup>4</sup>. En él se hizo, en primer lugar, una importante precisión: un Estado no puede ejercer su poder de ninguna manera en el territorio de otro. No puede imponer u obligar al cumplimiento de su legislación; no puede desplegar sus funciones, mediante medidas coercitivas (p. ej. arresto de personas, instigaciones o embargos) a no ser que medie el consentimiento del otro Estado, pues tales acciones viola los principios de integridad e igualdad entre Estados<sup>5</sup>.

La claridad y el consenso existente en torno al alcance de los poderes ejecutivos estatales desaparecen, por completo, cuando pasamos a analizar las competencias legislativas. Tradicionalmente, tomando otra vez como punto de partida el asunto *Lotus*, se ha considerado que el Derecho internacional deja a los Estados una amplia discreción respecto del ejercicio de la jurisdicción, de modo que pueden dictar normas sobre personas, bienes o actos que se encuentren fuera de su territorio en ausencia de una regla que lo prohíba. Sin embargo, la práctica estatal más reciente está imprimiendo un enfoque distinto y más restrictivo: no podrán ejercerse competencias extraterritoriales salvo que exista una norma que lo

---

<sup>4</sup> CPJI, *Lotus (Francia/Turquía)*, sentencia de 7 de septiembre de 1927, Serie A, núm. 10 (1927).

<sup>5</sup> Véase BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 7ª ed., Oxford University Press, Oxford 2008, p. 309; LOWE, V. y STAKER C., “Jurisdiction”, *International Law*, 3ª ed., EVANS, D. M. (ed.), Oxford University Press, Oxford 2010, p. 335; DUPUY, P.-M., *Droit international public*, 7ª ed., Paris 2004, p. 81.



permita. Por tanto, se requiere la existencia un título habilitador que justifique la extensión de su jurisdicción<sup>6</sup>, que acredite la presencia de un interés legítimo sobre la base de un vínculo significativo con el territorio u otros elementos constitutivos del Estado, como la población<sup>7</sup>. A los efectos de nuestro trabajo son tres los principios que nos interesa analizar: el de territorialidad objetiva, la doctrina de los efectos y el principio de protección.

El primero de ellos es el principio de *territorialidad objetivo*, en virtud del cual alguno de los elementos constitutivos de la conducta que trata de regularse tiene que tener lugar en el territorio del Estado. Se fundamenta, por una parte, en la obligación de los Estados de proteger a sus ciudadanos y, por otra, en la máxima *sic utere tuo ut non laedas*, esto es, en la obligación de evitar que las actividades ejercidas en su territorio causen daños en otros Estados. Ejemplo de ello es el ya citado caso *Lotus*: los hechos ocurridos se producen fuera de la jurisdicción del país (Turquía) que demandaba la competencia para juzgar el asunto, en concreto, en alta mar. Esta circunstancia, señaló la Corte, no era motivo válido para cuestionar la competencia judicial de las autoridades turcas, toda vez que, como se advierte de la jurisprudencia de muchos países, es posible perseguir infracciones penales cuando alguno de los elementos constitutivos del delito o sus efectos han tenido lugar en su territorio (aquí, en el vapor turco, que se asimila al territorio del Estado cuyos pabellón enarbola)<sup>8</sup>.

El segundo, íntimamente relacionado con el anterior, aunque con menos apoyos en la doctrina y la jurisprudencia, es la *doctrina de los efectos*. La base para atribuir la competencia es tan sólo la localización de los efectos. Así, amparándose en ella, se puede reclamar la jurisdicción con relación a la conducta de personas extranjeras realizada fuera del territorio

<sup>6</sup> Expresión que se recoge en libro REMIRO BROTON, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 130- 131.

<sup>7</sup> *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, American Law Institute (coord.), 1987, § 402.

<sup>8</sup> Con detalle véase RYNGAERT, C., *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, Oxford 2008, pp. 42 y ss.

estatal. No se requiere, pues, que elemento alguno de su conducta tenga lugar en el territorio del Estado que regula la actividad. Basta que los efectos se sufran en ese Estado<sup>9</sup>. Tiene sus orígenes en el derecho americano, en el ámbito del derecho de la competencia<sup>10</sup>. Su primera formulación la encontramos en el asunto *Alcoa*, en el que se aplicó la legislación americana antimonopolio a una compañía extranjera que formaba parte de un cártel de empresas de productos derivados del aluminio cuyas actividades afectaban a los Estados Unidos. En palabras del juez Learned Hand “Es una norma de Derecho generalmente reconocida [...] que cualquier Estado puede imponer obligaciones, incluso a personas que no posean su nacionalidad, por actos realizados fuera de sus fronteras que tienen, dentro de éstas, consecuencias que el Estado condena; los demás Estados reconocen, ordinariamente, estas obligaciones”<sup>11</sup>. De igual modo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha adherido a esta teoría aunque sin citarla expresamente<sup>12</sup>. En su lugar, se ha preferido hablar de la doctrina de la “puesta en práctica” de los acuerdos concertados: las normas europeas sobre derecho de la competencia (en este caso, el antiguo artículo 85 TCE) eran de aplicación si los acuerdos colusorios se desarrollaban o se ejecutaban en el territorio europeo, con independencia del lugar donde se habían adoptado<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> HAYASHI, M., “Objective Territorial Principle or Effects Doctrine? -Jurisdiction and Cyberspace-”, *In.Law*, núm. 6, 2006, pp. 288-289.

<sup>10</sup> LOWE, V. y STAKER C., “Jurisdiction”, *International Law...*, cit. p. 322.

<sup>11</sup> *United States v. Aluminium Co of America*, 148 F. 2d 416(1945).

<sup>12</sup> No así los Abogados Generales, como fácilmente se podrá comprobar, por ejemplo, de la lectura de las observaciones formuladas por el Sr. Marco Darmon en los asuntos sobre la pasta de madera (Conclusiones de 25 de mayo de 1988 , C- 89/85, Rec. p. I- 5214).

<sup>13</sup> El razonamiento del Tribunal es el siguiente: “A este respecto, debemos señalar que una infracción del artículo 85, como es la conclusión de un acuerdo que ha tenido por efecto restringir la competencia dentro del mercado común, implica dos elementos de comportamiento, en concreto, la adopción del acuerdo colusorio y su ejecución. Si se hiciera depender la aplicabilidad de las prohibiciones impuestas por el Derecho de la competencia del lugar de adopción del acuerdo colusorio, ello nos conduciría claramente a facilitar a las empresas un medio fácil para sustraerse a dichas prohibiciones. Lo que es determinante, por tanto, es el lugar en el que el acuerdo colusorio se ejecuta” (Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Åhlström/Comisión*, C- 89/85, Rec. p. I- 5193, apartado 16).

Ambos principios (*territorialidad y efectos*) tienden a confundirse con cierta frecuencia. Incluso, muchas situaciones pueden ser identificadas en cualquiera de los dos supuestos. Así ocurre, por ejemplo, cuando se trata de determinar la jurisdicción competente en los casos de infracciones penales en internet, tal como se planteó, entre otros, en el asunto *Yahoo*. Entre los servicios que ofrece esta compañía norteamericana se encuentra un canal de subastas, alojado igualmente en un servidor americano, que venía utilizándose por algunos de sus usuarios para la venta de objetos nazis (entre otros, medallas, banderas o uniformes militares). Varias asociaciones dedicadas a la defensa de los derechos civiles (*Ligue contre le Racisme et l'Antisémitisme y l'Union des Etudiants*), ante la posibilidad de los internautas franceses de acceder a dicho portal, presentaron una demanda alegando la violación del artículo R 645-2 del Código Penal, que tipifica como delito la exhibición pública de elementos que inciten al nazismo. Los tribunales franceses, en distintas instancias judiciales, defendieron su competencia atendiendo al lugar donde se había cometido la infracción penal; no en vano, afirmaban, la visualización de los objetos se llevaba a cabo en territorio francés. Se rechazaban, así, las alegaciones de la empresa americana, que defendía la ausencia de cualquier tipo de delito en la medida en que, a su entender, no habían realizado ninguna acción ilícita en Francia, pues el servicio de subastas se organizaba y desarrollaba en Estados Unidos. No queda claro, sin embargo, como apunta la doctrina, en qué principio se basaron las autoridades judiciales francesas para reclamar la jurisdicción sobre el asunto. En verdad, dicha situación puede ser defendida desde una doble perspectiva: se puede considerar tanto como un acto que se ha materializado o consumado en territorio francés (territorialidad objetivo), como la consecuencia de subir y mantener objetos en una página web extranjera accesible desde Francia (doctrina de los efectos)<sup>14</sup>

Por último, aunque puede considerarse meramente como una versión del principio de territorialidad objetiva o de la doctrina de los

---

<sup>14</sup> Véase HAYASHI, M., "Objective Territorial Principle or Effects Doctrine?...", cit., pp. 298-301; SCHULTZ, T., "The European Journal of International Law", *European Journal of International Law*, vol. 19, 2008, pp. 811-819.

efectos, cabría invocar el principio de *protección*, si se considera que la actuación extranjera constituye una amenaza a los intereses fundamentales de un Estado. No vamos a encontrar un listado homogéneo ni cerrado de ellos, sino que será cada Estado, libremente, el que incorpore a su ordenamiento jurídico las infracciones que estime relevantes. En términos generales, se tratan de atentados contra la seguridad nacional o la independencia del Estado, como la rebelión o sedición, falsificación de monedas o sellos del Estado, o el tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes<sup>15</sup>.

En materia ambiental, los tribunales han defendido también, aunque sin citar explícitamente dichos principios, la extensión de la legislación nacional cuando los hechos tuvieran repercusiones en el territorio de un determinado Estado. Un primer ejemplo, dilucidado ante el antiguo Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, fue el asunto *Poulsen y Diva Navigation*, el que se examinaba el alcance de ciertas medidas técnicas de conservación de los recursos pesqueros (Reglamento (CEE) nº 3094/86 del Consejo, de 7 de octubre de 1986). En él se defendió la legalidad del decomiso de un cargamento de pescado capturado por un buque registrado en un tercer Estado en zonas fuera de las aguas bajo soberanía o jurisdicción de los Estados miembros cuando éste se encontraba en aguas interiores o en un puerto de un Estado miembro<sup>16</sup>. También en sede europea, el Tribunal se pronunció sobre la obligación de sufragar los costes de limpieza derivados de los vertidos provocados por el naufragio de un petrolero (asunto *Commune de Mesquer*). En su opinión, no era relevante, a la hora de examinar la aplicabilidad de la normativa ambiental europea (Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos), el lugar donde se produjo el siniestro marítimo; lo importante era que los hidrocarburos habían quedado

---

<sup>15</sup> REMIRO BROTÓN, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional...*, cit., p. 133.

<sup>16</sup> Sentencia de 24 de noviembre de 1992, *Poulsen y Diva Navigation* (C-286/90), Rec. p. I-6019, apartados 30 a 34.

depositados en el territorio terrestre de un Estado miembro<sup>17</sup>. La justicia americana también se ha apoyado en dichos principios para aplicar la legislación estadounidense. Una muestra de ello es el asunto *Pakootas v. Teck* relativo a la contaminación de los cursos de aguas internacionales. *Teck Cominco* es una empresa minera con sede en Canadá propietaria de una fundición en la Columbia Británica (Trail) a unas 10 millas al norte de la frontera entre Canadá y Estados Unidos. Durante décadas ha vertido contaminantes peligrosos (metales pesados y mercurio) al Río Columbia, de carácter transfronterizo. La compañía no quiso someterse a las demandas planteadas por la Agencia de Protección Ambiental de Estados Unidos (EPA) para evaluar los daños ambientales, al entender que no tenía jurisdicción sobre operaciones efectuadas en Canadá. Sin embargo, y después de un largo periplo judicial, los tribunales consideraron que este tipo de actuaciones no debían quedar al margen de la Ley de Responsabilidad, Compensación y Recuperación Ambiental (*Comprehensive Environmental Response Compensation and Liability Act*, CERCLA por sus siglas en inglés), en la medida en que el impacto de las descargas de residuos se producía principalmente en el territorio de los EEUU: allí se había acumulando gradualmente depósitos de sustancias peligrosas, reproduciéndose así un fenómeno de contaminación local cubierto por la normativa estadounidense<sup>18</sup>.

En tiempos más recientes, la globalización de ciertos problemas ambientales ha propiciado, en ausencia de soluciones jurídicas internacionales, la adopción de nuevas iniciativas unilaterales con un alcance extraterritorial. Su máximo exponente es, sin duda alguna, el cambio climático: un fenómeno complejo resultado de emisiones locales de gases de efecto invernadero cuyos efectos se sienten de modo distinto

en diferentes espacios, a través de las fronteras nacionales<sup>19</sup>. Como declaró la Asamblea General en la resolución 43/53, titulada “protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras”, los cambios climáticos afectan a la humanidad en su conjunto, de ahí que deban abordarse desde una perspectiva mundial, a través de la acción colectiva. Sin embargo, algunos consideran que los avances normativos a escala internacional son insuficientes y se están llevando a ritmo muy lento. Esta es, entre otros, la postura de la Unión Europea, por lo que, ejerciendo una vez más su papel de liderazgo en la lucha del cambio climático, ha decidido ir más allá de lo acordado en los foros internacionales.

Su primera medida ha sido actuar en uno de los sectores que mayor impacto en el cambio climático está teniendo en los últimos tiempos: el del sector de la aviación. Aunque en la actualidad sólo representa alrededor del 2% del total de las emisiones de gases de efecto invernadero, experimentará un crecimiento anual, pese a las mejoras en la eficiencia del combustible, en torno al 4 % por el fuerte aumento del tráfico aéreo<sup>20</sup>. Con estos datos, la intervención resulta urgente y necesaria, si no se quiere socavar los avances que se están produciendo en los últimos años en otros ámbitos. El régimen convencional establecido en el plano internacional, integrado por el Convenio marco de las Naciones Unidas sobre cambio climático de 1992 y el Protocolo de Kioto de 1997, no establece un mecanismo de control de las emisiones generadas por los combustibles del transporte aéreo. Las Partes en el Protocolo sólo acordaron que la reducción debería realizarse en el marco de la Organización de la Aviación Civil Internacional (art. 2.2). Sin embargo, por el momento, y pese a ser objeto de negociaciones internacionales desde hace tiempo, no se han acordado aún medidas globales obligatorias. Ante esta situación, la Unión

<sup>17</sup> Sentencia de 24 de junio de 2008, *Commune de Mesquer*, C-188/07, Rec. p. I-4501, apartados 60-63.

<sup>18</sup> Véase ELLIS, J., “Extraterritorial exercise of jurisdiction for environmental protection: addressing fairness concerns”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25, 2012, pp. 397-414; HESS, G. F., “The Trail Smelter, the Columbia River, and the extraterritorial application of CERCLA”, *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 18, 2005, pp. 1-54.

<sup>19</sup> Véase JUSTE RUIZ, J., “El régimen internacional para combatir el cambio climático en la encrucijada”, *Cambio climático, energía y derecho internacional: perspectivas de futuro*, GILES CARNERO, R. (coord.), Aranzadi, Cizur Menor 2012, p. 37

<sup>20</sup> *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Reducción del impacto de la aviación sobre el cambio climático*, COM (2005) 459 final, de 27 de septiembre de 2005.

Europea decidió, unilateralmente, incluir la aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión (Directiva 2008/101/CE)<sup>21</sup>, instrumento económico basado en el mercado que tiene como finalidad limitar y reducir los gases de efecto invernadero. Dicho sistema se aplica desde enero de 2012 a las emisiones de todos los vuelos con destino u origen en aeródromos de la UE, por lo que se incluyen, los tramos de vuelos efectuados fuera del espacio aéreo de la Unión Europea. No obstante, y en respuesta a los últimos progresos en las negociaciones internacionales, se ha decidido aplazar temporalmente la aplicación de medidas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que impone el régimen de comercio de derechos de emisión de la UE, estableciendo una excepción temporal a la Directiva 2003/87/CE (conocida como *Stopping the clock*)<sup>22</sup>.

Como era de esperar, esta decisión ha provocado un fuerte rechazo de las compañías aéreas extranjeras, los gobiernos y algunas organizaciones internacionales. Unos meses después de su aprobación, el Congreso de los Estados Unidos aprobó un proyecto de ley para prohibir a

<sup>21</sup> Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (DOUE núm. L 8, de 13 de Enero de 2009).

<sup>22</sup> El artículo primero señala: “No obstante lo dispuesto en el artículo 16 de la Directiva 2003/87/CE, los Estados miembros no adoptarán medidas contra los operadores de aeronaves en relación con los requisitos establecidos en el artículo 12, apartado 2 bis, y en el artículo 14, apartado 3, de dicha Directiva respecto de los años civiles 2010, 2011 y 2012 para actividades con destino y origen en aeropuertos situados en países de fuera de la Unión que no sean miembros de la AELC, en dependencias y territorios de Estados del EEE o en países que hayan firmado un Tratado de Adhesión con la Unión, siempre que no se hayan expedido a tales operadores de aeronaves derechos de emisión gratuitos para tales actividades en 2012 o que, cuando se les hayan expedido tales derechos de emisión, los operadores hayan restituido a los Estados miembros para su cancelación una cantidad de derechos de emisión de la aviación de 2012 correspondiente al porcentaje de toneladas-kilómetro verificadas en relación con esta actividad en el año de referencia 2010, a más tardar el trigésimo día siguiente a la entrada en vigor de la presente Decisión” (Decisión núm. 377/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de abril de 2013 que establece una excepción temporal a la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, DO núm. L 113 de 25 de abril de 2013).

los operadores de aeronaves civiles de los Estados Unidos participar en el sistema europeo, mientras que China y Rusia anunciaban también la imposición de medidas de retorsión comerciales. Además, varios países consiguieron que el Consejo de la OACI adoptara una declaración que reflejaba la oposición internacional a la política europea de reducción de las emisiones de la aviación<sup>23</sup>. Paralelamente, varias empresas aéreas y asociaciones de transporte con sede en los Estados Unidos de América y en Canadá interpusieron un recurso de nulidad ante la *High Court of Justice of England and Wales* contra las medidas de transposición de la Directiva 2008/101 adoptadas por el Reino Unido. El Tribunal de Justicia de la UE, en el marco de este litigio, se pronunció con carácter prejudicial sobre la validez de dicha norma, dando la razón a las autoridades europeas y, por lo tanto, extendiendo el mercado de derechos de emisión de la UE a la aviación<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Véase MAYER, B., “Case C-366/10, Air Transport Association of America and Others v. Secretary of State for Energy and Climate Change”, *Common Market Law Review*, vol 49, 2012, pp.1113-1114.

<sup>24</sup> Sentencia de 21 de diciembre de 2011, *Air Transport Association of America y otros (C-366/10)*, Rec. p. I-0000. Comentarios sobre ella: GATTINI, A., “Between splendid isolation and tentative imperialism: the EU’s extension of its emission trading scheme to international aviation and the ECJ’s judgment in the ATA case”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, 2012, pp. 977- 991; MAYER, B., “Case C-366/10, Air Transport Association of America and Others v. Secretary...”, cit., pp. 1113-1139; PASCUAL VIVES, F. J., “Interacciones entre el derecho internacional y el derecho de la unión europea: la inclusión de las actividades aéreas en el comercio de derechos de emisión”, *Revista General de Derecho Europeo*, vol. 27, 2012. Y sobre la compatibilidad de la normativa europea con las normas de la OMC: BARTELS, L., “The WTO Legality of the Application of the EU’s Emission Trading System to Aviation”, *European Journal of International Law*, vol. 23, 2012, pp. 429-467; MELTZER, J., “Climate Change and Trade – The EU Aviation Directive and the WTO”, *Journal of International Economic Law*, vol. 15, 2012, pp. 111-156; PEREZ RODRIGUEZ, D., “The Inclusion of Shipping in the EU Emission Trading Scheme: A Legal Analysis in the light of Public International Law”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 3, 2012, pp. 27-37.

Pues bien, podemos deducir de algunas de las afirmaciones pronunciadas en el asunto *Air Transport Association of America* que las autoridades judiciales de la UE han seguido un planteamiento muy avanzado en la materia. Sin citar expresamente los principios o doctrinas que acabamos de ver, parecen, no obstante, ampararlas, como veremos a continuación. Por un lado, el Tribunal niega que estemos ante un ejercicio extraterritorial de su jurisdicción desde una perspectiva ejecutiva, que, por no mediar el consentimiento de otros Estados, estaría prohibido por el Derecho internacional por violar los principios de integridad territorial y la independencia. De este modo, afirma, al analizar el ámbito de aplicación *ratione loci* de la Directiva - términos en los que prefiere el Tribunal plantear la controversia- que ésta no se aplican a las aeronaves que no *tocan* (si se me permite la expresión) un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro. En consecuencia, las aeronaves matriculadas en un tercer Estado que efectúan vuelos que no tengan destino u origen en un aeropuerto de la UE, aunque sobrevuelen el espacio aéreo de la UE, no estarían sometidas al régimen del comercio de derechos de emisión. Sólo si escogen voluntariamente operar en un aeródromo de la UE, estarían vinculadas por la normativa europea (párr. 144 y ss.). La postura del Tribunal no es contrapuesta a la planteada por la Abogada General (que también concluye que no hay una imposición de la regulación europea a las líneas aéreas que se encuentran en alta mar o el espacio aéreo de terceros Estados), aunque considero que los términos en los que se plantea su razonamiento no son los más apropiados, por cuanto habla de la inexistencia de una repercusión o eficacia extraterritorial (párr. 145). Es innegable que la medida no se ejecuta fuera del territorio de la UE, pero ello no significa que no tenga consecuencias o influencia más allá de sus fronteras: las compañías que hasta ahora operaban en la UE, o bien se someterán al régimen de comercio europeo, o bien tendrán que cambiar la ruta de sus vuelos, posibilidad comercialmente poco viable<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> En este sentido B. F. HAVEL y J. Q. MULLIGAN nos recuerdan que “The CJEU’s reasoning subverts commercial reality as well as logic. Of course, as the Court suggests, an aircraft operator can always reroute its air services and use airports outside the EU for departure and landing, in which case it will not have to surrender any allowances and no part of its flights will have been regulated. However, such avoidance manoeuvres are not

Con todo, y pese a estas rotundas afirmaciones sobre su alcance territorial, tanto la Abogada General como el TJUE coinciden también en la necesidad de justificar la inclusión en el régimen de comercio de derechos de emisión de los segmentos de vuelo efectuados fuera del territorio de la UE. La Abogada General, por una parte, afirma que “no es en absoluto inhabitual que, al ejercer prerrogativas de poder público, un Estado o una organización internacional también tenga en cuenta hechos, ya sean presentes o pasados, acaecidos fuera de sus respectivos ámbitos territoriales de competencia” (párr. 148). Ahora bien, al mismo tiempo considera que para que el ejercicio de estas competencias quede amparado por el Derecho internacional debe existir un vínculo (un punto de *conexión suficiente*, según su palabras) con ese Estado u organización internacional sobre la base de alguno de los principios más arriba examinados (párr. 149). Y, de todos ellos, defiende la aplicación del principio de territorialidad, pues encuentra como nexo el despegue y el aterrizaje de los vuelos en un aeródromo situado en el territorio de la Unión Europea (párr. 152). El Tribunal de Justicia, por su parte, no va más allá, y zanja de manera sumaria esta trascendente cuestión, afirmando que “el hecho de que, en el contexto de la aplicación de la normativa de la Unión en materia medioambiental, ciertos factores que contribuyen a la contaminación del aire, del mar o del territorio terrestre de los Estados miembros tengan su origen en un hecho que se desarrolla en parte fuera de ese territorio no puede oponerse [...] a la plena aplicabilidad del Derecho de la Unión en dicho territorio” (párr. 129).

Llama la atención, sin embargo, que no se haga mención expresa a la teoría de los efectos. No parece así considerar el órgano judicial europeo, de igual modo a cómo lo hace parte de la doctrina<sup>26</sup>, que se trate de una base competencial diferente, sino, sencillamente, si acaso, de una manifestación o versión actualizada del principio de territorialidad

---

likely to prove commercially sensible” (“The Triumph of Politics: Reflections on the Judgment of the Court of Justice of the European Union. Validating the Inclusion of Non-EU Airlines in the Emissions Trading Scheme”, *Air and Space Law*, vol. 37, 2012 p. 19).

<sup>26</sup> Entre otros, BUERGENTHAL, T. y MURPHY, S., *Public International Law*, 4ª ed., Thomson, 2007, p. 216; LOWE, V. y STAKER C., “Jurisdiction”, *International Law...*, cit., p. 322.

objetivo. En este sentido, cabe recordar las palabras de la Abogada General: “El principio de *territorialidad* no prohíbe tener en cuenta los segmentos de vuelo efectuados fuera del territorio de la Unión Europea al aplicar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión. Al contrario, este modo de proceder es conforme a la naturaleza así como al sentido y la finalidad de las medidas destinadas a la protección del medio ambiente y del clima. Es bien sabido que la contaminación atmosférica no conoce fronteras y los gases de efecto invernadero contribuyen al cambio climático a escala mundial con independencia del lugar de su emisión, pudiendo *repercutir* en cualquier Estado o conjunto de Estados, incluida la Unión Europea”<sup>27</sup>.

Esta última doctrina se ha concebido, además, en términos muy restrictivos. Se exige que los efectos sean directos, sustanciales y previsibles<sup>28</sup>. Pues bien, no hay lugar a dudas de que el sector del transporte de la aviación contribuye significativamente al cambio climático. Y, como recientemente ha publicado la Agencia Europea de Medio Ambiente, éste está afectando a todas las regiones de Europa. La última década (2002–2011) fue la más calurosa de todas las registradas, con una temperatura terrestre 1,3° C más cálida que la media preindustrial. Se han producido, en los últimos años, fenómenos meteorológicos extremos, con importantes olas de calor, inundaciones fluviales y sequías. Muchos glaciares de Europa están desapareciendo y la cubierta de nieve ha disminuido en todo el territorio europeo<sup>29</sup>. Ahora bien, estamos ante un fenómeno global, pues todas las regiones son vulnerables al cambio climático. El territorio europeo no es, entonces, el único que sufre sus consecuencias; ni tan siquiera donde se aprecia el efecto primario, donde más directamente y más significativamente se percibe.

---

<sup>27</sup> Párr. 154, el subrayado es nuestro.

<sup>28</sup> REMIRO BROTON, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional...*, cit., p. 130; *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, cit., § 402.

<sup>29</sup> *Climate change, impacts and vulnerability in Europe 2012. An indicator-based report*. EEA Report N° 12/2012.

En estos casos, cuando existen intereses concurrentes, debe tenerse en cuenta una serie de factores en aras a determinar si la competencia reclamada puede considerarse razonable, entre otros, si la regulación es conforme a las tradiciones del sistema internacional, su importancia en el sistema económico, jurídico o político internacional o la probabilidad de conflicto con la legislación de otros Estados<sup>30</sup>. Primeramente, habría que reconocer que no existen casi antecedentes en la práctica internacional que avalen esta doctrina fuera de los problemas transfronterizos. Si observamos, no obstante, los avances que se están produciendo en otros ámbitos del sistema jurídico internacional, podremos comprobar una cierta tendencia a justificar medidas unilaterales para preservar intereses comunes. Así, en lo que se refiere a las normas reguladoras de la responsabilidad internacional, parece reconocerse el estado de necesidad ecológico como justificación de medidas unilaterales ilícitas. Pero es más, esta circunstancia de exclusión de la responsabilidad ampararía no sólo la defensa de intereses medioambientales particulares de los Estados contra un peligro grave e inminente sino también, como ha reconocido la Comisión de Derecho Internacional, intereses colectivos, de la comunidad internacional en su conjunto<sup>31</sup>. Es importante subrayar que no se trata de defender intereses o valores locales, como así ocurre con otras legislaciones nacionales (como la conocida como *Ley Helms-Burton*, que, amén de no existir un punto de conexión con los intereses soberanos americanos, sólo persigue la imposición de políticas internas unilaterales sin respaldo internacional<sup>32</sup>). La lucha contra el cambio climático, en cambio, es un objetivo asumido por el conjunto de la sociedad internacional. Su importancia ha sido reconocida convencionalmente, en el

---

<sup>30</sup> *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States*, cit., § 403. Con mayor detalle véase RYNGAERT, C., *Jurisdiction in International Law...*, cit., pp. 134-184.

<sup>31</sup> Véase GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El estado de necesidad cabalga de nuevo”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004, pp. 681-694; MARTINEZ PÉREZ, E., *El desarrollo sostenible como justificación de las acciones unilaterales para la conservación de los recursos marinos*, MAPA, Madrid 2004, pp. 203-209.

<sup>32</sup> Véase REMIRO BROTON, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., DÍEZ-HOCHLEITNER, J. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional...*, cit., p. 155.

Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (respaldada por 194 países y la UE), así como en distintas resoluciones de la Asamblea General. Incluso, el propio Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, en una histórica Declaración de la Presidencia en 2011, alertó de las posibles repercusiones del cambio climático en la seguridad internacional, lo que daría lugar ya no sólo a una mayor legitimidad de las acciones bajo la doctrina de los efectos, sino incluso a la posibilidad de que las respuestas ante esta amenaza puedan ser justificadas por el principio de protección, al quedar afectados intereses vitales del Estado<sup>33</sup>.

Finalmente, no debe pasarse por alto que la normativa europea recoge cláusulas para evitar conflictos con terceros países en los casos en que tomen medidas equivalentes. En el caso de la aviación, si se emprenden acciones que tengan un mismo efecto medioambiental al que pretende la Directiva, las autoridades de la UE deberán buscar fórmulas para prever una interacción óptima entre el mercado europeo y las medidas emprendidas por ese país con vistas a evitar una doble regulación. Así, de llegarse a acuerdos con ellos, tendrán que realizarse los ajustes necesarios de la cantidad de derechos a entregar por las aerolíneas extranjeras (Artículo 25 *bis*).

En definitiva, el principio de territorialidad, en algunas de sus variantes modernas (doctrina de los efectos o principio de protección), podría ser esgrimida, con las reservas analizadas, para avalar el ejercicio de competencias extraterritoriales con el objetivo de solventar problemas ambientales de carácter global. En consecuencia, estas acciones unilaterales, con independencia de los beneficios internos que comportan, proporcionan bienes públicos globales, cuyo principal paradigma en materia ambiental es, sin duda alguna, la lucha contra el cambio climático<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Doc. S/PRST/2011/15, de 20 de julio de 2011.

<sup>34</sup> Al respecto, BODANSKY, D., “What’s in a Concept? Global Public Goods, International Law, and Legitimacy”, *European Journal of International Law*, vol. 23, 2012, pp. 651-668.

## **El Parlamento Europeo y la protección del interés público global**

Manuel Medina Ortega  
Profesor honorífico de Derecho internacional y RRII  
Universidad Complutense

### *1. El control de legalidad del interés público global*

El Parlamento Europeo (en adelante, “PE”), en cuanto institución de la Unión Europea (en adelante, “UE”) está obligado a proteger el interés público global en los términos en que los Tratados Constituyentes lo incluyen entre los objetivos de la UE. Recordamos al respecto los párrafos 2 y 11 del Preámbulo y arts. 3, aps. 1 y 5, el Título V, arts. 21 a 46 del Tratado de Unión Europea (en adelante, “TUE”), y los párrafos 6 y 7 del Preámbulo y arts. 11, 13 y 19, así como las disposiciones de la Parte Cuarta, arts. 205 a 222, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, “TFUE”).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, “TJ”) podrá someter los actos del PE a su control jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en los Tratados, sobre todo en el art. 19 TUE y en la Parte Sexta, Tít. I, Cap. I, Sección 5ª, arts. 251-281, y Cap. II, arts. 288 a 299, TFUE. Los arts. 263 y 265 se refieren de modo específico al control de la actividad del PE por el TJ. En especial, el procedimiento de codecisión entre el PE y el Consejo establecido en los arts. 289 y 290 TFUE somete a estas instituciones conjuntamente a un control conjunto de legalidad por parte del TJ sobre los actos normativos.

Ahora bien, la institución parlamentaria ofrece características especiales que hay que tomar en cuenta a la hora de establecer cualquier tipo de control jurídico sobre los actos del PE y de los diputados que lo integran. El propósito de esta Comunicación es poner de relieve estas peculiaridades, que tienen que ver con la naturaleza y desarrollo de las asambleas representativas y con el estatuto especial reconocido a los integrantes de las mismas.

## 2. Democracia parlamentaria y protección del interés público global

La representación parlamentaria en la Edad Media europea era un medio que tenían los ciudadanos para la defensa de sus intereses colectivos ante las instancias del poder mediante su participación en él. Los procuradores de las Cortes de Castilla o los miembros de la Cámara de los Comunes inglesa eran los representantes de las ciudades ante la Corona, y debían, ante todo, defender los intereses de sus electores. Esta concepción de la representación parlamentaria cambió con la teoría democrática de Rousseau, en virtud de la cual los parlamentarios expresaban la voluntad popular en su conjunto y no defendían intereses particulares. Según el art. 66, ap. 1, de la Constitución Española de 1978, “las Cortes generales representan al pueblo español”. El ap. 2 del art. 67 prohíbe el mandato imperativo. A pesar de que los diputados y senadores son elegidos sobre la base de listas o plataformas electorales de sus partidos, el Tribunal Constitucional se ha apoyado en la prohibición del mandato imperativo para negar a los partidos el derecho decidir sobre la actuación parlamentaria de los miembros elegidos en sus listas.

El PE está compuesto por representantes de los ciudadanos de la Unión (TUE, art. 14, ap. 2, primer inciso). El texto actual está tomado del art. I-20, ap. del Tratado constitucional de 2004, que, como es bien sabido, no llegó a entrar en vigor tras el resultado negativo de los referenda celebrados en Francia y los Países Bajos. Desde la firma de los Tratados que establecieron las Comunidades Europeas en la década de los años cincuenta (TCECA, art. 20; TCEE, art. 138; TCEEA, art. 108) hasta el Tratado de Niza del año 2002 (art. 190), los parlamentarios europeos eran “los representantes de los pueblos de los Estados reunidos en la Comunidad”. Con ello se reconocía la falta de un pueblo o “*demos*” en el ámbito europeo. El inexistente “pueblo europeo” era sustituido en los Tratados comunitarios por la suma de los “pueblos” de cada uno de los Estados miembros. Con la fórmula de la representación de los “ciudadanos europeos”, aunque se evitaba la idea del fraccionamiento del “pueblo europeo”, parece como si volviéramos a la fórmula medieval de la representación de los “ciudadanos” en sentido literal, cuando los diputados

representaban a los habitantes de las “ciudades” en vez de la del conjunto del “pueblo” o “nación”.

Muchos de los parlamentarios europeos proceden muchos, después de una carrera política por lo general larga, de los parlamentos nacionales. No entienden, así, esta diferencia teórica entre representación popular y la representación de la ciudadanía europea y actúan en el PE como si fueran miembros de un parlamento nacional. Cuando el presidente de la República checa, Vaclav Klaus, se dirigió a los diputados en una sesión solemne del PE para negarles carácter representativo porque no existía un “*demos*” o “pueblo” europeo que pudieran representar, la mayor parte de los diputados abandonamos indignados el salón de sesiones, pues nos considerábamos con la misma representatividad que nuestros colegas en los parlamentos nacionales, de los que muchos procedíamos. Los parlamentarios europeos que pasamos de un parlamento nacional al PE no apreciamos, en efecto, diferencia alguna en la naturaleza de nuestra función representativa con que habíamos ejercido en nuestra etapa de parlamentarios nacionales, incluyendo el procedimiento de elección, que en muchos Estados miembros es el mismo para las dos Cámaras..

Los parlamentarios europeos, al igual que los parlamentarios nacionales, ejercen una doble representación. Si la teoría rousseauiana atribuye al Parlamento y a sus miembros la defensa de los intereses generales de la nación, cada parlamentario individual es elegido por un distrito electoral y suele depender de sus electores locales para la reelección. Se ha dicho, con razón, que la preocupación principal de todo parlamentario durante su mandato es su reelección, y ésta sólo la puede conseguir si sus electores están dispuestos a votarle de nuevo. El carácter no imperativo del mandato parlamentario se encuentra con la limitación temporal de éste, lo que obliga al diputado a velar por su circunscripción y a seguir de forma cotidiana el estado de opinión de sus electores. El parlamentario europeo, al igual que el parlamentario nacional, tiene que cohesionar la defensa de los intereses generales de la comunidad de la que forma parte con la de los intereses particulares de sus electores. En el caso de los diputados españoles en el PE, a pesar de la posibilidad de votar con papeletas que incluyan sólo candidatos de una región, suelen acoplarse las



diferentes listas regionales en listas comunes de candidatos para toda España, El distrito electoral español integra a la totalidad del territorio del Estado español. De este modo el diputado español en Bruselas tiene que hacer prácticamente lo mismo que sus colegas en las Cortes: defender el interés común de la comunidad supranacional en la que desempeña su actividad parlamentaria sin olvidar los intereses particulares de la región de la que procede y de la que depende su reelección, sin olvidar, por otro lado, sus obligaciones hacia el Estado que representa.

La falta efectiva de un “*demos*” europeo dificulta, en cambio, la identificación del diputado con los intereses del conjunto de los ciudadanos de la UE. El estudio de las decisiones clave en el Pleno del PE, aquéllas en las que se deciden intereses importantes de naturaleza económica, que es donde residen competencias de la Unión, muestra unas líneas de cristalización sobre la base de las circunscripciones nacionales más que de carácter ideológico.

Esta identificación de los parlamentarios europeos con sus distritos electorales nacionales se encuentra compensada por su pertenencia a grupos políticos de carácter transnacional, de los que han salido, por cierto, los llamados “Partidos políticos europeos” y no a la inversa. Mientras los grupos políticos de los parlamentos nacionales dependen de sus partidos, los partidos políticos europeos, creados por iniciativa de los grupos políticos del Parlamento Europeo, son sólo confederaciones de partidos nacionales. Al no existir un *demos* europeo, cada partido nacional se identifica con la población del Estado miembro respectivos. La defensa de los intereses comunitarios es el resultado de una negociación entre los intereses de los diversos partidos nacionales, que los diputados o delegaciones nacionales transmiten a sus respectivos grupos políticos.

El trabajo ordinario del diputado europeo transcurre en torno a dos centros de actividad: la comisión parlamentaria y el grupo político. Dentro de cada comisión, los diputados pertenecientes al mismo grupo eligen un “coordinador”, que actúa como portavoz., pero que no recibe este nombre, porque, como su propio nombre indica, se limita a “coordinar” a las diferentes delegaciones nacionales en el grupo político. Los coordinadores de los grupos políticos en el Parlamento Europeo carecen de las facultades

que tienen los portavoces de los grupos políticos en los parlamentos nacionales para dar instrucciones a sus parlamentarios en nombre del partido político al que pertenecen o, eventualmente, del gobierno que apoyan. Sólo actúan en nombre de los grupos si éstos les han autorizado previamente de forma expresa para hacerlo en temas determinados, y no dependen de los partidos políticos europeos, que, como ya se ha dicho, son sólo confederaciones de partidos y carecen de las estructuras jerárquicas necesarias para dar este tipo de instrucciones.

Sin perjuicio de estas consideraciones algo formales, pero necesarias para conocer la naturaleza y el funcionamiento del PE, tanto en los grupos políticos como en las comisiones y en el pleno del PE está siempre presente la preocupación por la defensa de los “intereses públicos globales”. La defensa de los intereses públicos globales forma parte de la ideología de los partidos políticos europeos, tanto nacionales como supranacionales, que la transmiten a su vez a sus parlamentarios. La retórica parlamentaria está llena de referencias a esos intereses públicos globales, igual que ocurre en los parlamentos nacionales, aunque muchas veces no va acompañada de realizaciones efectivas, ya que puede primar sobre ella la defensa de los intereses más inmediatos de índole nacional, regional, local o, simplemente, de carácter ideológico.

En el ámbito del PE hemos de distinguir dos tipos de “intereses públicos globales”, los relativos a la UE, que podemos considerar equivalentes, salvando las distancias, al “interés nacional” que suelen invocar los parlamentarios nacionales en sus discursos, y el interés público de la comunidad global humana. Los dos tipos de discursos suelen coincidir y aparecen superpuestos, sin que en muchos casos se pueda diferenciar entre la defensa por un parlamentario europeo del interés público de la especie humana y de la de la comunidad de pueblos que constituye la UE. Este planteamiento es correcto en principio, en cuanto la defensa del interés comunitario debería coincidir, idealmente, con el interés global de la especie humana, pero tal coincidencia no se produce siempre de forma necesaria.

Cuando se discute en el PE un Tratado de comercio, por ejemplo, los parlamentarios que representan a un sector agrícola o industrial

determinado suelen estar más interesados en la defensa de sus agricultores, de sus industriales o de los trabajadores que les han elegido que en el bienestar de la humanidad en su conjunto. En temas ambientales, los parlamentarios pueden defender con buena conciencia medidas que perjudican el ambiente global pero que ellos consideran necesarias para proteger a un sector económico importante en su circunscripción, en el país que representan o en el conjunto de la UE.

A través del debate parlamentario se acaba produciendo, sin embargo, una cierta objetivación en la consideración de los temas que permiten tomar en consideración los intereses públicos globales tanto en los parlamentos nacionales como en el PE.

Hay una especialización de la función parlamentaria a través del trabajo en comisiones. Ciertas comisiones, como las de Medio ambiente, Derechos humanos o Ayuda al desarrollo, suelen expresar una preocupación por los intereses públicos globales que no se da, en cambio, en otras comisiones donde predomina la defensa de intereses concretos de menor envergadura, como las de Agricultura, Industria o Comercio Exterior. La armonización de intereses se suele hacer primero en el seno de los grupos políticos y después en el pleno del PE. El procedimiento legislativo de codecisión entre el PE y el Consejo permite una última armonización entre los ponentes parlamentarios se reúnen para discutir en “Trílogos” con representantes del Consejo y de la Comisión la redacción final de los textos legales. Los Trílogos permiten armonizar posiciones entre los parlamentarios de los diferentes grupos político y de éstos con las otras dos instituciones principales. La objetivación que exige la búsqueda de acuerdo en los procedimientos parlamentarios permite tomar en cuenta una vez más los intereses globales en la fase de discusión en el marco de los Trílogos, ya que, como se ha dicho antes, la defensa de los intereses globales preside hoy la ideología de los partidos políticos con representación en el PE, o, al menos, la de los más importantes y responsables de ellos.

Contamos con algunas resoluciones recientes del PE en las que se hace referencia expresa a la defensa de los “bienes comunes” o “intereses públicos”. Una de ellas es la adoptada el 16 de febrero de 2012 sobre “la

contribución de la política pesquera común a la producción de bienes públicos”<sup>1</sup>. En el Considerando B de esta resolución se dice que “unas poblaciones de peces sanas, unos ecosistemas marinos sanos y la protección de la biodiversidad marina constituyen importantes bienes comunes que es obligatorio preservar”. El ap. 3, dispositivo, de esa misma resolución, insiste en que “la existencia de unas poblaciones de peces sanas, unos ecosistemas marinos sanos y la conservación de la biodiversidad marina constituyen por sí solos unos bienes comunes que solo se dan si se gestionan las poblaciones de peces de forma sostenible y se minimiza el impacto negativo necesario sobre el medio ambiente”. El ap. 9 “hace hincapié en que, gracias a su multifuncionalidad, el sector pesquero proporciona a las comunidades bienes comunes que benefician en general a los ciudadanos de la UE y no solo a los que tienen relación, directa o indirecta, con el sector pesquero”. El ap. 17 también se refiere a la incidencia de la actividad pesquera sobre “la producción de bienes comunes que ésta genera”. El ap. 19 pide a la Comisión que “reconozca la dimensión multifuncional del sector pesquero y el valor de su producción de una amplia gama de bienes comunes”. Finalmente, el ap. 21 pide a la Comisión que, “en sus propuestas y decisiones políticas futuras, garantice que la Política Pesquera Común contribuya a objetivos globales como la Estrategia Europea 2020”.

El 18 de abril de 2012, el PE adoptó una segunda resolución sobre “la pesca como un bien común”<sup>2</sup>, en la que, después de considerar en el Preámbulo, (ap. C) “la necesidad de una acción global para proteger este recurso y para conseguir que se lo considere un bien común”, pedía a la Comisión, en el apartado dispositivo 2, “acciones normativas a escala de la UE y los Estados miembros para subrayar la importancia de la pesca como un bien común global, así como la aplicación de las medidas necesarias para la protección de los recursos marinos, el acceso y el uso sostenible de estos recursos, a través de la coordinación internacional, y una campaña de información para los ciudadanos europeos”.

---

<sup>1</sup> 2011/2899(RSP), P7\_TA(2012)0052, en DO C 249 E, de 16 de febrero de 2013, págs. 22-26.

<sup>2</sup> P7\_TA(2012)0129, en DO C 258 E/51.

Aparte de estas referencias específicas del PE a los bienes públicos, su labor está fuertemente impregnada por este tipo de consideraciones. Un sector de particular importancia a este respecto es el de la protección del ambiente. Así, una resolución de 20 de abril de 2012 sobre la biodiversidad<sup>3</sup> alude a ésta como “nuestro seguro de vida y capital natural”.

Otro sector en el que el Parlamento defiende bienes públicos globales es el de los derechos humanos, a través de resoluciones como la de 18 de abril de 2012, relativa al “Informe anual sobre los derechos humanos en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto, incluidas las repercusiones para la estratégica de la UE en materia de derechos humanos”<sup>4</sup>.

### *3. El control de la actividad parlamentaria.*

En sus orígenes, los parlamentos no estaban sometidos a ningún tipo de control. Se trataba de asambleas que se reunían de forma esporádica, convocadas por los reyes para obtener los recursos que necesitaba la hacienda real y que se obtenían en forma de contribuciones que había que repartir entre los gremios de las ciudades. Los procuradores elegidos por los ciudadanos se desplazaban al lugar en el que el Rey había convocado las Cortes para negociar con él y con los otros procuradores la aportación que cada ciudad se comprometería a hacer al erario público. A la vuelta a su ciudad de origen, los diputados no podían esperar halagos ni agradecimientos, pues tenían que comunicar la desagradable noticia del reparto de las contribuciones a las que se habían comprometido en nombre de sus ciudades respectivas. Éstas tendrían que ser distribuidas, a su vez, entre los diferentes gremios, con el consiguiente agravio directo de los burgueses afectados. Recordemos que entonces sólo la burguesía contribuía a la hacienda real. La Iglesia se limitaba a rezar y la nobleza a guerrear, de conformidad con la concepción medieval de la distribución de la sociedad en tres brazos, el de los orantes (la Iglesia), el de los

combatientes (la Nobleza) y el de los laborantes (los trabajadores o “Tercer Estado”). El proletariado sólo existía por aquellas fechas en la forma de los siervos de la gleba de los señores feudales que controlaban la propiedad territorial, y de los grados inferiores de los gremios burgueses con remuneraciones económicas de subsistencia, carentes por tanto de capacidad para aportar dinero a las arcas del Rey.

Aunque existía, en principio, un acuerdo entre el Rey y los diputados para unir sus fuerzas contra los señores feudales, el trabajo de las Cortes no era fácil y entrañaba riesgos para los propios procuradores. Los concejales del Ayuntamiento de Gante que se opusieron a una subida de impuestos decretada por el Emperador Carlos V, su señor directo como heredero de los territorios de la Casa de Borgoña en Flandes, fueron decapitados a pesar de ser conciudadanos del Emperador y de que, probablemente, algunos de ellos habrían compartido juegos con él en su niñez en las calles de la ciudad o en la Corte flamenca. La misma suerte corrieron los comuneros de Castilla derrotados en el año 1521 en la batalla de Villalar, por negarse a contribuir para la compra de los votos de los electores alemanes que necesitaba para ser proclamado Emperador. Basta leer cualquier Crónica medieval, como la del Canciller López de Ayala, para darse cuenta de la dureza con la que se libraba el combate político en Castilla entre los siglos XIV y XV. Lo mismo cabe decir de la Inglaterra de la Baja Edad Media, tal como la transmiten las tragedias históricas de Shakespeare sobre la Guerras de las Dos Rosas, primero, y sobre la consolidación del poder de los Tudor después. La carrera de parlamentario ha sido durante mucho tiempo una profesión de alto riesgo, pues ha sido frecuentes los enfrentamientos con el poder político. En ocasiones perdía el Rey, como le ocurrió a Pedro I de Castilla y a Carlos I Estuardo. Era más frecuente, sin embargo, que perdieran los parlamentarios, y éstos se jugaban algo más que el patrimonio o la reputación. Lo que estaba en juego era la vida misma de los parlamentarios frente a la del Rey. Podían ser condenados a muerte por desacato, desobediencia o traición a la Corona. Era frecuente que los reyes que forjaron por la fuerza los Estados modernos administraran a sus leales súbditos representativos castigos ejemplares y torturas antes de acabar con sus miserables vidas, lo que exponía a su vez a los reyes a ser castigados con la muerte si triunfaba el

<sup>3</sup> P7\_TA(2012)0146, en DO C 258 E/99, de 7 de septiembre de 2013.

<sup>4</sup> P7\_TA(2012)0126, en DO C 258 E/8, de 18 de abril de 2012.

partido parlamentario. Episodios de este tipo se han venido produciendo hasta tiempos recientes, como la ejecución en la guillotina de Luis XVI y de su esposa María Antonieta a manos de los revolucionarios franceses, tras su negativa a aceptar el poder derivado de la representación popular, y de muchos diputados durante esa misma época de la Revolución francesa por haberse situado en el bando perdedor en los enfrentamientos entre los partidos revolucionarios. En España, los ejemplos son más recientes con la ejecución por Fernando VII de algunos de los parlamentarios del “Trienio liberal” de 1820-1823. La Revolución rusa, la Guerra civil española y la Segunda Guerra Mundial han dejado numerosos casos de ejecuciones, deportaciones y otros tratos brutales a parlamentarios por haberse opuesto a los detentadores ocasionales del poder.

El alto riesgo de la profesión parlamentaria y la necesidad de dotarles de una cierta protección para el desempeño de sus funciones justificó el desarrollo de un estatuto de inmunidades y privilegios del parlamentario que, tras una larga evolución, está en este momento amenazado en su existencia por el aumento de la desconfianza popular hacia el sistema parlamentario como tal y hacia los mismos parlamentarios elegidos por el pueblo en particular.

#### 4. La responsabilidad del parlamentario.

Como se ha expuesto al comienzo de esta Comunicación, los actos del PE están sometidos al control jurisdiccional del TJ. Ahora bien, de conformidad con el art. 263 TFUE, el control jurisdiccional se extiende a los actos que producen efectos jurídicos frente a terceros, pero no a los relativos a la organización interna del PE<sup>5</sup>. Sobre la base de esta distinción el TJ ha podido controlar los actos del PE relativos al levantamiento de la inmunidad de los diputados<sup>6</sup>, a la fijación de su sede<sup>7</sup>, al cumplimiento de

<sup>5</sup> *Les Verts/PE*, as. 294/83, sent. 23 de abril de 1986, *Rec.* 1339, aps. 25 sigs. ; *Weber/PE*, as. C-314/91, I-1093, ap. 12; *Le Pen/PE*, as. 353/00, *Rec.* II-1729, ap.77.

<sup>6</sup> Así, *Mote/PE*, as. T-345/05, sent. 15 de octubre de 2008 ; *Patriciello/ PE*, as. C-163/10, sent. 6 de septiembre de 2011 ; *Gollnisch c/ PE*, as. acumulados T-346/11 y T-347/11, sent. 17 de enero de 2013.

las normas de procedimiento sobre emisión de dictámenes<sup>8</sup>, a la constitución de los grupos políticos<sup>9</sup>, al pago de retribuciones a los diputados<sup>10</sup> o a la delimitación de competencias con otras instituciones<sup>11</sup>. Los órganos jurisdiccionales de la UE no pueden controlar, en cambio la legalidad de las decisiones que adopte el PE en el ámbito de sus competencias. En este ámbito rige el principio de “irresponsabilidad parlamentaria”, en virtud del cual el PE y sus miembros sólo responden ante sus electores, quedando exentos de cualquier tipo de control por parte del poder judicial.

El TJ ha declarado que “la participación efectiva del Parlamento en el proceso legislativo de la Comunidad, con arreglo a los procedimientos previstos por el Tratado, representa un elemento esencial del equilibrio institucional que pretende establecer el Tratado”, ya que “esta competencia constituye la expresión de un principio democrático fundamental según el cual los pueblos participan en el ejercicio del poder a través de una asamblea representativa”<sup>12</sup>. Pero no corresponde al TJ ni a ninguna otro órgano jurisdiccional controlar el ejercicio por el PE de los poderes que le atribuyen los Tratados. Sólo el electorado, es decir, el conjunto de ciudadanos con capacidad para elegir a los parlamentarios tiene poder sobre los mismos, y lo ejerce de modo efectivo en cada convocatoria electoral..

<sup>7</sup> *Luxemburgo c. PE*, as. 230/81, sentencia de 2 de febrero de 1983, *Rec.*, 255; *Francia/PE*, as. acumulados 358/85 y 56/86, sent. 22 de septiembre de 1988, *Rec.* 4821; *Luxemburgo/PE*, as. acumulados C-213/88 y C-39/89, sent. 28 de noviembre de 1991, *Rec.*I-5643; *Francia/ PE*, as. C-345/95, sent. 1 de octubre de 1997, *Rec.* I-5215; *Francia apoyada por Luxemburgo/PE*, as. acumulados C-237/11 y 238/11, sent. 13 de diciembre de 2012.

<sup>8</sup> *Parlamento Europeo / Consejo*, as. C-65/93, sentencia de 30 de marzo de 1995, *Rec.* I-660.

<sup>9</sup> *Martínez y De Gaulle /PE*, as. acumulados T-222/99 , T-327/99 y T-329/99, sent. 2 de octubre de 2001

<sup>10</sup> *Weber/PE*, as. C-314/91, sent. 23 de marzo de 1993, *Rec.* 1093.

<sup>11</sup> Por ejemplo, en materia de facultades presupuestarias : *Consejo/PE*, as. 34/86, sent. 3 de julio de 1986, *Rec.* 2155.

<sup>12</sup> *PE c. Consejo*, sentencia de 30 de marzo de 1995, *Rec.* I-660, ap. 21, en el que se citan las sentencias , “*Isoglucosa*”, *Roquette Frères/Consejo*, as. 138/79, y *Maizena/Consejo*, as. 139/79, de 29 de octubre de 1980, *Rec.* I-3333, ap. 33, y 3394, ap. 34.

La valoración por los ciudadanos del trabajo parlamentario no está sometida, sin embargo, a un control de su eficacia. No hay un “*benchmarking*” o baremo que valore la pertinencia o eficacia de la actividad del parlamentario. Aunque los sondeos de opinión y los medios de comunicación siguen continuamente el trabajo parlamentario y lo someten a valoración, son los propios parlamentarios los que tienen que decidir sobre la forma en que ejercen su función, ya que no responden ante la prensa ni ante los encuestadores. Puede argumentarse que el PE, como todas las instituciones de la UE, está sometido a los principios y fines que los Tratados asignan a la UE. Ahora bien, al no ser estos fines unívocos y no existir un marco o programa objetivo que les imponga prioridades, los parlamentarios tienen que decidir en cada caso las medidas que consideran más adecuadas para la consecución de esos fines. En materia de política comercial, por ejemplo, los parlamentarios tratarán de buscar un equilibrio entre la defensa de los intereses económicos de sus electores mediante la introducción de restricciones a la importación para favorecer el interés comunitario y la autorización de importaciones procedentes de países en desarrollo para conseguir una situación más equilibrada de las diferentes economías en el nivel global. En materia de protección del ambiente, la aprobación de medidas que limiten la contaminación en el interior de la UE puede ir en beneficio del medio ambiente mundial, pero también puede perjudicar la posición competitiva de los operadores económicos y dar ventajas a sus competidores en los mercados internacionales si tales competidores están sometidos a menores exigencias ambientales y ven sus costes reducidos en consecuencia. Esto puede explicar votaciones negativas de parlamentarios a propuestas dirigidas a proteger el medio ambiente o la salud pero que pueden perjudicar a la actividad económica o al empleo.

Incluso en el interior de la UE se pueden plantear problemas similares. El parlamentario deberá buscar siempre un equilibrio entre los intereses del conjunto de la UE y los de los electores de su circunscripción nacional o regional.

#### 4. Conclusiones

Aunque el PE, en cuanto institución de la UE, habrá de contribuir a la protección del “interés público global” de conformidad con los objetivos que asignan a la UE sus Tratados constituyentes, el carácter representativo del mandato parlamentario obliga a los diputados a buscar un equilibrio entre la defensa de ese interés público global y la de los intereses, también públicos, de los Estados que representan, y los intereses particulares de sus electores. En el desempeño de su tarea, los parlamentarios europeos no están sometidos a ningún control de carácter jurídico, aunque el TJ deberá tomar en cuenta las disposiciones de los Tratados referentes a la defensa del “interés público global” en el momento de enjuiciar la validez de los actos del Parlamento, como lo hace con respecto a los actos de cualquier otra institución de la UE.

En el desempeño de sus responsabilidades, los parlamentarios europeos están sometidos a las normas relativas al funcionamiento institucional, incluyendo las que se refieren a las normas éticas de comportamiento. No existe, en cambio, un control sobre las decisiones políticas del parlamentario que determinen obligatoriamente el sentido de sus intervenciones y de sus opciones a la hora de votar en el seno del PE. La actividad parlamentaria no es una actividad reglamentada, sino discrecional. El principio de irresponsabilidad parlamentaria impide que el parlamentario exime al parlamentario de la obligación jurídica responder sus actuaciones ante ninguna instancia distinta de la colectividad de los ciudadanos que le han elegido y que no basarán necesariamente su criterio para la eventual reelección del parlamentario en la defensa por éste del “interés público global”. Es probable que su electorado valore de forma más positiva la defensa por el parlamentario de intereses particulares, locales, regionales o nacionales que posiciones altruistas en defensa de la humanidad en su conjunto.

De este modo, aunque el PE es una de las instituciones que más se esfuerza por la consecución del interés público global, en la valoración de su actuación habrá que tomar en cuenta los necesarios compromisos que sus miembros habrán de buscar para hacer compatible defensa del interés público con la necesidad práctica de proteger tanto los intereses

particulares de sus electores individuales como los de las comunidades políticas que representan.

**La fragilidad del umbral entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación jurisprudencial del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Hacia la configuración de un derecho a la subsistencia?**

Sílvia Morgades Gil  
Profesora Lectora de Derecho internacional público  
Universitat Pompeu Fabra

- I. Introducción.
- II. Sobre la unidad, la división y la interdependencia de los Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales.
- III. Las dimensiones económicas y sociales de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.
  - a. Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
  - b. Razones para la generación de responsabilidad del Estado por violaciones del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes por el sufrimiento de situaciones de indigencia por parte de las víctimas.
- IV. Algunas primeras reflexiones a modo de conclusión.

I. Introducción

La separación entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales como categorías distintas de derechos tanto por su reconocimiento como por las modalidades del control de su respeto fue cuestionada ya desde la misma redacción de los convenios internacionales en los que se recogen de forma separada (tanto a nivel universal con los Pactos internacionales, como a nivel europeo con el Convenio Europeo de Derechos Humanos –CEDH- y la Carta Social Europea). Durante años, el hecho de que el control del cumplimiento de los instrumentos que reconocen derechos económicos, sociales y culturales se haya producido exclusivamente por métodos no jurisdiccionales o alternativos ha reforzado esta impresión de separación y algunos de los argumentos que se emplearon para justificarla. Algunos de ellos, en

particular el relativo a que los derechos civiles y políticos generarían obligaciones negativas y de resultados (claramente justiciables), y los derechos económicos, sociales y culturales generarían obligaciones positivas y de comportamiento (con un grado de justiciabilidad menor, o directamente no justiciables) ha sido desmentido por la práctica de estos derechos. A pesar de ello, en el ámbito del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), la capacidad de establecer obligaciones positivas derivadas de algunos derechos civiles y políticos es un elemento que facilita la protección de las dimensiones económicas y sociales de éstos.

La comunicación que se presenta tiene por objetivo analizar los desarrollos jurisprudenciales de los últimos años relativos a los aspectos sociales y económicos de derechos tradicionalmente considerados como civiles y políticos, especialmente, en relación con la posible inferencia de un derecho a la subsistencia a partir de los derechos reconocidos en los artículos 3 y 8 del Convenio Europeo.

La idea principal que se pretende desarrollar es que aunque de los derechos civiles y políticos reconocidos en el CEDH no se puedan hacer derivar derechos económicos y sociales en cuanto tales o de forma general, el incremento y la profundización de la inferencia de intereses económicos y sociales de los derechos reconocidos en el CEDH y su protección son a la vez la consecuencia y la prueba de la creciente interdependencia de los derechos humanos y contribuyen a la que el umbral entre unos y otros derechos sea cada vez más frágil, lo que sin duda contribuye al fortalecimiento de la protección de los derechos humanos entendidos como bienes públicos globales en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

## II. Sobre la unidad, la división, la interdependencia y la universalidad de los Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales.

En el itinerario de reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito internacional se partió en primer lugar de la unidad e indivisibilidad, luego se pasó a un estadio de división acompañado con mayor o menor énfasis de invocaciones a la interdependencia y, desde hace

unos años, a un cuestionamiento de su universalidad. La Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948 supuso el reconocimiento de “una identidad humana común a todos a través de un estatuto jurídico igual” basado en la noción de igual dignidad y con un marcado espíritu universal y consensual<sup>1</sup>. Este fue el inicio del desplazamiento de un Derecho internacional que giraba alrededor del Estado a uno que tiene cada vez más como centro al individuo.

El primer texto jurídico de reconocimiento de los derechos humanos expresa la unidad de los mismos, si bien es cierto que es fruto de una confluencia de factores: se trata de un texto formalmente no obligatorio, adoptado muy poco después de la segunda Guerra Mundial, y expresó un consenso mínimo común entre los actores participantes<sup>2</sup>. Ese consenso más tarde se debilitó, en primer lugar, por la radicalización ideológica de los dos bloques de Estados y el acento de unos y otros en diferentes concepciones de los derechos; más tarde, por la gran transformación que supuso la descolonización tanto por el aumento de Estados participantes en la escena internacional, como por el incremento de la heterogeneidad y diversificación de intereses; y, más recientemente, por los cuestionamientos al universalismo de los derechos humanos en el contexto de la globalización post-guerra fría y las reivindicaciones, bien más fuertes de relativismo cultural, bien menos combativas que reclaman un espíritu dialogante de toma en consideración de especificidades y derechos culturales que no pone en cuestión el principio de la igual dignidad de los seres humanos<sup>3</sup>.

Las apelaciones a la indivisibilidad e interdependencia de todos los Derechos humanos se han sucedido a lo largo del tiempo. Así, por ejemplo,

---

<sup>1</sup> Emmanuelle Jouanet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste ? Le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pédone, 2011, p.226-227.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 226. Para E. Jouanet, “un minimum idéologique commun était encore possible entre l'Est et l'Ouest”.

<sup>3</sup> Una visibilización de esta reivindicación se produjo en la Conferencia Mundial de Viena sobre los Derechos Humanos, en “el debate más arduo” según la doctrina; Fabián Salvioli, “La Conferencia de Viena. El debate sobre derechos humanos en las relaciones internacionales contemporáneas”, *Documentos del Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de La Plata*, n° 4, noviembre de 1993, p. 13.

en la Proclamación de Teherán de 1968<sup>4</sup>; en la Resolución 32/130 de 16 de diciembre de 1997 de la Asamblea General (párrafo 1.a); o, marcando un hito importante, en la Declaración y programa de acción de Viena de 1993 “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están todos relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”<sup>5</sup>. También se han reiterado estas posiciones en la Declaración del Milenio del 2000 (A/RES/55/2); el Documento Final de la Cumbre Mundial del 2005 (A/RES/30/1)); en el Plan de Acción Mundial del 2010 (A/RES/65/1); o, más recientemente, en el preámbulo del Protocolo facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La división, no obstante, se materializó tras la controvertida decisión de la Asamblea General de 5 de febrero de 1952 (A/RES/543-VI) de redactar dos Convenios separados, que tendrían mecanismos de control diferenciados, aunque en los preámbulos de los dos se insistió en que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas y liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”<sup>6</sup>. Para la adopción de dos Pactos, el Pacto de

Derechos Civiles y Políticos y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PDCP y PDESC, en adelante) se evocaron razones que destacaban las diferencias en las obligaciones correlativas de unos y otros y en las posibles modalidades de control más que la idea de que se tratara de derechos de diferente naturaleza. Es decir, el problema no estaba en el nivel del reconocimiento si no en el de la implementación o, mejor dicho, en las percepciones de los Estados (básicamente, Estados liberales por una parte, y Estados comunistas por otra) acerca de las diferencias entre unos y otros en el nivel de su aplicación y control. La división generó dos primeras categorías de derechos humanos llamados respectivamente de primera y de segunda generación, aunque la diferencia no estuviera basada en la distinta naturaleza de los derechos sino en los diferentes grados de control de su respeto y del cumplimiento de las obligaciones derivadas de ellos. En el ámbito europeo la retórica de la indivisibilidad se plasmó en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que recoge en un mismo texto derechos de todos los tipos (incluso derechos de ciudadanía, no universales) pero ello no quiere decir que el régimen jurídico de todos ellos sea el mismo<sup>7</sup>.

Aunque algunos de los argumentos que se dieron para defender la necesidad de separar los DCP de los DESC ya han sido superados, como los relativos a que los DESC en definitiva no serían verdaderos derechos si no objetivos que deberían ser concretados por las políticas sociales locales, o a que se trataría de conceptos vagos y no justiciables<sup>8</sup>, otros pueden ser útiles para entender los solapamientos y conexiones entre unos y otros<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán el 13 de mayo de 1968, §13.

<sup>5</sup> Declaración y programa de acción de Viena de 25 de junio de 1993, §5.

<sup>6</sup> Así se dice en el Pacto de derechos Civiles y Políticos, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se menciona justo al revés. Acerca de esta división y sus circunstancias, Mashood A. Baderin, Robert McCorquodale, “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Forty Years of Development”, in Mashood Baderin, Robert McCorquodale, *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford Scholarship Online, Jan-09, DOI 10.1093/acprof:oso/9780199217908.001.0001, pp. 5-10.

<sup>7</sup> Bruno de Witte, “Te Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union”, Gráinne de Burca and Bruno de Witte, *Social Rights in Europe*, Oxford, OUP, 2005, pp. 153-168.

<sup>8</sup> *Report of the High Commissioner for Human Rights. Addendum. Report on the workshop on the justiciability of economic, social and cultural rights, with particular reference to the draft optional protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*; E/CN.4/2001/62/Add.2; 22 Marzo 2001; Jeff King, *Judging Social Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

<sup>9</sup> Algunos autores califican las obligaciones del PDESC de “progresivas” o “programatorias”, que obligan a actuar a los Estados en el marco del máximo de sus recursos disponibles; Thomas Buergenthal; Alexandre Kiss, *La protection internationale des droits de l'homme*, Kehl; Strasburg; Arlington, Editions N.P.Engel, 1991, p. 30-31.



Así, la distinción entre obligaciones negativas y obligaciones positivas, o entre obligaciones de resultado y obligaciones de conducta. Ninguna de estas distinciones permite atribuir un tipo de obligaciones a unos derechos de forma exclusiva, por ejemplo, obligaciones negativas a los DCP y positivas a los DESC, y así, en ambos es posible identificar los diferentes tipos de obligaciones<sup>10</sup>. Como expresa Sandra Fredman, “la naturaleza de un deber adscrito a un derecho no debería depender de si éste es clasificado como civil y político o socioeconómico”<sup>11</sup>.

### III. Las dimensiones económicas y sociales de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito del Consejo de Europa, también el reconocimiento y protección de los derechos económicos y sociales son objeto de un tratado separado del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, la Carta Social Europea, adoptada once años más tarde (1961) y revisada en 1996. Este tratado, no obstante, no goza de un procedimiento jurisdiccional de control de su cumplimiento por los Estados parte con legitimación activa individual de las víctimas de violaciones, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito universal desde hace

---

<sup>10</sup> Mashood A. Baderin, Robert McCorquodale, “The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: Forty Years of Development”, *loc. cit.*, pp. 12-15; Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l’homme*, 3ª ed. Paris, PUF, 1997, pp. 180-181; H. Shue, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*, 2nd ed., Princeton University Press, 1996\*; Carlos Teijo García, “Algunas consideraciones sobre el avance en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, con especial referencia a la práctica del sistema interamericano”, en Jorge Cardona Llorens, y otros (eds.); Mariano Aznar Gómez (coord.); Estudios de Derecho Internacional y Derecho Europeo en Homenaje al profesor Manuel Pérez González, Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 1303. En este último trabajo se muestra cómo la Comisión Interamericana ha protegido derechos socioeconómicos “a través de la conexión de los mismos con derechos sociopolíticos”, especialmente en el caso de personas o grupos vulnerables como los niños o pueblos indígenas, y de un enfoque jurisprudencial basado en la protección del “proyecto de vida” (pp. 1312-1316).

<sup>11</sup> Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, Oxford Scholarship Online, Jan-09, DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199272761.001.0001, p. 3.

unos meses<sup>12</sup>. Además, el procedimiento de control basado en denuncias colectivas previsto para la Carta Social Europea no ha sido valorado de forma positiva en estudios especializados<sup>13</sup>.

Este es uno de los motivos por los que resulta aún más interesante la protección de aspectos con un alto contenido social o económico que se derivan, que se encuentran conexos, o de los que dependen de forma estricta derechos civiles o políticos. En definitiva, la inferencia de obligaciones de contenido económico o social que se corresponden con derechos que por su inclusión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos se ha catalogado como derechos civiles o políticos. Aunque en la jurisprudencia de los tribunales se muestra un cierto interés en no reconocer la existencia de derechos económicos y sociales en el CEDH distintos de los pocos expresamente reconocidos<sup>14</sup>, la acumulación de sentencias en las que se interpreta algunos de sus artículos como comportando obligaciones positivas de los Estados e incluso obligaciones de resultado en cuanto a la situación vital de algunas personas hace que la frontera entre unos derechos y otros se desdibuje. La naturaleza unitaria de

---

<sup>12</sup> El 5 de mayo pasado entró en vigor el *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, hecho en Nueva York el 10 de diciembre de 2008, que prevé la competencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “para recibir y examinar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto” (artículo 2). *BOE* de 25 de febrero de 2013, N° 48 Sec. I, pp. 15421-15429. Así, se “corrige el desequilibrio entre categorías de derechos creadas artificialmente”, según apunta Rosa Riquelme Cortado, “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comunicaciones de personas o grupos como piedra angular”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, www.reei.org, n° 24, diciembre de 2012, p. 3/49.

<sup>13</sup> Robin Churchill; Unfan Khaliq; “The Collective Complaints System of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance for Economic and Social Rights?”, *European Journal of International Law*, vol. 15, 2004, pp. 417-456\*.

<sup>14</sup> Así se han identificado la prohibición del trabajo forzoso; el derecho a la libre sindicación; la prohibición de discriminación; el derecho de propiedad; y el derecho a la educación. Antonio Truyol y Serra, “Estudio preliminar”, *Los Derechos Humanos*, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 61.

los derechos humanos juega a favor de la protección integral de la persona humana, al margen de categorizaciones contingentes.

a. Evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La protección de los derechos humanos en la práctica jurisprudencial tanto de la extinta Comisión como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado en ocasiones que la adecuada protección de derechos del CEDH en principio considerados derechos civiles y políticos requería la protección de aspectos económicos o sociales través de la exigencia del cumplimiento de obligaciones bien negativas, bien positivas. Desde nuestro punto de vista, las sentencias del TEDH en que se condena a un Estado por violación de un artículo del CEDH considerado como de carácter civil y político por el no cumplimiento de obligaciones positivas de contenido social o económico marcan una etapa relevante. Porque, aunque ya se ha apuntado que los distintos tipos de obligaciones no determinan la naturaleza de los derechos y que, también se derivan obligaciones inmediatas negativas de Derechos Económicos y Sociales, no es menos cierto que el respeto de éstos suele requerir el cumplimiento de obligaciones positivas. Trasladar el cumplimiento de estas obligaciones con contenido económico y social al ámbito de los derechos civiles y políticos supone un cierto desplazamiento de un ámbito hacia el otro creando zonas de solapamiento<sup>15</sup>. Este tránsito se ha producido, por ejemplo, en la sentencia *M.S.S. contra Bélgica y Grecia, tras Riad e Idiab*, como se comentará más adelante.

El examen de la protección de intereses económicos y sociales de las personas a través de los derechos del CEDH requiere un análisis tanto

---

<sup>15</sup> No todas las obligaciones de los Estados que se derivan del CEDH pueden claramente ser calificadas de positivas o negativas. Así, por ejemplo, las obligaciones *par ricochet* o que según el TEDH se derivan implícitamente de derechos del Convenio como la llamada *obligación Soering*, es decir la obligación de los Estados de tomar medidas o abstenerse de ellas para asegurar que una persona no sufrirá daños en un futuro próximo. Colin Warbrick, “Economic and Social Interests and the European Convention on Human Rights”, in Mashood Baderin, Robert McCorquodale, *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, *op. cit.*, pp. 4-5.

de las situaciones que pueden dar lugar a una violación de artículos del Convenio como de las técnicas jurídicas que permiten la imputación de la responsabilidad a un Estado y, así, también de la gravedad de las situaciones planteadas, de los elementos de vulnerabilidad de las supuestas víctimas, y de las diferentes obligaciones de los Estados (positivas, de resultado, de comportamiento...).

En el contexto europeo, las interrelaciones entre ambas categorías de derechos empiezan a platearse con la sentencia *Airey*, de 1979, en que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) reconoce que los derechos del CEDH pueden tener “implicaciones de naturaleza económica y social”<sup>16</sup>. A partir de entonces, estas interrelaciones han ido siendo tratadas en relación con diferentes derechos reconocidos en el Convenio en el marco del examen de los límites a los márgenes de apreciación que tienen los Estados para aplicar medidas generales de carácter económico o social, y de la interpretación de qué obligaciones positivas se derivan para ellos de los derechos proclamados.

Algunos autores han establecido una cierta evolución en la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección colateral de intereses socioeconómicos ligados a derechos reconocidos en el Convenio. Así, intereses socioeconómicos han quedado protegidos en el marco del derecho de acceso a los tribunales (artículos 6 y 13); del derecho a no ser discriminado (artículo 14) en relación con prestaciones contributivas y no contributivas consideradas como “posesiones” a la luz del artículo primero del Protocolo Adicional I;

---

<sup>16</sup> *Airey v. Ireland*, nº 6289/73, §26.1-2, 9 octubre de 1979. “The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention”. En este caso se trataba de establecer hasta qué punto alcanzaba la obligación de los Estados de asegurar el derecho de acceder a los tribunales para la determinación de sus derechos y obligaciones civiles, por ejemplo, a través de una ampliación de la justicia gratuita. El TEDH, aunque en el caso estimó violación del artículo 6 CEDH, no consideró que se derivara esta obligación positiva de los estados puesto que otros medios podían asegurar el respeto del derecho reconocido. También, *Annoni di Gussola and Debordes and Omer c. France*, nº 33293/96, §56, 14.11.2000; *Stec and others v. The UK*, nº 65731/01, 659001/01, §52, 6.7.2005.

del derecho a la integridad personal y a la vida privada y familiar (artículo 8); y en el marco de la protección del derecho a la vida (artículo 2) y del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (artículo 3), por ejemplo, en relación con el acceso a tratamientos médicos<sup>17</sup>. En ninguno de estos casos, no obstante, podría decirse que se ha generado un nuevo derecho de carácter socioeconómico<sup>18</sup>.

Algunos de los casos más interesantes planteados ante la Comisión o ante el TEDH son los que giran entorno a la subsistencia de las personas. En estos casos los órganos de garantía han tenido que interpretar el alcance y contenido de los artículos 2 (derecho a la vida); 3 (derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes); y 8 (derecho al disfrute de la vida privada y familiar) del CEDH.

El planteamiento de hasta qué punto puede inferirse un derecho a la subsistencia de la interpretación y aplicación del CEDH no es en absoluto algo nuevo. Francis Jacobs ya sugirió en los años setenta que debería añadirse un derecho en este sentido al elenco de los ya reconocidos<sup>19</sup>. A principios de los años noventa, Antonio Cassese consideraba que, correctamente interpretada, la Convención ya lo incluía<sup>20</sup>; y Juan Antonio Carrillo Salcedo que, la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal había hecho “saltar por el aire el mito de que el sistema del Convenio únicamente protege derechos individuales civiles y políticos”<sup>21</sup>. El primer caso en que quizás más claramente se planteaba el derecho a una existencia digna fue el de la decisión de inadmisibilidad *Francine van Volsem contra Bélgica* de 1990. La señora van Volsem estaba divorciada, tenía tres menores a su cargo (uno de ellos, hijo de su hija adolescente), no había llegado a tener nunca ningún trabajo estable, y vivía del dinero que le facilitaba su marido y los servicios sociales. Antes de empezar el invierno

la compañía de la electricidad cortó el suministro eléctrico debido al impago de facturas de la electricidad de su alojamiento, en donde todas las fuentes de energía eran eléctricas y estaba prohibido utilizar otras. El elevado importe debido se derivaba del uso de la calefacción en un edificio con graves deficiencias estructurales. Van Volsem alegaba ante la Comisión que uno de sus hijos adolecía de graves problemas respiratorios lo que hacía necesario el disfrute de un nivel mínimo de calefacción y que, en definitiva, por la participación del Estado en la compañía y el tipo de servicio prestado, un servicio público, el Estado belga era responsable de violación del artículo 3. En este caso se planteaba en definitiva si, en determinadas circunstancias, el disfrute de derechos económicos y sociales es indispensable para la dignidad de la persona y la negación de este disfrute constituye trato degradante. Las circunstancias especiales del caso eran, por una parte la situación de vulnerabilidad (salud; exclusión social); y, por otra, que se reclamaba el disfrute de un bien básico de subsistencia que el Estado belga estaba en disposición de proporcionar directamente. La Comisión consideró que no se alcanzó el nivel de humillación o gravedad suficiente para establecer que habían existido tratos inhumanos o degradantes, con lo que no llegó a resolver el elemento clave que era si podían imputarse al Estado belga esos supuestos tratos. La lectura positiva de la decisión es que no se descarta que el artículo 3 sea aplicable al trato socioeconómico de personas y que éste pueda llegar a constituir trato inhumano<sup>22</sup>.

Años más tarde, ya en el siglo XXI, y habiéndose empezado a desarrollar la jurisprudencia del TEDH que toma en consideración de forma determinante la vulnerabilidad de las eventuales víctimas, volvieron a plantearse casos en los que se reclamaba la protección de aspectos socioeconómicos relativos a la existencia o subsistencia digna. La cuestión de la vulnerabilidad ligada a la generación de obligaciones positivas para satisfacer intereses socioeconómicos resulta evidente, por ejemplo, en el caso *Connors*, en el que el TEDH considera que existe “una obligación positiva impuesta a los Estados contratantes en virtud del artículo 8 de

<sup>17</sup> Colin Warbrick, “Economic and Social Interests and the ECHR”, *loc. cit.*, pp. 7-13.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>20</sup> Antonio Cassese, “Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be applied to Socio-Economic Conditions?”, *EJIL*, vol. 2, n.º. 2, 1991, p. 141-145.

<sup>21</sup> Juan Antonio Carrillo Salcedo, “La protección de derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales”, *RIE*, vol. 18, núm. 2, 1991, pp. 431-451

<sup>22</sup> Antonio Cassese, ““Can the Notion of Inhuman and Degrading Treatment be applied to Socio-Economic Conditions?”, *loc. cit.*, p. 143.

facilitar la forma de vida gitana”<sup>23</sup>. En el caso, se trataba del derecho a proporcionar vivienda adecuada que significaba facilitar lugares de asentamiento adecuados<sup>24</sup>.

Desde el caso van Volsem resulta claro que la protección de aspectos socioeconómicos conectados con derechos del CEDH depende de dos variables: la gravedad o intensidad del sufrimiento dadas las circunstancias; y las posibilidades de imputación a un Estado responsable.

- b. Razones para la generación de responsabilidad del Estado por violaciones del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes por el sufrimiento de situaciones de indigencia por parte de las víctimas.

En primer lugar, se plantea la cuestión de si una situación de pobreza más o menos extrema, de indigencia, o una situación socioeconómica puede llegar a constituir inhumana o degradante en el sentido del artículo 3 del CEDH. En segundo lugar, si una situación de este tipo puede llegar a constituir “trato”, es decir, si puede imputarse a un Estado, responsable de esa situación.

Para valorar la gravedad de la situación, los órganos de garantía del CEDH toman en consideración tanto los tratos sufridos como la situación de la víctima, su vulnerabilidad, etc. El TEDH ha considerado en diversas ocasiones que “una suma absolutamente insuficiente de pensión y beneficios sociales” puede suscitar una eventual violación del artículo 3<sup>25</sup>. Pero el establecimiento de una concreta violación en la práctica encuentra diversos obstáculos: En primer lugar, porque en la mayoría de ocasiones el TEDH considera que no se producido el nivel mínimo de gravedad para

<sup>23</sup> “(T)he gypsy way of life”, *Connors v. The UK*, nº 66746/01, §84, 2005 EHRR 9\*, 27.5.2004.

<sup>24</sup> Sandra Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, op. cit., p. 10-11. También, en relación con la protección de intereses socioeconómicos a través del artículo 8 CEDH, TEDH, *Sidabras and Džiantas v. Lithuania*, nº 55480/00, 59330/00, §47, ECHR 2004-VIII, 27.6.2004; *Konstantin Martin v. Russia*, nº 30078/06, §127-130, 22.3.2012.

<sup>25</sup> *Larioshina v. Russia* (Déc.), nº 56869/00, § 3, 23.4.2002; *Budina v. Russia*, nº 45603/05, § 3, 18.6.2009.

alcanzar el umbral de los artículo 2 o 3 del CEDH<sup>26</sup>. En segundo lugar, porque en ocasiones lo que se reclama es el beneficio de derechos económicos y sociales por si mismos y no en conexión con derechos reconocidos en el CEDH, como el derecho a un alojamiento gratuito o a un mejor alojamiento<sup>27</sup>; el derecho a trabajar; el derecho a una asistencia médica gratuita; o el derecho de reclamar una asistencia financiera del Estado para mantener un cierto nivel de vida<sup>28</sup>. Y, en tercer lugar, porque a la hora de proteger intereses socioeconómicos ligados al derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes del artículo 3, el TEDH no ha considerado la protección de los derechos que en él se contienen como absolutos, si no que ha aplicado el criterio del necesario equilibrio entre los intereses generales de la comunidad del Estado implicado y los imperativos de la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo<sup>29</sup>.

En relación con la segunda cuestión planteada, en diversas ocasiones el TEDH considera que, sea cual sea la gravedad de la situación, “no puede decirse que las autoridades estatales hayan impuesto al demandante ningún maltrato directamente”<sup>30</sup>. Pero existen por lo menos dos ámbitos en que el Estado ha sido declarado responsable de violación del artículo 3 por el sufrimiento de condiciones socioeconómicas adversas. El primero de ellos es el del derecho a unas condiciones de detención

<sup>26</sup> *Ribić c. Serbia* (Déc.), nº 16735/02, §B, 14.12.2010.

<sup>27</sup> *Balakin v. Russia*, nº 21788/06, §33, 4.7.2013. En este caso los demandantes reclamaban un mejor alojamiento social debido a la minusvalía de uno de los dos hijos de la pareja. El TEDH consideró que el derecho invocado “clearly belongs to the realm of socioeconomic rights which is not covered by the Convention”.

<sup>28</sup> *Pančenko v. Latvia* (Déc.), nº 40772/98, §2, 29.10.1999. Aunque la invocación de derechos no cubiertos por el CEDH pueda suponer una violación del artículo 6, como en los casos *Kostin v. Russia*, nº 23464/06, §13, 10.5.2011; *Bulgakova v. Russia*, nº 69524/01, §30, 18.1.2007.

<sup>29</sup> *N. v. the UK*, nº 26565/05, §44, 27.5.2008. En este caso se trataba de la expulsión de una enferma de SIDA a Uganda. El TEDH consideró que no existiría violación del artículo 3 de expulsar a la demandante. En la opinión disidente expresada por el juez Tulkens y otros se criticó duramente tanto el altísimo umbral de gravedad aplicado por el TEDH, como el razonamiento utilizado, alejado de la defensa del artículo 3 como conteniendo derechos absolutos (§6-7). Para estos jueces se alcanzaba el umbral de gravedad marcado en la sentencia *D v. the UK*, nº 30240/96, §49-54, 2.5.1997 para estos casos.

<sup>30</sup> *Budina v. Russia*, nº 45603/05, § 3, 18.6.2009.

decentes que se deriva del artículo 3 o artículo 3bis<sup>31</sup>. En diversas sentencias el TEDH ha ido asumiendo una línea jurisprudencial iniciada por la Comisión en que se defiende que no es necesario el elemento intencional para considerar que existe una violación del artículo 3, y que las personas detenidas tienen derecho a beneficiar de unas condiciones compatibles con la dignidad humana. Esto último comporta el beneficio de unas condiciones materiales y socioeconómicas adecuadas que el Estado estaría obligado a proporcionar (obligaciones positivas). Del beneficio de estas condiciones se hace responsable al Estado, ya que las personas privadas de libertad están bajo su responsabilidad<sup>32</sup>. El TEDH llegó incluso a considerar responsable a Bélgica de una situación en que dos personas que habían visto rechazada su petición de asilo y que formalmente habían sido puestas en libertad, se encontraron de hecho durante diez días en la zona internacional de un aeropuerto sin que nadie se hiciera cargo de sus necesidades esenciales. En ese caso, *Riad e Idiab*, el TEDH consideró que el umbral de gravedad del artículo 3 se había alcanzado por los niveles de humillación, sentimiento de arbitrariedad, inferioridad y angustia sufridos por los demandantes, y se hizo responsable de ello al Estado en que se encontraban<sup>33</sup>.

El segundo ámbito es el de las condiciones de acogida que comportan la prestación de bienes básicos de subsistencia a los demandantes de asilo, por lo menos, en un contexto como el de la Unión Europea en que la posibilidad de huir hacia otro país es ilusoria. Por definición, un demandante de asilo que merece protección no puede volver a su país, y tampoco a otro país europeo parte en el sistema *Dublín*. En el caso *M.S.S contra Bélgica y Grecia* se consideró que un demandante de asilo había sufrido una situación de *indigencia extrema* en Grecia y se hizo responsable de esta situación a este país a pesar de que la persona se

---

<sup>31</sup> Frédéric Sudre, “L’article 3bis de la Convention européenne des droits de l’homme: Le droit à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine”, *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruselas, Bruylant, 2004, pp.1499-1514.

<sup>32</sup> Entre otras, *Kudla v. Poland*, núm. 30210/96, §90-91, 26. 10. 2000.

<sup>33</sup> Se consideró que su situación era de privación de libertad: *Riad et Idiab c. Belgique*, nº 29787/03 y 29810/03, § 68 y 106-110, 24 de abril del 2008.

hallaba en libertad. La clave de esta sentencia se encuentra en la cualidad de demandante de asilo de la víctima, que constituye la conexión necesaria con un Estado responsable: los Estados no tienen la obligación de prestar servicios básicos a los demandantes de asilo según el artículo 3, pero el hecho de no hacerlo exige una mayor diligencia en la tramitación de las demandas de asilo para evitar la violación del artículo 3<sup>34</sup>.

#### IV. Algunas primeras reflexiones a modo de conclusión

El CEDH protege en ocasiones derechos civiles y políticos con obligaciones de contenido social y económico pero ello no quiere decir que se infieran derechos económicos y sociales que se incorporen al Convenio. Esta constatación a nivel de reconocimiento es indiferente a nivel de protección de la persona, puesto que sí que hacen derivar obligaciones nuevas, a menudo positivas o de prestación.

Como se ha señalado, del derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes se deriva sólo un derecho limitado a no sufrir pobreza o indigencia extrema. De él no se ha hecho derivar automáticamente, por ahora, una obligación general de los Estados de proporcionar bienes de subsistencia a todas las personas bajo su jurisdicción de forma general y en una forma determinada (asistencia médica, social, etc.)<sup>35</sup>. Así, por ahora, las evocaciones a cuestiones sociales y económicas en la jurisprudencia de los tribunales que interpretan derechos civiles y políticos deben entenderse como la protección de aspectos inherentes a un derecho de carácter civil o político. Junto con la constatación de que una determinada situación socioeconómica de una persona alcanza el umbral de gravedad de los tratos

---

<sup>34</sup> *M.S.S. c. Belgique et Grèce* [GC], nº 30696/09, §249-263, 21 enero 2011. Significativa en este mismo sentido es la sentencia de la House of Lords en el caso *Adam, Limbuela, Tesema*, de 3 de Noviembre de 2005, [2005] UKHL 66, en que lo que se condenaba, en definitiva, era una política deliberada de desincentivación de la permanencia en el Reino Unido de los demandantes de asilo a quienes se condenaba a la indigencia.

<sup>35</sup> Aunque ello supondría un pleno reconocimiento de la interdependencia de los derechos humanos. Proyecto Final de los *Principios Rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos*, presentado en julio de 2012 (A/HRC/21/39), Relatora Especial Magdalena Sepúlveda, § 16.

inhumanos o degradantes, es necesario que se establezca que un Estado es responsable de ella. La vulnerabilidad de la víctima ayuda a establecer esta conexión aunque no la garantiza. Aún así, toda esta evolución jurisprudencial no hace más que erosionar la separación construida jurídicamente entre unos y otros derechos y potenciar, como resultado de su aplicación práctica, la interdependencia entre los derechos humanos entendidos como bienes públicos globales.

**“Unilateralismo -¿institucional?- de la Unión Europea en la gestión de intereses globales: el comercio de cuotas de emisión aérea, un caso d’espèce en la reducción de emisiones contaminantes como mecanismo de protección del medio ambiente”**

Eulalia W. Petit de Gabriel  
Profesora Titular de Universidad  
Universidad de Sevilla

**SUMARIO**

**Introducción**

- I. Interés global y modelos de gestión del medio ambiente en el sector de emisiones contaminantes.**
  - a. El Protocolo de Kioto: un modelo multilateral asimétrico...*
  - b. ... con excepciones pro-institucionales: las emisiones del transporte aéreo y marítimo.*
- II. El modelo UE de gestión de emisiones contaminantes y su aplicación al sector aéreo.**
  - a. El desarrollo normativo en la UE para la gestión de emisiones contaminantes.*
  - b. El control de validez de la Directiva 2008/101 por el Tribunal de Justicia.*
- III. Contextualizando la medida de la UE.**
  - a. El proceso de negociación de un régimen multilateral en la OACI.*
  - b. Las reacciones de terceros a la adopción de la normativa de la UE.*

**Epílogo. Intereses globales y modelos institucional, multilateral y unilateral de gestión: a modo de conclusión provisional.**

## Introducción

El laudo arbitral de 1941 en el caso de la Fundición de Trail debe ser citado entre los precedentes de la regulación de la contaminación atmosférica, fundando la protección en el principio de relaciones de buena vecindad y en las limitaciones inherentes a la soberanía del Estado, como lo expresara ya en 1928 el laudo arbitral en el caso Isla de Palmas. Por su parte, el Convenio de Ginebra de 1971 sobre contaminación transfronteriza a larga distancia inicia la senda de la regulación convencional, en ese caso restringida a los países nórdicos europeos.

Los esfuerzos multilaterales para limitar las emisiones contaminantes cristalizaron a nivel universal con el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono, de 1985, desarrollado por el posterior Protocolo de Montreal, negociado en 1987 y en vigor desde el 1 de enero de 1989. El Protocolo regula y limita la emisión de gases de efecto invernadero (CFC) que contribuyen a la reducción de la capa de ozono del planeta. Con motivo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en 1992 en Río de Janeiro se negoció de forma bastante ágil la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. El Convenio no establece compromisos cuantificados. Por ello el 11 de diciembre de 1997 se adoptó el Protocolo de Kioto. Fue abierto a la firma conforme a su artículo 24 el 16 de marzo de 1998 y luego a la adhesión de cualquier Estado. Firmado por 84 Estados, no pudo entrar en vigor hasta el 16 de febrero de 2005 dado que el artículo 25 exigía que hubiera al menos 55 Estados mínimos que en su conjunto representaran el menos el 55% del total de emisiones de dióxido de carbono de las Partes del Anexo I (países industrializados o en proceso de transición a una economía de mercado) correspondientes a 1990.

El *contenido* de esta comunicación se centra en este último tratado, en el modelo elegido para lograr la protección del medio ambiente y, en particular, en el modelo peculiar aplicable al sector aéreo, su aplicación por la UE y las respuestas que ello ha provocado.

El *objetivo* de la misma, sin embargo, es ilustrar con un caso concreto el pensamiento del profesor CARRILLO SALCEDO al analizar la permanencia y cambios en la estructura y funciones del Derecho Internacional: la sociedad internacional es, al mismo tiempo, una sociedad de yuxtaposición de intereses estatales con intereses comunes y en, paralelo, una cierta institucionalización. Este último modelo, en particular, no desplaza a ningún otro, sino que convive con los demás en interacción constante<sup>1</sup>.

### I. Interés global y modelos de gestión del medio ambiente en el sector de emisiones contaminantes.

La protección del medio ambiente en relación con las emisiones contaminantes se ha consolidado a nivel internacional como un ámbito de *interés global* y acción multilateral.

#### a. *El Protocolo de Kioto: un modelo multilateral asimétrico...*

El Protocolo de Kioto no obliga a la totalidad de Estados, ni obliga por igual a todas sus Partes. En la definición del alcance de las obligaciones hay una interacción entre lo institucional, lo multilateral y lo unilateral, aunque predominando la dimensión y pretensión multilateral. Ello nos lleva definir el modelo como “*multilateral asimétrico*”.

En la actualidad el Protocolo de Kioto tiene 193 partes, de las cuales 192 Estados y la Unión Europea. El Protocolo de Kyoto, siguiendo la Convención Marco<sup>2</sup>, obliga de manera dispar al conjunto de Estados

<sup>1</sup> Su pensamiento se destila a lo largo de toda su obra, pero puede verse condensado en el curso que impartió en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1996: CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “Droit international et souveraineté des États”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 257, 1996. Una expresión sintética de estas ideas, magistralmente expuestas, puede leerse también en *Permanencia y cambios en Derecho Internacional. Discurso de Recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 2005, editado por la propia Real Academia.

<sup>2</sup> Dicha aproximación queda recogida en los artículos 3 a 6 de la Convención, que establecen respectivamente los Principios (art. 3), los Compromisos (art. 4), la

desarrollados y en vías de desarrollo a través de un sistema de “responsabilidad diferenciada”.

El conjunto de Estados desarrollados que deben asumir el peso principal en la protección queda recogido en el Anexo I del Convenio Marco<sup>3</sup>. El Protocolo distingue a su vez entre los Estados desarrollados y los Estados en transición a una economía de mercado, para los cuales se prevén medidas de flexibilidad, al menos en un primer período de aplicación del Protocolo.

Las emisiones procedentes de países del Anexo I que suman aquellos que han ratificado el Protocolo son el 63,7% del total de emisiones de los Estados del Anexo I. Estados Unidos firmó el Protocolo pero no lo ha ratificado<sup>4</sup>. Las emisiones de EEUU suponen el 36% de las emisiones en 1990 de los Estados incluidos en la lista del Anexo I. Canadá participó muy activamente en la negociación del Protocolo, lo firmó en 1997 y lo ratificó en 2002. Su objetivo de reducción era de un 6% respecto a la tasa de 1990. Sin embargo y dado que sus emisiones crecieron entre 1990 y 2008 hasta un 24,1%, Canadá anunció su retirada del Protocolo de Kioto el 12 de Diciembre de 2011, con efecto del 15 de Diciembre de 2012. En junio de 2012 aprobó una nueva ley federal por la que rechazaba el cumplimiento de los objetivos del Protocolo<sup>5</sup>.

En esta línea de asimetría, las obligaciones de los Estados parte desarrollados no tienen el mismo contenido y alcance y, además, han

variado con el paso del tiempo dado que el Protocolo establece una revisión de los compromisos en períodos plurianuales. La reducción inicial aceptada para el período 2008-2012 por los Estados desarrollados varía de un 8% (máximo asumido por los países de la UE) a un 5% mínimo que exige el Protocolo, aun aceptando situaciones excepcionales de incremento de emisiones como en el caso de Australia, Islandia o Nueva Zelanda o de congelación como en el caso de Nueva Zelanda, Rusia y Ucrania. El nivel de referencia para la reducción de emisiones es 1990. Tras la Conferencia de Doha, el panorama se ha modificado bastante para el período 2013-2020. De un lado, Australia ha determinado como año de referencia con respecto al cual las emisiones son cuantificadas el 2000 (en lugar del 1990, lo que implica un incremento y no una reducción de emisiones en comparación con los demás Estados que asumen reducciones). De otro lado, Nueva Zelanda, Japón y Rusia no han renovado sus compromisos de reducción de emisiones para este segundo período<sup>6</sup>. La UE ha asumido una reducción conjunta del 20% con respecto al nivel de 1990 que podría llegar al 30% “si otros países desarrollados hacen un esfuerzo similar y los países en vías de desarrollo contribuyen conforme a sus capacidades”.

La falta de ratificación por Estados Unidos de América, la retirada de Canadá y la no asunción de compromisos para el período 2013-2020 de Rusia, Nueva Zelanda y Japón suponen que la reducción de emisiones comprometida pro futuro sólo afectará a un 15% del total de emisiones de 1990 de los Estados del Anexo I, cuando entre en vigor.

Esta multilateralización asimétrica viene reforzada por el hecho de que el Protocolo deja amplia libertad al Estado parte desarrollado en la determinación de los medios necesarios, útiles y eficaces para cumplir con sus obligaciones, incluida la de reducción de emisiones<sup>7</sup>.

---

Investigación y observación sistemática (art. 5) y la Educación, formación y sensibilización (art. 6).

<sup>3</sup> El articulado del Protocolo se refiere siempre a los Estados del Anexo I. El Protocolo recoge en su Anexo B la lista de Estados parte en el mismo. Por fidelidad al articulado, haremos siempre referencia al Anexo I.

<sup>4</sup> El Gobierno de Bill Clinton firmó el Protocolo en 1997 pero no lo sometió a ratificación por el Senado, que había aprobado una resolución unánime posicionándose en contra de cualquier acuerdo que no estableciera obligaciones de reducción para los países en vías de desarrollo (que incluyen economías altamente contaminantes como la de China, India o Brasil)..

<sup>5</sup> *Bill C-38 Jobs, Growth and Long-term Prosperity Act*, en particular la “*Division 53, Part 4*”, disponible en [http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Bills/411/Government/C-38/C-38\\_4/C-38\\_4.PDF](http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Bills/411/Government/C-38/C-38_4/C-38_4.PDF).

---

<sup>6</sup> FCCC/KP/CMP/2012/13/Add.1, de 28 de Febrero de 2013, Conferencia de las Partes en calidad de reunión de las Partes en el Protocolo de Kioto, octavo período de sesiones, celebrado en Doha del 26 de noviembre al 8 de diciembre de 2011, Segunda parte, Decisión 1/CMP.8, Enmienda al Protocolo de Kioto de conformidad con su artículo 3, párrafo 9 (Enmienda de Doha), <http://unfccc.int/resource/docs/2012/cmp8/spa/13a01s.pdf>.

<sup>7</sup> El artículo 2 del Protocolo refleja y recoge con claridad esta aproximación.



Otra manifestación de asimetría –en este caso de base voluntaria- es la posibilidad de multilateralizar los compromisos de los Estados mediante el cumplimiento conjunto, mediando acuerdo (art. 4). Esta fórmula no está prevista exclusivamente para los supuestos en los que los Estados sean miembros de una organización internacional de integración económica con competencias en la materia, sino para otros supuestos de acuerdos entre Estados. En la práctica, sin embargo, esta opción solamente ha sido aceptada por la Unión Europea y sus Estados Miembros, que decidieron el cumplimiento conjunto de sus compromisos de reducción<sup>8</sup>. El artículo 7.6 prevé que un régimen de responsabilidad solidaria entre cada Estado y la organización por la cuota nacional asumida por cada Estado miembro de la misma en caso de incumplimiento en el marco del modelo de cumplimiento conjunto.

En el marco de este modelo multilateral asimétrico y descentralizado, el Protocolo de Kioto define *una cierta institucionalización* al atribuir a la Conferencia de las Partes de la Convención Marco sobre Cambio Climático, reunida como Conferencia de Partes del Protocolo, ciertas funciones en relación con la aplicación y supervisión de las obligaciones de los Estados en virtud del Protocolo de Kioto (art. 17), aunque para que pudiera llegar a instituir procedimientos de control y sanción de incumplimientos se requeriría una enmienda del Protocolo.

Una de las competencias más relevantes de la Conferencia es la determinación de los porcentajes de reducción de emisiones para los períodos ulteriores al inicial (2008-2012) de aplicación del Protocolo que

---

<sup>8</sup> Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25 de abril de 2002 relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo; DO L 358 de 16.12.2006, 2006/944/CE: Decisión de la Comisión, de 14 de diciembre de 2006, por la que se determinan los respectivos niveles de emisión asignados a la Comunidad y a cada uno de sus Estados miembros con arreglo al Protocolo de Kioto de conformidad con la Decisión 2002/358/CE del Consejo [notificada con el número C(2006) 6468] y DO L 327M de 5.12.2008, para Malta, modificadas y actualizadas por DO L 332 de 16.12.2010, Decisión 2010/778/UE de la Comisión de 15 de diciembre de 2010.

debe aprobarse como modificación del Anexo B y enmienda del Protocolo (art. 3, apartado 9 y procedimiento de enmienda en el art. 21, apartado 7). Con arreglo al Protocolo dicha modificación se puede realizar por consenso o, en su defecto, por el voto afirmativo de tres cuartas partes de los miembros presentes y votantes. En la práctica, sin embargo, el sistema ha funcionado de manera diferente para evitar la parálisis a causa de la no asunción de compromisos para el período 2013-2020 anunciada por algunos Estados. La Conferencia ha adoptado la propuesta de enmienda sin votación, pero ésta sólo entrará en vigor para aquellos Estados que comuniquen su aceptación siempre y cuando lo haga el 75% de las Partes en el Protocolo<sup>9</sup>. Con ello el sistema institucional ha perdido parte de su carácter en tanto en cuanto no ha servido de centro de facilitación de consenso o de condicionamiento del poder del Estado soberano, trasladando a la estructura relacional una decisión que debía haberse adoptado institucionalmente.

*b. ... con excepciones pro-institucionales: las emisiones del transporte aéreo y marítimo.*

Dos excepciones plantea, sin embargo, el Protocolo de Kioto a este modelo multilateral asimétrico. En el caso específico de “las emisiones de gases de efecto invernadero no controladas por el Protocolo de Montreal generadas por los combustibles del transporte aéreo y marítimo internacional”, el Protocolo modula las obligaciones unilaterales de las partes. El apartado segundo del artículo 2, establece que “Las Partes incluidas en el anexo I **procurarán limitar las emisiones” citadas “trabajando por conducto de la Organización de Aviación Civil Internacional y la Organización Marítima Internacional, respectivamente” (la negrita es nuestra).**

---

<sup>9</sup> Basta confrontar la redacción del artículo 21, párrafo 5 del Protocolo, con las instrucciones enviadas por el depositario del Protocolo y la enmienda a los Estados para promover su aceptación, disponibles en [http://unfccc.int/kyoto\\_protocol/doha\\_amendment/items/7362.php](http://unfccc.int/kyoto_protocol/doha_amendment/items/7362.php).

El alcance de esta modulación es difícil de determinar jurídicamente y su análisis es parte del objetivo de esta comunicación. La redacción literal “procurarán limitar... por conducto” transforma aparentemente lo que era una obligación de resultado en una obligación de comportamiento y supedita el cumplimiento unilateral a un acuerdo multilateral a través de un cauce institucionalizado, preexistente y ajeno al sistema del Protocolo de Kioto, que en principio debe incluir no sólo la determinación de los compromisos de reducción cuantitativos sino los modelos de gestión asociados a las cuotas de emisión. Esta cuestión – obligación de comportamiento vs. obligación de resultado- es clave en un análisis jurídico de la controversia provocada por la adopción de la Directiva 2008/101 que analizamos *infra*<sup>10</sup>.

Además, el propio carácter móvil de la actividad –el transporte-introduce un elemento de indefinición con respecto al criterio de atribución de las emisiones a los Estados partes, sin que ello venga resuelto de modo alguno por el Protocolo, pudiéndose cuestionar si cada Estado es responsable por la reducción de las emisiones en su territorio –todos los espacios incluidos, terrestre, marítimo o aéreo- de cualesquiera vehículos con cualquier pabellón; si además es responsable de las emisiones de los buques y aeronaves que porten su bandera en espacios no sujetos a jurisdicción nacional o cómo afecta las eventuales negociaciones de un régimen jurídico por conducto de la OACI a la navegación militar, excluida del ámbito funcional de la organización.

---

<sup>10</sup> No será objeto de este trabajo el sector marítimo aun cuando plantea una problemática similar, pero respecto del cual la UE no ha adoptado aún norma reguladora alguna. No obstante, como muestra del interés de la Comisión en el tema, solicitó del *Joint Research Center* un informe sobre la cuestión. Publicado en 2010, *Regulating Air Emissions from Ships - The State of the Art on Methodologies, Technologies and Policy Options*, disponible en [http://ec.europa.eu/dgs/jrc/downloads/jrc\\_reference\\_report\\_2010\\_11\\_ships\\_emissions.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/jrc/downloads/jrc_reference_report_2010_11_ships_emissions.pdf). Entre enero y abril de 2012 se ha sustanciado un proceso de consulta pública sobre la eventual inclusión del sector marítimo en el mercado de cuotas de emisión de la UE. Un análisis legal de los posibles problemas que plantea puede verse en PÉREZ, Daniel, “The Inclusion of Shipping in the EU Emissions Trading Scheme: A Legal Analysis in the Light of Public International Law”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. III, No. 2, pp. 1-55, 2012.

En las conversaciones previas a la adopción del Protocolo de Kioto se barajaron diversas posibilidades con respecto al criterio de asignación de las emisiones de efecto invernadero en el transporte, como la posibilidad de que se dividiera el cómputo de emisiones entre el país de origen y el de destino, asignación en función del lugar de compra o venta de combustible o en función de la nacionalidad de la nave<sup>11</sup>. No se llegó a ningún acuerdo sobre el criterio de atribución y, como consecuencia, se decidió que las emisiones procedentes de los sectores marítimo y aéreo no se computan en los inventarios de emisiones sobre los que se asumen los compromisos, ni para establecer el umbral inicial de cálculo de las emisiones ni para el logro de los compromisos de reducción.

## II. El modelo UE de gestión de emisiones contaminantes y su aplicación al sector aéreo.

La UE es parte en el Protocolo de Montreal<sup>12</sup>, la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático<sup>13</sup> y en el Protocolo de Kioto<sup>14</sup>, habiendo aceptado el cumplimiento conjunto con los Estados

---

<sup>11</sup> OBERTHÜR, Sebastien, “Institutional interaction to address greenhouse gas emissions from international transport: ICAO, IMO and Kioto Protocol”, *Climate Policy*, 2003-3, pp. 191.-196; McCOLLUM, David; GOULD, Gregory & GREENE, David, “Greenhouse gas emissions from aviation and marine transportation: mitigation potential and policies”, *Pew Center on Global Climate Change: Solutions White Paper Series*, 2009, pp. 26-27.

<sup>12</sup> Diario Oficial L 297 de 31.10.1988, 88/540/CEE: Decisión del Consejo de 14 de octubre de 1988 relativa a la celebración del Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono y del Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono. El Protocolo de Montreal se firmó el 16 de septiembre de 1987, y entró en vigor para la Comunidad Europea el 16 de marzo de 1989. Igualmente ha ratificado la última de las modificaciones del tratado, Diario Oficial n° L 072 de 14/03/2002, 2002/215/CE: Decisión del Consejo, de 4 de marzo de 2002, sobre la aprobación de la Cuarta Enmienda al Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono.

<sup>13</sup> <sup>13</sup> Diario Oficial L 033 de 07/02/1994, Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático.

<sup>14</sup> Diario Oficial L 130 de 15/05/2002, Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Miembros de sus obligaciones de reducción<sup>15</sup>. La UE no es sin embargo miembro de la OACI, dado que el Convenio de Chicago de 1944 tan sólo contempla la firma y ratificación o la adhesión de Estados<sup>16</sup>.

Las competencias de la UE para el control de las emisiones contaminantes se encuentran bajo el paraguas de los artículos 191 y 192 del TFUE (Título XIX de la Parte Tercera, Medio Ambiente), base jurídica utilizada por el Consejo para permitir la ratificación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y decidir el cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo. Se trata de competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros en el sentido de los artículos 2 y 4 del TFUE. Por la naturaleza compartida de la competencia, no es necesario detenerse en el hecho de que la ratificación o adhesión a los Convenios se realiza de manera paralela por la UE y por los Estados Miembros. En concreto y por ceñirme a España, los tres textos han sido ratificados y publicados debidamente en BOE<sup>17</sup>.

Por otra parte y en el ámbito específico del sector aéreo, la política común de transportes (artículos 91 a 100 del TFUE) está en principio circunscrita al transporte por carretera, ferroviario y fluvial, pudiendo El Parlamento Europeo y el Consejo establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones apropiadas para la navegación marítima

---

<sup>15</sup> Decisión 2002/358/CE del Consejo de 25 de abril de 2002 relativa a la aprobación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo de Kioto de la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y al cumplimiento conjunto de los compromisos contraídos con arreglo al mismo; DO L 358 de 16.12.2006, 2006/944/CE: Decisión de la Comisión, de 14 de diciembre de 2006, por la que se determinan los respectivos niveles de emisión asignados a la Comunidad y a cada uno de sus Estados miembros con arreglo al Protocolo de Kioto de conformidad con la Decisión 2002/358/CE del Consejo [notificada con el número C(2006) 6468] y DO L 327M de 5.12.2008, para Malta, modificadas y actualizadas por DO L 332 de 16.12.2010, Decisión 2010/778/UE de la Comisión de 15 de diciembre de 2010.

<sup>16</sup> Tanto en su redacción original de 1944 como en la actual, tras la reforma de 2006.

<sup>17</sup> Para el Protocolo de Montreal, véase el BOE núm. 65, de 17 de marzo de 1989; para la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, véase el BOE núm. 27, de 1 de febrero de 1994 y para el Protocolo de Kioto, véase el BOE núm. 33, de 8 de febrero de 2005.

y aérea (art. 100-2 TFUE). En este ámbito, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la competencia actualmente ejercida por la UE en la materia de la navegación aérea civil internacional no es exclusiva<sup>18</sup> ni cubre todos los ámbitos relativos a esta<sup>19</sup>, aunque la Unión ha legislado ya sobre ciertos aspectos de la misma<sup>20</sup>.

a. *El desarrollo normativo en la UE para la gestión de emisiones contaminantes.*

La entonces Comunidad Europea, hoy Unión Europea, aprobó tras la ratificación del Protocolo de Kioto e incluso antes de que éste entrara en vigor la Directiva 2003/87/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de octubre de 2003, por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad<sup>21</sup>, sobre la base competencial del artículo 175.1 del Tratado de la Comunidad Europea, en la actualidad, artículo 192 TFUE.

Este Reglamento crea un régimen jurídico de comercio de derechos de emisión, compatible con otros regímenes de comercio de base nacional, pero limitado a una serie de sectores productivos detallados en el Anexo I, que se ha ido ampliando con el tiempo. Una primera revisión en este sentido fue la realizada por la Directiva 2008/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>22</sup>, con el fin de incluir las actividades de aviación en el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, de la que nos ocuparemos supra a continuación. Una segunda revisión amplió a nuevos sectores económicos el ámbito del

---

<sup>18</sup> Sentencia de 21 de Diciembre de 2011, en el asuntos C-366C/10, par. 69.

<sup>19</sup> *Idem*, par. 71.

<sup>20</sup> *Idem*, par. 65.

<sup>21</sup> DOUE L 275, de 25.10.2003.

<sup>22</sup> DOUE L 8, de 13.1.2009. La Directiva fue adoptada en segunda lectura, con la sola abstención de Chipre. Tanto Chipre como Malta formularon declaraciones en el sentido de subrayar los posibles problemas que comportaría la aplicación de la Directiva y su dependencia del transporte aéreo a efectos de comunicación y por su importante sector turístico. Acta de la Sesión n.º 2899 del Consejo de la Unión Europea (Justicia y Asuntos de Interior), celebrada en Luxemburgo el 24 de octubre de 2008 (CS/2008/14786/ADD 1).

sistema de cuotas de emisión, con la adopción de la Directiva 2009/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero<sup>23</sup>.

La base de aplicación del régimen previsto en la Directiva es la territorial, esto es, el Estado en el cual la instalación tenga su domicilio será el competente para conceder el correspondiente derecho de emisión (artículos 4 a 6). Para cada anualidad, cada Estado miembro elaborará un plan anual en el que prevea los derechos de emisión que asignará en el período (artículo 9). Entre 2005 y 2008 el 95% de los derechos de emisión se debían asignar gratuitamente, bajando el porcentaje de asignación gratuita al 90% para el período 2008-2013. Los derechos de emisión serán transferibles dentro de la Comunidad y fuera en aquellos Estados en los que estos sean reconocidos (conforme al artículo 25).

Como se ha dicho, la primera revisión de la Directiva de 2003, tuvo por objeto incluir en su régimen jurídico las actividades de aviación<sup>24</sup>.

La Directiva 2008/101 utiliza como criterio de sujeción de los vuelos a su régimen jurídico el hecho de que el origen o destino del vuelo se encuentre en un aeródromo situado en el territorio de un Estado miembro, existiendo un número de supuestos que quedan excluidos del régimen de la misma, como los vuelos de Estado, los vuelos de aeronaves

---

<sup>23</sup> DOUE L 140 de 5.6.2009.

<sup>24</sup> La Directiva fue precedida de varios años de trabajo. De un lado, la Comisión inició un procedimiento de consultas públicas en 2005, cuyos resultados pueden verse en el informe de la Dirección General de Medio Ambiente “*Reducing the Climate Change Impact of Aviation Report on the Public Consultation March-May 2005*”, disponible en: [http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/docs/report\\_publ\\_cons\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/docs/report_publ_cons_en.pdf). A esta consulta siguieron una serie de informes internos y externos y de grupos de trabajo con representantes de los sectores afectados, a lo largo de los años 2005 y 2006, previos a la redacción de la Directiva. El plazo de transposición de la Directiva terminaba el 2 de febrero de 2010. En concreto y para España la transposición se cumplió -con algo de retraso- básicamente con la adopción de la Ley 13/2010, de 5 de julio, por la que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para perfeccionar y ampliar el régimen general de comercio de derechos de emisión e incluir la aviación en el mismo (B.O.E 163 de 6 de julio de 2010, en vigor desde el día siguiente de su publicación).

militares, aduaneras o policiales, los vuelos relacionados con actividades de salvamento...<sup>25</sup>. Por tanto, el ámbito de aplicación de la Directiva es, en principio, territorial sobre la base de que exista al menos un contacto de la aeronave con un aeródromo –espacio terrestre- de uno de los Estados miembros de la UE. Ello implica que los sobre vuelos del espacio aéreo de los Estados miembros de la UE -en tránsito- no quedan sujetos a la aplicación de la Directiva.

Una vez determinada la sujeción de un vuelo al régimen jurídico de la Directiva, el cómputo de emisiones se realiza de manera individualizada para cada vuelo y cada tipo de combustible utilizado. La fórmula de cálculo tiene en cuenta el consumo de combustible de la aeronave en el total del trayecto realizado (y que obviamente puede incluir espacios más allá de la jurisdicción de los Estados miembros, ya sea por sobrevuelo de alta mar o del espacio aéreo de terceros Estados) y un coeficiente multiplicador denominado factor de emisión en función del tipo de combustible conforme a las Directrices del Panel Intergubernamental sobre cambio Climático de 2006<sup>26</sup>. La gestión del modelo reside –igual que para la Directiva 2003/87/CE en los Estados miembros<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Y categorías más específicas como vuelos de entrenamiento, vuelos de reconocimiento que parten y aterrizan en el mismo aeropuerto, vuelos dedicados a la investigación científica, vuelos de aeronaves de masa máxima de despegue inferior a 5700 kg, vuelos de servicios públicos o aerolíneas con baja frecuencia de vuelos (inferior a 243 vuelos por cuatrimestre, en tres períodos seguidos).

<sup>26</sup> <http://www.ipcc-nggip.iges.or.jp/public/2006gl/index.html>.

<sup>27</sup> Diversos Reglamentos han determinado la lista de operadores de aeronaves que han realizado una actividad de aviación incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/87/CE y el Estado miembro responsable de la gestión de cada operador: en concreto, puede examinarse al respecto, el último aprobado, Reglamento (UE) 109/2013 de la Comisión, de 29 de enero de 2013, por el que se modifica el Reglamento (CE) 748/2009, sobre la lista de operadores de aeronaves que han realizado una actividad de aviación enumerada en el anexo I de la Directiva 2003/87/CE el 1 de enero de 2006 o a partir de esta fecha, en la que se especifica el Estado miembro responsable de la gestión de cada operador, habida cuenta de la ampliación del Régimen de Comercio de Derechos de Emisión de la Unión Europea a los países AELC pertenecientes al EEE (DO L 40 de 9.2.2013).

En el preámbulo de la Directiva se ofrece como justificación a la aplicación del régimen sobre esta base la necesidad de “evitar distorsiones de la competencia y mejorar la efectividad medioambiental”. Y para evitar supuestos en los que un mismo vuelo pudiera verse sujeto a la aplicación de dos o más regímenes jurídicos de Estados distintos en materia de emisión de gases, en aquellos casos en que un tercer país adopte un régimen con medidas que tengan “como mínimo el mismo efecto medioambiental” que el de la Directiva, la Comisión deberá considerar las opciones disponibles. En concreto, el Preámbulo de la Directiva se muestra favorable a la conclusión de acuerdos bilaterales, sobre la base de los cuales “modificar los tipos de actividades aéreas incluidas en el régimen comunitario”. Considera la Directiva que una red de acuerdos bilaterales entre los Estados que adopten mecanismos similares puede ser la base o propiciar un “acuerdo global” en la materia<sup>28</sup>.

*b. El control de validez de la Directiva 2008/101 por el Tribunal de Justicia.*

La validez de dicha directiva fue atacada mediante una petición de decisión prejudicial en el marco de un litigio entre la *Air Transport Association of America, American Airlines Inc., Continental Airlines Inc. y United Airlines Inc.* (en adelante, ATA y otras) y el *Secretary of State for Energy and Climate Change* en relación con la validez de las medidas de transposición de la Directiva 2008/101 adoptadas por el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se hizo pública el 21 de diciembre de 2011, confirmando la validez de la Directiva cuestionada a la luz de las normas internacionales consuetudinarias y convencionales que obligan a la UE y/o a los Estados miembros en la materia, incluyendo el Convenio de Chicago, el Protocolo de Kioto, el

---

<sup>28</sup> Esta característica ha llevado a la doctrina a denominar el régimen de la UE como “unilateralismo contingente”, en SCOTT, Joanne and RAJAMANI, Lavanya, “EU Climate Change Unilateralism”, *European Journal of International Law*, Vol. 23, No. 2, 2012, pp. 469-494

Acuerdo de transporte aéreo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos (conocido como acuerdo de cielos abiertos) y los principios de Derecho internacional consuetudinario de soberanía plena y exclusiva sobre el propio espacio aéreo, la no sujeción a la soberanía de ningún estado de la alta mar, la libertad de sobrevuelo del alta mar y la exclusiva competencia del Estado del pabellón en ese espacio aéreo<sup>29</sup>.

Tres son los aspectos litigiosos más relevantes en el asunto: a) si la adopción de la Directiva viola las obligaciones derivadas del Protocolo de Kioto en relación con la cláusula que establece la negociación a través de la OACI; b) si el régimen de derechos de emisión puede considerarse una tasa, impuesto o carga prohibida por alguna de las obligaciones internacionales de la UE en el materia; c) si la Directiva tiene un efecto extra-territorial prohibido por normas de Derecho internacional. A pesar del interés de todos y cada uno de estos puntos, a efectos de esta comunicación vamos a limitarnos al primero.

A la hora de abordar la legalidad de la Directiva como medida unilateral de la UE en el contexto de las obligaciones suscritas por la UE en el Protocolo de Kioto, el TJUE reconoce que este Tratado satisface la primera de las condiciones para ser considerado parámetro de validez<sup>30</sup>,

---

<sup>29</sup> DO C 49 de 18.2.2012. Esta sentencia ha sido una oportunidad relevante para que el TJUE abunde y ahonde en la relación entre el Derecho Internacional Público y el Derecho de la Unión Europea. En concreto, el caso tenía por objeto el control de validez de la Directiva desde la perspectiva del respeto de la misma de las obligaciones internacionales contraídas por la Unión Europea en la materia. Si bien esta cuestión –que el parámetro de control de validez sean normas de Derecho internacional- no es novedad en la jurisprudencia del TJUE con respecto a normas de derecho convencional, en este caso se incluyen como parámetros de control de la validez normas de carácter consuetudinario, lo cual sí es novedoso como afirma la Abogada General Sra. Juliane Kokott, en las conclusiones presentadas el 6 de octubre de 2011, párrafos 108 y siguientes. Y sin embargo, no es este el lugar donde debe abordarse la cuestión.

<sup>30</sup> Conforme a los pars. 49-55 de la sentencia, los requisitos exigidos en jurisprudencia constante del TJUE para analizar la validez de una norma comunitaria a la luz de un tratado internacional cuando se disputa la misma ante un tribunal nacional por un particular son: a) que la UE esté vinculada por el tratado en cuestión; b) que la naturaleza y el sistema del tratado en cuestión permitan el control por el Tribunal; c) que el contenido de las disposiciones invocadas sea incondicional y suficientemente preciso, no supeditado a la adopción de acto ulterior alguno.

por cuanto que la UE es parte en el mismo<sup>31</sup>. Sin embargo, el TJUE afirma taxativamente que la disposición del Protocolo que establece que las Partes procurarán limitar o reducir sus emisiones de ciertos gases de efecto invernadero generadas por los combustibles de transporte aéreo por conducto de la OACI “no se puede considerar que [...] revista, por su contenido, carácter incondicional y suficientemente preciso a efectos de generar para el justiciable el derecho a alegarlo ante los órganos jurisdiccionales para impugnar la validez de la Directiva 2008/101”<sup>32</sup>.

Este *dictum* está claramente imbuido del espíritu de tribunal interno, no internacional, que preside la actuación del TJUE. No debe buscarse en el mismo ni en su jurisprudencia un juez de la legalidad internacional, como ha pretendido algún autor al comentar el caso<sup>33</sup>. Cuestión diferente de la validez –interna- de la Directiva a la luz del Derecho de la Unión es el juicio de licitud o ilicitud que merezca esta medida unilateral desde la perspectiva del Derecho Internacional General, cuestión digna de ser analizada en profundidad en ulterior trabajo.

### III. Contextualizando la medida de la UE.

El mandato incluido en el Protocolo de Kioto de negociar un sistema de regulación de las emisiones contaminantes provenientes del transporte aéreo a través de la OACI ha supuesto un lentísimo proceso en el que apenas ha podido llegarse a consensos mínimos. En tal contexto, la decisión de la UE de incluir este sector en su modelo de gestión de la contaminación aérea ha sido considerada unilateral y ha provocado numerosas reacciones.

---

<sup>31</sup> *Idem*, párrafos 10 a 12.

<sup>32</sup> *Idem*, párrafo 77.

<sup>33</sup> *Legal Analysis on the Inclusion of Civil Aviation in the European Union Emissions Trading System*, Centre for International Sustainable Development Law, Faculty of Law, McGill University, May 2012, p. 7.

#### a. *El proceso de negociación de un régimen multilateral en la OACI.*

La Asamblea de la OACI se reúne cada tres años desde 1959, salvo convocatoria extraordinaria. En 2004, en su 35ª Asamblea, la OACI adoptó lo que serían sus tres principales objetivos medioambientales, uno de los cuales era limitar o reducir el impacto de las emisiones de gases de efecto invernadero procedentes de la aviación<sup>34</sup>. En este momento, la OACI apoyó la adopción de mecanismos unilaterales estatales, de participación voluntaria para los operadores aéreos. Se mostró reacia en cambio al uso de mecanismos impositivos o de gravamen y favorables a mecanismos de mercados de derechos de emisión. Respecto a estos últimos, la Asamblea proponía al Consejo de la OACI que discutiera dos posibles variantes de trabajo: a) un sistema voluntario –para los operadores aéreos- de comercio de derechos de emisión; b) unas directrices para que los Estados incluyan las emisiones procedentes de la aviación internacional en los sistemas de comercio de derechos de emisión de los Estados contratantes, ya en vigor en estos conforme a la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.

En la reunión de la 37ª Asamblea, en 2010, los Estados miembros fijaron (por primera vez en la historia de la OACI) los siguientes objetivos medioambientales<sup>35</sup>:

- 1) Mejora de la eficiencia en el uso de combustibles de un 2% anual hasta 2020,
- 2) Aspiración a continuar ese ritmo de eficiencia (2% anual) entre 2021 y 2050;
- 3) Limitación del techo de emisiones de CO2 a medio plazo al nivel de 2020.

---

<sup>34</sup> A35-5 Declaración refundida de las políticas y prácticas permanentes de la OACI relativas a la protección del medio ambiente. Véase en particular su Anexo I sobre Medidas basadas en criterios de mercado relacionadas con las emisiones de los motores de las aeronaves.

<sup>35</sup> Resolución A37-19, párrafos. 4 a 10.

La OACI invitó a los Estados miembros a presentar sus planes nacionales de acción antes de junio de 2012, considerando que el mecanismo de mercados de derechos de emisión es el más adecuado. La Asamblea adoptó un conjunto de directrices al respecto<sup>36</sup>, entre las cuales el principio del consentimiento recíproco de los Estados implicados (que pueden ser, Estado de origen, Estado de destino y Estado de nacionalidad de la aeronave). Numerosos Estados presentaron reservas a distintos apartados de estas directrices<sup>37</sup>. Por su interés para valorar este caso, en la tabla siguiente y en su clave explicativa intenta condensarse la posición de unos y otros Estados, al respecto.

**Párrafos de la Resolución A37-19, de la Asamblea de la OACI, objeto de reservas**

	Par. 6	Par. 6.c)	Par. 12	Par. 14	Par. 15	Par. 16	Par. 17
UE + CEAC (Conferencia Europea de Aviación Civil)							
Arabia Saudí, Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, India, Irán, Iraq, J.A. Libia, Pakistán, Venezuela							
Australia, Canadá							
China							

<sup>36</sup> Anexo a la resolución A37-19 (y párrafo 14).

<sup>37</sup> Como recoge el párrafo 9 del Preámbulo de la Directiva 2008/101/CE, “Recordando que la Convención de Chicago reconoce expresamente el derecho de cada Parte contratante a aplicar de forma no discriminatoria sus propias leyes y reglamentos a las aeronaves de todos los Estados, los Estados miembros de la Comunidad Europea y otros 15 Estados europeos formularon una reserva a esta Resolución y, en virtud del Convenio de Chicago, se reservaron el derecho a establecer y a aplicar medidas basadas en el mercado de forma no discriminatoria a todos los operadores de aeronaves de todos los Estados que prestasen servicios con destino u origen en su territorio o dentro de este”.

Emiratos Árabes Unidos, Singapur							
Estados Unidos							
Federación de Rusia							
Japón							

**CLAVE de lectura:**

**Par. 6:** Propuesta de mantenimiento del límite de emisiones a medio plazo en el nivel de 2020.

**Par. 6.c):** Propuesta sobre la posibilidad de que países desarrollados adopten medidas más ambiciosas que permitan que países en desarrollo aumenten sus emisiones dentro del contexto de mantener las emisiones a largo plazo en el límite de las correspondientes a 2020.

**Par. 12:** Exoneración del deber de presentar un plan de acción a aquellos Estados que no superen un umbral *de minimis* de actividad aérea.

**Par. 14:** Sujeción de la aplicación de mecanismos de mercado a las directrices del anexo y negociados bilateral o multilateralmente entre los Estados implicados.

**Par. 15:** Exenciones en los eventuales mecanismos de comercio de derechos de emisión de los explotadores aéreos que no superen un umbral *de minimis* y en otros casos que puedan determinar los Estados al elaborar estos mecanismos.

**Par. 16:** Solicitud al Consejo de la OACI para que revise los umbrales *de minimis* en los sistemas de comercio de derechos de emisión, en 2011 teniendo en cuenta las circunstancias específicas de los Estados y las posibles repercusiones en la industria de la aviación y los mercados.

**Par. 17:** Necesidad de que los Estados miembros revisen los mecanismos de mercado existentes y previstos conforme a las directrices del anexo.



En suma, la OACI ha asumido muy despacio su responsabilidad en el marco del Protocolo de Kioto, y en 10 años no ha sido capaz de diseñar un modelo común de gestión: tampoco ha logrado acordar principios comunes de consenso por los que deban regirse los programas nacionales de los Estados ni se ha puesto de acuerdo para siquiera prohibir un tipo concreto de modelo. Entre las razones para este lentísimo avance algún investigador apunta una posible incompatibilidad entre el objetivo fundamental de la OACI –promover el transporte aéreo, en condiciones de seguridad- y los objetivos del Protocolo de Kioto –reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero-<sup>38</sup>. Igualmente puede apuntarse el conflicto entre la dinámica de Kioto sobre responsabilidades diferenciadas de países desarrollados y en desarrollo y los principios igualitarios que presiden las normas y estándares de la OACI.

En la próxima reunión de la Asamblea de la OACI, que tendrá lugar entre los días 24 de septiembre y 4 de Octubre de 2013, el punto 17 del orden día vuelve a incluir, entre otras cuestiones medioambientales “*la aviación internacional y el cambio climático, incluyendo el progreso logrado con respecto a una nueva norma en materia de emisiones de CO2 para aeronaves, planes de acción de los Estados y asistencia a los Estados, combustibles de aviación alternativos sostenibles, medidas basadas en criterios de mercado y metas mundiales a las que se aspira*”<sup>39</sup>.

#### *b. Las reacciones de terceros a la adopción de la normativa de la UE.*

Las reacciones ante la adopción de la Directiva 2008/101 no se hicieron esperar.

Desde el sector privado y como ya hemos visto, se atacó la validez de la misma a través de un recurso interpuesto en foro británico contra la normativa de transposición de la Directiva en el Reino Unido. Si bien la demanda agrupaba a un conjunto de empresas y asociaciones de empresas

<sup>38</sup> *Legal Analysis on the Inclusion...*, op. cit. p. 10.

<sup>39</sup> A38-WP/1, de 18 de diciembre de 2012, tercera y última revisión de 18 de junio de 2013. La cursiva es mía.

americanas y canadienses, en el proceso participaron asociaciones internacionales de empresas (como IATA) y ONGs.

Pero a esta reacción legal se sumaron todo un conjunto de manifestaciones públicas de distintos Estados parte en el Protocolo de Kioto y miembros de OACI, repudiando y rechazando la medida unilateral de la UE y anunciando la eventual adopción de medidas de respuesta. Así ha ocurrido con la India o con China<sup>40</sup>. Esta última ha amenazado no sólo con prohibir a sus empresas que paguen los derechos de emisión correspondientes, sino que también amenazó con reconsiderar la compra de aeronaves europeas o con adoptar medidas nacionales como contramedidas al régimen europeo. India aconsejó a sus empresas que no participaran en el sistema de la Directiva e incluso que no compraran derechos de emisión a países europeos (extendiendo con ello el rechazo a otros sectores distintos).

Por su parte, el Gobierno de los Estados Unidos de América, a través de su Secretaria de Estado y el Secretario de Transporte, se opuso desde la perspectiva legal y la política a la aplicación de la norma a las empresas americanas por considerarla contraria a las normas de la OACI sobre emisiones. Además de manifestar mediante carta dirigida a la Comisión Europea su posición política el Congreso aprobó y el Senado refrendó una ley<sup>41</sup> que permitía al Secretario de Transporte prohibir a las empresas americanas su participación en el mercado europeo de derechos de emisión por contaminación aérea por considerar que la norma europea pretendía su aplicación extraterritorial y que la UE estaba realizando un “boicot” a los procesos de negociación y discusión en curso en el seno de la OACI.

<sup>40</sup> Un recuento de las distintas reacciones y referencias documentales puede encontrarse en LEAL-ARCAS, Rafael, *Climate Change and International Trade*, Edward Elgar Publishing, pp 160 y ss.

<sup>41</sup> “European Union Emissions Trading Scheme Prohibition Act of 2011”, de 3 de enero de 2012, disponible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-112s1956enr/pdf/BILLS-112s1956enr.pdf>. El texto del Congreso lleva la referencia “House of Representatives 2594” y el del Senado y finalmente aprobado, S 1956.



En septiembre de 2011, se reunieron gran parte de los miembros no europeos del Consejo de la OACI<sup>42</sup> y Chile, sumando un total de 26 Estados en Nueva Delhi. La declaración conjunta emitida al término de la reunión de Nueva Delhi no incluía la adopción de medidas, pero sí el rechazo del modelo en tanto en cuanto fuera aplicables a operadores de Estados no miembros<sup>43</sup>.

A nivel institucional, el Consejo de la OACI se reunió en noviembre de 2011<sup>44</sup> adoptando una resolución<sup>45</sup> en la que considera el sistema de la UE “incongruente con el Derecho internacional” y solicita de la UE que no lo aplique a los operadores que no tienen la nacionalidad de uno de los Estados miembros. A la par solicitaba que se impulsaran los trabajos de la OACI para lograr la reducción de las emisiones, pero sin mencionar la posibilidad de un modelo de mercado de cuotas de emisión. La UE presentó una reserva formal al documento<sup>46</sup>.

En Febrero de 2012 se reunieron 20 Estados<sup>47</sup>, al margen de la OACI de nuevo, para adoptar un conjunto de medidas de respuesta a la normativa de la UE. Dándole un nuevo giro al problema, fundamentaron el supuesto ilícito europeo en una amenaza seria para el mercado y la libre competencia<sup>48</sup>. Adoptaron una propuesta de cesta de medidas de respuesta,

cuya adopción dependería de la voluntad unilateral de cada Estado y que, por tanto, se publican en la declaración como “medida disuasoria”. Dicha cesta –y sin tratarse de una lista cerrada- incluye las siguientes posibles medidas:

- Posibilidad de presentar una solicitud de arreglo de controversias al amparo de las normas de solución de controversias de la OACI (art. 84 de la Convención de Chicago)<sup>49</sup>;
- Adopción o modificación de normas nacionales que prohíban la participación de empresas en el mecanismo de la UE;
- Reuniones con las empresas europeas para ponerles de manifiesto la posibilidad de adopción de medidas equivalentes
- Incremento de las exigencias de provisión de datos por parte de los operadores aéreos procedentes de la UE
- Examen de la licitud de la acción de la UE en el marco de la OMC y eventual reclamación en el marco de la misma
- Revisión de acuerdos bilaterales (incluyendo acuerdos de cielos abiertos) con Estados miembros concretos y con la Unión, suspender las conversaciones presentes y futuras sobre ampliación o mejora de derechos para los operadores aéreos de Estados miembros de la UE
- Adopción de impuestos o tasas adicionales a los operadores de la UE como forma de contramedida.

Si durante los primeros meses de aplicación de la Directiva, la Comisión Europea se comportó con sumo celo –elaborando la lista de compañías afectadas y Estados, gestores, solicitando los datos para el cálculo de derechos de emisión, abriendo el período de solicitud y concesión de derechos para 2012 e incluso resolviéndolo-, con posterioridad relajó su posición ante la presión internacional e interna (las propias compañías europeas, fabricantes de aviones, e incluso Estados miembros hicieron sentir su malestar ante las consecuencias de la medida).

<sup>42</sup> A la excepción de Burkina Faso, Camerún, Guatemala, Marruecos, Swazilandia y Uganda estuvieron presentes los demás no europeos: Argentina, Brasil, Canadá, China, Colombia, Cuba, Egipto, Japón, India, República de Corea, Malasia, México, Nigeria, Paraguay, Perú, Filipinas, Qatar, Rusia, Arabia Saudí, Singapur, Sudáfrica, Tailandia, Turquía, Emiratos Árabes Unidos y los Estados Unidos de América.

<sup>43</sup> Véase resumen en <http://pib.nic.in/newsite/erelease.aspx?relid=76388>.

<sup>44</sup> De 18 Estados presentes en la reunión del Consejo de la OACI (que tiene un total de 36 miembros), 5 son miembros de la Unión Europea: Bélgica, Dinamarca, Francia, Alemania e Italia.

<sup>45</sup> El documento con los debates y la resolución adoptada está publicado en la página web de la UE: [http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/docs/minutes\\_icao\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/docs/minutes_icao_en.pdf).

<sup>46</sup> El texto íntegro del documento presentado por la UE puede verse en [http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/docs/reservations\\_20120112\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/clima/policies/transport/aviation/docs/reservations_20120112_en.pdf).

<sup>47</sup> Armenia, Argentina, Bielorrusia, Brasil, Camerún, Chile, China, Cuba, Guatemala, India, Japón, Corea, México, Nigeria, Paraguay, Rusia, Arabia Saudí, Seychelles, Singapur, Suáfrica, Tailandia, Uganda y los Estados Unidos de América.

<sup>48</sup> En concreto, la declaración conjunta basa todas las medidas en la consideración de que “the inclusion of international civil aviation in the EU-ETS leads to serious market

distortions and unfair competition”. El texto completo puede verse en <http://www.ruaviation.com/docs/1/2012/2/22/50/>

<sup>49</sup> Doc 7782/2.

Ante esta situación de presión continuada, la Comisión Europea propuso en Noviembre de 2012 una moratoria en la aplicación de la Directiva<sup>50</sup>, de manera que los vuelos que entraran y salieran de los aeropuertos de la UE entre 2010 y 2012 estuvieran exentos, a la espera de las negociaciones en curso y de un posible acuerdo en la 38ª Asamblea de la OACI que se celebrará a final de septiembre de 2013. El Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron la decisión el 24 de abril de 2013, con entrada en vigor inmediata<sup>51</sup>. Los vuelos intra-comunitarios, sin embargo, han estado sujetos al sistema previsto por la misma durante todo este tiempo.

### **Epílogo. Intereses globales y modelos institucional, multilateral y unilateral de gestión: a modo de conclusión provisional.**

Desde una perspectiva idealista, utópica, tiende a identificarse intereses globales y modelo institucional de gestión como una pareja de baile perfecta. Sin embargo, este caso pone de manifiesto cómo en el ámbito medio ambiental la protección del interés global en la reducción de gases de efecto invernadero se ha encauzado generalmente hacia la acción multilateral de los Estados, dejando un margen importante de libertad a los Estados para decidir y aplicar las medidas oportunas.

En los pocos casos en los que la gestión de esta manifestación concreta del interés global en la protección del medio ambiente se ha tratado de encauzar a través de la acción institucional –las emisiones de gases de efecto invernadero del transporte aéreo- las evidencias muestran que el modelo institucional no ha funcionado. Tras años de conversaciones ha sido imposible lograr hasta el presente un acuerdo.

---

<sup>50</sup> COM(2012) 697, 2012/328 (COD), Proposal for a Decision of the European Parliament and of the Council derogating temporarily from Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community.

<sup>51</sup> Decisión 377/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2013, que establece una excepción temporal a la Directiva 2003/87/CE por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Comunidad, DOUE L113, de 25.4.2013.

¿Justifica ello la acción unilateral de la UE, paradójicamente institucional desde la perspectiva de los Estados miembros? Desde un punto de vista estrictamente jurídico habría que entrar a analizar un denso entramado de problemas ligados al caso para realmente determinar si la acción de la UE al adoptar la Directiva ha supuesto un hecho ilícito internacional, con respecto de qué normas precisas, quién podría invocar la responsabilidad, con qué contenido, cuáles serían los medios de arreglo pacífico óptimos en cada caso y, en su caso, qué contramedidas podrían adoptarse, dada la disparidad de vínculos jurídicos existentes. Sin embargo no es ese el objetivo de esta comunicación. Desde la perspectiva del tema de este congreso, es necesario reflexionar sobre la interacción entre los modelos unilateral, multilateral e institucional en la gestión de intereses globales.

En el caso concreto que hemos expuesto, la acción unilateral de la Unión Europea –con independencia de su consideración legal- es un catalizador que puede permitir desbloquear la acción institucional y multilateral en el contexto del Protocolo de Kioto y de su mandato de negociar la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en el sector del transporte aéreo. El conjunto de actuaciones –de la UE y de los demás actores de la partida, OACI, Estados, empresas...- ha puesto sobre el tablero la urgencia y necesidad de llegar a acuerdos en la próxima reunión de la Asamblea de la OACI que tendrá lugar a final de septiembre de 2013.

No existe, por tanto y a nuestro juicio, una vía única o ideal para la consecución de los intereses globales. Si en el ámbito medioambiental y en concreto para alcanzar los objetivos de reducción de emisiones contaminantes, los tratados internacionales han priorizado la acción multilateral sobre la institucional –siendo esta última vía excepcional y ligada a sectores contados como el aéreo o el marítimo-, la dinámica propia de las relaciones internacionales ha llevado al estancamiento temporal en la vía institucional y la reactivación de ciertas dosis de unilateralismo. Quizás la acción unilateral tenga al menos el valor positivo de enfrentar a los distintos actores en presencia a las consecuencias de su propia inactividad en los foros multilaterales e institucionales.

Más allá de esta primera conclusión provisional – a expensas de lo que ocurra tras la Asamblea de la OACI-, debemos pararnos a pensar cuál son los intereses en juego en los comportamientos de unos y otros actores. Una lectura detenida de los documentos de reacción a la Directiva 2008/101 –como la Resolución de Nueva Delhi o la Resolución de Moscú– pone manifiesto que más allá de la protección de los intereses globales medioambientales en juego, los actores implicados están defendiendo intereses económicos nacionales, la competitividad de sus respectivos operadores aéreos e incluso, de sus industrias de producción aeronáutica, puesto que una mayor eficiencia energética de los nuevos modelos de aviones en desarrollo será un criterio determinante para el reparto de cuotas de mercado en el sector de la producción si llegan a implantarse y/o aplicarse sistemas de mercado de cuotas de emisión como el regulado por la Directiva 2008/101. Y en ese punto, la ya iniciada guerra entre Airbus y Boeing (y que enfrenta desde 2006 a Estados Unidos y la UE y ciertos Estados miembros en el marco de procedimientos de arreglo de controversias ante la OMC, en fase final de contramedidas<sup>52</sup>) no deja de ser un elemento colateral de influencia, como lo es el auge y desarrollo de las industrias aéreas brasileñas, canadiense o china a corto y medio plazo en la producción de grandes aeronaves civiles.

La UE parece pecar ciertamente de idealista, frente al resto de actores en juego, tratando de defender el interés medioambiental por encima de los intereses económicos. Existen datos que prueban que esta medida –la Directiva 2008/101- ha generado junto al rechazo del conjunto de Estados con intereses relevantes en el sector del transporte aéreo, amenazas serias para las ventas de una de las empresas más relevantes a nivel mundial en el sector (EADS). La UE, que mantiene sus compromisos de reducción de emisiones en los demás sectores para el período 2013-2020– a diferencia de Estados Unidos, Canadá, Japón, Rusia y Nueva Zelanda- y a pesar de que las reducciones en el sector aéreo no computan, ha adoptado una medida que le puede suponer una pérdida de

---

<sup>52</sup> Véase al respecto WT/DS316, *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros — Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles* y WT/DS347, *Comunidades Europeas y determinados Estados miembros — Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (segunda reclamación)*.

competitividad al encarecer los vuelos con origen o destino en países de la UE (más precisamente del EEE), e incluso un desplazamiento de los mismos hacia países limítrofes desde los cuales se multipliquen las escalas como puertos de entrada al territorio de los Estados miembros (basta pensar en Suiza, Turquía, Rusia...), lo cual redundaría en una reducción notable en el cómputo de las cuotas de emisión aérea atribuible a esos operadores aéreos en el sistema regulado por la UE<sup>53</sup>.

Es sorprendente y paradójico que la acción unilateral atacada desde todas las posiciones posibles resulte ser la más altruista teniendo en cuenta el juego de intereses en presencia. Sin duda, y desde una perspectiva jurídica que no hemos explorado en esta comunicación, el incumplimiento de una norma es a menudo el primer paso para la elaboración de una nueva norma, una puesta al día de la misma, el surgir de una nueva práctica o la cristalización de una costumbre en formación. Salvando las distancias, y desde la perspectiva política, una medida unilateral de la UE contraria según la apreciación de distintos sujetos de Derecho internacional al Protocolo de Kioto puede ser el motor que logre que el Consejo de la OACI alcance un principio de acuerdo sobre el modelo de gestión de las emisiones aéreas. Y es hora de ello, por cuanto que para 2020 se espera que las emisiones globales procedentes de la aviación sean un 70% más altas que las de 2005, incluso teniendo en cuenta la mejora en la eficiencia energética de la aviación que alcanza un 2% de reducción de emisiones anuales. La OACI prevé que para 2050 las emisiones podrían crecer entre un 300% y 700% más con respecto a los niveles de 2020. Y su cómputo está exento de las reducciones reguladas por el Protocolo de Kioto.

Como afirmara René Jean Dupuy en 1986, el modelo institucional no constituye un progreso en sí mismo respecto del modelo relacional, puesto que este último no es un modelo negativo en las relaciones internacionales, sino que se presenta como “irreductible”<sup>54</sup>. La regulación y gestión de los intereses globales participa necesariamente de la confrontación dialéctica de ambos modelos, como se ha abordado en esta comunicación.

---

<sup>53</sup> LEAL-ARCAS, Rafael, *Climate Change and International Trade*, Edward Elgar Publishing, p. 168.

<sup>54</sup> DUPUY, René-Jean, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica, UNESCO, 1986, en especial pp. 59 y siguientes.

## **El papel de los actores no estatales en la protección del interés público global**

Begoña Rodríguez Díaz  
Profesora Contratada Doctora  
Universidad Francisco de Vitoria

En la protección del interés público global no se puede obviar el papel que juegan los actores no estatales, tanto la formación de las normas internacionales como en su aplicación, de lo que da fe la creciente literatura académica existente al respecto. La presente comunicación se centrará principalmente en el papel que juegan los actores no estatales en la protección del interés público global a través de su participación en procesos de monitorización y verificación del cumplimiento de normas internacionales.

Si bien algunos tratados internacionales, principalmente en materia medioambiental, incluyen referencias expresas a la participación de los actores no estatales en sus mecanismos de supervisión, lo cierto es que no es la tendencia mayoritaria. El reconocimiento formal en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos de participación de los actores no estatales dista mucho de reflejar de modo completo su implicación práctica en los procedimientos de monitorización por cauces no oficiales, y por tanto, el papel que juegan en la protección del interés público global.

La relación que se genera entre los Estados y las ONG con motivo de la participación de éstas en el control del cumplimiento de las obligaciones internacionales de aquéllos, adquiere diversos tintes: desde la cooperación, como en el caso del Comité Internacional de la Cruz Roja y la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, al enfrentamiento, principalmente entre ONG dedicadas a la denuncia de violaciones de derechos humanos por parte de los Estados. Con Ranjeva, queremos destacar la importancia que para la relación Estados-ONG tiene la opinión pública, dependiente en

gran medida de estas últimas y condicionante de la acción estatal, y que es precisamente uno de los cauces no oficiales utilizados por las ONG<sup>1</sup>.

El objeto de esta comunicación es profundizar en la labor que ejercen los actores no estatales, principalmente ONG, en la protección del interés público global. Para ello se analizarán en primer lugar los distintos cauces de participación de las ONG en la aplicación del Derecho Internacional, cuya relevancia política ha sido considerada suficiente para afirmar su contribución a la gobernanza internacional<sup>2</sup>. A continuación nos centraremos en los principales ámbitos en que se aprecia la contribución de las ONG a la protección de interés público global: Derecho Internacional Humanitario, Derechos Humanos, y el Medioambiente. Nuestro estudio finalizará apuntando una última vía por la que las ONG han comenzado a colaborar en la protección del interés público global: su participación en procedimientos de solución de controversias ante instancias internacionales, bien con carácter oficioso, o bajo la figura del *amicus curiae*.

### **1. Las ONG y su contribución a la aplicación del Derecho Internacional**

La contribución de las ONG a la aplicación del ordenamiento internacional se lleva a cabo por distintos cauces. Vamos a citar brevemente los más destacados:

- a) Suministro de información (*fact finding*): es una de sus aportaciones más importantes, derivada del hecho de tener un conocimiento directo de la realidad a tratar<sup>3</sup>. En determinadas ocasiones pueden presentar

---

<sup>1</sup> RANJEVA, Raymond, "Les organisations non gouvernementales et la mise en oeuvre du droit international", *Récueil des Cours de l'Académie de La Haye*, t. 270, 1997, pág. 92.

<sup>2</sup> PÉREZ-PRAT Luis, *Sociedad civil y Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pág. 350.

<sup>3</sup> A título ilustrativo podemos destacar que la labor de documentar los fallecidos en conflictos como el que desgraciadamente viene padeciendo Siria, ha sido encomendada por la comisión de derechos humanos de Naciones Unidas, Navy Pillay, a la ONG *Human Rights Data Analysis Group* (HRDAG), liderada por la estadística Megan Price, vid.

comunicaciones ante organizaciones internacionales a iniciativa propia, como es el caso de las ONG con estatuto consultivo ante el ECOSOC de Naciones Unidas;

- b) Seguimiento periódico y metódico del cumplimiento de las obligaciones internacionales por los Estados, incluso con publicación de informes plurianuales de evaluación del cumplimiento; verificación y contraste de los informes de las Partes<sup>4</sup>;
- c) Asistencia técnica a los Estados en vías de desarrollo, tanto para el cumplimiento sustantivo de sus obligaciones internacionales como para la emisión de los informes exigidos por los tratados;
- d) Misiones de observación e investigación: su fin es disuadir de la comisión de infracciones a las normas internacionales o constatar ante la opinión pública la violación de una obligación internacional respectivamente. La eficacia de esta vía depende de la autoridad reconocida a la ONG<sup>5</sup>.
- e) Salvaguarda del Derecho Internacional: el caso más claro lo constituye el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), que se ha erigido en garante del Derecho Humanitario, rechazando de modo eficaz interpretaciones restrictivas del mismo<sup>6</sup>.
- f) Difusión de normas internacionales: con dos objetivos, asegurar el conocimiento público del ordenamiento internacional<sup>7</sup> y prevenir violaciones al mismo.

---

[www.hrdag.org](http://www.hrdag.org). Esta información sobre el número de fallecidos es sin duda uno de los factores que la comunidad internacional valora de cara a una decisión sobre Siria.

<sup>4</sup> Con frecuencia este seguimiento se lleva a cabo a instancias de una organización internacional pública, que cuenta así con pluralidad de fuentes de información.

<sup>5</sup> Podemos citar, a título ilustrativo, la eficacia de la presencia de organizaciones como *Amnistía Internacional* o la *Comisión Internacional de Juristas* que provoca un cierto temor a las autoridades públicas, que dispensan a las víctimas un mejor trato, al menos mientras dura la misión de observación.

<sup>6</sup> Volveremos a esta cuestión más adelante.

<sup>7</sup> Como cuestión específica dentro de la difusión de normas internacionales podemos citar la importante labor que ciertas ONG desempeñan respecto a la educación de públicos locales con el fin de favorecer el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de sus

No podemos profundizar en las consecuencias de cada una de estas modalidades de participación de las ONG en la aplicación del Derecho Internacional. Únicamente, como botón de muestra, podemos citar la última vía expuesta: la difusión de normas internacionales. En el ámbito del Derecho Humanitario esta tarea ha sido asumida por el CICR, ante la dejadez de los Estados Parte en los Convenios de Ginebra respecto a su obligación de adoptar las medidas necesarias para su difusión y aceptación. Podemos destacar, en concreto, los cursos de formación impartidos por el CICR a miembros de las fuerzas armadas y de los cuerpos de seguridad, a funcionarios y diplomáticos<sup>8</sup>.

## 2. Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario no puede concebirse, ni en su origen ni en su contenido ni en su aplicación, sin la aportación fundamental del Comité Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja (CICR). Esta “ONG” de derecho suizo<sup>9</sup> surgió hace siglo y medio con el objetivo de establecer límites a la conducta de los combatientes durante conflictos armados y mitigar los efectos de dichos conflictos, especialmente mediante la protección a las personas que no participan en las hostilidades (civiles, personal sanitario, miembros de organizaciones humanitarias) y a los que

---

Estados de un modo cooperativo (*cooperative compliance*), a través de incentivos fundamentalmente. *Vid.* DELBRÜCK, Jost, “Prospects for a World (Internal) Law? Legal Developments in a Changing International System”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 9, núm. 2, 2002, pp. 401-420.

<sup>8</sup> *Vid.* LAVOYER Jean-Philippe y MARESCA Louis, “The Role of the ICRC in the Development of International Humanitarian Law”, *International Negotiations*, 4, 1999, pág. 505.

<sup>9</sup> El CICR no se considera a sí mismo como una ONG, sino que se define en sus Estatutos como una “organización humanitaria independiente con un status propio”. Si bien su composición y misión son propias de una ONG, el papel formal que se le reconoce en el ámbito del Derecho Internacional la hace más similar a una organización pública. Tiene pues, un estatuto jurídico *sui generis*, difícil de comprender al no existir categorías intermedias. LAVOYER, Jean-Philippe y MARESCA Louis, *The role of the ICRC...*, *op.cit.*, pp. 508-509.

ya no pueden luchar (heridos, enfermos, náufragos, prisioneros de guerra).

El CICR promovió, mediante la celebración de conferencias internacionales desde 1867, la regulación internacional de los límites a la guerra. Las normas sobre conflictos armados o Derecho Internacional Humanitario se contienen básicamente en los cuatro *Convenios de Ginebra de 1949*, en los que son parte casi todos los Estados. Estos Convenios se completaron con otros dos tratados: los *Protocolos adicionales de 1977 relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados*. Hay asimismo otros textos que prohíben el uso de ciertas armas y tácticas militares o que protegen a ciertas categorías de personas o de bienes.

En el plano operativo el CICR no ejerce ningún tipo de monopolio. Otras organizaciones intervienen también en el ámbito humanitario, caracterizándose todas ellas por su espíritu de servicio desinteresado, su neutralidad política y la ausencia de ánimo lucrativo. Entre ellas se pueden citar a organizaciones como *Médecins sans frontières* o *Aide médicale internationale*, así como a organizaciones humanitarias confesionales: Orden de Malta, *Caritas Internationalis* o Ejército de la Salvación, entre otros<sup>10</sup>.

Sin embargo, el papel del CICR en el respeto, protección y aplicación del Derecho Internacional Humanitario no tiene parangón<sup>11</sup>. Es un actor esencial del régimen establecido en los Convenios de Ginebra, e incluso, un garante o guardián de los mismos. Ello quedó patente durante la negociación de los Protocolos de 1977, en los que ciertos Estados pretendieron introducir modificaciones restrictivas de los derechos de las aeronaves sanitarias<sup>12</sup> y de los mercenarios<sup>13</sup>. La tajante negativa del CIRC,

<sup>10</sup> RANJEVA, Raymond, *Les ONG et la mise en oeuvre...*, op.cit., p.72.

<sup>11</sup> Así lo estima PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis en *Sociedad civil y Derecho Internacional*, op.cit, p. 353.

<sup>12</sup> Arts. 25 a 30 del *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, 8 de junio de 1977.

<sup>13</sup> Una completa descripción de este episodio se contiene en TERCINET, “Les mercenaires et le droit international”, *Annuaire Français du Droit International*, 1977, pp.269-293, especialmente pp. 288-293.

y el hecho de que su criterio fuera aceptado por la comunidad internacional, supone el reconocimiento de una “autoridad particular para interpretar con un prestigio especial el *thesaurus* del derecho internacional humanitario”<sup>14</sup>.

### 3. Derechos Humanos

Las ONG y otros actores no estatales, como las iglesias y los sindicatos, han venido impulsando, desde la Conferencia de San Francisco, la creación de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Todos los sistemas creados, tanto a nivel universal como regional, reconocen la labor de las ONG en mayor o menor medida<sup>15</sup>. Pero el reconocimiento más explícito del papel que llevan a cabo las ONG en la implementación efectiva de todos los instrumentos de derechos humanos es el contenido en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena en 1993: “La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce el importante papel desempeñado por las organizaciones no gubernamentales en la aplicación efectiva de todos los instrumentos de derechos humanos y, en particular, de la Convención sobre los Derechos del Niño.”<sup>16</sup>

La práctica de la aplicación de la *Convención sobre los Derechos del Niño* ha servido de modelo para otros sistemas de protección de Derechos Humanos. Concretamente, el hecho de que los informes relativos al cumplimiento de la Convención por cada Estado parte sean elaborados de

<sup>14</sup> RANJEVA Raymond, *Les ONG et la mise en oeuvre...*, op.cit., pág. 89.

<sup>15</sup> Como señala Carlos Teijó, en algunos casos, la falta de previsión en los tratados ha sido suplida por ciertos órganos mediante la incorporación en sus reglamentos internos del acceso de las ONG y su participación en los mecanismos de supervisión del cumplimiento. Entre ellos podemos citar el *Comité contra la Tortura*, el *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* y el *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*. Entre los órganos con una participación de las ONG más precaria se encuentra la *Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer* y el *Comité de Derechos Humanos* instituido por el *Pacto de Derechos Civiles y Políticos*. TEIJÓ GARCÍA, Carlos, *Las Organizaciones Internacionales No Gubernamentales Internacionales y el Derecho Internacional*, Dilex, Madrid 2005, pp. 117-119.

<sup>16</sup> ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993, párrafo 52.

modo conjunto por las ONG operativas en dicho Estado ha dotado a esta evaluación no solo de mayor eficacia sino también de mayor legitimación. Y este asociacionismo ha influido en la formación de importantes coaliciones para el control del Derecho Internacional en el ámbito de los Derechos Humanos<sup>17</sup>, como el *Comité ONG sobre el Desarme* y el *ICBL Mine Action Working Group*<sup>18</sup>. Precisamente esta función de control de cumplimiento constituye el mandato específico de una serie importante de ONG, como *Amnistía Internacional* o la *Comisión Internacional de Juristas*. Su “molesta” labor de denuncia provoca la hostilidad de los Estados infractores<sup>19</sup> y su obstrucción a una participación mayor (o más oficial) de las ONG en los mecanismos institucionales internacionales<sup>20</sup>.

Junto a la verificación y contraste de los informes emitidos por las Partes, y la emisión de sus propias valoraciones sobre el cumplimiento, las ONG han iniciado una labor de análisis de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos, y de redacción de recomendaciones y propuestas relativas a su interpretación y alcance de su aplicación. Estos borradores sirven de guía a determinados comités e influyen de modo

---

<sup>17</sup> PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, *Sociedad civil...*, op.cit., pág. 369.

<sup>18</sup> Las ONG que participan en la aplicación de la Convención de Ottawa superan el mero estatuto de observador, con su implicación en tareas de asistencia a las víctimas y elaboración y ejecución de programas de desminado. Así lo establece especialmente el artículo 6 de la *Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas AntiPersonal y sobre su Destrucción*, firmada en Oslo el 18 de septiembre de 1997. Y ello se debe a la importante labor de la coalición ICBL (*International Coalition to Ban Land Mines*), a cuya iniciativa se debe la firma de la Convención de Ottawa. Para profundizar en este ámbito concreto, se puede consultar la obra de ANDERSON, Kenneth, “The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-Governmental Organizations and the Idea of International Civil Society”, *European Journal of International Law*, vol. 11, núm. 1, 2000, pp. 91-120.

<sup>19</sup> Sobre el papel de las organizaciones humanitarias a través de la denuncia de violaciones de derechos humanos, véase CLAPHAM, Andrew, *Human rights obligations of non-state actors*, Oxford University Press, Oxford 2006, especialmente el epígrafe 7.7.

<sup>20</sup> A título ilustrativo podemos mencionar la exclusión de las ONG de las sesiones de redacción de la Convención de los Derechos Humanos en Viena en 1993 como consecuencia de la firme oposición de China y el grupo de los 77. SPIRO, Peter J., “New Global Communities: Nongovernmental Organizations in International Decision-Making Institutions”, en ROBERTS, Brad (ed.), *Order and Disorder after the Cold War*, Cambridge, Ma: The MIT Press, 1995, pág. 259.

eficaz tanto en el desarrollo de regímenes establecidos por tratados internacionales como en la evolución de la jurisprudencia sustantiva sobre dichos convenios<sup>21</sup>.

En cuanto a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la participación de las ONG deriva del goce de estatuto consultivo ante el ECOSOC. La función principal que desempeñan es el suministro de información relativa a violaciones de derechos humanos, presentándose dichos testimonios *erga omnes* y debiendo ser admitidos por la Comisión de Derechos Humanos. El acceso *de facto* de las ONG a la Comisión supera lo permitido oficialmente, habiéndose señalado que ello obedece a la necesidad de garantizar la supervivencia de dicho “mecanismo de control que vive sometido a las estrecheces generadas por la anemia financiera crónica que padece la Organización de las Naciones Unidas”<sup>22</sup>.

#### 4. Medioambiente

La contribución de las ONG a la aplicación de los tratados internacionales es especialmente relevante en el ámbito del medioambiente. El reconocimiento formal de su participación en la implementación de numerosos instrumentos internacionales obedece a la voluntad de implicarlas en la consecución de sus objetivos<sup>23</sup>. A pesar de esta consagración formal de sus funciones<sup>24</sup>, el papel de las ONG rebasa con

---

<sup>21</sup> CHINKIN, Christine, “The Role of Non-Governmental Organisations in Standard Setting, Monitoring and Implementation of Human Rights”, en NORTON, Joseph J., ANDENAS, Mads y FOOTER, Mary (eds.): *The Changing World of International Law in the Twenty-First Century. A Tribute to the Late Kenneth R. Simmonds*, La Haya-Londres-Boston, Kluwer Law, 1999, pág. 62.

<sup>22</sup> TEIJÓ GARCÍA, Carlos, *Las Organizaciones Internacionales...*, op.cit., pág. 113.

<sup>23</sup> Véase a este respecto el Programa 21, adoptado en el marco de la Conferencia de NNUU sobre Medioambiente y Desarrollo, concretamente el párrafo 27.3 destaca “La comunidad de organizaciones no gubernamentales ofrece una red mundial que debería utilizarse, invertir de facultades y fortalecerse para apoyar las actividades en pro de esos objetivos comunes”.

<sup>24</sup> Un supuesto notable de reconocimiento de la participación de las ONG es el *Convenio de Naciones Unidas sobre la Lucha contra la Desertificación* de junio de 1994, que establece la necesidad de contar con la población interesada y las ONG en todos los procesos de



frecuencia los mecanismos oficiales de participación, llegándose a afirmar que su contribución es esencialmente informal<sup>25</sup>.

La práctica ha determinado la concesión a las ONG del estatuto de observador en los regímenes internacionales establecidos por los tratados. Podemos observar antecedentes de esta práctica desde la década de los setenta, en supuestos como la *Convención CITES*<sup>26</sup> y la *Convención de Ramsar*<sup>27</sup>, que resultaron muy avanzados para su tiempo. Sin embargo, tal y como señala Pérez-Prat<sup>28</sup>, el modelo que ha calado en la práctica medioambiental es el que se desprende del *Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono*<sup>29</sup>, consistente en admitir como observador a cualquier organización con competencia material que manifieste su interés salvo si se opone un tercio de las partes presentes.

---

planificación, adopción de decisiones, seguimiento y revisión de programas. Incluye hasta veintidós referencias a la cooperación con las ONG, con quienes los Estados quedan obligados a trabajar. TEIJÓ GARCÍA, Carlos, *Las Organizaciones Internacionales...*, *op.cit.*, pág. 124.

<sup>25</sup> *Ibid*, pág. 123. Véase también PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, *Sociedad civil...*, *op.cit.*, pág. 366.

<sup>26</sup> El Convenio CITES, además de reconocer a las ONG el derecho a participar como observadores sin derecho a voto, les autoriza a recibir toda la documentación pertinente para el seguimiento de las reuniones. Las ONG supervisan el grado de implementación del Convenio CITES por parte de los Estados parte. En esta tarea de control resulta esencial la actividad de una red de expertos constituida por las ONG, denominada TRAFFIC (*Trade Record Analysis of Flora and Fauna in Commerce*) que genera y recopila los datos sobre comercio de flora y fauna salvaje. Los informes de TRAFFIC son transmitidos por las ONG a la Conferencia de las Partes y gozan de tal credibilidad que son plenamente asumidos por los Estados. TEIJÓ GARCÍA, Carlos, *Las Organizaciones Internacionales...*, *op.cit.*, pág. 127.

<sup>27</sup> En el caso de la *Convención de Ramsar* hay que destacar que se considera “organizaciones asociadas” tanto a determinadas ONG como al sector privado, estableciéndose acuerdos de cooperación para la implementación de la Convención. Junto a ello hay que mencionar que la oficina permanente de la Convención se ejerce por la IUCN (*World Conservation Union*), organización híbrida compuesta por 92 Estados, 124 agencias gubernamentales, 897 ONG nacionales, 107 OING, 42 miembros afiliados y más de diez mil científicos y expertos en todo el mundo (datos agosto 2013), <http://www.iucn.org/members/>

<sup>28</sup> PÉREZ-PRAT DURBÁN, Luis, *Sociedad civil...*, *op.cit.*, pp. 362 ss.

<sup>29</sup> Firmado el 16 de septiembre de 1987 y en vigor desde 1989, ha obtenido ratificación universal en 2009, *vid.* [http://ozone.unep.org/new\\_site/sp/montreal\\_protocol.php](http://ozone.unep.org/new_site/sp/montreal_protocol.php)

Esta fórmula se repite en otros tratados internacionales tanto de ámbito universal<sup>30</sup> como regional<sup>31</sup>. La participación como observador de las ONG en ocasiones se extiende a los órganos subsidiarios creados en los regímenes medioambientales: comités permanentes, grupos científicos y técnicos, etc.

Una vez monitorizado el grado de cumplimiento de los compromisos ambientales asumidos por los Estados, la labor de las ONG se centra en la denuncia de las infracciones. Si bien en algunos tratados la función de denuncia se formaliza expresamente<sup>32</sup>, generalmente se ejerce al margen de los cauces oficiales, mediante campañas de prensa, publicaciones y medidas de acción directa (como boicots)<sup>33</sup>.

Ante la falta de mecanismos de aplicación coactiva del Derecho Internacional del medioambiente, dada la inexistencia en este ámbito de *ius puniendi* internacional, la colaboración de las ONG en los mecanismos de

---

<sup>30</sup> Entre ellos podemos destacar la *Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (de 1992) y su *Protocolo de Kyoto* (de 1997), la *Convención sobre diversidad biológica* (1992) y su *Protocolo de Cartagena sobre seguridad de la tecnología* (de 2000) y la *Convención de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación* (1989).

<sup>31</sup> Entre ellos destaca un tratado adoptado en el marco de la CITES, la *Convención interamericana para la conservación y protección de las tortugas marinas*, firmado en Salvador de Bahía en septiembre de 1996, que no solo permite su participación como observadores, sino que se establece que las partes recurrirán a las ONG para ayuda en los programas de monitorización del artículo IX. Otros ejemplos son el *Acuerdo sobre la conservación de murciélagos europeos* de 1991 y el *Acuerdo africano euroasiático sobre aves acuáticas* de 1995.

<sup>32</sup> Este es el caso, por ejemplo, del *Protocolo de Kyoto*, que permite que las ONG presenten información ante la Conferencia de las Partes, órgano supremo de la Convención que asume la responsabilidad de adoptar las medidas necesarias para la aplicación del Protocolo. Vid. art. 13.4.i) del Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, de 1998, disponible en <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>. Para profundizar en esta cuestión, véase CARDESA SALZMAN, Antonio, “La participación de las organizaciones no gubernamentales en el control de la aplicación del régimen internacional del cambio climático”, en ABELLÁN HONRUBIA, Victoria y BONET PÉREZ, Jordi, *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, Bosch, Barcelona, 2008, pp. 70 a 99, especialmente pp. 90 a 96.

<sup>33</sup> PÉREZ-PRAT, Luis, *Sociedad civil...*, *op.cit.*, pág. 366.



control de cumplimiento resulta esencial desde el punto de vista operativo, dotándolos de gran eficacia.

## 5. La solución de controversias

La falta de subjetividad internacional de las ONG impide que gocen de *locus standi* ante tribunales internacionales: carecen de legitimación activa y pasiva para acceder a los medios de solución de controversias internacionales, negándose la posibilidad de ejercer una acción popular en caso de violaciones por parte de los Estados o de representar el interés público en determinados ámbitos. La reticencia de los Estados es máxima en este ámbito, como se refleja en los Estatutos y la práctica de la Corte Internacional de Justicia. No obstante, el contencioso internacional se empieza a desarrollar de modo no exclusivamente interestatal<sup>34</sup>. Se han abierto nuevas posibilidades de participación de las ONG en los procesos de control de cumplimiento del ordenamiento internacional, derivadas de la multiplicación de instancias jurisdiccionales internacionales, algunas de las cuales admiten la legitimación de los particulares como consecuencia del reconocimiento directo a su favor de ciertos derechos en textos internacionales.

Esencialmente el acceso de las ONG a los tribunales internacionales se lleva a cabo bajo la figura del *amicus curiae*, consistente en el suministro de información al órgano jurisdiccional para contribuir a una correcta administración de justicia. La utilidad práctica de esta vía no debe hacernos confundirla con un medio de defensa de los potenciales derechos o intereses jurídicos de las ONG, que no tienen reconocida capacidad procesal. Ahora bien, como señala De Schutter, en la práctica la aportación de *amicus curiae*, pese a no ser una acción popular, tampoco está exenta de

<sup>34</sup> ASCENSIO, Hervé, “L’*amicus curiae* devant les juridictions internationales”, *Revue Générale de Droit International Public*, tome 105, octubre-diciembre, 2001, n° 4, pp. 897-930, especialmente p. 900.

interés directo en la solución del litigio y ha llegado a asimilarse con la función del fiscal<sup>35</sup>.

Además de la figura del *amicus curiae*, hay que destacar los mecanismos oficiosos empleados por las ONG para hacer llegar sus posicionamientos a las distintas instancias jurisdiccionales internacionales a través de su labor de grupos de presión, especialmente las más reticentes a admitir la presentación de *amicus curiae*, como la Corte Internacional de Justicia. El caso más evidente de ello lo constituye la *Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia sobre la licitud de armas nucleares*<sup>36</sup>, solicitada por la Asamblea General como consecuencia de la presión política ejercida por una campaña mundial, *World Court Project*, liderada desde 1992 por la *International Association of Lawyers Against Nuclear Arms (IALANA)* junto a otras organizaciones como el *International Peace Bureau (IPB)* y la *International Physicians for the Prevention of Nuclear War (IPPNW)*. Del activismo de estas ONG y sus consecuencias da testimonio el juez Guillaume en su voto particular, en el que lamenta la permeabilidad de los órganos de las instituciones intergubernamentales y de los gobiernos a los grupos de presión<sup>37</sup>.

La presentación de *amicus curiae* es la principal vía de contribución de las ONG a la labor de distintas instancias jurisdiccionales regionales. Especialmente podemos destacar el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es proclive a admitir tanto comunicaciones orales como escritas a título de *amicus curiae*<sup>38</sup>, sea sobre cuestiones de hecho o

<sup>35</sup> DE SCHUTTER, Olivier, “Sur l’emergence de la societe civile en droit international: le role des associations devant la Cour europeenne des droits de l’homme”, *European Journal of International Law*, vol. 7, núm. 3, 1996, pp. 372-410.

<sup>36</sup> *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*, Opinión Consultiva de 8 de julio de 1996, Doc. A/51/218, 19 de julio de 1996, Anexo. Para un estudio más detallado de esta Opinión Consultiva, véase el completo artículo de FALK, Richard, “Nuclear Weapons, International Law and the World Court: A Historic Encounter”, *The American Journal of International Law*, Vol. 91, No. 1. (Jan., 1997), pp. 64-75.

<sup>37</sup> *Opinion Individuelle de M. Guillaume*, disponible en el sitio de Internet: <http://www.icj-cij.org/docket/files/95/7509.pdf>

<sup>38</sup> Esta práctica viene determinada por la propia CEDH, cuyo artículo 36.2 establece: “En interés de la buena administración de la justicia, el presidente del Tribunal podrá invitar a cualquier Alta Parte Contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona

de derecho<sup>39</sup>, que en ocasiones han tenido una influencia significativa en su jurisprudencia. Uno de los casos más ilustrativos al respecto lo constituye la sentencia *Soering c. Reino Unido*<sup>40</sup>, en que el Tribunal se hizo eco de los argumentos expuestos por Amnistía Internacional<sup>41</sup>.

Por su parte, las jurisdicciones penales de carácter internacional deben mucho de su existencia y funcionamiento a la labor de las ONG, mostrándose abiertas al suministro de información por parte de éstas por medio de la figura del *amicus curiae*. Así lo prevén expresamente los Reglamentos del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional de Ruanda<sup>42</sup>, confirmándose dicha apertura en la práctica de ambos tribunales<sup>43</sup>. Por su parte, la Corte Penal

---

interesada distinta del demandante, a que presente observaciones por escrito o a participar en la vista.”

<sup>39</sup> Para un estudio detallado nos remitimos al elaborado por DE SCHUTTER, Olivier, *Sur l'émergence de la société civile en droit international...*, *op.cit.*

<sup>40</sup> TEDH, *Soering v. United Kingdom*, judgment of 7 July 1989, Series A no. 161, Hudoc Reference: REF00000204, véase especialmente párrafo 102. Para profundizar en esta cuestión, véase ALIJA FERNÁNDEZ, Rosa Ana, “La ONG y su intervención como *amicus curiae* ante órganos jurisdiccionales internacionales: el tratamiento de la pena de muerte en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en ABELLÁN HONRUBIA, Victoria y BONET PÉREZ, Jordi, *La incidencia de la mundialización en la formación y aplicación del Derecho Internacional Público*, *op.cit.*, pp. 101-132.

<sup>41</sup> También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha demostrado su apertura a recibir comunicaciones a título de *amicus curiae*, tanto en el procedimiento contencioso como consultivo, pese a la inexistencia de base jurídica expresa al respecto, autorizando hasta la fecha todas las procedentes de organizaciones de la sociedad civil. Las ONG pueden incluso ejercer la acción popular, si bien dicha posibilidad se limita a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Por su parte, el Tribunal Africano de Derechos Humanos no solo muestra una gran apertura y flexibilidad a la presentación de *amicus curiae*, sino que reconoce a las ONG, de modo restringido, el *ius standi*, tanto en el procedimiento contencioso como en el consultivo, en caso de ser víctimas de una violación de la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*. La eficacia práctica de esta vía es muy limitada, pues la admisibilidad a trámite de la denuncia es decidida de modo discrecional por el Tribunal, dependiendo al mismo tiempo del Estado denunciado, que debe haber aceptado la jurisdicción contenciosa del TAFDH y realizado la declaración del art. 34.6 del Protocolo. En cualquier caso merece destacarse por su carácter innovador.

<sup>42</sup> Art. 74 de los respectivos Reglamentos de Procedimiento y de Prueba.

<sup>43</sup> Véase la experiencia de primera mano en la presentación de *amicus curiae*, admitidos y con importante eco en la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la antigua

Internacional prevé la presentación de *amicus curiae* únicamente a requerimiento del Fiscal, impidiendo que la iniciativa proceda directamente de las ONG<sup>44</sup>.

## Conclusiones

El papel de los actores no estatales, y el de las ONG en particular, en la protección del interés público general, se revela de gran interés. Su contribución se materializa tanto en las medidas adoptadas para promover normas internacionales de respeto a distintos aspectos de dicho interés público general, como en la labor de monitorización y control de la aplicación de las mencionadas normas, como se ha expuesto en esta comunicación. El peso de las ONG en las relaciones internacionales, aunque limitado, tiene una creciente importancia y supone una tendencia que no parece reversible<sup>45</sup>. Parece oportuno contar con su aportación para velar por intereses de toda la comunidad internacional. Sin embargo, quedan por dilucidar cuestiones importantes, entre las que destacamos la de su representatividad y responsabilidad.

---

Yugoslavia, en el caso *Prosecutor of the Tribunal v. Dusko Tadic* (caso IT-94-1-A de 15 de julio de 1999), de Christine Chinkin, expuesta en su artículo CHINKIN, Christine, *The role of non-governmental Organisations in Standard Setting, Monitoring and Implementation of Human Rights*, *op.cit.*, pp. 64-65.

<sup>44</sup> Artículo 15 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998.

<sup>45</sup> Con palabras similares lo describe Steve Charnovitz: “NGOs are here to stay (...)”. CHARNOVITZ, Steve, “Two centuries of participation: NGOs and International Governance”, *Michigan Journal of International Law*, 1997, núm. 18, p. 282.

## **El acceso de los individuos a los mecanismos institucionales para la protección de sus Derechos Fundamentales: un logro en riesgo en el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (\*)**

José Manuel Sánchez Patrón  
Profesor Titular de Derecho internacional público y RRII  
Universitat de València

*SUMARIO:* I.INTRODUCCIÓN. II. LA ADMISIBILIDAD DE LAS DEMANDAS INDIVIDUALES: LAS CONDICIONES ACEPTADAS. 2.1. Inicialmente. 2.2. Últimamente. III. LA ADMISIBILIDAD DE LAS DEMANDAS INDIVIDUALES: LAS CONDICIONES PROPUESTAS. 3.1. Recientemente. 3.2. Próximamente. IV. CONCLUSIONES.

### **I.INTRODUCCIÓN**

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH)<sup>1</sup>, reconoce legitimación activa a los individuos para demandar a los Estados Partes ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por la violación de los derechos fundamentales contemplados en este instrumento

---

(\*) La presente comunicación ha sido elaborada en el marco de los Proyectos de investigación: “El reforzamiento del estatuto jurídico del individuo en los ámbitos internacional, europeo y nacional: nuevos desarrollos normativos y jurisprudenciales” (DER2010-20139/JURI-TIPO B) y “Gobernanza ambiental, instrumentos jurídicos internacionales y economía verde: La Conferencia de Río + 20 y más allá” (DER2012-34888), subvencionados por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Esta comunicación ha sido finalizada en julio de 2013 para su presentación a las XXV Jornadas de la AEPDIRI “La gobernanza del interés público global” (Barcelona, 19-20 septiembre 2013)

<sup>1</sup> Convención de salvaguarda de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950 (STCE nº 5)

internacional<sup>2</sup>. Este reconocimiento constituyó un logro indiscutible que convirtió al sistema europeo en el más desarrollado de los sistemas regionales de protección de los Derechos humanos. Sin embargo, este logro se ha convertido, a su vez, en su principal desafío. El ingente número de demandas que esperan ser resueltas por el TEDH amenazan con colapsarlo poniendo en riesgo su funcionamiento eficaz<sup>3</sup>. A fin de dar una respuesta a esta problemática, el mecanismo de protección ha sido revisado en sucesivas ocasiones, como lo demuestran, especialmente, las medidas adoptadas por el Protocolo nº 14, de 13 de mayo de 2004, y las más recientes incorporadas en el Protocolo nº 15, de 16 de mayo de 2013.

Ahora bien, las modificaciones introducidas en estos instrumentos internacionales; y sobre todo, las que puedan incorporarse en el futuro, ¿continuarán garantizando el acceso de los individuos al TEDH? ¿El logro alcanzado en este sistema regional de protección de los Derechos humanos se encuentra en riesgo, o bien ya podemos afirmar, a la luz de las medidas incorporadas, que ha sido sacrificado? Esta comunicación, que se presenta a las XXV Jornadas Ordinarias de la Asociación de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, pretende responder a estas cuestiones. Y, para ello, centraremos nuestro examen en las condiciones de admisibilidad de las demandas individuales ante el TEDH, la evolución que han experimentado desde que fueron establecidas, así como las modificaciones que, sobre esta cuestión, se pretenden introducir en un futuro inmediato.

---

<sup>2</sup> El Protocolo nº 9 a la Convención de salvaguarda de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales, permitió inicialmente esta posibilidad a los Estados Partes que lo hubiesen ratificado. Fue suscrito en Roma el 6 de noviembre de 1990 (STCE nº 140) y entró en vigor – tras diez ratificaciones - el 1 de octubre de 1994. España no lo suscribió ni tampoco se adhirió posteriormente al mismo.

<sup>3</sup> A finales de junio de 2013, el número de asuntos pendientes era de 113.350. Esta información puede consultarse en la sección: “estadísticas” de la propia página web del TEDH (consulta: agosto 2013): [http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=fra#n1347956767899\\_pointer](http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=reports&c=fra#n1347956767899_pointer)

## II. LA ADMISIBILIDAD DE LAS DEMANDAS INDIVIDUALES: LAS CONDICIONES ACEPTADAS

### 2.1. Inicialmente

El artículo 1 del Protocolo 11 incorporó un nuevo artículo 34 al CEDH en virtud del cual: “cualquier persona física (...) que se considerara víctima de una violación” de los derechos reconocidos en los textos convencionales podía presentar una demanda ante el renovado TEDH<sup>4</sup>. La reforma introducida por el Protocolo 11 generalizaba la posibilidad de que los individuos pudieran presentar sus demandas de vulneración de tales derechos ante la jurisdicción europea, sin que para ello, se alteraran las condiciones de admisibilidad previstas inicialmente ante la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos. Así, el nuevo artículo 35 del CEDH confirmaba que la demanda presentada por el particular debía cumplir con una serie de condiciones generales y específicas. Entre las primeras, se encontraban dos condiciones clásicas en el acceso a la justicia internacional: la de haber agotado los recursos internos y la de hacerlo en un plazo determinado a partir de la fecha de adopción de la decisión interna definitiva, y que, en este caso, se fijaba en un periodo 6 meses. Junto a estas condiciones generales, se exigían una serie de condiciones específicas; a saber: las demandas no podían ser anónimas o, esencialmente, las mismas que ya fueron presentadas ante el TEDH u otra instancia internacional y no contuviese hechos nuevos; además, tales demandas tampoco podían ser incompatibles con las disposiciones del CEDH y sus protocolos adicionales, así como “manifiestamente mal fundada(s) o abusiva(s)”<sup>5</sup>. El incumplimiento de cualquiera de las condiciones enunciadas permitía que el TEDH declarase la demanda del

---

<sup>4</sup> El Protocolo 11 a la Convención de salvaguarda de los Derechos humanos y las Libertades fundamentales, reestructurando el mecanismo de control establecido por la Convención, suscrito en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 (STCE n °155). El Protocolo 11 entró en vigor el 1 de noviembre de 1998 (España lo ratificó el 16 de noviembre de 1996 y se le aplicó en la fecha de su entrada en vigor)

<sup>5</sup> Acerca de las condiciones de admisibilidad de las demandas inviduales y la jurisprudencia existente acerca de las mismas, puede consultarse: SUDRE, F., *Droit européen et international des Droits de l'homme*, 11ª ed., PUF, Paris, 2012, pp. 787 y ss.

individuo inadmisibile; declaración que podía efectuar en cualquier estadio del procedimiento sustanciado ante su jurisdicción<sup>6</sup>.

Las estadísticas continúan demostrando que la mayoría de las demandas declaradas inadmisibles lo son por encontrarse “manifiestamente mal fundada(s)”; una condición de admisibilidad que permite al TEDH rechazar tales demandas cuando constata que no ha existido una vulneración “manifiesta” del CEDH. Sin embargo, el TEDH ha realizado, con el tiempo, una interpretación flexible de esta condición de admisibilidad, a fin de relativizar el carácter “manifiesto” de la ausencia de violación alegada por el particular. Una interpretación estricta de esta causa de admisibilidad limitaría su aplicación únicamente a los casos en los que la ausencia de violación del CEDH fuera muy evidente. La comprobación de esta evidencia obligaría a realizar un examen en profundidad de las demandas presentadas, lo que conllevaría una ralentización de su labor de filtraje que contribuiría a la saturación judicial. Por este motivo, el TEDH ha acabado conformándose con examinar los motivos denunciados por el individuo y comprobar si existe, a la vista de los mismos, una “aparente” falta de vulneración del CEDH. La confirmación de esta apariencia - lejos de la naturaleza “manifiesta” exigida por las condiciones de admisibilidad - resulta suficiente para considerar que no se ha producido la vulneración del CEDH requerida y, como consecuencia de lo anterior, declarar la demanda del individuo

---

<sup>6</sup> Aunque resulta excepcional, la Gran Sala del TEDH, que conoce, generalmente, de los asuntos presentados ante su jurisdicción, en una especie de “segunda instancia”, ha llegado a declarar algunos asuntos inadmisibles. Al respecto, véase: TEDH, decisiones: “*Malhous c. República Checa*” de 13 de diciembre de 2000, n° 33071/96, “*Bakovic y otros c. Bélgica (y 16 Estados Partes)*” de 12 de diciembre de 2001, n° 52207/99, “*Slivenko y otros c. Letonia*” de 23 de enero de 2002, n° 48321/99, “*Gratzinger et Gratzingerova c. República Checa*” de 10 de julio de 2002, n° 39794/98, “*Mifsud c. Francia*” de 11 de septiembre de 2002, n° 57220/00, “*Senator Lines GmbH c. Austria (y 14 Estados Partes)*” de 10 de marzo de 2004, n° 56672/00, “*Maltzan y otros c. Alemania*” de 2 de marzo de 2005, n° 71916/01, 71917/01 y 10260/02, “*Stec y otros c. Reino Unido*” de 6 de julio de 2005, n° 65731/01 y 65900/01. Recientemente, la Gran Sala del TEDH ha declarado la inadmisibilidad de: “*Demopoulos y otros c. Turquía*” de 1 de marzo de 2010, n° 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04 y 21819/04.

inadmisible<sup>7</sup>. Pese a esta relajación en la interpretación de las condiciones de admisibilidad efectuada por el TEDH, el aumento del número de demandas ha llevado a reconsiderar algunas de las condiciones de admisibilidad previstas inicialmente así como a introducir otras nuevas que no figuraban en la redacción originaria del CEDH.

## 2.2. Últimamente

El Protocolo 14 fue aprobado con la finalidad – según reza en su propio preámbulo – de “conservar y mejorar la eficacia del mecanismo de control a largo plazo, especialmente a la luz del continuo incremento del volumen de trabajo” del TEDH<sup>8</sup>. Para alcanzar dicha finalidad, introduce una nueva condición de admisibilidad que se suma a las ya existentes. El demandante no sólo deberá ser víctima de la violación de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH, sino que, además, deberá haber “sufrido un perjuicio significativo”<sup>9</sup>. Esta condición no aparece especificada en el Protocolo 14, por lo que la determinación de su alcance se ha dejado en manos del TEDH. El examen de la jurisprudencia existente en relación con esta condición de admisibilidad, permite señalar que está siendo interpretada en función del impacto monetario o la trascendencia de

---

<sup>7</sup> Un análisis detallado de la práctica judicial seguida por el TEDH en relación con esta causa de admisibilidad, puede consultarse en nuestro trabajo: “El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: evolución y perspectiva”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 18, 2011, pp. 167-190.

<sup>8</sup> Protocolo 14 a la Convención de salvaguarda de los Derechos humanos y de las Libertades fundamentales, modificando el sistema de control de la Convención, suscrito en Estrasburgo el 13 de mayo de 2004 (STCE n° 194). El Protocolo 14 entró en vigor el 1 de junio de 2010 (España lo ratificó el 15 de marzo de 2006 y se le aplicó en su fecha de entrada en vigor) No obstante, el Protocolo n° 14 bis y el Acuerdo sobre la aplicación provisional de ciertas disposiciones del Protocolo 14 en espera de su entrada en vigor”, firmado en Madrid el 12 de mayo de 2009, sirvió para adelantar la aplicación de una serie de medidas previstas en el Protocolo 14, hasta la entrada en vigor de éste último Protocolo 14 (España suscribió este Acuerdo interino el 1 de noviembre de 2009 y se le aplicó ese mismo día).

<sup>9</sup> Art. 12 del Protocolo 14 por el que se modifica el art. 35.3 del CEDH.

la vulneración alegada por el individuo<sup>10</sup>. Como podrá comprenderse, esta nueva condición de admisibilidad no constituye únicamente un obstáculo adicional que el particular debe salvar para conseguir que su demanda sea examinada por el TEDH, sino que, además, los términos en los que ha sido formulada permiten introducir un importante grado de subjetividad en su valoración, de tal manera que, el TEDH goza de la discrecionalidad suficiente para decidir si la transgresión alegada por el individuo es importante - constituye, a su juicio, un “perjuicio significativo” – o bien no merece tal consideración, lo que conllevaría que fuera declarada inadmisibile<sup>11</sup>. Además, la mencionada condición de admisibilidad acaba

---

<sup>10</sup> MORTE GÓMEZ, C., *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Modificaciones tras la entrada en vigor del Protocolo n° 14*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 200. Un resumen de la jurisprudencia del TEDH en relación con esta condición de admisibilidad puede consultarse en la sentencia del TEDH: “*Giusti c. Italia*” de 18 de octubre de 2011, as. 13175/03, par. 20 y ss. Recientemente, véase: sentencia “*Teso c. Italia*” de 24 de abril de 2012, as. 34283/02, par. 30 y ss; sentencia “*Pacífico y otros c. Italia*” de 12 de noviembre de 2012, as. 34389/02..., par. 21 y ss; sentencia “*EON c. Francia*” de 14 de marzo de 2013, as. 26118/10, par. 30 y ss., y sentencia “*Gagliardi c. Italia*” de 16 de julio de 2013, as. 29385/03, par. 45.

<sup>11</sup> Véase la crítica formulada a esta nueva condición de admisibilidad por CANÇADO TRINDADE, A., en “La persona humana como sujeto del Derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)*, n° 46, julio –diciembre 2007, pp. 300 y 301. La doctrina ha examinado profusamente el Protocolo n° 14. Al respecto, puede consultarse, entre otros, los siguientes trabajos de reciente publicación: HAJJAMI, N., L’entrée en vigueur du Protocole n° 14 à la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l’Homme, *Revue Belge de Droit International*, 2010, vol. 43, t. 1, pp. 203-233; RENUCCI, J.F., J. F., Le Protocole n° 14 amendant le système de contrôle de la Convention Européenne des Droits de l’homme, *Gazette du Palais*, 2010, vol. 130, t. 4, p. 2011-2013; STEINER, E., Changes to proceedings before the European Court of Human Rights in the light of revisions introduced by Protocol n° 14, *The Council of Europe. Pioneer and guarantor for Human rights and democracy*, 2010, pp. 43-47; TULKENS, F., The link between manifest ill-foundedness and absence of a significant disadvantage as inadmissibility criteria for individual applications, *The Italian Yearbook of International Law*, vol. XX, 2010, pp. 169-179; GRANATA, S., Manifest ill-foundedness and absence of a significant disadvantage as criteria of inadmissibility for the individual application to the Court, *The Italian Yearbook of International Law*, vol. XX, 2010, pp. 111-123 y BENOIT-ROHMER, F., Un préjudice préjudiciable à la protection des Droits de l’homme : premières applications du Protocole 14 sur la condition de préjudice important, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, vol. 22, n° 85, 2011, pp. 23-42.

consagrando un doble régimen de violaciones de los Derechos humanos reconocidos en el CEDH: de un lado, las vulneraciones menores, que no merecerán ser consideradas por el TEDH; y de otro, las importantes, que sí podrán ser objeto de protección. Aunque el propio informe explicativo del Protocolo 14 señala que la introducción de esta nueva condición de admisibilidad permitirá “consagrar más tiempo a los asuntos que merecen un examen de fondo”<sup>12</sup>, qué duda cabe que, esta finalidad de carácter pragmático no justifica la alteración que se acaba provocando en el régimen de protección de los derechos fundamentales establecido por el CEDH<sup>13</sup>.

No obstante, la incorporación de esta nueva condición de admisibilidad vino acompañada de dos limitaciones que el Protocolo 14 explicita. Por una parte, el TEDH podrá declarar admisible una demanda que – pese a no comportar un “perjuicio significativo” – exija un examen del fondo en aras del “respeto por los derechos humanos establecidos en el Convenio y sus Protocolos”<sup>14</sup>. Y, por otra parte, la demanda del particular podrá ser declarada igualmente admisible si el asunto “no ha sido debidamente considerado por un tribunal nacional”<sup>15</sup>. Así, la introducción de ambas limitaciones posibilita que una demanda, en la que no se produce un “perjuicio significativo” al individuo, pueda admitida por el TEDH si, a juicio de éste último, el respeto de los Derechos humanos así lo requiere<sup>16</sup>, o cuando la demanda no haya sido examinada debidamente por

un tribunal interno<sup>17</sup>. Con estas dos limitaciones se pretende que, pese a la “banalidad” de la demanda presentada por el particular –según admite el informe explicativo del Protocolo 14 –, el TEDH se vea obligado a examinarla si la misma “plantea cuestiones graves de interpretación o de aplicación del Convenio, o cuestiones importantes relativas al derecho nacional”<sup>18</sup>.

Sin embargo, el nuevo Protocolo 15 modifica las limitaciones referidas<sup>19</sup>; en concreto la que obliga al TEDH a admitir una demanda del individuo en el caso de que no haya sido examinada debidamente por un tribunal interno y pese a que los motivos invocados no le ocasionen un “perjuicio significativo”. El artículo 5 de dicho Protocolo 15 establece la supresión de dicha limitación<sup>20</sup>. Pero, ¿por qué se suprime esta limitación? El informe explicativo del Protocolo 15 – contrariamente a la finalidad que se persigue con su adopción – no ofrece ninguna explicación al respecto<sup>21</sup>. Por este motivo, resulta necesario examinar la documentación precedente. Al respecto, el Comité Director para los Derechos Humanos (CDDH) –

<sup>12</sup> *Rapport explicatif*, par. 77.

<sup>13</sup> Una primera evaluación de la aplicación de esta condición de admisibilidad puede consultarse en el documento: “Projet de rapport contenant des éléments en vue de contribuer à l’évaluation des effets du Protocole n° 14 et de la mise en oeuvre des Déclarations d’Izmir et d’Interlaken”. GT-GDR-A(2012)R2 Add. II de 7 de septiembre de 2012, par. 29 y ss. Este documento recoge unas declaraciones del Presidente del TEDH en las que reconoce en relación con el “perjuicio significativo” que: “la gran mayoría de asuntos a los que resulta aplicable esta disposición son declarados inadmisibles de una manera más rápida y fácil sobre la base de otros criterios” (la traducción es nuestra). *Ibid.*, par. 31.

<sup>14</sup> Art. 12 del Protocolo 14 por el que se modifica el art. 35.3 del CEDH. Una cláusula similar puede encontrarse en los arts. 37.1 in fine y 38.1.b) del CEDH

<sup>15</sup> Art. 12 del Protocolo 14 por el que se modifica el art. 35.3 del CEDH.

<sup>16</sup> *Rapport explicatif*, par. 81.

<sup>17</sup> *Rapport explicatif*, par. 82. Al respecto, el TEDH ha considerado en un asunto reciente que, aunque los demandantes no habían experimentado un “perjuicio significativo”, sus demandas no debían ser declaradas inadmisibles, ya que era necesario tener en cuenta “la ausencia en derecho interno, en el momento de los hechos, de un recurso que les hubiera permitido plantear la duración del procedimiento”, razón por la cual “el Tribunal considera que el asunto no ha sido examinado debidamente por un tribunal interno” y, por consiguiente, declara admisibles sesenta y ocho demandas presentadas contra Grecia. Sentencia: “*Bakirtzidis et autres c. Grecia*” de 11 de julio de 2013, as. 45830/08, par. 20 y 22.

<sup>18</sup> *Rapport explicatif*, par. 83.

<sup>19</sup> Protocolo 15 que enmienda la Convención de salvaguarda de los Derechos humanos y las Libertades fundamentales, suscrito en Estrasburgo el 24 de junio de 2013 (STCE n° 213). A finales de julio de 2013, 21 Estados habían firmado dicho Protocolo; entre ellos, España. Sólo Irlanda lo había ratificado en esta fecha.

<sup>20</sup> El art. 5 del Protocolo 15 dispone que: “(a) l’article 35, paragraphe 3, alinéa b, de la Convention, les mots ”et á condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n’a pasé té düment examinée par un tribunal interne” sont supprimés.

<sup>21</sup> *Rapport explicatif*, par. 23. Este mutismo o laconismo es extensivo a la opinión adoptada por el TEDH en relación con este aspecto concreto del Protocolo 15. Al respecto, se limita a señalar que: “en lo que concierne a esta última enmienda, el Tribunal no ve ninguna dificultad” (la traducción es nuestra). Avis de la Cour sur le projet de protocole n° 15 a la Convention européenne des Droits de l’homme de 6 de febrero de 2013, p. 3, par. 13.

órgano intergubernamental dependiente del Comité de Ministros del Consejo de Europa – informó acerca de la existencia de una propuesta alemana en ese sentido<sup>22</sup>, que fue debatida en su seno<sup>23</sup>. Para sus defensores, la condición de admisibilidad según la cual el individuo debe haber agotado los recursos internos, lleva ya implícita la limitación suprimida. Además, el hecho de que dicha limitación exija al TEDH comprobar si la demanda del particular ha sido “debidamente considerada” por un tribunal interno, le obliga a realizar un examen cualificado distinto del que es practicado al resto de demandas<sup>24</sup>. Precisamente, esta mayor diligencia es la contrapartida acordada para poder declarar inadmisibles las demandas de los individuos que no hubieran sufrido un “perjuicio significativo”<sup>25</sup>. La supresión de esta limitación, tal y como se apuntó en el seno de la CDDH, constituye “una disminución de la protección judicial

---

<sup>22</sup> CDDH(2012)R74 Add. I de 15 de febrero de 2012, Anexo III, Parte 4.

<sup>23</sup> CDDH(2012)R74 Add. I de 15 de febrero de 2012, par. 24 y ss. Para un conocimiento más exhaustivo de los debates celebrados en el seno de la CDDH en torno a la supresión de esta limitación, véase: *Ibid.*, Anexo III, Parte 4, par. 3 y 4.

<sup>24</sup> CDDH(2012)R74 Add. I de 15 de febrero de 2012, par. 25.

<sup>25</sup> Al respecto, cabe recordar que la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, opinó en su día que: “(...)ne peut pas accepter l’adjonction d’une nouvelle condition de recevabilité à l’article 35 (requêtes individuelles) de la Convention parce qu’elle est vague, subjective et susceptible de faire subir une injustice grave au requérant, et qu’elle ne permettrait d’écarter que 1,6 % des cas existants. Par ailleurs, elle pourrait avoir pour effet involontaire une discrimination à l’égard des requérantes devant la Cour, en mettant, par exemple, l’accent sur le préjudice financier subi”. Avis 251(2004) de 28 de abril de 2004, par. 11. No obstante lo anterior, “(...) si le Comité des Ministres insiste pour ajouter une nouvelle condition de recevabilité, alors, en accord avec l’esprit de la Convention et le désir de l’Assemblée d’encourager les Etats membres à incorporer la Convention et ses protocoles dans leur législation interne, elle recommanderait de donner à la Cour la possibilité de déclarer irrecevable une requête lorsqu’elle estime qu’elle a fait l’objet d’un examen satisfaisant par un tribunal interne conformément aux dispositions de la Convention et de ses protocoles” (el subrayado es nuestro). *Ibid.*, par. 12. Paradójicamente, este mismo órgano asambleario del Consejo de Europa, en su opinión acerca del Protocolo 15 y en relación con la eliminación de esta limitación, ha señalado que: “(...) avalise (...) la suppression de l’actuelle condition de recevabilité prévue à l’article 35, paragraphe 3.b, de la Convention, qui précise qu’aucune affaire ne peut être rejetée au titre de cette disposition si elle n’a pas été dûment examinée par un tribunal interne” (el subrayado es nuestro). Avis 283(2013) de 26 de abril de 2013, par. 2 (2.5).

conferida a los demandantes”<sup>26</sup>. A la vista de las posiciones expresadas<sup>27</sup>, los Estados Partes del CEDH, reunidos en la Conferencia sobre el futuro del TEDH, celebrada en Brighton los días 19 y 20 de abril de 2012, decidieron finalmente la eliminación de esta limitación<sup>28</sup>. El Comité de Ministros del Consejo de Europa encargó al CDDH llevarla a efecto mediante la confección de un proyecto de protocolo: el Protocolo 15<sup>29</sup>.

El nuevo Protocolo 15 no sólo reconsidera los límites a los que debe atender el TEDH para declarar inadmisibles una demanda particular; en este caso, por entender que los motivos alegados en la misma no le confieren un “perjuicio significativo”, sino que también modifica otra de las condiciones de admisibilidad exigidas a todo tipo de demandas individuales. Su presentación debía efectuarse en un plazo máximo de 6 meses a contar desde la adopción de la decisión interna definitiva. Sin embargo, este periodo ha sido reducido a 4 meses<sup>30</sup>. En este caso, la reducción de dos meses aparece justificada mínimamente en el informe explicativo del Protocolo 15. Según éste, “el desarrollo de tecnologías de la comunicación más rápidas, de un parte, y los plazos de recursos en vigor en los Estados miembros de una duración equivalente, de otra parte, explican la reducción de este plazo”<sup>31</sup>. El propio TEDH señaló que el plazo de 6 meses “era razonable hace 50 años” y utilizó los mismos argumentos esgrimidos en el informe explicativo citado para preguntarse si dicho plazo no debería ser reducido<sup>32</sup>. Aunque el CDDH no se había ocupado de esta

---

<sup>26</sup> CDDH(2012)R74 Add. I de 15 de febrero de 2012, par. 26.

<sup>27</sup> El CDDH propuso: “l’amendement du critère de recevabilité relatif au préjudice important, ce qui aurait pour effet d’augmenter le nombre d’affaires qui seraient déclarées irrecevables au titre de l’article 35(3)(b) de la Convention” en su “Contribution du CDDH à la Conférence ministérielle organisée par la présidence britannique du Comité des Ministres”. CDDH(2012)R74 Add. III, par. 28 iv).

<sup>28</sup> Declaración de Brighton. CM(2012)85 de 15 de mayo de 2012, par. 15c).

<sup>29</sup> CM(2012)PVadd1/Point 1F de 23 de mayo de 2012, par. 6 a) 1.

<sup>30</sup> El art. 4 del Protocolo 15 establece que: “(a) l’article 35, paragraphe 1, de la Convention, les mots “dans un délai de six mois” sont remplacés par les mots “dans un délai de quatre mois”.

<sup>31</sup> *Rapport explicatif*, par. 21.

<sup>32</sup> Avis préliminaire de la Cour établi en vue de la Conférence de Brighton de 20 de febrero de 2012, par. 37.

cuestión concreta en sus deliberaciones ni había adoptado ninguna decisión al respecto, los Estados Partes reunidos en la Conferencia de Brighton “saluda(ron) la sugerencia del Tribunal”, y “concluye(ron) que el plazo de cuatro meses e(ra) apropiado”<sup>33</sup>. En consecuencia, el Comité de Ministros encargó al CDDH incorporar esta novedad en el Protocolo 15 recién adoptado<sup>34</sup>.

### III. LA ADMISIBILIDAD DE LAS DEMANDAS INDIVIDUALES: LAS CONDICIONES PROPUESTAS

#### 3.1. Recientemente

Afortunadamente, los Estados Partes participantes en la Conferencia sobre el futuro del TEDH, celebrada en Brighton, no adoptaron algunas de las medidas propuestas por el CDDH en relación con la admisibilidad de las demandas individuales<sup>35</sup>. Sin embargo, el CDDH lleva años considerando dichas medidas como posibles respuestas al desafío que plantea el aumento del número de demandas particulares ante el TEDH, por lo que existe el riesgo de que acaben siendo aceptadas en un plazo corto/medio de tiempo. Tales medidas podemos clasificarlas, a los efectos de su tratamiento en esta comunicación, en condiciones de admisibilidad de carácter principal o accesorio, en función de la dificultad que ocasionarán a los particulares al presentar una demanda ante el TEDH.

Entre las medidas principales, destaca la que el CDDH propone como una nueva condición de admisibilidad de las demandas individuales. Según su propuesta, esta nueva condición de admisibilidad exigiría a los particulares que las demandas presentadas ante el TEDH no fuesen las mismas que ya hubiesen sido objeto de examen ante los tribunales

internos<sup>36</sup>. Así, una demanda individual se declararía inadmisibles “si ésta plantea esencialmente la misma cuestión que ya hubiese sido examinada por una jurisdicción interna que aplique los derechos del Convenio”<sup>37</sup>. Con la introducción de esta condición de admisibilidad se persigue reforzar el carácter subsidiario que ostenta el TEDH con respecto a las jurisdicciones nacionales, así como limitar el número de demandas individuales<sup>38</sup>. Tan sólo cumplirían con la nueva condición de admisibilidad aquellas demandas que presentasen un “error manifiesto” o una “cuestión grave” en la interpretación y aplicación del CEDH por parte de los tribunales internos<sup>39</sup>. Esto quiere decir que el TEDH sólo conocería del fondo de aquellas demandas individuales en las que apreciase que los tribunales nacionales han errado de forma manifiesta o han abordado una cuestión de importancia en la interpretación o aplicación del CEDH. No cabe duda que este nuevo criterio de admisibilidad reforzaría el carácter subsidiario del TEDH con respecto a la labor preferente de los tribunales nacionales en la interpretación y aplicación del CEDH. Ahora bien, ¿conseguiría reducir el número de demandas presentadas ante el TEDH? Los detractores de esta nueva condición de admisibilidad arguyen que la identificación de un “error manifiesto” o de una “cuestión grave” en la interpretación y aplicación del CEDH por parte de los tribunales internos, llevaría al TEDH a examinar el fondo de cada asunto ya que no es posible advertir la existencia de cualquiera de estas dos excepciones con un mero examen inicial o formal de la demanda del particular<sup>40</sup>. En este sentido, el propio TEDH ha llamado la atención sobre el hecho de que ya verifica en la práctica si las jurisdicciones internas examinan debidamente los motivos alegados por los individuos en sus demandas. Y que este examen lo realiza

<sup>33</sup> Declaración de Brighton. CM(2012)85 de 15 de mayo de 2012, par. 15a).

<sup>34</sup> CM(2012)PVadd1/Point 1F de 23 de mayo de 2012, par. 6 a) 1.

<sup>35</sup> Estas medidas pueden consultarse en el documento aprobado por la CDDH y titulado: “Contribution du CDDH à la Conférence ministérielle organisée para la présidence britannique du Comité de Ministres”. CDDH(2012)R74 Add. II de 15 de febrero de 2012, especialmente, par. 26 y ss.

<sup>36</sup> El CDDH propuso: “L’introduction d’un nouveau critère de recevabilité relatif aux affaires ayant été examinées de manière appropriée para les juridictions nationales” en su “Contribution du CDDH à la Conférence ministérielle organisée para la présidence britannique du Comité des Ministres”. CDDH(2012)R74 Add. III, par. 28 v).

<sup>37</sup> CDDH(2012)R74 Add. I de 15 de febrero de 2012, par. 28.

<sup>38</sup> *Ibid.*, par. 28 y 29.

<sup>39</sup> *Ibid.*, par. 28.

<sup>40</sup> CDDH(2012)R74 Add. I de 15 de febrero de 2012, par. 20. Para un conocimiento en profundidad de los debates celebrados en el seno de la CDDH en torno al establecimiento de esta condición de admisibilidad, véase: *Ibid.*, Anexo III, Parte 5, par. 2 y 3.



en aplicación de las condiciones de admisibilidad ya existentes; en concreto, de la que exige comprobar si los recursos internos han sido agotados, o bien de la que establece que la demanda del individuo no se encuentra “manifiestamente mal fundamentada” para ser admitida. En cualquier caso, el TEDH advierte que si la finalidad perseguida con la incorporación de esta nueva condición de admisibilidad es “aligerar la carga de trabajo del Tribunal”, difícilmente podrá alcanzarse el resultado esperado, ya que el TEDH sólo podrá apreciar si se cumple esta nueva condición de admisibilidad, después “examinar cada asunto de una forma sistemática y en profundidad”<sup>41</sup>.

Con respecto a las condiciones de admisibilidad que hemos llamado “accesorias”, el CDDH propone varias de carácter asistencial y pecuniario. En cuanto a las primeras, el CDDH baraja la posibilidad de requerir al demandante la representación legal obligatoria, en la creencia de que su asistencia jurídica evitará la presentación de demandas individuales potencialmente inadmisibles, al tiempo que contribuirá a una mejor presentación de las mismas<sup>42</sup>. Sin embargo, el propio CDDH ha admitido que la aplicación de esta propuesta “sería problemática”<sup>43</sup>, ya que esta representación legal obligatoria debería ser costeada por el demandante, lo que introduce un riesgo de discriminación en el acceso al TEDH, a la vez que plantea la duda acerca de quién se ocuparía de proporcionar/sufragar los gastos de esta representación legal obligatoria con carácter gratuito a las personas sin recursos<sup>44</sup>.

En relación con las condiciones pecuniarias, merece destacarse la propuesta de exigir al demandante el pago de gastos procesales<sup>45</sup>. El

CDDH ha debatido las finalidades y modelos posibles, las formas y momentos del pago de estos gastos, soslayando - tal y como este mismo órgano subsidiario reconoce - “la cuestión de principio de saber si la introducción de un sistema de gastos representaría una limitación inaceptable del derecho al recurso individual”<sup>46</sup>. La CDDH ha previsto, igualmente, completar el pago de gastos procesales con la imposición de una “sanción” a aquellos particulares que presenten demandas claramente inadmisibles y vacías de fundamentación<sup>47</sup>. Con esta singular medida, se pretende disuadir a los individuos de la presentación de este tipo de demandas contribuyendo así a la disminución de la carga de trabajo del TEDH<sup>48</sup>. Sin embargo, los mismos riesgos de discriminación, así como similares dificultades operativas, pesan sobre esta propuesta *sui generis* que ni siquiera tiene parangón en la praxis de las jurisdicciones nacionales<sup>49</sup>. Ante estas propuestas de incorporación de condiciones de admisibilidad “accesorias”, el TEDH se ha mostrado claramente contrario a su implantación; no sólo con respecto a las que hemos denominado asistenciales sino también a las llamadas pecuniarias. De este modo, el TEDH ha recordado al respecto y sin paliativos que: “se opone a la introducción de obstáculos tales como la imposición de gastos o la representación obligatoria de un abogado, tanto por razones de principio como por razones prácticas”<sup>50</sup>.

<sup>41</sup> Avis préliminaire de la Cour établi en vue de la Conférence de Brighton de 20 de febrero de 2012, par. 32.

<sup>42</sup> El CDDH planteó: “l’obligation d’une représentation légale des requérants dès le début de la procédure”. CDDH(2012)R74 Add. III, par. 28 ii).

<sup>43</sup> CDDH(2012)R74 Add. I de 15 de febrero de 2012, par. 18. Para un conocimiento pormenorizado de los debates celebrados en el seno de la CDDH en torno al establecimiento de esta exigencia, véase: *Ibid.*, Anexo III, Parte 2, par. 3-5.

<sup>44</sup> CDDH(2012)R74 Add. I de 15 de febrero de 2012, par. 16 y 17.

<sup>45</sup> El CDDH previó: “l’introduction d’un système de frais pour les requérants devant la Cour”. CDDH(2012)R74 Add. III, par. 28 i).

<sup>46</sup> CDDH(2012)R74 Add. I de 15 de febrero de 2012, par. 8. Para un conocimiento concreto de las opciones examinadas en relación con esta condición de admisibilidad, véase: *Ibid.*, Anexo III, Parte 1.

<sup>47</sup> El CDDH propuso: “l’introduction d’une sanction pour les affaires dénuées de tout fondement ou abusives”. CDDH(2012)R74 Add. III, par. 28 iii)

<sup>48</sup> O’BOYLE, M., DARCY, J., *The European Court of Human Rights: Accomplishments, predicaments and challenges*, *German Yearbook of International Law*, 2009, vol. 52, pp. 172 y 173.

<sup>49</sup> CDDH(2012)R74 Add. I de 15 de febrero de 2012, par. 20 y 21. Para un conocimiento de las discusiones mantenidas en relación con esta condición de admisibilidad, véase: *Ibid.*, Anexo III, Parte 3, par. 4 y 5.

<sup>50</sup> Avis préliminaire de la Cour établi en vue de la Conférence de Brighton de 20 de febrero de 2012, par. 30.

### 3.2. Próximamente

Aunque las propuestas del CDDH expuestas en el apartado anterior de esta comunicación no han prosperado hasta la fecha, no quiere decir que puedan ser retomadas y/o reformuladas en un futuro medio/largo plazo. Los Estados Partes del CEDH reunidos en la Conferencia sobre el futuro del TEDH, celebrada en Brighton, invitaron al Comité de Ministros del Consejo de Europa a “examinar el futuro del sistema del Convenio”; examen que “comprenderá los desafíos futuros en el disfrute de los derechos y libertades garantizados por el Convenio y la manera según la cual el Tribunal puede cumplir mejor el doble papel que se le ha atribuido de actuar en tanto que salvaguarda para los individuos de los derechos y libertades que no son asegurados a nivel nacional y de interpretar de manera auténtica el Convenio”<sup>51</sup>. El Comité de Ministros del Consejo de Europa, en respuesta a dicha invitación, ha decidido solicitar del CDDH “un informe que contenga sus opiniones así como eventuales propuestas” antes del 15 de marzo de 2015<sup>52</sup>.

## IV. CONCLUSIONES

El ingente y creciente número de demandas individuales ante el TEDH requiere una revisión del sistema europeo de protección de los Derechos humanos que garantice su funcionamiento eficaz. Esta reforma exige la introducción de mejoras, como las del aumento de los medios, - principalmente, personales -, pero dicha revisión no puede sustentarse en dificultar u obstaculizar el acceso de los individuos al TEDH, tal y como ya se está haciendo en la práctica y se pretende seguir haciendo en el futuro más inmediato. La legitimación activa que fue reconocida al

individuo en su día, se encuentra en riesgo y puede acabar siendo sacrificada.

Las nuevas limitaciones introducidas en las condiciones de admisibilidad de las demandas individuales, así como los impedimentos que se proponen, afectan a los derechos – como el derecho a un proceso equitativo - que el propio CEDH reconoce a los individuos y que se compromete a proteger; pero, también, constituyen un debilitamiento de los cimientos que sustentan el sistema europeo de protección de los Derechos humanos y que lo convierten en un referente para el resto de sistemas regionales. Precisamente, los cambios examinados en esta comunicación y los que se proponen introducir en relación con el derecho del individuo a acudir ante el TEDH en busca de la protección de sus derechos más elementales, han llevado a la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa a reafirmar recientemente que:

“(…) la esencia del derecho a la presentación de una demanda individual, que está en el corazón del mecanismo de protección del Convenio, debe ser preservado y que el Tribunal debe estar en disponibilidad de proceder al tratamiento de las demandas en un plazo razonable, manteniendo la cualidad y autoridad de sus decisiones”<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> Declaración de Brighton. CM(2012)85 de 15 de mayo de 2012, par. 35c).

<sup>52</sup> CM(2012)PVadd1/Point1F de 23 de mayo de 2012, par. 6 c). A tal efecto, el CDDH ha encargado al Comité de Expertos sobre la reforma del Tribunal (DH-GDR) la preparación de un proyecto de informe conteniendo las opiniones y propuestas eventuales concernientes al futuro del sistema del CEDH. Este Comité de Expertos ha encargado esta labor al Grupo de Redacción GT-GDR-F. La actividad de este Grupo de Redacción puede consultarse en la siguiente dirección web (última consulta: julio 2013): [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/GT-GDR-F\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/GT-GDR-F_fr.asp)

<sup>53</sup> Resolución 1856 (2012) de 24 de enero de 2012, par. 2 (la traducción es nuestra).

## La gestión pública de la seguridad y defensa como interés público global

Helena Torroja Mateu  
Profesora Agregada de Derecho internacional público  
Universidad de Barcelona

### SUMARIO

#### I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### II.- LA GESTIÓN PÚBLICA DE LA SEGURIDAD Y DEFENSA COMO INTERÉS PÚBLICO GLOBAL

#### III.- AMBITOS JURÍDICOS DE REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA GESTIÓN PÚBLICA DE LA SEGURIDAD Y DEFENSA

- 1.- Sobre la existencia (o no) de límites internacionales a la privatización del ejercicio del poder de coerción
- 2.- Sobre las obligaciones internacionales que regulan el comportamiento de las empresas militares y de seguridad privadas

#### IV.- FUNDAMENTOS INTERNACIONALES DE LA EXISTENCIA DE LÍMITES A LA QUIEBRA DEL MONOPOLIO ESTATAL DEL PODER DE COERCIÓN.

- 1.- Soberanía del Estado y gestión pública de la seguridad y defensa
2. Estado de Derecho y gestión pública de la seguridad y defensa

#### V. PRÁCTICA INTERNACIONAL RECIENTE: BREVE REFERENCIA

#### VI.- CONCLUSIONES

### I.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las líneas que siguen se plantean una serie de ideas en torno a un fenómeno relativamente reciente y en constante desarrollo en algunos Estados: la quiebra del monopolio estatal del poder de coerción. El argumento principal que defendemos es que la *gestión pública de la seguridad y defensa* por los Estados u Organizaciones internacionales, *está o debería estar* protegida jurídicamente desde el orden internacional, siendo además un bien (o interés) público global.

Entendiendo ahora por bien público global la noción del Banco Mundial (bienes “non-rival” y “non-excludable”, de dimensión transnacional en su naturaleza<sup>1</sup>), lo que podríamos identificar como *política pública de la seguridad y defensa* ofrece beneficios compartidos y no excluyentes a la población; y tiene a su vez una dimensión transnacional. Nos referimos al ejercicio del *poder soberano de coerción* en sus dos dimensiones clásicas: la de seguridad (*ad intra* del Estado) y la de defensa (*ad extra* del Estado).

Desde la teoría económica ya se ha postulado que en el plano interno, hay pocos incentivos para que los particulares creen o mantengan bienes públicos. Similar comportamiento se puede observar en la sociedad internacional, donde además de los individuos son los Estados los que se pueden desincentivar, situación que “generates undersupply of these goods and calls for new forms of global governance”, como afirman los profesores Cafaggi y Caron<sup>2</sup>.

A partir de ahí, si se comprueba que la ruptura del monopolio del poder de coerción menoscaba la justificación de la existencia del Estado y

<sup>1</sup> Vid. <http://go.worldbank.org/JKZLIHR2B0>. Concepto comúnmente aceptado por la teoría económica, tal como describen Cafaggi y Caron: “Economic theory describes a public good, in contrast to a private good, as one that is characterized by non-rivalry (anyone can use a good without diminishing its availability to others) and non-excludability (no one can be excluded from using the good)” (Cafaggi, F. y Caron, D., “Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders:A Symposium”, *The European Journal of International Law Vol. 23 no. 3*, p. 2.

<sup>2</sup> CAFAGGI, F. Y CARON, D., “Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders:A Symposium”, *The European Journal of International Law Vol. 23 no. 3*, p. 2.

a su vez, debilita las bases y realización efectiva del Principio fundamental de respeto de la dignidad humana, será posible defender que la gestión pública de la seguridad y defensa cuanto menos, *debería ser* considerada como un *interés público global que merece ser objeto de protección jurídica internacional*. No se trata de considerar a la paz como un bien público global<sup>3</sup>. Ni tampoco exactamente nos referimos a la seguridad, identificada por Adam Smith como bien público hace más de dos siglos. Estamos ante otro problema distinto que está siendo objeto de atención actualmente en diversos foros internacionales. Así, la protección jurídica del carácter público de la gestión de la seguridad y defensa y el reconocimiento de limitaciones internacionales a dicha privatización –tanto para los Estados como para Organizaciones internacionales–, es objeto de debate en el Grupo de trabajo intergubernamental establecido por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 2010, donde se discute en primer lugar sobre la necesidad de adoptar una convención internacional al respecto. Volveremos sobre ello al final de estas líneas. Abordemos primero, qué queremos decir al afirmar que la gestión pública de la seguridad y defensa es un bien público global (II). Para examinar después cuáles son los ámbitos de regulación internacional en torno a este problema (III). Continuaremos defendiendo dos posibles fundamentos internacionales de la existencia de límites internacionales a la quiebra del monopolio estatal del poder de coerción (IV). Para presentar finalmente un breve panorama de la práctica internacional reciente (V) y unas conclusiones finales (VI).

## II.- LA GESTIÓN PÚBLICA DE LA SEGURIDAD Y DEFENSA COMO INTERÉS PÚBLICO GLOBAL

Entre los distintos factores de crisis de principios del siglo XXI, se encuentra uno cuyos efectos perniciosos no son percibidos aún en las sociedades occidentales: el de la quiebra del monopolio del poder público

<sup>3</sup> MÉNDEZ, R., “La paz como bien público global”, Inge Kaul, I., Grunberg, I. y Stern M.A., (Edit.), *Bienes Públicos Mundiales Cooperación internacional en el siglo XXI*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Nueva York Oxford, Oxford University Press, 1999.

en materia de seguridad y defensa. Lo que significa que hay una tendencia estatal a romper la exclusividad del ejercicio de este poder, que pasa a ser compartido con empresas privadas. Esta desmembración del monopolio de la competencia soberana de coerción armada no es sino un elemento más de lo que Habermas define como la "descomposición de la autoridad estatal"<sup>4</sup>.

El fenómeno de las empresas militares y de seguridad privadas es hoy en día imparable, dada la trayectoria política y práctica observada, especialmente la de los Estados que representan un 70% de esta industria, Estados Unidos y Reino Unido, a los que se pueden sumar otros como Sudáfrica, Afganistán, Sierra Leona, Iraq...<sup>5</sup>. Se trata de una industria en expansión, que puede llegar a ingresar entre 70.000 y 100.000 millones de dólares en 2004<sup>6</sup>. Actúan en situaciones de diversa índole: conflicto armado internacional e interno, situaciones de disturbios internos, situaciones post-conflicto, o protección frente a la piratería, entre otras. Realizan además muy diversas tareas, siendo difícil dar un tratamiento uniforme a sus actividades que pueden ir desde tareas de asesoramiento hasta acciones directas en las hostilidades.

Desde la perspectiva jurídica, lo que nos interesa ahora es identificar las consecuencias que en este marco trae consigo esta tendencia. Es preciso, para ello, delimitar bien el fenómeno jurídicamente. Como suele ocurrir, la aparición de fenómenos sociales nuevos que desconciertan al orden anterior, se lleva mal con su encasillamiento conceptual. Emerge entonces una diversidad terminológica que puede despistar al discurso, y ante lo que se debe estar atento. Varios son los problemas.

<sup>4</sup> HABERMAS J., *El derecho internacional en la transición hacia un escenario posnacional*, Katz, Ed, Buenos Aires - Madrid, 2008, p. 28.

<sup>5</sup> Para una descripción reciente de la situación, ver GÓMEZ DEL PRADO, J.L., “A UN Convention to Regulate PMSCs.?” , *Criminal Justice Ethics*, vol. 31, nº 3, Dec. 2012, pp. 263-264.

<sup>6</sup> Datos aportados por GARCÍA SEGURA, C. Y PAREJA, P., “La privatización de la seguridad: caracterización e implicaciones para las relaciones internacionales” en García Segura, C. y Pareja, P., *Seguridad, Inc. Las empresas militares y de seguridad privadas en las relaciones internacionales contemporáneas*, ICIP, Barcelona, 2013, p. 34.

En primer lugar, *sobre la calificación del fenómeno como de privatización del uso de la fuerza*. Ante el hecho de que el Estado permita que particulares puedan hacer uso legítimo de la fuerza armada con determinados fines, se le ha denominado bien “privatización” de la fuerza, bien “delegación”, bien “externalización”. Hay divergencias sobre el alcance de estas expresiones y su encaje con esta realidad. Así, para algunos autores la “externalización” (equiparable a delegación) conllevaría que el órgano del poder público sigue guardando la titularidad y responsabilidad del control de la gestión de ese servicio; en la “privatización” sin embargo, la empresa adjudicataria sería la responsable del servicio asignado<sup>7</sup>. Desde esta posición, parece que privatización conlleva la pérdida de la titularidad del servicio o del bien. Por eso, se afirma que la privatización de la fuerza armada es una contradicción, porque el Estado nunca podría perder la titularidad de tal poder coercitivo<sup>8</sup>.

Más allá de este debate, quiero señalar ahora que cualquiera de estas denominaciones y en especial esta segunda, son engañosas y dañinas para delimitar bien los problemas políticos y jurídicos de fondo que hay detrás del fenómeno.

Al respecto, es muy esclarecedor el origen histórico del término privatización. Como ha destacado el profesor Bel, fue utilizada por primera vez en la Alemania nazi para referirse al retorno (utilizaban de hecho, “reprivatización”) a las empresas privadas de la producción de bienes o servicios en poder del Estado<sup>9</sup>; se *devolvía* al sector privado la producción o realización de ámbitos que habían sido suyos. Bien, es demasiado evidente que *no se puede devolver* a los particulares lo que *nunca fue jurídicamente de ellos*. El término privatización no encaja bien aplicado al

---

<sup>7</sup> LAGUNA SANQUIRICO, F., “Delimitación conceptual relativa a la presencia privada en el marco estatal de la defensa”, en Torroja, H. (dir), *La privatización del uso de la fuerza armada*, Bosch Editor, Barcelona, 2009, p. 45. En el mismo sentido, en el *Report by the Swiss Federal Council on Private Security and Military Companies (report to the Parliament in response to the Stähelin Postulate 04.3267 of 1 June 2004. Private Security Companies)* of 2 December 2005, pp. 10-11.

<sup>8</sup> LAGUNA SANQUIRICO, F., *op. cit.*, p. 45.

<sup>9</sup> BEL, G., “Retrospectives. The Coining of “Privatization” and Germany’s National Socialist Party”, *Journal of Economic Perspectives*, Vol.20, n° 3, 2006, pp. 187–194.

poder soberano de coerción armada, al menos en el orden estatal nacido en Westphalia y sobre cuyos fundamentos -el Estado-, con muchas variantes y evolución, todavía estamos. Por esta razón, aunque esté generalizada la expresión y se utilice para simplificar, conviene profundizar en la realidad del fenómeno, huyendo de su calificación como de mera privatización. Aquí, sin embargo, utilizaremos la expresión de privatización para simplificar la redacción, sin que ello menoscabe las críticas que acabamos de formular.

En segundo lugar, *sobre el tratamiento unificado de los ámbitos de seguridad y defensa*. Al referirnos al poder soberano de coerción estamos pensando en una competencia del Estado que tradicionalmente se ha diferenciado entre la defensa exterior del estado y la seguridad del orden público interno. Esta competencia está desempeñada por el poder ejecutivo (Gobierno y Administración), a quien corresponde a priori, la titularidad y el ejercicio. Si observamos más de cerca, en la organización del poder de coerción del Estado se distinguen las dos manifestaciones tradicionales: la policial, con la función de velar por la seguridad interior; y la militar, con la función clásica de velar por la seguridad y defensa exterior del Estado. Aunque en el plano internacional las funciones militares y de seguridad se puedan desempeñar indistintamente por las empresas, en la organización interna estatal, se distinguen perfectamente ambas funciones. Pero, insistamos, la distinción es difícil de realizar sobre el terreno. Por ello, las recientes iniciativas de regulación internacional se han decantado por dar un tratamiento unificado a las funciones de seguridad y las de defensa, refiriéndose a las empresas de seguridad y defensa de manera conjunta. En el fondo, en ambos casos, el uso de la fuerza es una posibilidad, lo que justificaría su tratamiento unificado. Porque este es el problema principal: el permitir jurídicamente la utilización de la fuerza armada a particulares de forma paralela al Estado.

Señaladas estas dificultades terminológicas en la delimitación del fenómeno, pasemos a examinar sus dimensiones internacionales. Pese a que éste tiene en su origen en el interior del Estado, estas empresas están generalmente constituidas a fin de exportar sus servicios a otros Estados. Así, aunque la decisión estatal se proyecta sobre su jurisdicción *ab initio*,

no ha de escaparse que las empresas tienen su mercado en el exterior. Este es el principal factor de hecho que hace que estemos ante un problema jurídico del ámbito del Derecho Internacional Público. Claramente, aunque la quiebra del monopolio de la fuerza armada tiene una proyección inicial sólo *ad intra*, bajo la jurisdicción del Estado donde se constituye la empresa militar y de seguridad (*home state*), sus efectos se proyectan también *ad extra*, hacia los territorios de otros Estados distintos, que pueden contratar sus servicios (*contracting state*) o que dejan que actúen en su territorio (*territorial/operational state*). De esta manera, se extiende exponencialmente el fenómeno con todos los problemas que conlleva: riesgo de violación del disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales de particulares, riesgo de violación del derecho internacional humanitario, de los derechos laborales del personal trabajador, de la seguridad ciudadana, del desmantelamiento del ejército de Estados más débiles en cualquier parte del mundo<sup>10</sup>. Sin olvidar otras perspectivas más globales como la del profesor Likosky quien sugiere que la privatización de la seguridad es hoy una continuación de la privatización colonial, cuando las banderas imperiales fueron sustituidas por los logos de las corporaciones<sup>11</sup>.

Otros elementos de carácter más teórico-conceptual que internacionalizan el problema y permiten argumentar que la gestión pública de la seguridad y defensa es un bien público global son los siguientes. En primer lugar, *la quiebra del monopolio estatal del poder de coerción afecta a la noción misma de Estado y por tanto, a las bases del Derecho Internacional Público*. En segundo lugar, *la quiebra del monopolio del poder de coerción afecta sin lugar a dudas a la obligación*

---

<sup>10</sup> Hay otros muchos problemas identificados como la transferencia de conocimientos e información desde el sector público al sector privado, la transformación de la “seguridad” en un bien al alcance de únicamente de quien pueda comprarlo, la inseguridad ciudadana ante la existencia de distintas *fuerzas*, la pública y la privada (vid. *Report by the Swiss Federal Council...*, *doc. cit.*, pp. 12 y 55).

<sup>11</sup> LIKOSKY, M., “The privatization of violence” en CHESTERMAN, S. y FISHER, A., (Edit.), *Private Security, Public Order. The Outsourcing of Public Services and Its Limits*, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 11 y ss.

*estatal de respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales*. Sobre estos aspectos, volveremos más abajo.

### III.- AMBITOS JURÍDICOS DE REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LA GESTIÓN PÚBLICA DE LA SEGURIDAD Y DEFENSA

Entorno a este nuevo fenómeno, se encuentran diversos ámbitos susceptibles de protección jurídica. Como señala Barak-Erez, previamente a la privatización, una consideración inicial ha de ser tomada en cuenta: si determinadas funciones deberían ser privatizadas y cómo el proceso de privatización debería hacerse<sup>12</sup>. Se identifican pues, dos claros ámbitos jurídicos. El primero se refiere a las limitaciones que tiene el Estado en la privatización del ejercicio del poder de coerción; esto es, si algunos ámbitos no pueden ser o no deberían ser objeto de privatización. El segundo, abarca las obligaciones internacionales que regulen el comportamiento (transnacional o no) de las empresas militares y de seguridad privadas.

#### 1.- Sobre la existencia (o no) de límites internacionales a la privatización del ejercicio del poder de coerción

El problema de fondo que se plantea es en qué medida el Derecho internacional público establece límites a las políticas y comportamientos estatales con relación a la *organización interna* de su competencia de coerción armada. En modo alguno el problema está centrado en el contenido del Principio fundamental que prohíbe la amenaza o uso de la fuerza por los Estados. Pudiera parecer que así es a simple vista, pero esta norma fundamental del Ordenamiento Jurídico internacional, como es bien sabido, regula los usos lícitos e ilícitos de la amenaza o uso de la fuerza armada de los Estados en sus relaciones internacionales; no entra a prohibir, permitir ni obligar comportamientos concretos en relación a la organización interna de la coerción armada. De lo que se trata aquí es de

---

<sup>12</sup> BARAK-EREZ, D., “The privatization continuum”, en CHESTERMAN, S. y FISHER, A., (Edit.), *op. cit.*, pp. 71 y ss.

identificar en qué medida el Derecho internacional limita o pudiera llegar a limitar la quiebra del monopolio estatal de la coerción armada.

En este contexto, la pregunta clave es si hay ámbitos que quedarían exentos, en base al Derecho internacional, de cualquier *privatización*; así como, qué principios regirían la *privatización* del resto de ámbitos (regulación legal, sometimiento a un régimen de autorizaciones, registro central, control estatal, etc.). En otras palabras, se trata de preguntarse si hay normas internacionales que pongan límites a la *organización interna de la competencia de coerción armada* del Estado (sea el estado de sede, el estado territorial o el estado contratante). Este ámbito es el que es objeto de estudio en esta comunicación.

## **2. Sobre las obligaciones internacionales que regulan el comportamiento de las empresas militares y de seguridad privadas**

El segundo ámbito emerge en el escenario de la gestión de la seguridad ya privatizada. La pregunta ahora es si hay obligaciones internacionales que regulen el comportamiento (transnacional o no) de las empresas militares y de seguridad privadas. Sin olvidar el elemento central de la responsabilidad por los daños causados y los mecanismos de control y exigencia de reparación correlativos.

Esta cuestión no afecta directamente al problema planteado. Valga destacar lo siguiente. Aquí se trata de otro problema que se centra principalmente en la atribución de la responsabilidad por los daños causados a los individuos afectados por la privatización del poder de coerción. Chesterman y Fisher señalan como una de las conclusiones del libro editado por ellos, que los *gaps* en la responsabilidad (*accountability*) en la privatización del sector privado de la seguridad y defensa, no son muy diferentes de los que se encuentran en la privatización de otros servicios públicos<sup>13</sup>. En el sector que nos ocupa, no hay laguna jurídica en el marco del Derecho internacional humanitario en relación a las

<sup>13</sup> CHESTERMAN, S. Y FISHER, A., (Edit.) "Conclusion: Private security, public order", en CHESTERMAN, S. y FISHER, A. (Edit.), *op. cit.*, p. 223.

actividades de las EMSP, que en tiempos de conflictos armados quedan sometidas a su aplicación. Esta es la posición firme del CICR y de la doctrina generalizada<sup>14</sup>. Si bien ello no quiere decir que las normas actuales sean perfectas y no dejen de ser mejorables<sup>15</sup>. Ahora bien, si hay lagunas en otros supuestos de hecho distintos a los conflictos armados, esto es en tiempos de paz y especialmente en el caso de piratería<sup>16</sup>.

## **IV.- FUNDAMENTOS INTERNACIONALES DE LA EXISTENCIA DE LÍMITES A LA QUIEBRA DEL MONOPOLIO ESTATAL DEL PODER DE COERCIÓN.**

Abordemos ahora dos afirmaciones antes apuntadas que permiten argumentar que la gestión pública de la seguridad y defensa es un bien público global que está regulada internacionalmente o debería estarlo.

### **1.- Soberanía del Estado y gestión pública de la seguridad y defensa**

En *primer lugar*, defendemos que el monopolio del poder de coerción es un elemento consustancial a la soberanía estatal, de tal manera que la decisión de *privatizar* o *delegar* afecta a la noción misma de Estado y de la soberanía que lo legitima<sup>17</sup>. Ciertamente, como afirmara el Consejo

<sup>14</sup> Como destaca SAURA, J., "Algunas consideraciones en torno a la privatización de la guerra y la seguridad y sus consecuencias en el disfrute de los derechos humanos", en TORROJA MATEU, H (Dir), *La privatización del...*, *op. cit.*, pp. 251 y ss.

<sup>15</sup> JORGE URBINA, J. "Nuevos retos para la aplicación del Derecho internacional humanitario frente a la "privatización" de la violencia en los conflictos armados", AAVV, *Estudios de Derecho internacional y Derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 725-726.

<sup>16</sup> Como ha puesto de manifiesto SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., Piratería marítima, fuerza armada y seguridad privada, REEI, nº23, 2012, *passim*. Y así se ha señalado en el marco del Comité de Seguridad Marítima de la OIM (vid. *Interim Guidance to Private Maritime Security Companies Providing Privately Contracted Arm Security Personnel on Board Ships in the High Risk Area*, de 25 May 2012, doc. MSC.1/Circ.1443, p. 2.1, p. 4.

<sup>17</sup> Cuando se forma el Estado "el poder se legitima mediante el concepto de soberanía" (APARICIO, M.A., en "Formación y constitucionalización del Estado" en APARICIO, M.A. Y BARCELÓ, M., (Coord.), *Manual de Derecho Constitucional*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 50.

Federal Suizo, “the state monopoly of the use of force undoubtedly constitutes the core of the state security system”; en este sentido, la “privatisation of such tasks would call in question the existence of the state per se and certainly its legitimation as the entity responsible for public order. The privatisation of such tasks can therefore only be considered in limited specific instances and in a complementary context”<sup>18</sup>.

Recordemos que el Estado moderno, como forma de organización política que se consolida definitivamente en torno a la primera mitad del siglo XVII, con la Paz de Westfalia, se constituye en torno al poder centralizado y a dos pilares básicos: la aparición de la burocracia -la administración profesional- y el *ejército profesional y de carácter permanente*<sup>19</sup>. Este elemento, consustancial al nacimiento del Estado, estaba en las bases de la nueva forma de organización del poder que reemplazaba al sistema medieval. Así, “cuando los soldados (es decir mercenarios o perceptores de sueldo) dejaron de ser pagados por los monarcas y se creó el Ejército Nacional (para uno de los principales actos –el de defensa- que ejerce la Nación), la milicia dejó de ser considerada una empresa aristocrática que contrataba trabajadores y se convirtió en “el brazo armado de la Nación” (concepción orgánica del Estado) o, simplemente, en “la Nación en armas” (concepción democrática)”<sup>20</sup>. La profesora Percy defiende que la consolidación de una norma que despreciaría el recurso al mercenarismo para pasar a defender la formación de ejércitos nacionales, tendría lugar más tarde, en el siglo XVIII, pero no es este el lugar para ahondar en ello<sup>21</sup>. Aunque los hechos históricos tienen su importancia a este respecto; serían la base para identificar la paulatina

---

<sup>18</sup> *Report by the Swiss Federal Council...*, doc. cit., pp. 9-10.

<sup>19</sup> Junto a estas instituciones nuevas, además se cambian y adecuan viejas instituciones feudales (como por ejemplo los Estados Generales en Francia, las Cortes en Castilla, o el parlamento en Inglaterra) (APARICIO, M.A., *op. cit.*, p. 50).

<sup>19</sup> *Report by the Swiss Federal Council...*, doc. cit., pp. 9-10.

<sup>20</sup> GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, Ed. Vicens-Vices, Barcelona, 1984, p. 35.

<sup>21</sup> PERCY, S., *Mercenaries: The History of a Norm in International Relations*, Oxford UP, 2007, pp. 121 y ss.

formación de un principio jurídico sobre el monopolio del poder de coerción, que podría haber alcanzado rango de norma consuetudinaria.

Sería pues un elemento esencial del Estado salvaguardar este monopolio del poder de coerción armada. Desde una concepción funcional de la soberanía, como afirmara el eminente y muy apreciado profesor Carrillo Salcedo, ésta no sólo implica “el derecho a ejercer las funciones de Estado en un plano de independencia e igualdad respecto de otros Estados”, sino que también “impone el deber de respetar los derechos y deberes de los Estados, la sumisión directa de éstos al Derecho internacional”<sup>22</sup>. En este sentido la soberanía incluye también el “deber de desarrollar (.../...) la actividad estatal, las funciones del Estado”<sup>23</sup>. Es en este punto de la argumentación en el que cabe introducir la pregunta de *si no es una función del Estado salvaguardar el monopolio del poder de coerción*.

En el debate político sobre la privatización de funciones estatales, pueden sostenerse distintas posturas ideológicas que van desde las más liberales hasta las más socialdemócratas. Uno puede sostener una postura u otra y argumentarla según su perspectiva de la relación Estado-Sociedad. Pero, cuando se trata de una función esencial del Estado, que afecta a la noción misma de soberanía estatal, debería de ser posible encontrar límites jurídicos constitucionales e internacionales a tal privatización. En la práctica, hasta las posturas doctrinales más liberales como Hayek, incluyen el poder de coerción como una función esencial del Estado<sup>24</sup>; lo cual es muy significativo, pues aquellos que defienden una concepción liberal del Estado, un Estado de mínimos y no interventor, han incluido tradicionalmente el poder de coerción, junto a otros poderes o funciones como la legislación, la justicia, la moneda, los impuestos o las relaciones internacionales. Por su parte, y evidentemente, también incluyen entre los

---

<sup>22</sup> CARRILLO SALCEDO, J.A., *Soberanía del Estado y Derecho internacional*, Tecnos, Madrid, 1969, p. 68. Concepción funcional ya apuntada por el Juez Más Huber en el Asunto de la Isla de Palmas o Miangas de 1928 (NU, Recueil des Sentences Arbitrales, vol II, p. 828 y ss.).

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> HAYEK, F.A., *The Constitution of Liberty*, The University of Chicago Press, Chicago, 1960. Ver especialmente el capítulo 9, “Coercion and the State”, pp. 133 y ss.



elementos esenciales de la organización del poder soberano el monopolio del poder de coerción, las doctrinas social-demócratas y en este sentido, autores como Kelsen<sup>25</sup> o Heller<sup>26</sup>.

Dicho lo cual, si se trata de una función esencial del Estado, estamos no solo ante un derecho del Estado, sino ante un deber suyo, desde la concepción funcional de la soberanía generalmente aceptada. El Estado tendría pues el *deber de proteger este monopolio, como derecho de los demás Estados*.

Es cierto que la noción de soberanía ha ido evolucionando desde entonces, pero la cuestión clave, a mi entender, es sí el contenido esencial de ésta, su núcleo duro, está siendo afectado con la quiebra del monopolio del poder coercitivo (armado), y por tanto estamos yendo hacia una nueva forma de organización territorial del poder distinta, que ya no será el Estado; algo que Laborie califica como manifestación de un tendente regreso a la Edad Media<sup>27</sup>.

## 2. Estado de Derecho y gestión pública de la seguridad y defensa

En *segundo lugar*, defendemos que el monopolio del poder de coerción es un elemento indisociable de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, uno de los pilares del Estado de Derecho. La centralización del poder de coerción es una garantía a la seguridad ciudadana y la salvaguardia de los derechos humanos. En este sentido, esta crisis supone un atentado al Principio de respeto de los derechos humanos fundamentales, cuyo reconocimiento internacional es uno de los grandes logros de la segunda mitad del siglo XX; principio estructural y norma de *ius cogens* del Ordenamiento jurídico internacional contemporáneo.

---

<sup>25</sup> KELSEN, H., *Il problema della sovranità*, Giuffrè, Milán, 1989, p. 102.

<sup>26</sup> HELLER, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1947 (primera edición en alemán de 1934), *passim*.

<sup>27</sup> LABORIE, M., *La privatización de la seguridad. Las EMSD en el entorno estratégico actual*, IEEEE-MD, Madrid, 2012, pp. 20-21.

La vinculación entre el monopolio del poder de coerción y el respeto y garantía de los derechos humanos queda ya reflejada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: « *La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée* » (Art. 12 de la *Declaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789*).

Al respeto, la ley española de privatización de la seguridad de 1992 (coerción policial), es muy clara: “[e]n el ejercicio de los derechos y libertades básicas, no cabe regulación por parte de empresas privadas y el monopolio del Estado, no sólo de la titularidad, sino del ejercicio, es total”<sup>28</sup>. De tal modo que las fuerzas privadas de seguridad nunca podrán intervenir en el desarrollo de conflictos laborales, políticos, reuniones y manifestaciones, ni ejercer controles sobre ideología u opiniones de todo género.

Así pues, desde la perspectiva del Estado de Derecho *stricto sensu* tampoco la soberanía es absoluta e ilimitada, sino que ha de cumplir unos requisitos concretos, que son como se ha afirmado los siguientes: “imperio de la ley; ley como expresión de la voluntad general; división de poderes y legalidad de la Administración con mecanismos jurídicos antitotalitarios; y, finalmente, respeto, garantía y realización material de los derechos y libertades fundamentales”<sup>29</sup>. Es cierto que estamos hoy en día en un proceso de internacionalización de este concepto de Estado de Derecho que lleva aparejado una flexibilización y atenuación de su contenido. Pero conviene partir ahora de una noción constitucional del Estado de Derecho. En ésta, el poder ejecutivo (por ende, el poder de coerción) está sometido al poder legislativo y judicial; y queda siempre limitado por la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos.

De tal manera que *la legitimidad del poder soberano, se encuentra hoy reconocida si se respetan los derechos humanos*. A ello se refiere

---

<sup>28</sup> Exposición de motivos y art. 3 de la ley 23/1992, de 30 de julio, sobre la seguridad privada (BOE-A-1992-18489), modificada por el RDL 8/2007, de 14 de septiembre (BOE-A-2007-18477).

<sup>29</sup> DIAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Ed. Taurus, Madrid, 1983, p.154.

Ferrajoli cuando propone el “constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho”, considerando que éste se basa en identificar a los derechos humanos fundamentales como un elemento esencial del orden constitucional democrático y en la sumisión al derecho internacional relativo a derechos humanos<sup>30</sup>. Sin duda, esta interrelación entre la gestión pública del poder de coerción y el respeto de los derechos humanos puede también considerarse parte del contenido de la cada día más relevante noción de *seguridad humana*.

## V. PRÁCTICA INTERNACIONAL RECIENTE: BREVE REFERENCIA

No hay espacio ahora para detenernos con detalle en las respuestas que dan los textos internacionales recientes a la existencia (o no) de límites internacionales a la privatización del poder de coerción y, en su caso, a cómo se debería privatizar (por ley, reglamento...), y qué sistema de control se debe establecer (si se debe someter a requisitos, autorizaciones, etc.). Una síntesis es la siguiente.

Sólo el Proyecto de posible convención sobre la regulación de las EMSP presentado por el Grupo de trabajo sobre Mercenarios y que discuten en la actualidad los Estados en el marco del Grupo de trabajo intergubernamental, ofrece una respuesta concreta<sup>31</sup>. Entre los fines principales del Proyecto se encuentra el de *prohibir la delegación de las funciones inherentemente estatales* en el marco del uso legítimo de la fuerza armada<sup>32</sup>. Este fin está directamente relacionado con dos artículos

<sup>30</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, *passim*.; definición del “constitucionalismo como nuevo paradigma del derecho”, p. 65.

<sup>31</sup> “Proyecto [de una posible convención sobre las empresas militares y de seguridad privadas \(EMSP\)](#)”. Texto en: Consejo de Derechos Humanos, Informe del Grupo de Trabajo sobre la utilización de mercenarios como medio de violar los derechos humanos y obstaculizar el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, de 5 de julio de 2010, Doc. A/HRC/15/25.

<sup>32</sup> En su artículo 1, párrafos 1.a) y b), se afirma: “1. Teniendo presentes los principios fundamentales del derecho internacional sobre la prohibición de la amenaza y el uso de la fuerza y sobre la igualdad soberana de los Estados, los propósitos de la presentes

posteriores de la Parte II titulada “Principios generales”. Por una parte en el artículo 4, bajo el título “Responsabilidad de los Estados con respecto a las empresas militares y de seguridad privadas”, cuyo contenido viene a sintetizar las principales obligaciones que establece el Proyecto de Convención. Por otra, en el artículo 9 bajo el título “Prohibición de la delegación y/o contratación externa de *funciones inherentes* a los Estados”. Así, hay funciones que no pueden delegarse nunca, *las funciones inherentemente estatales*, que quedan delimitadas en el artículo 9<sup>33</sup>, cuyo contenido podrá ser criticado por la terminología utilizada y especialmente por la dificultad que conllevaría encontrar un consenso entre los Estados al respecto.

En relación a los ámbitos de la competencia de coerción delegables por el Estado, a los principios deben regir tal delegación y cómo se debe controlar, es el proyecto de posible convención el que más directamente busca ofrecer una respuesta concreta. Su segundo gran propósito es *obligar a los Estados a regular, supervisar y controlar a las EMSP, así como a sancionar y exigir responsabilidad en caso de incumplimiento por las EMSP y su personal de sus obligaciones*, además de promover la cooperación internacional a tal efecto. De esta manera, la privatización debe hacerse respetando determinados principios: por ley, estableciendo un sistema de autorizaciones/licencias y registro, verificando mediante

---

*Convención son los siguientes: a) Reafirmar y reforzar la responsabilidad de los Estados con respecto al uso de la fuerza y reiterar la importancia del monopolio del uso legítimo de la fuerza por parte de los Estados en el marco general de sus obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos, y de proporcionar recursos a las víctimas de violación de los derechos humanos. b) Determinar las funciones que son inherentes al Estado y que en ninguna circunstancia pueden ser objeto de contratación externa(...)*”.

<sup>33</sup> “including direct participation in hostilities, waging war and/or combat operations, taking prisoners, law-making, espionage, intelligence, knowledge transfer with military, security and policing application, use of and other activities related to weapons of mass destruction, police powers, especially the powers of arrest or detention including the interrogation of detainees, and other functions that a State Party considers to be inherently State functions”.

procedimientos determinados criterios (formación en derecho humanitario, derechos humanos, usos de la fuerza...) <sup>34</sup>.

Por su parte, en el Documento de Montreux aprobado en 2008, por 17 Estados a iniciativa de Suiza y el CICR no se da una respuesta directa a esta cuestión <sup>35</sup>. Si bien, algunas referencias se pueden encontrar en la *primera parte sobre la relación de normas internacionales existentes relativas a las empresas militares y de seguridad privadas que se recuerdan a los Estados*. En concreto, en las normas relativas a los Estados contratantes, en el punto 2, se establece que estos Estados *están obligados a no contratar a EMSP para llevar a cabo actividades que el derecho internacional humanitario explícitamente asigna a un agente o autoridad estatal, como por ejemplo ejercer el poder del oficial responsable de los campos de prisioneros de guerra o lugares de internamiento de civiles, de conformidad con los Convenios de Ginebra*. Ésta sería pues, la única clara limitación convencional a la *privatización/delegación* en el Derecho internacional humanitario. En su *segunda parte sobre las buenas prácticas recomendadas*, se encuentran algunas recomendaciones que buscan modular o limitar la quiebra del monopolio estatal del uso de la fuerza. Así por ejemplo, se establece una buena práctica (similar para los Estados contratantes, territoriales y del Estado de sede), relativa a la determinación de los servicios delegables: *“los Estados determinarán que servicios pueden o no pueden ser contratados a las EMSP; entre otros criterios se tendrá en cuenta si un servicio conllevará la participación directa en las hostilidades del personal de la empresa (reglas 1, 24 y 53)*).

Sobre qué principios deben regir tal delegación y cómo se debe controlar, el Documento de Montreux, en su *segunda parte sobre las*

<sup>34</sup>Me remito al estudio detallado en GÓMEZ DEL PRADO, JL y TORROJA MATEU, H., *Hacia la regulación internacional de las empresas militares y de seguridad privadas*, Marcial Pons, Barcelona, 2011, pp. 93 y ss.

<sup>35</sup>“Documento de Montreux sobre obligaciones legales internacionales y buenas prácticas pertinentes para los Estados relativas a las operaciones de empresas militares y de seguridad privadas durante conflictos armados”, de 17 de septiembre de 2008. Se puede encontrar en: Carta de 2 de octubre de 2008 del Representante Permanente de Suiza a las Naciones Unidas dirigida al Secretario General, de 6 de octubre de 2008, Doc. A/63/467-S/2008/636.

*buenas prácticas recomendadas*, incluye algunas que buscan modular o limitar la forma de delegación de los Estados: se recomienda al Estado contratante que adopte un procedimiento para la selección y contratación de las EMSP (reglas 2, 3, 4), y unos criterios de selección (reglas 5 a 13). Al Estado territorial se le recomienda establecer un procedimiento de autorizaciones para poder actuar en su territorio (regla 25), así como un procedimiento en relación a las autorizaciones que conlleva designar una autoridad central, entre otros aspectos (26 a 29). Al Estado de sede, se le recomiendan buenas prácticas relativas a la exportación de los servicios de las EMSP que se constituyan bajo su legislación (reglas 53 a 66), entre otras. En este sentido coinciden bastante el contenido del Proyecto de posible convención y el Documento de Montreux. La principal diferencia es su vocación jurídica (de la primera) o no (del segundo).

Por último, es evidente que no encontraremos referencias directas a este problema en el Código de Conducta de los proveedores de servicios de seguridad privada aprobado en 2010, en el marco de la iniciativa suiza por empresas del sector <sup>36</sup>. Ahora bien, de forma indirecta se da por asumido que sí podrán realizar algunas actividades consideradas en otros textos internacionales como inherentemente estatales. Es el caso de las actividades de *detención*, actividad que el Proyecto de posible convención considera como inherentemente estatal, esto es no delegable. Se especifica que sólo podrán *“escortar, transportar o interrogar a detenidos, en el caso de que: (a) la empresa haya sido específicamente contratada para ello por un Estado, y (b) su personal haya recibido la formación y capacitación necesarias en materia del derecho nacional e internacional aplicable”* (Regla 33). Más cauto es el Código cuando se refiere al *arresto de personas*, que esta vez queda prohibido *“salvo en defensa propia o ante amenazas de violencia o ante ataques o delitos contra el personal o clientes o bienes, debiéndose entregar a la autoridad competente en la mayor brevedad”* (regla 34). Este es un detalle muy significativo: mientras

<sup>36</sup> Código de Conducta internacional para proveedores de servicios de seguridad privada, 9 de noviembre de 2010, Vid. <http://www.eda.admin.ch/eda/en/home/topics/intla/humlaw/pse.html>; y <http://www.dcaf.ch/Programmes/Private-Security-Governance>. Hoy más de 630 empresas lo han suscrito.

el Código aborda estas funciones, dando por asumido que podrían ser ejercidas por estas empresas, el Proyecto de posible Convención las considera como funciones nunca delegables al ser inherentemente estatales. Sobre qué principios deben regir tal delegación y cómo se debe controlar, el Código internacional de Conducta, al dirigirse a las empresas, no aborda esta cuestión directamente.

## CONCLUSIONES

Detrás de este debate planteado se encuentra una cuestión de fondo: qué concepción se defiende sobre el Estado de Derecho y en concreto sobre la competencia del poder coercitivo. Frente a la liberalización de determinados servicios públicos del Estado, uno puede tener una concepción más o menos liberal, más o menos socialdemócrata. Pero no estamos aquí hablando de un servicio público como puede ser la sanidad, educación, transportes... Estamos hablando de una parte esencial del núcleo duro de la soberanía sobre la que se construyó el Estado Moderno en Westfalia: el monopolio del uso legítimo de la fuerza, que es hoy piedra angular del Estado de Derecho. No puede negarse que los límites del poder coercitivo del ejecutivo (su sometimiento a los poderes legislativo y judicial) son una garantía para el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales. Armando a las empresas se está sobrepasando la propia noción de Estado de Derecho con sus elementos definidores (democracia, derechos humanos, principio de legalidad, división de poderes). Pero hacerlo además en la más absoluta anarquía jurídica es una irresponsabilidad. En estos momentos en los que se habla de una necesaria regulación del mercado internacional, no es aventurado introducir la necesaria regulación del mercado armado internacional. Otra cuestión distinta, es qué órgano de las Naciones Unidas es el competente y más idóneo para proponer esta regulación general. Hasta el momento, los trabajos en el marco del Consejo de Derechos Humanos no parece que vayan a fructificar.

En síntesis, el argumento defendido (que la *gestión pública de la seguridad y defensa* por los Estados u Organizaciones internacionales, *está o debería estar* protegida jurídicamente desde el orden internacional, siendo además un bien (o interés) público global) busca convencer de que

la identificación de las obligaciones y límites jurídicos internacionales de los Estados en relación al núcleo duro de su soberanía, es una forma de proteger al Estado de sí mismo (en la práctica, de las políticas de los gobiernos de turno). En última instancia, estas obligaciones, en mi opinión, ya existen; se encuentran intrínsecas en el elemento esencial de la subjetividad internacional del Estado: la soberanía y su corolario monopolio del uso legítimo de la fuerza, así como en el Principio de la dignidad humana. Es necesario delimitar lo que sería un estándar de comportamiento mínimo de los Estados en relación a la gestión pública del poder de coerción, o lo que es lo mismo, a la quiebra del monopolio estatal del poder de coerción; esto es, establecer unos mínimos internacionales en la privatización de la coerción y en la existencia de actividades no delegables. En este sentido, una convención internacional es necesaria, al menos, para dejar establecidos unos límites existentes, así como regular otros nuevos derivados de la realidad práctica de este fenómeno (codificación y desarrollo progresivo), que limitarán la conducta de los Gobiernos. Por eso, es esencial una convención. Y eso, no menoscaba el carácter complementario que pudieran tener unas recomendaciones no vinculantes (Montreux) o la autorregulación (Código Internacional de Conducta), útiles pero insuficientes.

En definitiva, no se trata sino de la defensa de un refortalecimiento del Estado, de sus funciones esenciales y por tanto de la existencia de un núcleo irreductible de su soberanía. El poder de coerción es núcleo esencial de la soberanía estatal. La soberanía implica no sólo derechos sino también deberes internacionales. Estos deberes internacionales los identifican los Estados y, cuando son de alcance colectivo o general (esto es, del interés público global), la comunidad internacional en su conjunto incluidas las grandes potencias. Y algunas de estas grandes potencias, son las que hoy eluden estos deberes. Así, por ejemplo, sería impensable para EEUU y RU su acción en Afganistán e Iraq sin el recurso a la creación de Empresas militares y de seguridad privadas (sin olvidar que Iraq, escenario de iniciativas internacionales de privatización de la fuerza por excelencia, fue una intervención internacionalmente ilegal). La decisión de solucionar el problema está fundamentalmente en manos de estos Estados. Suya también la responsabilidad.